

**COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA DA COMISSÃO SOBRE AS CONCESSÕES EM DIREITO COMUNITÁRIO**

(2000/C 121/02)

Em 24 de Fevereiro de 1999, a Comissão adoptou e publicou um projecto de comunicação interpretativa sobre as concessões em direito comunitário dos contratos públicos<sup>(1)</sup>, que submeteu a uma ampla consulta. Tendo em conta as numerosas contribuições<sup>(2)</sup> que lhe foram enviadas após a publicação do projecto inicial no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a Comissão adoptou a presente comunicação interpretativa.

**1. INTRODUÇÃO**

1. As concessões constituem um instrumento utilizado há muito tempo em alguns Estados-Membros, em especial para realizar e financiar grandes obras infra-estruturais, como as ligações ferroviárias ou uma parte importante das ligações rodoviárias. A participação do sector privado regrediu a partir do primeiro quartel do século XX, visto que os Estados privilegiaram a realização e a gestão directa dos equipamentos e dos serviços prestados ao público.
2. Nos últimos anos, com as restrições orçamentais, com a vontade de limitar a intervenção dos poderes públicos e de fazer com que o sector público beneficie da experiência e dos modos de funcionamento do sector privado, assistiu-se a um ressurgimento da concessão.
3. É útil lembrar, a título preliminar, que a Comunidade não privilegia qualquer modo de organização da propriedade, seja público ou privado. Com efeito, o artigo 295.º (antigo artigo 222.º) do Tratado garante a neutralidade quanto ao estatuto público ou privado das empresas.
4. Dado o recurso cada vez mais frequente a esta forma de associação com os operadores, nomeadamente para as grandes obras infra-estruturais bem como para certos serviços, a Comissão pensa ser necessário assegurar, através da presente comunicação interpretativa, a informação dos operadores interessados e dos poderes públicos quanto às disposições que considera aplicáveis às concessões, no estado actual do direito comunitário. De facto, a Comissão vê-se repetidamente confrontada com queixas por não respeito do direito comunitário aplicável ao fenómeno das concessões, em operações complexas nas quais os poderes públicos recorrem ao saber-fazer e ao capital dos operadores económicos. Daí que tenha sido levada a precisar o conceito de «concessão» e a fixar as orientações que tem seguido até agora na instrução deste tipo de casos. A presente comunicação interpretativa é, então, um acto de transparência necessário, com vista à clarificação do quadro jurídico actual, à luz da experiência adquirida no tratamento dos casos examinados até este momento.
5. No projecto desta comunicação interpretativa<sup>(3)</sup>, a Comissão indicara a sua intenção de tratar igualmente das

outras formas de parceria utilizadas para recorrer ao financiamento e ao saber-fazer privados. A Comissão renunciou a analisar as formas de parceria que não apresentassem características análogas às da concessão, na acepção da presente comunicação interpretativa, tanto mais que os contributos recebidos se pronunciavam nesse sentido. Com efeito, a riqueza das hipóteses e o seu constante desenvolvimento, patentes nas respostas recebidas ao projecto de comunicação interpretativa, apelam a uma reflexão aprofundada sobre as características comuns a estes fenómenos. Assim, o debate sobre esta questão, resultante da publicação do projecto de comunicação interpretativa, deverá continuar.

6. Os contributos relativos às concessões permitiram à Comissão aperfeiçoar a sua análise e precisar as características próprias das concessões, permitindo distingui-las dos contratos públicos, nomeadamente por força da delegação de serviços de interesse geral operada por este tipo de parceria.
7. A Comissão quer lembrar que o presente texto não pretende interpretar os regimes específicos decorrentes das directivas adoptadas em certos sectores, como, por exemplo, a energia e os transportes.

A presente comunicação interpretativa (a seguir designada por «Comunicação») precisará, por um lado, as regras e os princípios do Tratado que regem todas as formas de concessão e, por outro, as regras específicas que a Directiva 93/37/CEE, sobre as empreitadas de obras públicas<sup>(4)</sup> (a seguir designada por «directiva empreitadas»), prevê para a concessão de obras públicas.

**2. DEFINIÇÃO E PROBLEMÁTICA GERAL DAS CONCESSÕES**

As concessões não são definidas pelo Tratado. A única definição do direito comunitário derivado é a da directiva empreitadas, que prevê um regime específico para a concessão de obras públicas<sup>(5)</sup>. As outras formas de concessão não são, em contrapartida, consideradas pelas directivas relativas aos contratos públicos<sup>(6)</sup>.

Isto não significa, porém, que as concessões escapem às regras e aos princípios do Tratado. Com efeito, na medida em que resultem de actos estatais que tenham por objecto a prestação de actividades económicas ou o fornecimento de bens, as concessões estão sujeitas às disposições pertinentes do Tratado, bem como aos princípios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal na matéria.

A fim de delimitar o âmbito de aplicação da presente comunicação, e antes de precisar o regime aplicável ao fenómeno das concessões, importa esboçar antes de mais os seus traços distintivos. Para o efeito, é útil lembrar a noção de concessão de obras que consta da directiva empreitadas.

## 2.1. CONCESSÃO DE OBRAS

### 2.1.1. Definição da Directiva 93/37/CEE

O legislador comunitário optou por definir a noção de concessão de obras a partir da noção de empreitada de obras públicas.

O texto da directiva empreitadas prevê, com efeito, que as empreitadas de obras públicas «são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante (. . .), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra (. . .), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante» [alínea a) do artigo 1.º].

A alínea d) do artigo 1.º da mesma directiva define a concessão de obras públicas como «um contrato que apresenta as mesmas características que as referidas na alínea a), com excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço».

Desta definição resulta que o principal traço distintivo da noção de concessão de obras reside na atribuição do direito de exploração da obra como contrapartida da construção da mesma; este direito de exploração pode também ser acompanhado de um preço.

### 2.1.2. Delimitação das noções de «contrato público de obras» e de «concessão de obras»

A Comissão considera que o critério do direito de exploração permite deduzir certos indícios para distinguir uma concessão de obras de um contrato público.

Sendo assim, o direito de exploração permite ao concessionário cobrar direitos ao utente da obra (por exemplo, por meio de portagens ou taxas) durante um certo período de tempo. A duração da concessão constitui, desde logo, um elemento im-

portante da remuneração do concessionário. Este último não é, pois, directamente remunerado pela entidade adjudicante, mas obtém desta o direito de receber os rendimentos provenientes da utilização da obra realizada (7).

O direito de exploração implica também a transferência da responsabilidade de exploração, que engloba os aspectos técnicos, financeiros e de gestão da obra. Assim, por exemplo, é ao concessionário que incumbe a tarefa de realizar os investimentos necessários para que a sua obra possa, de forma útil, ser posta à disposição dos utentes. É também sobre ele que recai o peso da amortização da obra. Por outro lado, o concessionário não só assume os riscos ligados a qualquer construção como deverá também suportar os riscos inerentes à gestão e frequência do equipamento (8).

Decorre das considerações precedentes que, numa concessão de obras, os imprevistos inerentes à exploração são transferidos para o concessionário (9).

A Comissão verifica que há cada vez mais casos de contratos públicos de obras que são objecto de suportes jurídicos complexos (10). Daí que a fronteira entre estes suportes e a concessão de obras públicas possa ser, por vezes, difícil de traçar.

Para a Comissão, está-se em presença de contratos públicos de obras na acepção do direito comunitário quando o custo da obra for suportado principalmente pela entidade adjudicante e o adjudicatário se remunerar apenas por meio de direitos cobrados directamente aos utentes da obra.

O facto de a directiva permitir que o direito de exploração seja acompanhado de um preço não altera esta análise. Trata-se de uma hipótese que existe na prática. Sendo assim, pode acontecer que o Estado suporte parcialmente o custo de exploração da concessão a fim de reduzir o preço a pagar pelo utilizador (prática dos «preços sociais») (11). Esta intervenção pode revestir diferentes modalidades (montante fixo global garantido, montante fixo mas pago em função do número de utentes, etc.). Estas intervenções não modificam necessariamente a natureza do contrato se o preço pago cobrir apenas uma parte do custo da obra e da sua exploração.

