

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
CHRISTINE STIX-HACKL

apresentadas em 23 de Setembro de 2004¹

I — Introdução

1. Neste pedido de decisão prejudicial estão em causa essencialmente os dois problemas jurídicos seguintes da legislação relativa à adjudicação de contratos públicos: a protecção jurisdicional contra o ajuste directo, isto é, a não realização de um processo formal de adjudicação, e os pressupostos da isenção das denominadas adjudicações a organismos ou serviços dependentes (a seguir «adjudicações quase-internas»). Por último, o mesmo diz respeito à interpretação do acórdão proferido no processo Teckal².

II — Enquadramento jurídico

2. As questões prejudiciais dizem respeito, em primeiro lugar, à interpretação da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos

contratos de direito público de obras e fornecimentos³ (a seguir «Directiva 89/665») e, em segundo lugar, à interpretação da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços⁴ (a seguir «Directiva 92/50»).

3. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 tem, na versão vigente, o seguinte teor:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recurso a eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, nomeadamente, no n.º 7 do artigo 2.º, com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito.»

3 — JO L 395, p. 33, alterada pelo artigo 41.º da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), referida pelo órgão jurisdicional nacional como «directiva de coordenação dos recursos».

4 — JO L 209, p. 1, alterada, por várias vezes, referida pelo órgão jurisdicional nacional como «directiva de coordenação dos serviços».

1 — Língua original: alemão.

2 — Acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Collect., p. I-8121).

4. O artigo 1.º, alínea a), da Directiva 92/50 tem, na parte aqui relevante, o seguinte teor:

«Para efeitos do disposto na presente directiva:

a) Os contratos públicos de serviços são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, [...]»

5. Finalmente, também foi feita referência no processo principal à 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 (a seguir «Directiva 93/38») ⁵. O seu artigo 13.º, n.º 1, dispõe que:

«1. A presente directiva não é aplicável aos contratos de prestação de serviços:

a) Celebrados entre uma entidade adjudicante e uma empresa associada;

b) Celebrados por uma empresa conjunta, constituída por diversas entidades adjudicantes, para efeitos da prossecução de actividades na acepção do n.º 2 do artigo 2.º, com uma dessas entidades adjudicantes ou uma empresa associada a uma dessas entidades adjudicantes,

desde que, pelo menos, 80% do volume médio de negócios realizado por essa empresa na Comunidade em matéria de serviços, nos últimos três anos, resulte da prestação desses serviços às empresas às quais se encontra associada.

Sempre que o mesmo serviço ou serviços similares sejam prestados por mais de uma empresa associada à entidade adjudicante, deve ser tido em conta o volume total de negócios na Comunidade resultante para essas empresas da prestação de serviços.»

III — Matéria de facto e processo principal

6. A Stadt Halle iniciou, nos princípios de 2001, a elaboração de projectos, tendo em vista o tratamento prévio, a valorização e a eliminação dos resíduos de remoção obrigatória e mesmo não obrigatória, por parte de uma entidade controlada pelo município.

5 — JO L 199, p. 84, alterada por várias vezes.

Por deliberação de 12 de Dezembro de 2001, a Stadt Halle encarregou a RPL Recycling-park Lochau GmbH (a seguir «RPL») do projecto, da aprovação técnica e da construção da instalação da Thermischen Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage in Lochau (Instalação de eliminação e valorização térmicas de resíduos de Lochau) (a seguir «TABVA»). Ao mesmo tempo, a Stadt Halle deliberou encetar com a RPL, sem a realização prévia de um processo formal de adjudicação, negociações com vista a um contrato para a remoção dos produtos residuais dos resíduos da Stadt Halle com efeitos a partir de 1 de Junho de 2005. O contrato, já existente em projecto, excedia largamente o valor limite para tais contratos de prestação de serviços. A Stadt Halle tenciona, além disso, para assegurar o aproveitamento da capacidade da instalação, celebrar acordos com dois Landkreise (circunscrições territoriais) confinantes, segundo os quais estes organismos territoriais lhe confiam a tarefa do tratamento e valorização dos resíduos, de modo a que, ao fim e ao cabo, o tratamento dos produtos residuais dos resíduos destes Landkreise se processe igualmente na TABVA da RPL. A Stadt Halle parte do princípio de que, neste caso, se trata de uma «operação interna» não sujeita à obrigação de concurso público.

7. A RPL é uma sociedade de participação do sector público sob a forma jurídica de uma sociedade de responsabilidade limitada, existente desde 1996. Os seus sócios são a Stadtwerke Halle GmbH, com 75,1% — cuja única sócia, a Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, é 100% propriedade da

Stadt Halle —, e a RWE Umwelt Sachsen Anhalt GmbH, empresa privada, com 24,9%. As actuais proporções das participações foram acordadas no pacto social apenas em fins de 2001, em correlação com a projectada adjudicação dos serviços de remoção de resíduos a partir de 1 de Junho de 2005. O objecto da RPL é, segundo o pacto social, a exploração de instalações de reciclagem e de tratamento de resíduos, em particular a exploração de instalações para a compostagem de resíduos biológicos, para a preparação de resíduos mistos de estaleiros de construção e resíduos industriais, a construção e exploração de instalações para o tratamento e valorização de lamas de branqueamento, valorização de águas residuais, gases de aterro e biogás, bem como para o tratamento térmico de resíduos.

8. Segundo o pacto social, as deliberações dos sócios devem ser tomadas por maioria simples e, para determinadas decisões, entre as quais a nomeação dos dois gerentes da sociedade, por maioria qualificada de 75% dos votos. A gerência tem de apresentar mensalmente aos sócios um relatório em conformidade com os princípios que regem a prestação de contas na Stadtwerke Halle GmbH. Determinados negócios jurídicos e medidas, entre os quais a celebração ou alteração de contratos de exploração, a realização de investimentos, bem como a contracção de empréstimos, a partir de determinado montante, estão sujeitos ao consentimento obrigatório da assembleia dos sócios. Actualmente, a gestão comercial e técnica da RPL encontra-se contratualmente transferida para uma terceira

empresa. As funções de controlo características do conselho fiscal são exercidas pelo conselho fiscal da Stadtwerke Halle GmbH. A Stadt Halle goza, segundo o pacto social e tendo em vista o balanço anual, em especial, dos poderes de fiscalização das contas e de obter informação directa através do seu órgão de fiscalização.

10. A Stadt Halle e a RPL interpuseram recursos imediatos desta decisão junto do Oberlandesgericht Naumburg.

IV — As questões prejudiciais

9. A Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Consórcio para a Instalação de aproveitamento térmico de produtos residuais de resíduos e de energia TREA de Leuna) (a seguir «TREA») queixou-se à Stadt Halle, por cartas de 21 de Dezembro de 2001 e de 30 de Janeiro de 2002, de que não se verificavam os pressupostos de uma «operação interna» e que, por isso, a intenção da recorrida de atribuir os serviços de remoção de resíduos a partir de 1 de Junho de 2005 sem a abertura de um concurso formal violava a legislação relativa à adjudicação de contratos públicos. A Stadt Halle confirmou, por carta de 7 de Fevereiro de 2002, bem como numa conferência em 19 de Fevereiro de 2002, que mantinha a sua posição. Por petição de 21 de Fevereiro de 2001, a TREA interpôs recurso para a secção do Regierungspräsidium Halle competente no que respeita a adjudicações, pedindo que a recorrida fosse obrigada a abrir um concurso. A secção competente do Regierungspräsidium Halle ordenou, por decisão de 27 de Maio de 2002, à Stadt Halle que adjudicasse as prestações de serviços em causa — «Remoção dos produtos residuais de resíduos da cidade de Halle a partir de 1 de Junho de 2005» — por concurso e por via de um processo de adjudicação transparente nos termos do Verdingungsordnung (regulamento nacional dos concursos públicos) nacional.

11. O Oberlandesgericht Naumburg suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) O artigo 1.º, n.º 1, primeira frase, da directiva de coordenação dos recursos exige que os Estados-Membros garantam a possibilidade de recurso eficaz e tão rápido quanto possível da decisão da entidade adjudicante de adjudicar um contrato público, tomada sem que tenha tido lugar um processo conforme com as disposições das directivas para a adjudicação de contratos públicos?
- 2) O artigo 1.º, n.º 1, primeira frase, da directiva de coordenação dos recursos também exige que os Estados-Membros garantam a possibilidade de recurso eficaz e tão rápido quanto possível das decisões das entidades adjudicantes na fase preliminar de um concurso formal, em particular da decisão sobre a ques-

tão prévia de saber se um determinado processo de fornecimento cai de um modo geral no âmbito de aplicação pessoal ou material das directivas sobre a adjudicação de contratos públicos ou se excepcionalmente se verifica uma exclusão da legislação relativa à adjudicação de concursos públicos?

- 3) No caso de resposta afirmativa à questão 1 e resposta negativa à questão 2: um Estado-Membro cumpre a sua obrigação de garantir a possibilidade de recurso eficaz e tão rápido quanto possível das decisões das entidades adjudicantes de adjudicarem um contrato público sem o fazerem num processo conforme com as disposições das directivas para a adjudicação de contratos públicos, se fizer depender o acesso ao recurso do facto de o processo de fornecimento ter atingido uma determinada fase formal, por exemplo, o início de negociações contratuais verbais ou escritas com um terceiro?

- 4) Admitindo que uma entidade adjudicante, tal como, por exemplo, uma colectividade territorial, tenciona celebrar com uma instituição dela formalmente distinta — a seguir 'parceiro contratante' — um contrato oneroso por escrito para a prestação de serviços, que cairia no âmbito da directiva de coordenação dos serviços, e admitindo

ainda que esse contrato não é, excepcionalmente, um contrato público de prestação de serviços na acepção do artigo 1.º, alínea a), da directiva de coordenação dos serviços, uma vez que o parceiro contratante pode ser considerado como fazendo parte da Administração Pública ou dos serviços da entidade adjudicante — a seguir 'negócio próprio não sujeito a adjudicação obrigatória' —, fica sempre excluída a classificação de tal contrato como contrato próprio não sujeito a adjudicação obrigatória, pelo simples facto de uma empresa privada ter uma participação no parceiro contratante, nos termos do direito das sociedades?

- 5) Em caso de resposta negativa à questão 4: Em que condições é que um parceiro contratante com uma participação privada nos termos do direito das sociedades — a seguir 'sociedade de participação do sector público' — deve ser considerado como fazendo parte da Administração Pública ou dos serviços da entidade adjudicante? Em particular:

- a) Para se considerar que uma sociedade de participação do sector público faz parte dos serviços da entidade adjudicante, do ponto de vista da configuração e da intensidade do controlo, é suficiente que seja 'dominada' pela entidade adjudicante, por exemplo, na acepção do artigo 1.º, n.º 2, e artigo 13.º, n.º 1, da

Directiva 93/38/CEE do Conselho, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, alterada pelo acto de adesão de 1994 (JO 1994, C 241, p. 21, e JO 1995, L 1, p. 1) e pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 101, p. 1) — a seguir 'directiva de coordenação dos sectores'?

b) Qualquer influência juridicamente possível exercida pelo sócio privado da sociedade de participação do sector público sobre a definição dos objectivos estratégicos da parte contratante e/ou sobre as decisões individuais da gerência da empresa exclui que se considere integrada nos serviços da entidade adjudicante?

d) Para que se considere uma sociedade de participação do sector público integrada nos serviços da entidade adjudicante, do ponto de vista da realização da sua actividade essencialmente para a entidade adjudicante, é suficiente que pelo menos 80% do volume de negócios realizado por esta empresa na Comunidade durante os últimos três anos no sector da prestação de serviços provenha da realização desses serviços para a entidade adjudicante ou para uma empresa dela dependente ou que lhe esteja ligada ou — na medida em que a empresa de economia mista ainda não tenha três anos de actividade — seja de esperar, em termos previsionais, que atinja aquela percentagem de 80%?»