Com efeito, incluem-se sempre na definição de concessão as hipóteses em que o Estado paga um preço em contrapartida das obras realizadas, desde que esse preço não elimine o risco inerente à exploração. Ao precisar que o direito de exploração pode ser acompanhado do pagamento de um preço, a directiva empreitadas indica que a remuneração do concessionário deve provir da exploração.

Ainda que, na maior parte dos casos, a origem dos recursos — cobrados directamente ao utente da obra — seja um elemento significativo, é a presença do risco de exploração, ligada ao investimento realizado ou aos capitais investidos, que é determinante, especialmente quando a entidade concedente paga um preço.

É verdade que mesmo no âmbito dos contratos públicos pode haver, em certos casos, uma parte do risco a cargo do adjudicatário <sup>(12)</sup>. No entanto, os imprevistos inerentes à montagem financeira da operação, que poderíamos classificar como «risco económico», são próprios do fenómeno das concessões. Com efeito, este tipo de risco, que depende estreitamente dos rendimentos que o concessionário possa obter da frequência <sup>(13)</sup>, constitui um elemento distintivo importante entre as concessões e os contratos públicos.

Em conclusão, o direito de exploração é acompanhado da transferência para o concessionário dos imprevistos inerentes a essa mesma exploração; a repartição dos riscos entre concedente e concessionário efectua-se caso a caso, em função das respectivas capacidades de gestão mais eficaz dos riscos em questão.

Se os poderes públicos assumirem os imprevistos inerentes à gestão da obra, assegurando, por exemplo, o reembolso dos financiamentos, falta o elemento de risco. Neste caso, a Comissão considera que se trata de um contrato público de obras e não de uma concessão <sup>(14)</sup>.

## 2.2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS

Nos termos do seu artigo 1.º, a Directiva 92/50/CEE, relativa aos contratos públicos de serviços (a seguir designada por «directiva serviços»), aplica-se aos «contratos públicos de serviços», definidos como «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, com excepção de (...)».

Contrariamente à directiva empreitadas, a directiva serviços não contém qualquer definição da noção de concessão de serviços <sup>(15)</sup>.

Apenas no intuito de distinguir o fenómeno económico da concessão de serviços da noção de contrato público de serviços, e de delimitar, assim, o âmbito de aplicação da presente comunicação, importa identificar os traços essenciais do referido fenómeno.

Para este fim, parece oportuno ter como base elementos que se inspirem na noção supracitada de concessão de obras e que tenham em conta tanto a jurisprudência do Tribunal a este propósito <sup>(16)</sup> como a *opinio juris* <sup>(17)</sup>.

O objecto das concessões de obras é, teoricamente, diferente do das concessões de serviços, o que pode determinar diferenças em termos de investimento e de duração entre os dois tipos de concessão. No entanto, considerando os critérios supracitados, um contrato de concessão reveste-se, em geral, das mesmas características, qualquer que seja o objecto sobre o qual incide.

Efectivamente, tal como para as concessões de obras, o critério da exploração constitui uma característica essencial para deter-

minar se se está em presença de uma concessão de serviços. <sup>(18)</sup>. Segundo este critério, uma concessão existe quando o operador suporta os riscos ligados ao serviço em causa (estabelecimento do serviço e sua exploração), sendo remunerado pelo utente, nomeadamente através da cobrança de taxas, sob qualquer forma que seja. O modo de remuneração do operador é, como na concessão de obras, um elemento que permite determinar a assunção do risco de exploração.

Tal como a concessão de obras, a concessão de serviços caracteriza-se por uma transferência da responsabilidade de exploração.

Por fim, a concessão de serviços incide normalmente sobre actividades que, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelas regras a que estão sujeitas, são susceptíveis de decorrer da competência do Estado e para as quais poderão existir direitos exclusivos ou especiais <sup>(19)</sup>.

Por outro lado, convém lembrar que, no acórdão Lottomatica já referido, o Tribunal distinguiu claramente uma transferência de responsabilidade para o concessionário no que diz respeito às operações do jogo do loto, susceptíveis de serem qualificadas como actividades decorrentes da competência do Estado na aceção indicada, do simples fornecimento de sistemas informáticos à administração. O Tribunal concluiu, naquele caso, que, na ausência dessa transferência, se estava em presença de um contrato público.

## 2.3. DELIMITAÇÃO ENTRE CONCESSÃO DE OBRAS E CONCESSÃO DE SERVIÇOS

Dado que só a Directiva 93/37/CEE prevê um regime especial respeitante aos procedimentos a seguir na adjudicação de uma concessão de obras, é útil determinar quando se está em presença de uma concessão desse tipo, sobretudo se se tratar de um contrato misto que inclua também um aspecto de prestação de serviços. Aliás, na prática, é quase sempre o que acontece, visto que o concessionário de obras públicas presta muitas vezes um serviço ao utente com base na obra que realizou.

Em matéria de delimitação do âmbito de aplicação das disposições das directivas empreitadas e serviços, o considerando 16 desta última especifica que se as obras forem acessórias e não constituírem o objecto do contrato, não podem justificar a classificação do contrato como contrato público de obras. Estas disposições foram interpretadas pelo Tribunal de Justiça, no processo *Gestión Hotelera Internacional*, no qual o Tribunal declarou que «quando as obras (...) tenham apenas carácter acessório em relação ao objecto principal da adjudicação, a totalidade da adjudicação não pode ser qualificada como empreitada de obras públicas» <sup>(20)</sup>. O problema dos contratos mistos foi também abordado pelo Tribunal de Justiça noutro processo <sup>(21)</sup>, do qual resulta que quando um contrato contém dois objectos dissociáveis (por exemplo, fornecimentos e serviços), convém aplicar a cada um as respectivas regras específicas.

Se bem que estes princípios tenham sido desenvolvidos a propósito dos contratos públicos, a Comissão considera que convém adoptar uma abordagem análoga para determinar se uma concessão estará ou não sujeita à directiva empreitadas. Com efeito, o âmbito de aplicação *ratione materiae* desta última é o mesmo, quer se trate de um contrato e obras ou de uma concessão de obras <sup>(22)</sup>.

Segundo a Comissão, trata-se então antes de mais de saber se o objecto principal do contrato incide sobre a construção de uma obra ou sobre a execução e realização de obras por conta do concedente, ou se, pelo contrário, essas obras ou a construção dessa obra serão apenas acessórias relativamente ao objecto principal do contrato.

Se o contrato incidir, a título principal, sobre a construção de uma obra por conta do concedente, trata-se, segundo a Comissão, de uma concessão de obras.

Neste caso, o regime previsto na directiva empreitadas deve aplicar-se, desde que seja atingido o seu limiar de aplicação (5 000 000 de euros), mesmo que haja aspectos relacionados com serviços. O facto de as obras serem, de facto, realizadas por terceiros não altera a natureza do contrato de base. O objecto do contrato permanece idêntico.

Pelo contrário, um contrato de concessão que inclua a realização de obras apenas a título acessório, ou que incida unicamente sobre a exploração de uma obra existente, será interpretado como uma concessão de serviços.

Por outro lado, também é possível encontrar, na prática, operações que incluam tanto a realização de uma obra ou de obras como a prestação de serviços. Assim, à margem de uma concessão de obras, podem ser celebradas concessões de serviços para actividades complementares mas independentes da exploração da concessão da obra. A título de exemplo, os serviços de restauração de uma auto-estrada podem ser objecto de uma concessão de serviços diferente da concessão de construção ou de gestão da auto-estrada. Segundo a Comissão, desde que os objectos destes contratos sejam dissociáveis, aplicar-se-ão respectivamente as regras relativas a cada um destes tipos de contrato.

#### 2.4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA PRESENTE COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA

Como foi indicado acima, as concessões, mesmo que não sejam abrangidas pelas directivas dos contratos públicos, estão submetidas às regras e aos princípios do Tratado, na medida em que são adjudicadas através de actos imputáveis ao Estado e têm por objecto a prestação de actividades económicas.

Com efeito, seja contratual ou unilateral, qualquer acto estatal <sup>(23)</sup> que fixe as condições a que uma prestação de actividades se encontre sujeita, deverá apreciar-se à luz das regras e dos princípios do Tratado, muito especialmente dos previstos nos artigos 43.º a 55.º (antigos artigos 52.º a 66.º) <sup>(24)</sup>.

Assim, são visados pela presente comunicação os actos imputáveis ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confie a um terceiro — quer através de um acto contratual quer através de um acto unilateral que tenha obtido o consentimento deste terceiro — a gestão total ou parcial de serviços que decorram normalmente das suas competências e em relação aos quais este terceiro assumira os riscos de exploração. Estes serviços só são visados pela presente comunicação no caso de serem interpretados como uma prestação de actividades económicas, na acepção dos artigos 43.º a 55.º (antigos artigos 52.º a 66.º) do Tratado.

Estes actos estatais serão designados a seguir pelo termo «concessões», independentemente da sua qualificação jurídica no direito nacional.

Tendo em conta o exposto, e sem prejuízo das disposições de direito comunitário que possam ser aplicáveis, a presente comunicação não visa:

— os actos pelos quais uma autoridade pública confira uma habilitação ou outorgue uma autorização para o exercício de uma actividade económica, mesmo que estes actos sejam qualificados como concessões em alguns Estados-Membros <sup>(25)</sup>,

— os actos que visem actividades de carácter não económico, como a escolarização obrigatória ou a segurança social.

No entanto, deve salientar-se que quando uma concessão chega ao seu termo, a sua renovação equivale a uma nova concessão e, portanto, estará coberta pela presente comunicação.

Põe-se um problema especial quando existe, entre o concessionário e o concedente, uma forma de delegação interorgânica que não sai da esfera administrativa da entidade adjudicante <sup>(26)</sup>. A questão de saber se e em que medida o direito comunitário se aplica a este tipo de relações foi abordada pelo Tribunal <sup>(27)</sup>. No entanto, outros processos actualmente pendentes no Tribunal poderão trazer elementos complementares quanto a isto <sup>(28)</sup>.

Por outro lado, as relações entre poderes públicos e empresas públicas encarregadas de missões de interesse económico geral são, em princípio, visadas pela presente comunicação <sup>(29)</sup>. É verdade que, segundo jurisprudência constante do Tribunal <sup>(30)</sup>, não há nada no Tratado que se oponha a que os Estados-Membros, por considerações de interesse público, de natureza não económica, subtraíam ao jogo da concorrência alguns serviços de interesse geral, conferindo-lhes direitos exclusivos <sup>(31)</sup>. Porém, o Tribunal acrescenta que as modalidades de organização e o exercício de um monopólio assim criado não devem atentar contra as disposições do Tratado em matéria de livre circulação de mercadorias e de serviços, bem como contra as regras da concorrência <sup>(32)</sup>. De igual modo, as modalidades segundo as quais estes direitos exclusivos são outorgados estão submetidas às regras do Tratado e são, assim, susceptíveis de entrar no âmbito de aplicação da presente comunicação.

### 3. REGIME APLICÁVEL ÀS CONCESSÕES

Como foi referido acima, só as concessões de obras que atinjam o limiar fixado pela Directiva 93/37/CEE (5 000 000 de euros) são objecto de um regime específico.

Contudo, como qualquer acto estatal que fixe as condições a que uma prestação de actividades económicas se encontra sujeita, as concessões são sujeitas ao disposto nos artigos 28.º a 30.º (antigos artigos 30.º a 36.º) e 43.º a 55.º (antigos artigos 52.º a 66.º) do Tratado ou aos princípios consagrados pela jurisprudência do Tribunal<sup>(33)</sup>. Trata-se, nomeadamente, dos princípios da não-discriminação, da igualdade de tratamento, da transparência, do reconhecimento mútuo e da proporcionalidade<sup>(34)</sup>.

O Tratado não restringe a liberdade de um Estado-Membro recorrer a concessões, desde que as modalidades de adjudicação sejam compatíveis com o direito comunitário.

Como resulta da jurisprudência do Tribunal, mesmo se, por força do Tratado, os Estados-Membros mantêm a liberdade de fixar regras materiais e processuais, devem, no entanto, respeitar todas as disposições pertinentes do direito comunitário, nomeadamente as proibições que decorrem dos princípios consagrados no Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços<sup>(35)</sup>. Por outro lado, o Tribunal sublinhou a importância dos princípios e das regras decorrentes do Tratado, especificando nomeadamente que as directivas relativas aos contratos públicos visam, por um lado, «facilitar a realização efectiva no interior da Comunidade da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços» e, por outro, «garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector dos contratos de empreitadas e de fornecimentos de direito público»<sup>(36)</sup>.

Alguns Estados-Membros consideraram, por vezes, que a adjudicação de uma concessão escapava às regras do Tratado por se tratar de uma delegação de um serviço prestado ao público que apenas podia ser efectuada numa base de confiança recíproca (*intuitu personae*). Resulta do Tratado e da jurisprudência constante do Tribunal que as únicas razões pelas quais os actos estatais que se interpretam como violações dos artigos 43.º e 49.º (antigos artigos 52.º e 59.º) do Tratado podem subtrair-se à proibição deles constante são as referidas nos artigos 45.º e 55.º (antigos artigos 55.º e 66.º), cujas condições de aplicação, muito restritivas, enunciadas pelo Tribunal serão explicitadas mais adiante<sup>(37)</sup>. Não há, no Tratado ou na jurisprudência do Tribunal, nada que permita considerar que o mesmo não se aplica às concessões.

A Comissão lembra a seguir as regras do Tratado e os princípios decorrentes da jurisprudência do Tribunal aplicáveis às concessões visadas pela presente comunicação.

#### 3.1. REGRAS E PRINCÍPIOS DO TRATADO OU ENUNCIADOS PELO TRIBUNAL

Como já foi mencionado, o Tratado não visa expressamente os contratos públicos nem as concessões. Todavia, várias das suas

disposições são pertinentes. Trata-se das regras do Tratado que instituem e garantem o bom funcionamento do mercado único, a saber:

- as regras que proíbem toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade (artigo 12.º, n.º 1, antigo artigo 6.º, n.º 1),
- as regras relativas à livre circulação de mercadorias (artigos 28.º, antigo artigo 30.º, e seguintes), à liberdade de estabelecimento (artigos 43.º, antigo artigo 52.º, e seguintes) e à livre prestação de serviços (artigos 49.º, antigo artigo 59.º, e seguintes), bem como as excepções a estas regras previstas nos artigos 30.º, 45.º e 46.º (antigos artigos 36.º, 55.º e 56.º)<sup>(38)</sup>,
- as disposições do artigo 86.º (antigo artigo 90.º) do Tratado podem também servir de guia na determinação da legitimidade para a atribuição de direitos.

Estas regras e os princípios delas decorrentes desenvolvidos pelo Tribunal são explicitados a seguir.

É verdade que a jurisprudência citada diz respeito, em parte, aos contratos públicos. Todavia, não é menos certo que os princípios que dela decorrem têm muitas vezes um alcance que não se limita ao âmbito dos contratos públicos, sendo portanto igualmente aplicáveis a outras situações, como as concessões.

#### 3.1.1. Igualdade de tratamento

Segundo a jurisprudência constante do Tribunal, «o princípio geral de igualdade de tratamento, cuja interdição de discriminação em razão da nacionalidade é apenas uma expressão específica, é um dos princípios fundamentais do direito comunitário. Este princípio impõe que não se tratem de forma diferente situações análogas, a menos que a diferença de tratamento se justifique por razões objectivas»<sup>(39)</sup>.

Por outro lado, o Tribunal precisou que o princípio da igualdade de tratamento, de que os artigos 43.º (antigo artigo 52.º) e 49.º (antigo artigo 59.º) do Tratado constituem um afloramento especial, proíbe «não só as discriminações ostensivas em razão da nacionalidade (...) mas ainda qualquer forma de discriminação dissimulada que, mediante a aplicação de outros critérios de distinção, conduza efectivamente ao mesmo resultado»<sup>(40)</sup>.