V — Quanto às questões prejudiciais relativas à protecção jurisdicional (primeira a terceira questões prejudiciais)

c) Para que se considere uma sociedade de participação do sector público integrada nos serviços da entidade adjudicante, do ponto de vista da configuração e da intensidade do controlo, é suficiente a existência de um direito abrangente de direcção que apenas se exerce nas decisões para a conclusão do contrato e para a realização da prestação no quadro do processo concreto de fornecimento?

A — Quanto à admissibilidade

12. Quanto às questões prejudiciais relativas à protecção jurisdicional, há que averiguar, em primeiro lugar, se e em que medida é que estas questões prejudiciais são admissíveis.

13. O Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se sobre um pedido de decisão prejudicial, salvo se for manifesto que este visa, na realidade, levá-lo a pronunciar-se por meio de um litígio fictício ou a emitir opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas, que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio, ou ainda quando o Tribunal não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas⁶.

14. No caso em apreço, resulta das peças processuais que a adjudicação planeada, que constitui o objecto do processo principal, se encontra numa determinada fase, visto que já existe uma minuta do contrato. Daqui resulta que as questões prejudiciais só são admissíveis na medida em que sejam necessárias para a resolução do litígio neste contexto. Sem dúvida que as questões prejudiciais dizem respeito a problemas essenciais da protecção jurisdicional; no entanto, essas considerações gerais não são de abordar, segundo as regras processuais. Dizem respeito a um conjunto de circunstâncias que não são objecto do litígio, submetidas ao

órgão jurisdicional de reenvio. De resto, o órgão jurisdicional de reenvio não explica quais as razões que o levaram a considerar que é necessária uma resposta a essas circunstâncias para lhe permitir alcançar uma decisão no litígio perante ele pendente.

15. Por isso, na falta de pontos de referência susceptíveis de evidenciar que a resposta a essas questões abstractas é necessária para a decisão do litígio no processo principal, as mesmas devem ser consideradas de natureza hipotética e, conseqüentemente, julgadas inadmissíveis⁷.

16. Na medida em que com as questões prejudiciais se procure clarificar questões gerais de direito, as mesmas são inadmissíveis. Isto é igualmente válido para a compatibilidade do direito nacional com o direito comunitário mencionada na terceira questão prejudicial. Com estas restrições, as questões prejudiciais relativas à protecção jurisdicional são admissíveis quanto ao restante, isto é, no contexto do processo principal. Atendendo a que as três primeiras questões prejudiciais têm o mesmo objecto, a saber, a determinação dos actos praticados pela entidade adjudicante susceptíveis de recurso, impõe-se examiná-las e responder-lhes em conjunto.

6 — No que se refere aos processos de adjudicação, v. acórdãos de 16 de Outubro de 2003, Traunfellner (C-421/01, ainda não publicado na Colectânea, n.º 37), e de 4 de Dezembro de 2003, EVN e Wienstrom (C-448/01, Colect., p. I-14527, n.º 76). V. ainda, nomeadamente, acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, Foglia (244/80, Recueil, p. 3045, n.º 18); de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61); de 16 de Janeiro de 1997, USSL n.º 47 di Biella (C-134/95, Colect., p. I-195, n.º 12); e de 7 de Janeiro de 2003, BIAO (C-306/99, Colect., p. I-1, n.º 89).

7 — Acórdãos no processo C-421/01 (já referido na nota 6, n.º 38 e segs.) e no processo C-448/01 (já referido na nota 6, n.º 83); v., também, acórdão de 18 de Março de 2004, Siemens (C-314/01, Colect., p. I-2549, n.º 36).

B — *Apreciação quanto ao mérito*

17. As questões prejudiciais quanto à protecção jurisdicional contra determinadas decisões da entidade adjudicante respeitam essencialmente à questão de saber a partir de que momento anterior à própria adjudicação é que a possibilidade de recurso para as instâncias nacionais, prevista na Directiva 89/665, deve ser concedida. Essencialmente, trata-se da determinação do momento no qual um projecto de fornecimento atingiu o grau de concretização exigido para a protecção jurisdicional.

18. Em primeiro lugar, deve partir-se do princípio de que o conceito de «decisão», na acepção do artigo 1.º, n.º 1, e o conceito de «decisões» como actos susceptíveis de recurso, na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/665, isto é, os actos impugnáveis da entidade adjudicante, devem ser interpretados em sentido amplo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

19. Segundo esta jurisprudência, o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 não prevê qualquer «restrição em relação à natureza e ao conteúdo» das decisões⁸.

20. Além disso, os Estados-Membros estão obrigados, por força do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665, a assegurar que os processos de recurso previstos nesta directiva sejam acessíveis «pelo menos» a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um contrato de fornecimento público e que tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação das disposições do direito comunitário sobre contratos públicos ou das disposições nacionais adoptadas para transposição do direito comunitário.

21. Neste processo, coloca-se a questão de saber se na noção em sentido amplo de «decisões» também cabem as decisões que são tomadas «a montante» ou, juridicamente falando, antes da abertura de um concurso. Trata-se, assim, de decisões que se situam entre as meras considerações e a abertura ou não do processo de adjudicação.

22. Atendendo ao objectivo da Directiva 89/665, ou seja, a garantia de uma protecção jurisdicional eficaz, como está expressamente previsto no artigo 1.º, n.º 1, deveriam também, assim, ser abrangidas pela directiva as decisões tomadas antes da abertura de um processo de adjudicação.

8 — Acórdãos de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671, n.º 35); de 18 de Junho de 2002, HI (C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 49); e de 19 de Junho de 2003, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH [GAT]/Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG [ÖSAG] (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.º 52).

23. Quanto à possibilidade de recorrer da decisão de não abrir um processo de adjudicação, trata-se aqui de uma decisão que pode ser considerada equivalente à decisão de encerramento de um processo de adjudicação.