O princípio da igualdade de tratamento implica, nomeadamente, que as regras do jogo devem ser conhecidas por todos os potenciais concessionários e devem aplicar-se de igual forma a todos eles. Resulta da jurisprudência do Tribunal, em especial do acórdão Raulin<sup>(41)</sup>, bem como do acórdão Parlamento/Conselho<sup>(42)</sup>, que o respeito do princípio da igualdade de tratamento exige não apenas a fixação de condições não discriminatórias de acesso a uma actividade económica mas também que as autoridades públicas tomem todas as medidas susceptíveis de assegurar o exercício dessa actividade.

A Comissão considera que decorre desta jurisprudência que o princípio da concorrência deve ser respeitado.

Nos acórdãos *Storebaelt* e *Bus Wallons*, o Tribunal teve ocasião de precisar o alcance do princípio da igualdade de tratamento em matéria de contratos públicos, afirmando, por um lado, que o respeito do princípio da igualdade de tratamento exige que todas as propostas sejam conformes com as prescrições do caderno de encargos, a fim de garantir uma comparação objectiva entre essas mesmas propostas <sup>(43)</sup>, e, por outro lado, que quando uma entidade adjudicante toma em consideração uma alteração introduzida nas propostas iniciais por um só concorrente, este fica em vantagem em relação aos outros concorrentes, o que contraria o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes e lesa a transparência do processo. Além disso, o Tribunal constata que «o procedimento de comparação das propostas deve pois respeitar, em todas as suas fases, tanto o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes como o da transparência, a fim de que todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas» <sup>(44)</sup>.

O Tribunal precisou, assim, nessa jurisprudência relativa à aplicação das directivas, que o princípio da igualdade de tratamento entre concorrentes não depende de uma eventual discriminação em razão da sua nacionalidade ou de outros critérios de distinção.

A aplicação deste princípio às concessões (que, obviamente, só é possível quando a entidade adjudicante negocia com vários concessionários potenciais) permite que o concedente escolha o procedimento de adjudicação mais apropriado, nomeadamente em função das características do sector em causa, e fixe os requisitos a satisfazer pelos candidatos durante as diversas fases de um processo <sup>(45)</sup>. Contudo, implica que a escolha do ou dos candidatos deve processar-se com base em critérios objectivos e que o processo deve desenrolar-se no respeito das regras e dos requisitos fundamentais que o referido concedente tiver fixado à partida <sup>(46)</sup>. Na hipótese de essas regras não terem sido fixadas, a aplicação do princípio da igualdade de tratamento exige, em todo o caso, que a escolha dos candidatos se faça de maneira objectiva.

Assim, há que considerar como contrárias às regras supracitadas do Tratado e ao princípio da igualdade de tratamento, designadamente, disposições que reservem a adjudicação de contratos públicos exclusivamente a empresas em que o Estado ou o sector público detenham, directa ou indirectamente, uma participação maioritária ou total <sup>(47)</sup>, práticas que permitam a aceitação de propostas não conformes com o caderno de encargos ou alteradas após a sua abertura, bem como a consideração de variantes quando essa possibilidade não esteja prevista no projecto inicial. Além disso, em negociações que possam ter lugar, o projecto inicial não poderá ser desvirtuado em relação aos critérios e aos requisitos fixados no início do processo.

Por outro lado, quando, em determinados casos, o concedente não tiver a possibilidade de definir as suas necessidades em termos técnicos suficientemente precisos, irá então procurar

propostas alternativas susceptíveis de darem diferentes soluções a um problema expresso em termos gerais. Contudo, nesta eventualidade, o caderno de encargos deve sempre, para garantir uma concorrência sã e eficaz, apresentar de forma não discriminatória e objectiva o que é solicitado aos candidatos e sobretudo as modalidades da abordagem a seguir na preparação das respectivas propostas. Deste modo, cada um dos candidatos conhece antecipadamente a possibilidade de prever soluções técnicas diferentes. De uma forma mais geral, o caderno de encargos não deve compreender elementos contrários às regras e aos princípios do Tratado supracitados. As necessidades do concedente podem também ser determinadas em colaboração com empresas do sector, na medida em que essa colaboração não tenha por efeito impedir a concorrência.

### 3.1.2. **Transparência**

A Comissão lembra que, na sua jurisprudência, o Tribunal sublinhou a relação entre o princípio da transparência e o princípio da igualdade de tratamento, cujo efeito útil visa garantir ou assegurar condições de concorrência não falseadas <sup>(48)</sup>.

A Comissão constata que existem regras ou práticas administrativas, seguidas em matéria de concessões praticamente na totalidade dos Estados-Membros, prevendo que as entidades que pretendam confiar a gestão de uma actividade económica a um terceiro devam, a fim de garantir um mínimo de transparência, tornar pública a sua intenção, segundo modalidades apropriadas.

Como o Tribunal confirmou em jurisprudência mais recente, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade implica uma obrigação de transparência, para permitir à entidade adjudicante garantir o respeito desse princípio <sup>(49)</sup>.

A transparência pode ser assegurada através de qualquer meio adequado, incluindo a publicidade, em função e para ter em conta as especificidades dos sectores em causa <sup>(50)</sup>. Estas formas de publicidade contêm, em geral, as informações necessárias para que os potenciais concessionários possam decidir se estão interessados em participar no processo (por exemplo, critérios de selecção e de adjudicação, etc.). Essas informações incluem o objecto da concessão, bem como a natureza e o âmbito das prestações esperadas por parte do concessionário.

A Comissão considera que, nestas condições, a obrigação de transparência é respeitada.

### 3.1.3. **Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade é reconhecido por jurisprudência constante do Tribunal «como fazendo parte dos princípios gerais do direito comunitário». <sup>(51)</sup> Este princípio impõe-se igualmente às entidades nacionais competentes na aplicação do direito comunitário <sup>(52)</sup>, mesmo quando disponham de uma larga margem discricionária <sup>(53)</sup>.

O princípio da proporcionalidade exige que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz do objectivo a alcançar <sup>(54)</sup>. Com efeito, na escolha das medidas a tomar, um Estado-Membro deve recorrer às que comportarem o menor grau de perturbação para o exercício de uma actividade económica <sup>(55)</sup>.

Aplicado às concessões, este princípio, deixando às entidades concedentes a faculdade de definir, nomeadamente em termos de desempenhos e especificações técnicas, o objectivo a atingir, exige todavia que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz do objectivo traçado.

Assim, por exemplo, um Estado-Membro não poderá exigir, aquando da selecção dos candidatos, habilitações técnicas, profissionais ou financeiras desproporcionadas e excessivas em relação ao objecto da concessão.

O princípio da proporcionalidade exige também que se concilie concorrência e equilíbrio financeiro; a duração da concessão deve, então, ser fixada de forma a não restringir ou limitar a livre concorrência para lá do necessário à garantia de amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos <sup>(56)</sup>, mantendo, ao mesmo tempo, para o concessionário, um risco inerente à exploração.

#### 3.1.4. Reconhecimento mútuo

O princípio do reconhecimento mútuo foi definido pelo Tribunal e precisado gradualmente em jurisprudência abundante em matéria de livre circulação de mercadorias, pessoas e serviços. De acordo com este princípio, um Estado-Membro é obrigado a aceitar os produtos e serviços fornecidos por operadores económicos de outros países da Comunidade, na medida em que esse produtos e serviços satisfaçam, de forma equivalente, os objectivos legítimos visados pelo Estado-Membro destinatário <sup>(57)</sup>.

A aplicação deste princípio às concessões implica, nomeadamente, que o Estado-Membro onde a prestação tem lugar seja obrigado a aceitar as especificações técnicas, os controlos, bem como os títulos, certificados e habilitações exigidos noutro Estado-Membro, na medida em que os mesmos sejam reconhecidos como equivalentes aos requeridos pelo Estado-Membro destinatário da prestação <sup>(58)</sup>.