24. As decisões sobre o encerramento de um processo de adjudicação pertencem aos actos susceptíveis de recurso praticados pela entidade adjudicante. Isto foi expressamente acentuado pelo Tribunal de Justiça no que respeita à retirada de um processo de adjudicação. Assim, a «realização completa do objectivo prosseguido pela Directiva 89/665 ficaria comprometida caso fosse possível às entidades adjudicantes retirarem um convite para apresentação de propostas relativamente a um concurso público de serviços sem ficarem sujeitas aos processos de fiscalização jurisdicional destinados a assegurar cabalmente a efectividade do respeito das directivas que fixam as normas substantivas referentes aos contratos públicos e os seus princípios subjacentes»⁹.

25. Se é verdade que uma decisão de não abertura de um processo de adjudicação na aceção das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos se situa, ao contrário do abandono de um processo de adjudicação, naturalmente fora de um processo de adjudicação, este facto não afasta totalmente, no entanto, a aplicação da Directiva 89/665.

26. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, inclui-se no âmbito de aplicação da Directiva 89/665, que prossegue fins de protecção jurisdicional, a fiscalização da violação de disposições não abrangidas no âmbito de aplicação das directivas relativas a adjudicações. Assim, é de aplicar o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 a todas as «decisões tomadas pelas entidades adjudicantes que estejam sujeitas às normas de direito comunitário em matéria de concursos públicos»¹⁰, sem que o Tribunal de Justiça se limite às disposições das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos.

27. Os Estados-Membros não são obrigados a colocar, sem mais, um processo de recurso à disposição de cada pessoa que queira obter a adjudicação de um determinado contrato público. Fica, antes, ao critério dos Estados-Membros exigir, além disso, que a pessoa em causa tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada pela alegada violação¹¹. Em conformidade com o anteriormente dito, os Estados-Membros podem, em princípio, instituir como pressuposto a participação num processo de adjudicação de um contrato público para que a pessoa possa comprovar tanto o interesse no contrato em causa como a ameaça de lesão derivada da atribuição alegadamente ilegal do contrato.

10 — Assim, especialmente, acórdão de 23 de Janeiro de 2003, *Makedoniko Metro e Michaniki* (C-57/01, Colect., p. I-1091, n.º 68). V., ainda, acórdãos no processo C-92/00 (já referido na nota 8, n.º 37), e no processo C-315/01 (já referido na nota 8, n.º 52).

11 — Acórdãos de 12 de Fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, Colect., p. I-1829, n.ºs 25 e segs.), e de 19 de Junho de 2003, *Hackermüller* (C-249/01, p. I-6319, n.º 18).

9 — Acórdão no processo C-92/00 (já referido na nota 8, n.º 53).

28. Com efeito, o Tribunal de Justiça já decidiu que, na hipótese de uma empresa não ter apresentado uma proposta devido à presença de especificações alegadamente discriminatórias na documentação relativa ao concurso ou no caderno de encargos, as quais estariam precisamente na origem da impossibilidade de a mesma fornecer todas as prestações solicitadas, a empresa interessada pode recorrer directamente dessas especificações, mesmo antes do encerramento do processo de adjudicação do contrato público em causa¹².

29. Assim como deve ser permitido às empresas interpor recurso directamente contra as violações, sem ter de esperar pelo encerramento do processo de adjudicação¹³, também deve ser permitido às empresas recorrer de determinadas decisões relevantes relativas à adjudicação sem ter de esperar pela abertura do processo de adjudicação. Na verdade, é típico dos casos aqui relevantes que não se atinja justamente o processo de adjudicação na acepção das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Não se pode, no entanto, esperar de uma empresa que apresente uma proposta se não foi aberto nenhum processo de adjudicação.

30. Para a aplicação das directivas relativas a recursos e, consequentemente, dos processos de recurso, não é, por isso, decisivo que tenha sido realizado um processo de adjudicação previsto nas directivas relativas a adjudicações. O âmbito de aplicação das directivas relativas a recursos não está ligado à aplicação efectiva das directivas relativas a adjudicações, por exemplo, da Directiva 93/38, mas sim ao facto de que uma destas directivas seria aplicável ou é aplicável, nomeadamente se o procedimento a fiscalizar se situa no âmbito de aplicação destas directivas.

31. Destas reflexões resulta que mesmo determinados actos, executados antes da abertura de um processo de adjudicação, estão sujeitos a recurso na acepção da Directiva 89/665. Mas não sem algumas limitações.

32. Contra a ideia de que simplesmente todos os actos da entidade adjudicante são passíveis de recurso, será de ter em conta a circunstância de que as diferentes fases até à abertura de um processo de adjudicação variam não só de Estado-Membro para Estado-Membro como também dependem dos projectos de fornecimento em concreto.

33. Além disso, há que recordar um critério relativo à concessão da protecção jurisdiccional desenvolvido pelo Tribunal de Justiça. Segundo este, «a Directiva 89/665 tem por

12 — Acórdão no processo C-230/02 (já referido na nota 11, n.º 28).

13 — Acórdão no processo C-230/02 (já referido na nota 11, n.º 29 e segs.).

objectivo reforçar os mecanismos existentes, tanto no plano nacional como no plano comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de celebração de contratos de direito público, sobretudo numa fase em que *as violações podem ainda ser corrigidas*¹⁴.

34. Que nem todos os actos da entidade adjudicante estão sujeitos a recurso, é confirmado por outro acórdão do Tribunal de Justiça, no qual estava em causa a limitação das possibilidades de recurso de determinadas decisões da entidade adjudicante prevista no direito nacional. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça levantou a questão de saber se estava garantida uma protecção jurisdicional adequada. Chegou à conclusão que sim, apesar de, segundo o direito nacional, só serem recorríveis aqueles actos processuais que resolvam, directa ou indirectamente, o fundo da questão, impossibilitem a prossecução do procedimento ou a defesa ou causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos¹⁵.

35. Se é, portanto, admissível, isto é, compatível com a Directiva 89/665, excluir a possibilidade de recurso de determinados actos praticados após a abertura de um

processo de adjudicação, também será, por maioria de razão, admissível excluir o recurso de determinados actos anteriores à abertura do referido processo de adjudicação.

36. Finalmente, há ainda que recordar que as directivas relativas à adjudicação de contratos públicos se restringem a uma coordenação, isto é, uma mera harmonização do processo de adjudicação e que não regulam as fases que antecedem o processo de adjudicação.

37. Face ao exposto, conclui-se que a Directiva 89/665 não garante uma protecção jurisdicional preventiva global.

38. O direito material constitui um factor determinante para a identificação dos actos recorríveis, isto é, para saber se uma empresa tem, segundo as directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, direito a que um acto seja praticado ou que o não seja.

39. Em princípio, também há que ter em conta o direito a uma proibição. Este pode, nomeadamente, ter como objecto proibir uma instituição sujeita às directivas relativas à adjudicação de contratos públicos de efectuar uma aquisição sujeita à aplicação

14 — Acórdão no processo C-81/98 (já referido na nota 8, n.º 33) (sublinhado nosso); v. acórdão de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-433/93, Colect., p. I-2303, n.º 23).

15 — Acórdão de 15 de Maio de 2003, Comissão/Espanha (C-214/00, Colect., p. I-4667, n.º 77 e segs.).

das referidas directivas sem a abertura de um processo de adjudicação previsto nestas directivas. Assim, também se verifica quanto à protecção jurisdicional um paralelismo com a proibição de adjudicação do contrato.

40. Um possível critério para a determinação dos actos praticados antes da abertura de um processo de adjudicação susceptíveis de recurso consiste, assim, no efeito que esses actos produzem sobre a empresa que pretende interpor o recurso. Neste caso, trata-se, consequentemente, de um pressuposto para o direito de interpor recurso (legitimidade activa).

41. No presente processo, trata-se, pelo contrário, pura e simplesmente das condições de impugnabilidade de um acto.

42. Outra limitação a considerar neste processo prejudicial resulta dos requisitos processuais para este tipo de processo no Tribunal de Justiça. Assim, no âmbito deste processo prejudicial não se poderá dar uma definição geral de actos recorríveis, mas apenas uma resposta útil ao juiz nacional para que este possa resolver o litígio que lhe cabe decidir.

43. O objecto do presente processo não consiste, portanto, em desenvolver critérios gerais para ajuizar da recorribilidade dos actos praticados pelas entidades adjudicantes, mas apenas critérios relativos aos actos do processo principal.

44. Neste contexto, basta indicar que a Directiva 89/665 não abrange as meras considerações internas, nem a identificação das necessidades, a elaboração do caderno de encargos ou os simples estudos de mercado. Consequentemente, as considerações jurídicas internas da entidade adjudicante quanto a saber se uma operação de aquisição terá de obedecer às directivas relativas à adjudicação de contratos públicos também não são abrangidas.

45. A questão de saber se a decisão de encetar negociações com outra empresa já é qualificável como acto de recorrível ou se só as negociações contratuais que já estão a decorrer o são pode, de resto, ficar em aberto. Trata-se, na verdade e nessa medida, de perguntas hipotéticas, pois o objecto do processo principal e assim também deste processo prejudicial é uma situação diferente, na qual já existe um projecto de contrato.

46. Neste caso, a entidade adjudicante já está em vias de celebração de um contrato. Assim, esta situação corresponde a uma fase que surge frequentemente nos contratos

públicos, que é o momento imediatamente anterior à adjudicação do contrato. Efectivamente, a adjudicação — conforme os diferentes direitos nacionais — ou precede a celebração do contrato ou o contrato surge com a adjudicação, sob a forma de aceitação da proposta.

47. Que numa situação desse tipo tenha sido aberto um processo de adjudicação e não o tenha sido na presente situação é indiferente, por razões de efectividade da protecção jurisdiccional.

48. Às três primeiras questões prejudiciais é, assim, de responder que o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros devem garantir, sob certas condições, a possibilidade de recurso eficaz e tão rápido quanto possível mesmo de determinadas decisões das entidades adjudicantes tomadas fora do âmbito de um processo de adjudicação; estas decisões podem incluir decisões sobre a questão prévia de saber se se deve realizar uma dada operação de aquisição sem abertura de um processo de adjudicação.

VI — Quanto às questões prejudiciais respeitantes à adjudicação quase-interna (quarta e quinta questões prejudiciais)

49. O segundo grupo de questões prejudiciais diz respeito às condições para as denominadas adjudicações quase-internas. Trata-se, como o Governo austríaco o sublinha com razão, diferentemente das denominadas adjudicações internas (prestações destinadas à própria entidade), de adjudicações feitas a uma instituição distinta da entidade adjudicante, com personalidade jurídica. Efectivamente, na ausência de personalidade jurídica por parte da entidade que realiza a prestação, nem poderia haver contrato. Assim, faltaria também uma condição para a existência de um contrato na acepção das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos.

50. No presente processo, está em causa, mais precisamente, a interpretação do conceito de «contrato», que representa uma condição para a aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Deve aqui partir-se do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Teckal, no qual o Tribunal de Justiça considerou determinados processos de aquisição como não abrangidos no âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos.

51. Segundo este acórdão, as directivas relativas à adjudicação de contratos públicos não são de aplicar «na hipótese de, simulta-

neamente, 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 compõem»¹⁶.

52. Com isto, o Tribunal de Justiça estabeleceu duas condições mediante as quais um processo de aquisição não cai no âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, tendo assim reduzido teleologicamente o conceito de «contrato».

53. Neste ponto, há que referir, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça descreveu expressamente como uma excepção a não aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Por conseguinte, opera o princípio geral, segundo o qual as excepções são de interpretação em sentido estrito. No âmbito da apreciação das duas condições que se seguem deve ter-se em conta esta regra geral.

54. Além disso, é de acentuar que — abstraindo da excepção do acórdão Teckal e de outras excepções como, por exemplo, a do artigo 6.º da Directiva 92/50 — adjudicações a instituições que são elas próprias entidades adjudicantes públicas, como, por exemplo, determinadas filiais, estão geral-

mente englobadas no conceito de «contrato». A aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos permanece, assim, como regra¹⁷.