#### 3.1.5. Excepções previstas pelo Tratado

Só podem ser impostas restrições à livre circulação de mercadorias, à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços quando as mesmas sejam justificadas por uma das razões indicadas nos artigos 30.º, 45.º, 46.º e 55.º (antigos artigos 36.º, 55.º, 56.º e 66.º) do Tratado.

No que respeita, em especial, ao artigo 45.º, antigo artigo 55.º (que permite restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços das actividades ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública), o Tribunal sublinhou repetidamente <sup>(59)</sup> que, «enquanto derrogação da regra fundamental de liberdade de estabelecimento, o artigo 55.º (actual artigo 45.º) do Tratado deve ser interpretado de uma

forma que limite o seu alcance ao estritamente necessário para salvaguardar os interesses que esta disposição permite aos Estados-Membros proteger». Esta excepção deve limitar-se às restrições relativas às actividades referidas pelos artigos 43.º e 49.º (antigos artigos 52.º e 59.º), que comportam, por si mesmas, uma participação directa e específica no exercício da autoridade pública <sup>(60)</sup>.

Por conseguinte, o alcance da excepção introduzida pelo artigo 45.º (antigo artigo 55.º) deve limitar-se aos casos em que o concessionário participe directa e especificamente no exercício da autoridade pública.

Assim, as actividades exercidas por força de uma obrigação ou exclusividade estabelecidas por lei ou qualificadas pelas entidades nacionais competentes como sendo de interesse público não são automaticamente abrangidas por essa excepção <sup>(61)</sup>. É um facto que qualquer actividade delegada pelos poderes públicos tem, em princípio, uma conotação de utilidade pública, o que não significa que faça necessariamente parte do exercício da autoridade pública.

A título de exemplo, o Tribunal de Justiça afastou a aplicação da excepção do artigo 45.º (antigo artigo 55.º) com base em constatações como:

- a entidade pública mantinha o controlo sobre as actividades transferidas e dispunha de meios úteis para garantir a salvaguarda dos interesses a seu cargo <sup>(62)</sup>,
- as actividades transferidas eram de natureza técnica e, portanto, alheias ao exercício da autoridade pública <sup>(63)</sup>.

Como foi definido atrás, o princípio da proporcionalidade impõe que qualquer medida que restrinja o exercício das liberdades previstas nos artigos 43.º e 49.º (antigos artigos 52.º e 59.º) seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz dos objectivos prosseguidos <sup>(64)</sup>. O que implica, nomeadamente, que, na escolha das medidas susceptíveis de garantir a realização do objectivo prosseguido, o Estado-Membro deve privilegiar as que impliquem o menor número de entraves ao exercício dessas liberdades <sup>(65)</sup>.

Além disso, no âmbito da livre prestação de serviços, o Estado-Membro de acolhimento deve verificar se o interesse a salvaguardar não está já salvaguardado nas regras a que candidato está sujeito no Estado-Membro onde normalmente exerce a sua actividade.

#### 3.1.6. Protecção dos direitos dos particulares

Em jurisprudência constante relativa às liberdades fundamentais do Tratado, o Tribunal afirma que as decisões de recusa ou rejeição devem ser fundamentadas e poder ser objecto de recursos jurisdicionais por parte dos seus destinatários <sup>(66)</sup>.

Estes requisitos são de aplicação geral, visto que decorrem, como precisou o Tribunal, das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e consagradas na Convenção europeia dos Direitos do Homem <sup>(67)</sup>.

São, pois, igualmente aplicáveis aos particulares que entendam ter sido lesados aquando da adjudicação de uma concessão na aceção da presente comunicação.

### 3.2. REGIME ESPECÍFICO DA DIRECTIVA 93/37/CEE PARA AS CONCESSÕES DE OBRAS

A Comissão considera útil lembrar que as regras e os princípios que explicitou acima são aplicáveis às concessões de obras. No entanto, para estas últimas a Directiva 93/37/CEE prevê também um regime específico, que contém, nomeadamente, regras de publicidade.

Fica implícito que, às concessões que não atinjam o limiar previsto pela Directiva 93/37/CEE, apenas se aplicam as regras e os princípios do Tratado.

#### 3.2.1. Fase a montante: escolha do concessionário

##### 3.2.1.1. Regras de publicidade e transparência

No que respeita às concessões de obras, as entidades adjudicantes são obrigadas a publicar um anúncio de concessão no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de acordo com o modelo previsto na Directiva 93/37/CEE, com vista a abrir o respectivo contrato à concorrência a nível europeu <sup>(68)</sup>.

A Comissão deparou-se com o problema da adjudicação de concessões entre entidades públicas. Alguns Estados-Membros parecem ter considerado que as disposições da Directiva 93/37/CEE aplicáveis às concessões de obras, não se aplicavam aos contratos celebrados entre uma colectividade pública e uma pessoa colectiva de direito público

Contudo, a Directiva 93/37/CEE impõe publicidade prévia à adjudicação de qualquer contrato de concessão de obras públicas, quer o concessionário potencial seja público ou privado. Aliás, o n.º 3 do artigo 3.º da Directiva 93/37/CEE prevê expressamente que o concessionário possa ser uma das entidades referidas na directiva, o que implica ainda que este tipo de relação seja sujeito, a montante, a uma publicação, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º dessa mesma directiva.

##### 3.2.1.2. Escolha do tipo de processo

No que respeita às concessões de obras, o concedente poderá escolher livremente o processo mais apropriado, nomeadamente optar por um processo negociado.

#### 3.2.2. Fase a jusante: contratos celebrados pelo titular do contrato <sup>(69)</sup>

A Directiva 93/37/CEE definiu algumas regras, no que respeita aos contratos celebrados pelo concessionário de obras públicas, para obras cujo valor seja igual ou superior a 5 000 000 de euros. Porém, essas regras variam em função do tipo de concessionário.

Se o concessionário for ele próprio uma entidade adjudicante na aceção da directiva, os contratos para a execução dessas obras devem ser adjudicados no pleno respeito de todas as disposições previstas na mesma directiva em matéria de empreitadas de obras pública <sup>(70)</sup>.

Se o concessionário não for ele próprio uma entidade adjudicante, a directiva impõe unicamente o respeito de algumas regras de publicidade. Todavia, estas regras não se aplicam quando o concessionário celebrar contratos de empreitadas de obras com empresas associadas, na aceção do n.º 4 do artigo 3.º da mesma directiva. A directiva estabelece ainda que a lista exaustiva dessas empresas deva ser anexada à candidatura à concessão e actualizada em seguida, de acordo com as alterações que ocorram posteriormente nos vínculos existentes entre as empresas. Uma vez que se trata de uma lista exaustiva, o concessionário não poderá invocar que as regras de publicidade não se aplicam na celebração de um contrato de obras com uma empresa que não conste da lista supracitada.

Por conseguinte, seja ou não uma entidade adjudicante, na aceção da directiva, o concessionário terá sempre de dar a conhecer, a nível comunitário, a sua intenção de celebrar um contrato de obras com um terceiro.

Finalmente, a Comissão considera que um Estado-Membro desrespeita as disposições da Directiva 93/37/CEE em matéria de obras executadas por terceiros quando utiliza, como intermediária, uma empresa associada para atribuir contratos de obras a empresas terceiras, sem lançar qualquer concurso.

#### 3.2.3. Regras aplicáveis aos recursos

Segundo o artigo 1.º da Directiva 89/665/CEE «os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que (...) as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível», nas condições enunciadas na directiva «com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público (...) ou as normas nacionais que transpõem esse direito». Esta disposição da directiva é aplicável às concessões de obras <sup>(71)</sup>.

Além disso, a Comissão lembra também os requisitos do n.º 7 do artigo 2.º da Directiva 89/665/CEE, segundo o qual «os Estados-Membros garantirão que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser executadas de modo eficaz».

Isto implica que os Estados-Membros devem abster-se de qualquer medida material ou processual que possa privar os mecanismos instituídos nesta directiva de qualquer efeito útil.