55. Para além disso, há que recordar a origem dos processos de adjudicação quase-interna e, assim, da excepção do processo Teckal, a saber, o tratamento especial conferido a operações internas, isto é, aos processos de adjudicação interna e aos casos equiparáveis aos mesmos.

56. Finalmente, no presente contexto, devem ter-se igualmente em consideração os objectivos das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, isto é, a abertura do mercado e a garantia da concorrência.

57. Estes são os pontos de referência que têm relevância na interpretação da excepção do processo Teckal.

58. Em geral, distinguem-se as três configurações seguintes de adjudicações quase-internas: adjudicações a sociedades próprias (sociedades participadas a 100% pela entidade adjudicante ou por instituições que dela

16 — Acórdão no processo C-107/98 (já referido na nota 2, n.º 50) (sublinhado nosso).

17 — Acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Colect., p. I-11037, n.º 40), e no processo C-107/98 (já referido na nota 2, n.º 50).

fazem parte), a sociedades mistas de direito público (sociedades participadas por várias entidades públicas adjudicantes) e a sociedades de economia mista (sociedades que também são participadas por verdadeiras entidades privadas).

59. O processo inicial diz respeito à adjudicação planeada pela Stadt Halle, uma autarquia, que é sem dúvida de qualificar como entidade adjudicante pública na acepção das directivas relativas a adjudicações, a uma «filial» de uma sua «sub-filial». Se é verdade que a Stadt Halle tem relativamente à sua «filial», e esta relativamente à «filial» daquela, uma participação de 100%, esta última só detém 75,1% das participações na sua própria «filial». As restantes participações na mesma são detidas por uma empresa puramente privada.

60. O presente processo trata, assim, de uma sociedade de economia mista, isto é, uma sociedade com uma participação maioritária (indirecta) de uma entidade adjudicante e uma participação de uma entidade sem esse estatuto.

61. Por motivos de ordem processual, a seguir apenas serão apreciadas as situações como a que está em causa no processo principal. A aplicação às circunstâncias concretas do processo principal cabe, porém, ao juiz nacional¹⁸.

A — Primeiro critério: controlo idêntico ao exercido sobre os seus próprios serviços

62. O primeiro pressuposto para a aplicação da excepção e, portanto, para a não aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos diz respeito ao tipo de controlo que a entidade adjudicante exerce sobre a instituição a quem deve ser feita a adjudicação. O Tribunal de Justiça exige que a entidade adjudicante «exerça um controlo idêntico ao exercido sobre os seus próprios serviços».

63. O Tribunal de Justiça parte, assim, de um critério que retira do direito público. Visto que o critério do controlo, assim como o conceito de contrato e o de entidade adjudicante devem ser entendidos em sentido funcional e não formal, tal não se opõe a uma transposição para a relação entre uma entidade adjudicante pública e pessoas jurídicas de direito privado como, neste caso, uma sociedade de responsabilidade limitada. A referência a um serviço explica-se antes pela função original da criação de organismos autónomos, pelo desmembramento dos serviços.

64. A favor da transposição para outras situações é de referir, além disso, a circunstância, que resulta da língua de processo no

18 — V. despacho do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 2002, Comune di Udine e o. (C-310/01, não publicado na Colectânea).

acórdão Teckal (italiano), de o Tribunal de Justiça só exigir um controlo análogo («análogo»), isto é, equiparável, mas não um controlo idêntico¹⁹.

65. A apreciação da posição jurídica de um sócio maioritário guia-se, por um lado, pelas disposições aplicáveis do direito nacional, no presente caso, pelas regras do direito das sociedades respeitantes às sociedades de responsabilidade limitada. Por outro lado, são de ter em conta as regras que configuram mais de perto a relação, em regra geral o contrato de sociedade. Isto significa que uma análise puramente abstracta, baseada na forma jurídica escolhida para a entidade sujeita a controlo, nomeadamente, do tipo de pessoa colectiva, não é suficiente.

66. Terá, no entanto, importância limitada a regulamentação nacional constante, na sua maioria, de disposições legislativas. Isto é válido especialmente para as disposições que determinam quais os direitos dos sócios minoritários e as condições do seu exercício. No essencial, trata-se de disposições que fazem depender determinados direitos de controlo e de bloqueio dos sócios do volume da sua participação, por exemplo, de 10%, 25% ou de mais de 50%.

67. Estas disposições permitem, no máximo, presumir quais os direitos que assistem a um sócio minoritário. Decisiva é a configuração mais específica do caso concreto. Neste contexto, é de referir como caso mais importante o do acordo de controlo que confia a um determinado sócio — independentemente da sua participação — determinados direitos que ultrapassam o mínimo legal.

68. Visto que o que interessa não é o contexto legal nacional, mas sim a configuração concreta da situação, então, o volume da participação da entidade adjudicante ou, pelo contrário, do sócio minoritário privado também não podem por si sós ser decisivos.

69. Daqui resulta que uma percentagem fixa representa um obstáculo para uma solução ajustada ao caso, pois não permite a tomada em consideração da configuração concreta da situação e exclui categoricamente uma aplicação do critério do controlo nos casos não correspondentes ao critério percentual.

70. Mas como as entidades que são participadas por um sócio privado minoritário também podem preencher o critério do controlo, deve concluir-se que a excepção do processo Teckal é válida não só para as

19 — V., pelo contrário, o que refere o advogado-geral P. Léger, que exige mesmo, numa parte das suas conclusões de 15 de Junho de 2000 no processo C-94/99 (acórdão já referido na nota 17, n.º 66), que a entidade adjudicante «que solicita do operador a realização de diferentes serviços seja precisamente a colectividade que exerce sobre ele um controlo estreito».

filiais a 100% mas também para as sociedades de economia mista. A participação de uma empresa privada, em princípio, em nada a prejudica.

71. Neste ponto, é de recordar que o advogado-geral P. Léger já considerava a excepção no processo Teckal aplicável mesmo no caso de uma participação de 50,5%²⁰.

72. O critério do controlo desenvolvido pelo Tribunal de Justiça implica, em todo o caso, mais do que uma influência dominante na acepção do direito das sociedades ou do que é exigido para a qualificação de determinadas instituições como entidades adjudicantes na acepção do respectivo artigo 1.º das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Tão pouco é suficiente a influência dominante na acepção do artigo 1.º, n.º 3, conjuntamente com o artigo 13.º da Directiva 93/38. Trata-se aqui, em primeiro lugar, de uma regulamentação para sectores que não encontram correspondência na directiva aplicável a este caso e, em segundo lugar, de uma disposição de excepção que, em geral, é de interpretar em sentido restrito.

73. Nem o legislador comunitário nem o Tribunal de Justiça fizeram referência às disposições das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos nas directivas nem no processo Teckal.

74. O nível de intensidade do controlo aqui exigido não deve, portanto, ser retirado de determinadas disposições das directivas relativas a adjudicações e, devido ao seu carácter excepcional, ultrapassa as exigências das outras regulamentações derogatórias.

75. Num processo de decisão prejudicial, compete ao juiz nacional, por um lado, interpretar as disposições legislativas nacionais e, por outro, aplicar estas e outras disposições às circunstâncias concretas do caso. O órgão jurisdicional de reenvio vai ter de averiguar quais os direitos que assistem à Stadt Halle sobre a RPL, «filial» da sua «sub-filial».

76. Na aplicação do critério do controlo, o juiz nacional tem de se basear nos poderes de exercício do controlo. Já por motivos de segurança jurídica, a questão não pode depender do modo como o controlo é efectivamente exercido ou mesmo de um prognóstico de como o sócio maioritário utiliza a sua participação, isto é, se decide também contra o sócio minoritário. Nesta perspectiva, também se deve relativizar a importância de eventuais deveres de lealdade do sócio maioritário, especialmente porque também há que ter em consideração os deveres de lealdade do sócio minoritário, facto para o qual a Stadt Halle chama a atenção.

20 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referido na nota 19, acórdão já referido na nota 17, n.º 60).

77. No que respeita ao objecto do controlo, o Tribunal de Justiça, na excepção enunciada no acórdão Teckal, não o restringiu a determinadas decisões da instituição controlada. Assim, não é suficiente um simples controlo das decisões de adjudicação em geral ou mesmo da decisão de adjudicação em concreto.

78. Partindo da formulação e do objectivo do critério «controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços», é antes de exigir uma possibilidade de controlo integral. Este não deve limitar-se, em todo o caso, apenas a decisões estratégicas de mercado, mas deve também abranger as decisões individuais de gestão. No presente processo de decisão prejudicial, não há que aprofundar outros pormenores, pois tal não é indispensável para a resolução do litígio no processo inicial.

B — Segundo critério: o essencial da actividade é desenvolvido com o titular das participações

79. O segundo pressuposto que deve estar presente para que a excepção do processo Teckal opere tem a ver com a actividade da entidade controlada. Segundo a passagem correspondente do acórdão, a excepção só opera quando esta entidade «realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem».

80. Este critério pode ser generalizado na medida em que, em primeiro lugar, são tidos em consideração não só detentores de participações directas mas também, como no presente caso, sociedades «bisavós», portanto, detentores de participações indirectas e, em segundo lugar, porque são abrangidos outros organismos territoriais.

81. O critério estabelecido no acórdão Teckal respeita, por isso, a uma determinada participação mínima no conjunto das actividades desenvolvidas pela entidade controlada. Trata-se, portanto, da averiguação da amplitude da totalidade das actividades desenvolvidas e das desenvolvidas para o detentor da participação em sentido amplo.

82. Neste contexto, há que chamar a atenção para que, da circunstância de o conceito de detentor da participação não ser de interpretar de modo muito restrito, não se pode concluir que são de ter em conta as prestações a terceiros que o detentor da participação social teria, de outra forma, ele próprio de realizar. Isto respeita na prática, em primeiro lugar, aos serviços públicos e, consequentemente, aos municípios (comunas), a quem incumbe uma obrigação de prestação de determinados serviços relativamente a determinadas pessoas. Esta questão geral não é objecto do presente processo prejudicial porque o órgão jurisdicional nacional não carece da resposta correspondente para a resolução do litígio que nele pende.

83. Deve esclarecer-se, para além disso, que o que importa são as actividades efectivas e não as actividades possíveis face à lei ou ao estatuto da sociedade, ou mesmo as actividades às quais está obrigada a entidade controlada.

84. A pergunta central é, então, a partir de que participação se atinge o limite da excepção do processo Teckal. Quanto a isto, são defendidas várias opiniões. Vão desde mais de 50% até «exclusivamente», passando por «de amplitude apreciável», «muito preponderante» e «quase exclusivamente».

85. Neste contexto, é defendida uma abordagem positiva, no sentido de se determinar a amplitude dos serviços prestados ao detentor da participação, mas também uma abordagem negativa. Segundo a abordagem negativa, teria de se partir da percentagem dos serviços prestados a outros que não o detentor da participação. Esta última opinião encontra-se, para além do presente processo, nas conclusões do advogado-geral P. Léger invocadas por vários intervenientes. De acordo com este, «a directiva é aplicável quando essa entidade exerce essencialmente a sua actividade *com outros* operadores ou com colectividades que não façam parte dessa entidade adjudicante»²¹. Atendendo a que no processo Teckal se adoptou a abordagem positiva, não deve, evidentemente, a negativa ser aqui apreciada.

86. Na passagem citada das conclusões do advogado-geral P. Léger, é referido outro aspecto importante, que é de ter em consideração na determinação da participação.