Relativamente aos concessionários que sejam eles próprios entidades adjudicantes, além das obrigações já referidas anteriormente, os respectivos contratos públicos estão sujeitos à obrigação de fundamentação prevista no artigo 8.º da Directiva 93/37/CEE, que impõe à entidade adjudicante que fundamente a sua decisão, no prazo de 15 dias, bem como às vias de recurso previstas na Directiva 89/665/CEE.

### 3.3. CONCESSÃO NOS SECTORES ESPECIAIS

A Directiva 93/38/CEE, relativa aos contratos adjudicados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (a seguir designada por «directiva sectores especiais») não contém regras específicas sobre as concessões de obras nem sobre as concessões de serviços.

Para determinar as regras aplicáveis, a personalidade jurídica do concedente bem como a sua actividade são elementos decisivos. Podem considerar-se várias situações.

O primeiro caso é o da adjudicação, pelo Estado ou outra colectividade pública que não opere especificamente num dos quatro sectores previstos pela directiva sectores especiais, de uma concessão que tenha por objecto uma actividade económica num desses quatro sectores. A esta adjudicação aplicam-se as regras e princípios do Tratado descritos acima, e também a directiva empreitadas, se se tratar de uma concessão de obras.

O segundo caso é o de uma entidade pública, que opere especificamente num dos sectores previstos pela directiva sectores especiais, que decida adjudicar uma concessão. As regras e princípios do Tratado são, assim, aplicáveis, na medida em que o concedente é uma entidade pública. Mesmo quando se trate de uma concessão de obras, apenas são aplicáveis as

regras e princípios do Tratado, dado que a directiva empreitadas não se aplica à adjudicação de concessões por uma entidade que opere especificamente nos sectores cobertos pela Directiva 93/38/CEE.

Finalmente, no caso de o concedente ser uma entidade privada, esta não estará sujeita às regras nem aos princípios acima descritos <sup>(7)</sup>.

A Comissão está confiante de que a publicação da presente comunicação contribuirá para a clarificação das regras do jogo e para a abertura à concorrência dos contratos, no domínio das concessões.

Além disso, a Comissão faz questão de sublinhar que o esforço de transparência que representa a publicação da presente comunicação não prejudica, porém, uma eventual proposta legislativa em matéria de concessões, se tal vier a revelar-se necessário para reforçar a segurança jurídica.

Finalmente, os elementos susceptíveis de decorrer actualmente das regras do Tratado e das directivas, bem como da jurisprudência, poderão ser ainda mais desenvolvidos pelo Tribunal, que aprecia neste momento questões prejudiciais <sup>(7)</sup>. A presente comunicação poderá então ser completada oportunamente, para incluir esses novos elementos.

(1) JO C 94 de 7.4.1999, p. 4.

(2) A Comissão faz questão de expressar os seus agradecimentos aos operadores económicos, representantes de interesses colectivos, autoridades públicas e cidadãos, cujo contributo permitiu enriquecer a presente comunicação.

(3) Ver também o ponto 2.1.2.4 da comunicação da Comissão sobre «Os contratos públicos na União Europeia», COM(1998) 143, adoptada em 11 de Março de 1998.

(4) Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199 de 9.8.1993, p. 54).

(5) Directiva 93/37/CEE, supracitada.

(6) Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209 de 24.7.1992, p. 1); Directiva 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 de 9.8.1993, p. 1); Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199 de 9.8.1993, p. 84).

(7) O exemplo mais conhecido de concessão de obras públicas é o contrato pelo qual o Estado atribui a uma sociedade o direito de construir e de explorar uma auto-estrada, permitindo-lhe que se remunere através da cobrança de portagens ao utente.

(8) A verificação deverá ser feita caso a caso, tendo em conta vários elementos, tais como o objecto, a duração e o montante do contrato, a capacidade económica e financeira do concessionário, bem como qualquer outro elemento útil que permita determinar que o concessionário suporta efectivamente um risco.

(9) Se o reembolso dos financiamentos fosse assegurado pela entidade adjudicante, sem consideração de qualquer imprevisto inerente à gestão da obra, faltaria o elemento de risco e o contrato deveria ser qualificado como contrato de obras e não como concessão. Além disto, se o concessionário receber, directa ou indirectamente, durante o contrato ou mesmo após a sua expiração, uma remuneração (sob a forma de reembolso, cobertura dos prejuízos etc.) além da relacionada com a exploração, o contrato deixará de poder ser qualificado como concessão. Nesta situação, a compatibilidade do financiamento ulterior deverá ser apreciada à luz de toda e qualquer disposição comunitária pertinente.

(10) Assim, a título de exemplo, a Comissão já teve conhecimento de casos em que um consórcio composto de empreiteiros e de bancos se comprometia a realizar uma obra destinada a satisfazer as necessidades da entidade adjudicante, em troca do reembolso pela mesma entidade do empréstimo contraído pelos empreiteiros junto dos bancos, acompanhado de um benefício para os parceiros privados. A Comissão interpretou esta situação como um caso de contrato público, dado que o consórcio não se dedicava a nenhuma exploração e não suportava, pois, qualquer risco que daí adviesse.

A Comissão chegou à mesma conclusão noutro caso em que, não obstante uma aparência de exploração pelo parceiro privado que realizava as obras, este beneficiava, na realidade, de uma garantia, dada pelos poderes públicos, de ser indemnizado em condições tais que os riscos inerentes à exploração eram afinal assumidos por esses mesmos poderes públicos.

(11) Por exemplo, quando as portagens de uma auto-estrada são fixadas pelo Estado a um nível que não permite cobrir o custo de exploração.

(12) Por exemplo, o risco resultante de alterações, durante a execução do contrato, do contexto regulamentar (em termos, por exemplo, de protecção ambiental, impondo mudanças na obra, ou a nível fiscal, comprometendo o equilíbrio financeiro do contrato) ou o risco de obsolescência técnica. Aliás, este tipo de riscos é mais susceptível de se verificar no quadro de uma concessão, dado que esta, normalmente, se estende por um período de tempo relativamente longo (a propósito da duração da concessão, ver ponto 3.1.3).

(13) Convém assinalar que mesmo na hipótese de portagens fictícias, isto é, suportadas pelo concedente, o risco económico permanecerá se a remuneração depender da taxa de frequênciação.

- (14) Num caso instruído pela Comissão, não obstante uma aparência de exploração, o parceiro privado beneficiava de uma garantia, dada pelos poderes públicos, de ser indemnizado em condições tais que os riscos inerentes à exploração eram de facto assumidos por esses mesmos poderes públicos.
- (15) A ausência de referência à noção de concessão de serviços na directiva serviços impõe alguns comentários. A Comissão tinha proposto, durante os trabalhos preparatórios desta directiva, que se previasse, para este tipo de concessão, um regime análogo ao das concessões de obras, mas o Conselho não aceitou esta proposta. Levantou-se, portanto, a questão de saber se a adjudicação de concessões de serviços não ficaria então inteiramente sujeita ao regime instituído pela directiva serviços. Esta aplica-se, como se referiu, a todos os «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante», salvo algumas excepções mencionadas na directiva, entre as quais não figura o contrato de concessão.
- Uma interpretação literal desta definição, seguida por alguns autores, poderia conduzir à inclusão do contrato de concessão no âmbito de aplicação da directiva serviços, visto ser um contrato celebrado a título oneroso e por escrito. Este ponto de vista significaria que a adjudicação de uma concessão de serviços deveria respeitar as regras desta directiva, ficando assim sujeita a um processo mais complexo que o das concessões de obras.
- No entanto, na ausência de jurisprudência do Tribunal a este propósito, a Comissão não adoptou esta interpretação nos casos concretos que tratou. Uma questão prejudicial pendente no Tribunal levanta a questão da definição e do regime jurídico aplicável às concessões de serviços [processo C-324/98, *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH/Post & Telekom Austria (Telaustria)*].
- (16) Acórdão do Tribunal de 26 de Abril de 1994, processo C-272/91, *Comissão/Itália (Lottomatica)*, Col. I-1409.
- (17) Conclusões do advogado-geral La Pergola no processo C-360/96, *Arnhem*.  
Conclusões do advogado-geral Alber no processo C-108/98, *RLSAN Srl/Comune d'Ischia*.
- (18) No acórdão de 10 de Novembro de 1998, no processo C-360/96, *Arnhem*, n.º 25, o Tribunal pôs de lado a qualificação de concessão de serviços, visto que a remuneração recebida consistia unicamente num preço pago pela entidade pública e não num direito de explorar o serviço.
- (19) Conclusões supracitadas do advogado-geral no processo *Arnhem*; conclusões supracitadas do advogado-geral no processo *RLSAN Srl* já referido.
- (20) Acórdão do Tribunal de 19 de Abril de 1994, processo C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Col. I-1329.
- (21) Acórdão do Tribunal de 5 de Dezembro de 1989, processo C-3/88, *Data Processing*, Col. p. 4035.
- (22) Aliás, o Tribunal aplicou o mesmo princípio para delimitar os contratos de fornecimentos e de serviços, no acórdão de 18 de Novembro de 1999, processo C-107/98, *Teckal Srl/Commune di Viano e AGAC di Reggio Emilia (Teckal)*.
- (23) No sentido mais abrangente do termo, ou seja, os actos adoptados pelo conjunto dos poderes públicos que fazem parte da organização do Estado (autarquias, regiões, distritos, regiões autónomas, municípios), bem como os actos adoptados por qualquer outra entidade que, embora com existência jurídica própria, se encontre ligada ao Estado por laços de tal forma estreitos que deva ser considerada como fazendo parte da organização estatal. Estão igualmente incluídos na noção de actos estatais os actos imputáveis ao Estado, ou seja, os actos que, embora não sendo adoptados pelos poderes públicos, lhes são imputáveis, devido às possibilidades de intervenção de que estes dispõem para impedir a sua adopção ou para impor a sua modificação.
- (24) Deverá seguir-se um raciocínio análogo no que diz respeito às concessões de fornecimentos, que devem ser apreciadas à luz dos artigos 28.º a 30.º (antigos artigos 30.º a 36.º) do Tratado.
- (25) Por exemplo, as concessões de táxi ou as autorizações de utilização da via pública (quiosques de jornais, esplanadas de cafés), os actos relativos às farmácias ou aos postos de abastecimento de combustível.
- (26) Relações que se aparentam com o fenómeno por vezes definido como «inhouse». Este fenómeno foi primeiramente analisado pelo advogado-geral La Pergola (processo *Arnhem*, já referido), pelo advogado-geral Cosmas (processo *Teckal*, já referido) e pelo advogado-geral Alber (processo *RLSAN*, já referido).
- (27) No acórdão *Teckal* acima citado, o Tribunal precisou que, para que a Directiva 93/36/CEE seja aplicável, «basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta», acrescentando que «só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia 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 actividade com a ou as autarquias que a controlam» (n.º 50).
- (28) Processos C-94/99, *ARGE* e C-324/98, *Telaustria*, já referido.
- (29) No sector audiovisual, deve ter-se em conta o Protocolo relativo ao serviço público de radiodifusão nos Estados-Membros, anexo ao Tratado de Amsterdão, que altera o Tratado da União Europeia (que entrou em vigor em 1 de Maio de 1999).
- (30) Acórdãos *Sacchi*, de 30 de Abril de 1974 no processo 155/73, e *Elliniki Radiophonia*, de 18 de Junho de 1991 no processo C-260/89.
- (31) Acórdão *Elliniki Radiophonia*, acima citado, n.º 10.
- (32) Acórdão *Elliniki Radiophonia*, acima citado, n.º 12.
- (33) Importa recordar, no que respeita ao sector dos transportes, que as disposições pertinentes que regulam a livre prestação de serviços são, por força do reenvio do artigo 51.º (antigo artigo 61.º), os artigos 70.º a 80.º (antigos artigos 74.º a 84.º) do Tratado. Também não é menos certo que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os princípios gerais do direito comunitário se aplicam neste domínio (ver acórdãos de 4 de Abril de 1974, processo C-167/73, *Comissão/França*, de 30 de Abril de 1986, processos apensos 209/84 e 213/84, *Ministério Público/ASJES* e outros de 17 de Maio de 1994, processo C-18/93, *Corsica ferries*, de 1 de Outubro de 1998, processo C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc/Cuttica*).
- Por outro lado, os serviços de transporte ferroviário, rodoviário ou por via navegável estão cobertos pelo Regulamento (CEE) n.º 1191/69, alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91, que prevê os mecanismos e os procedimentos que as entidades públicas podem utilizar para se certificarem de que os seus objectivos para os transportes públicos são atingidos.
- (34) É evidente que os actos e comportamentos do concessionário estão submetidos às regras e aos princípios supracitados, na medida em que são imputáveis ao Estado, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- (35) Acórdão de 9 de Julho de 1987, processos apensos 27/86, 28/86 e 29/86, *Bellini*.
- (36) Acórdãos de 10 de Março de 1987, processo 199/85, *Comissão/Itália*, e de 17 de Novembro de 1993, processo C-71/92, *Comissão/Espanha*.
- (37) Acórdão *Lottomatica* acima citado. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, perante os factos em apreço, o papel do concessionário se limitava a actividades de carácter técnico, que estavam, pois, sujeitas ao Tratado.
- (38) A Comissão lembra que as medidas restritivas mas não discriminatórias são contrárias aos artigos 43.º (antigo artigo 52.º) e 49.º (antigo artigo 59.º) do Tratado, se não forem fundamentadas por razões imperativas de interesse geral dignas de protecção. É o caso das medidas não adaptadas nem necessárias para atingir o objectivo prosseguido.
- (39) Acórdão de 8 de Outubro de 1980, processo 810/79, *Überschär*.