87. Assim, coloca-se a questão de saber se a excepção do processo Teckal só permite uma abordagem quantitativa ou se também há que ter em consideração circunstâncias qualitativas. A favor da última hipótese aponta o texto e o sentido da excepção, que não contém qualquer indicação sobre como devem as actividades ser avaliadas. Mesmo a versão autêntica da passagem correspondente do acórdão Teckal, isto é, a versão italiana, não exclui uma abordagem qualitativa adicional ou alternativa («la parte più importante della propria attività»).

88. De resto, a excepção do processo Teckal também não contém qualquer indicação relativa ao método de cálculo da percentagem. Não é, portanto, evidente que só interesse o volume de negócios.

89. O juiz nacional tem de averiguar o «essencial da actividade» com base em circunstâncias quantitativas e qualitativas. Aliás, a posição da entidade controlada no mercado também pode ter influência, isto é, em especial a sua situação concorrencial face a eventuais concorrentes.

21 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referidas na nota 19, acórdão já referido na nota 17, n.º 93) (sublinhado nosso).

90. Quanto às conclusões do advogado-geral P. Léger, citadas por vários intervenientes com respeito ao segundo pressuposto da excepção do processo Teckal, há que recordar que as conclusões são autênticas na língua escolhida pelo advogado-geral como língua original.

93. A este respeito, há que observar que também uma outra percentagem fixa poderia ser objectiva ou ajustada ao caso. Mas é precisamente a rigidez de uma percentagem fixa que pode constituir um obstáculo a uma solução ajustada ao caso. Além disso, não permite a tomada em consideração de elementos qualitativos.

91. Partindo deste princípio, as referidas conclusões apresentam o seguinte quadro: o advogado-geral P. Léger baseia-se, por um lado, na «quasi-exclusivité» («quase exclusividade») dos serviços prestados, na versão alemã traduzida por «sämtliche Dienstleistungen» («todas as prestações de serviços») ²². Por outro lado, apoia-se na versão da excepção do processo Teckal na língua de processo italiana e fala de «en grande partie» («em grande parte»), que é traduzida na versão alemã por «im Wesentlichen» («no essencial») ²³, ou de «la plus grande partie de leur activité» («a maior parte da sua actividade») («den größten Teil ihrer Tätigkeit») («a maior parte da sua actividade») ²⁴.

94. Contra a possibilidade de transposição do critério dos 80% aponta, antes de mais, a circunstância de que se trata de uma disposição de excepção de uma directiva apenas válida para determinados sectores. A valoração nela estabelecida limita-se, segundo a vontade do legislador comunitário, à referida directiva. Ainda que a ideia fundamental possa ser aplicável, na prática, fora dos sectores em causa, é, no entanto, claro que tal regulamentação não consta da directiva aplicável ao presente caso.

92. Para maior precisão, alguns intervenientes propuseram interpretar o critério da essencialidade no sentido de uma disposição aplicável às adjudicações a empresas que estão associadas à entidade adjudicante. Trata-se do critério dos 80% do artigo 13.º da Directiva 93/38. Como fundamento, foi alegado que este critério era «objectivo» ou «ajustado» ao caso.

95. Contra o recurso ao artigo 13.º da Directiva 93/38 é de referir ainda outro motivo. O seu n.º 2 obriga, designadamente, a entidade adjudicante a prestar à Comissão, a pedido desta, determinadas informações. Esta disposição constitui uma compensação de direito processual para a excepção prevista no artigo 13.º Na excepção do processo Teckal, o Tribunal de Justiça seguiu outra via. Limitou-se aos dois pressupostos de natureza material ali estabelecidos. Estes pressupostos devem ser interpretados restritivamente, devido à ausência de uma regulamentação de direito processual comparável.

22 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referidas na nota 19, acórdão já referido na nota 17, n.º 74).

23 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referidas na nota 19, acórdão já referido na nota 17, n.º 81).

24 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referidas na nota 19, acórdão já referido na nota 17, n.º 83).

VII — Conclusão

96. Face ao exposto, propõe-se que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais da seguinte forma:

- «1) O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665/CEE deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros devem garantir uma possibilidade de recurso eficaz e tão rápido quanto possível de decisões das entidades adjudicantes tomadas fora do âmbito de um processo de adjudicação, mas que estão relacionados com um processo de fornecimento; estas decisões podem incluir decisões sobre a questão prévia de realizar determinado processo de aquisição sem a abertura de um concurso público.
- 2) A Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, é de interpretar no sentido de que a participação, nos termos do direito das sociedades, de uma empresa privada no parceiro contratante da entidade adjudicante, no qual a entidade adjudicante tem participação directa ou indirecta, não exclui por si só a inaplicabilidade desta directiva.
- 3) Para que um parceiro contratante com uma participação de uma entidade privada nos termos do direito das sociedades — a seguir ‘sociedade de participação do sector público’ — deva ser considerado como integrado na administração pública ou nos serviços da entidade adjudicante, importa ter em conta a configuração concreta da relação, na qual não é decisivo o montante da participação isoladamente considerado.

Para a integração não é suficiente:

- o domínio da sociedade de participação do sector público pela entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, n.º 2, e do artigo 13.º, n.º 1, da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações;
 - um amplo poder de direcção apenas sobre as decisões de adjudicação em geral ou sobre as decisões de adjudicação respeitantes ao processo de aquisição em concreto.
- 4) Para que se considere que uma sociedade de participação do sector público integra os serviços da entidade adjudicante sob o ponto de vista da realização do 'essencial' da sua actividade com a entidade adjudicante não há que atender, ao contrário do previsto no artigo 13.º da Directiva 93/38/CEE, à circunstância de pelo menos 80% do volume de negócios médio realizado por aquela empresa na Comunidade durante os últimos três anos no sector da prestação de serviços provenha da realização desses serviços para a entidade adjudicante ou para uma empresa dela dependente ou que lhe esteja ligada ou — na medida em que a empresa de economia mista ainda não tenha completado três anos de actividade — seja de esperar, em termos previsionais, que atinja aquela percentagem de 80%.

Para se pronunciar sobre a integração, o juiz nacional deve antes basear-se nas actividades efectivas e, ao fazê-lo, atender especialmente às circunstâncias quantitativas e qualitativas.»