- (40) Acórdão de 13 de Julho de 1993, processo C-330/91, Commerzbank; ver também acórdão de 3 de Fevereiro de 1982, processos apensos 62 e 63/81, Seco e Desquenue.
- (41) Acórdão de 26 de Fevereiro de 1992, processo C-357/89.
- (42) Acórdão de 7 de Julho de 1992, processo C-295/90.
- (43) Acórdão de 22 de Junho de 1993, processo C-243/89, Storebaelt n.º 37.
- (44) Acórdão de 25 de Abril de 1996, processo C-87/94, Bus Wallons. Ver também acórdão do Tribunal de Primeira Instância (a seguir «TPI») de 17 de Dezembro de 1998, T-203/96, Embassy Limousines & Services.
- (45) Saliente-se, quanto a isto, que a presente comunicação não prejudica a interpretação das normas específicas em matéria de transportes previstas pelo Tratado ou em regulamentos específicos em vigor ou futuros.
- (46) Assim, por exemplo, mesmo que o caderno de encargos possa (e será frequentemente o caso, em projectos complexos de infra-estruturas) prever a possibilidade de os candidatos introduzirem melhorias técnicas relativamente às soluções previstas pelo concedente, essas melhorias não podem afectar requisitos fundamentais de um projecto e deverão estar delimitadas.
- (47) Acórdão Data Processing, supracitado, n.º 30.
- (48) Acórdão Bus Wallons, já referido, n.º 54.
- (49) Acórdão de 18 de Novembro de 1999, processo C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, n.º 31.
- (50) A transparência pode ser assegurada através, nomeadamente, de um anúncio ou de uma pré-informação em jornais diários ou especializados, ou através de afixação.
- (51) Acórdão de 11 de Julho de 1989, processo 265/87, Schröder, n.º 21.
- (52) Acórdão de 27 de Outubro de 1993, processo 127/92, n.º 27.
- (53) Acórdão de 19 de Junho de 1980, processos apensos 41/79, 121/79 e 796/79, Testa e outros, n.º 21.
- (54) Tal é, por exemplo, o caso no que se refere à obrigação de atingir um nível elevado de protecção do ambiente e no que se refere à aplicação do princípio de precaução.
- (55) Ver, por exemplo, acórdão de 17 de Maio de 1984, processo 15/83, Denkvit Nederland ou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI) de 19 de Junho de 1997, processo T-260/94, Air Inter SA, n.º 14.
- (56) Ver, a este respeito, a jurisprudência recente do TPI, segundo a qual o Tratado é aplicável «quando uma medida adoptada por um Estado-Membro constitua uma restrição ao livre estabelecimento dos nacionais de outro Estado-Membro no seu território e, ao mesmo tempo, beneficie uma empresa, dotando-a de um direito exclusivo, salvo quando essa medida prossiga um objectivo legítimo compatível com o Tratado e se justifique por razões imperativas de interesse geral (. . .)». Em tal caso, acrescenta o TPI, «importa ainda que a medida em causa seja adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapasse o que é necessário para atingir esse objectivo» (acórdão de 8 de Julho de 1999, processo T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, n.º 108).
- (57) Este princípio decorre da jurisprudência em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços, em especial dos acórdãos Vlassopoulou, de 7 de Maio de 1991 (processo C-340/89), e Dennemeyer, de 25 de Julho de 1991 (processo C-76/90). No primeiro acórdão, o Tribunal constatou que «condições nacionais de qualificação, mesmo aplicadas sem discriminação em razão da nacionalidade, podem ter por efeito entravar o exercício, pelos nacionais dos outros Estados-Membros, do direito de estabelecimento que lhes é garantido pelo artigo 52.º (actual artigo 43.º) do Tratado. Tal pode ser o caso se as regras nacionais em questão não tiverem em conta os conhecimentos e qualificações já adquiridos pelo interessado noutro Estado-Membro». No acórdão Dennemeyer, o Tribunal precisou, particularmente, que um «Estado-Membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território à observação de todas as condições exigidas para um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços». Por fim, no acórdão Webb, de 17 de Dezembro de 1981 (processo 279/80), o Tribunal acrescentou que a livre prestação de serviços exige que «(. . .) o Estado-Membro destinatário da prestação (. . .) tenha em conta as justificações e garantias já apresentadas pelo prestador para o exercício da sua actividade no Estado-Membro de estabelecimento».
- (58) Por exemplo, o Estado-Membro onde a prestação tem lugar é obrigado a aceitar as habilitações equivalentes relativas às qualificações profissionais, técnicas e financeiras dos prestadores de serviços, anteriormente adquiridas por estes noutro Estado-Membro. Em matéria de qualificação de empresas, por exemplo, além da aplicação das directivas relativas à harmonização técnica, a prova de equivalência pode ser feita pelos acordos de reconhecimento mútuo dos sistemas de certificação voluntária; estes acordos podem apoiar-se na acreditação que permite demonstrar a competência dos organismos de avaliação.
- (59) Ver, nomeadamente, o acórdão de 15 de Março de 1988, processo 1147/86, Comissão/República Helénica.
- (60) Acórdão de 21 de Junho de 1974, processo 2/74, Reyners.
- (61) Conclusões do advogado-geral Mischo, processo C-3/88, Data Processing, supracitado.
- (62) Acórdão de 15 de Março de 1988, processo 147/86, supracitado.
- (63) Processos C-3/88 e C-272/91, Datas Processing e Lottomatica, supracitados.
- (64) Processo T-260/94, Air Inter SA, supracitado. Por exemplo, o Tribunal afastou a aplicação da excepção relativa à ordem pública quando a justificação para essa aplicação era insuficiente e o objectivo a atingir podia ser conseguido por outros meios que não implicassem uma restrição da liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços (ver n.º 15 do acórdão C-3/88, Data Processing, supracitado).
- (65) Acórdão de 28 de Março de 1996, processo C-272/94, Guiot/Climatec.
- (66) Acórdão de 7 de Maio de 1991, processo C-340/89, Vlassopoulou, n.º 22.
- (67) Acórdão de 15 de Outubro de 1987, processo 222/86, Heylens, n.º 14.
- (68) «Com vista a satisfazer o objectivo da directiva de assegurar o desenvolvimento de uma concorrência efectiva no âmbito das empreitadas de obras públicas, os critérios e condições que regulamentam cada concurso devem ser objecto de publicidade adequada por parte das entidades adjudicantes» (ver acórdão de 20 de Setembro de 1988, processo 31/87, Beentjes, n.º 21).

- (69) Interessa lembrar que, na acepção do n.º 2 do artigo 3.º da directiva, a entidade adjudicante pode impor ao concessionário que confie a terceiros a execução de contratos que representem uma percentagem mínima do valor global das obras. A entidade adjudicante pode também convidar os próprios candidatos a concessionários a indicar essa percentagem mínima nas suas propostas.
- (70) O mesmo se passa com os concessionários de serviços que são entidades adjudicantes na acepção das directivas. O disposto nestas mesmas directivas é aplicável aos processos de adjudicação de contratos decorrentes de concursos que aquelas entidades lançam no âmbito da concessão.
- (71) Neste contexto, convém lembrar que o advogado-geral Elmer, no processo C-433/93, Comissão/Alemanha, constatou que, segundo a jurisprudência do Tribunal (ver acórdãos de 20 de Setembro de 1988, processo 31/87, Beentjes, e de 22 de Junho de 1989, processo 103/88, Constanzo), «as directivas contratos de direito público conferem aos particulares direitos que estes últimos podem invocar, em certas condições, directamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais, contra o Estado e as entidades adjudicantes». Este advogado-geral defende também que a Directiva 89/665/CEE, que é posterior a esta jurisprudência, não pretendia restringir os direitos que a jurisprudência reconhecia aos particulares relativamente a entidades públicas. Pelo contrário, a directiva pretendia reforçar «os mecanismos actualmente existentes, tanto a nível nacional como a nível comunitário (. . .), sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas» (ver considerando 2 da Directiva 89/665/CEE).
- (72) No entanto, na medida em que o concessionário beneficie de direitos exclusivos ou especiais para actividades previstas na directiva sectores especiais, deverá respeitar as regras da mesma directiva para esses contratos públicos.
- (73) Por exemplo, o processo Telaustria supracitado.

### Notificação prévia de uma operação de concentração

(Processo COMP/M.1961 — NHS/MWCR)

(2000/C 121/03)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

1. A Comissão recebeu, em 18 de Abril de 2000, uma notificação de um projecto de concentração, nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho <sup>(1)</sup>, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 <sup>(2)</sup>, através da qual as empresas Nuova Holding Subalpina SpA (NHS), propriedade do grupo Sanpaolo/IMI, e MWCRLux Sarl, controlada pelo grupo Schrodgers, adquirem, na acepção do n.º 1, alínea b), do artigo 3.º do referido regulamento, o controlo conjunto da empresa italiana MWCR SpA, mediante aquisição de acções.
2. As actividades das empresas envolvidas são:
  - NHS: banca de retalho e serviços financeiros,
  - MWCRLux Sarl: banca de retalho e serviços financeiros.
3. Após uma análise preliminar, a Comissão considera que a operação de concentração notificada pode encontrar-se abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89. Contudo, a Comissão reserva-se a faculdade de tomar uma decisão final sobre este ponto.
4. A Comissão solicita aos terceiros interessados que lhe apresentem as observações que entenderem sobre o projecto de concentração em causa.

As observações devem ser recebidas pela Comissão, o mais tardar, 10 dias após a data da publicação da presente comunicação. Podem ser enviadas por fax ou pelo correio, e devem mencionar o número de processo COMP/M.1961 — NHS/MWCR, para o seguinte endereço:

Comissão Europeia  
Direcção-Geral da Concorrência  
Direcção B — *Task Force* Concentrações  
Avenue de Cortenberg/Kortenberglaan 150  
B-1040 Bruxelas  
[fax (32-2) 296 43 01/296 72 44].

<sup>(1)</sup> JO L 395 de 30.12.1989, p. 1, e  
JO L 257 de 21.9.1990, p. 13 (rectificação).

<sup>(2)</sup> JO L 180 de 9.7.1997, p. 1, e  
JO L 40 de 13.2.1998, p. 17 (rectificação).