

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

VERICA TRSTENJAK

apresentadas em 4 de Junho de 2008¹

1. O pedido de decisão prejudicial do Conseil d'État (Bélgica) tem por objecto o âmbito de aplicação das normas comunitárias sobre a adjudicação de contratos públicos. Suscita-se a questão de saber se se aplicam as normas sobre adjudicação de contratos públicos quando uma autarquia local, neste caso um município, delega a gestão da sua rede de distribuição televisiva a uma entidade resultante de uma cooperação puramente intermunicipal², com a colaboração do referido município, sem que intervenham quaisquer capitais privados. *In casu*, trata-se de uma cooperação intermunicipal que reveste a forma de sociedade cooperativa e as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito ao primeiro dos dois critérios ditos «Teckal»: «controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços».

três demandados: o município de Uccle (a seguir também designado por «município»), a cooperativa Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (a seguir «Brutélé») e a région de Bruxelles-Capitale, representada pelo seu governo.

I — Quadro jurídico

A — Direito comunitário

2. O litígio no processo principal opõe a sociedade belga de distribuição televisiva Coditel Brabant SPRL (a seguir «Coditel») a

3. O artigo 12.^o, n.^o 1, CE dispõe:

1 — Língua original: alemão.

2 — As expressões «cooperação intermunicipal» ou «colaboração intermunicipal» abrangem formas muito diferentes de colaboração entre órgãos administrativos, tanto de natureza formal como informal (v. Schmidt: *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2005, pp. 2 e segs.), que vão de simples grupos de trabalho municipais a organismos massivamente institucionalizados de um ponto de vista jurídico, como por exemplo associações ou cooperativas intermunicipais. V. também as expressões «situação de participação por várias entidades públicas» ou «entidades de economia mista»; *inter alia*, conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl de 12 de Janeiro de 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, Colect., p. I-4137, n.^{os} 29 e segs.), e Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, pp. 167 e segs.

«No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.»

4. O artigo 43.º CE prevê:

B — *Direito nacional*

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. [...]

6. Nos termos do artigo 162.º da Constituição belga, os municípios podem associar-se.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

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

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

7. Os aspectos concretos da cooperação entre municípios são regidos pela Lei das associações inter-municipais (loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales). Segundo o artigo 1.º desta lei, vários municípios podem formar, nos termos nela previstos, associações com objectivos bem definidos de interesse municipal. O artigo 3.º da mesma lei dispõe que as associações intermunicipais são pessoas colectivas de direito público e não têm natureza comercial, independentemente da sua forma ou do seu objectivo. O artigo 10.º determina que os órgãos da associação intermunicipal são a assembleia geral, o conselho de administração e o colégio dos comissários. De acordo com o artigo 12.º da lei, os representantes dos municípios associados na assembleia são escolhidos pelo *conseil communal* (assembleia municipal) de cada município, de entre os membros desse *conseil*, o burgomestre e os *échevins* (vereadores). Esse preceito dispõe também que os votos de cada município na assembleia geral correspondem às participações que cada um detém na associação.

II — Matéria de facto do processo principal e questões prejudiciais

8. A rede de distribuição televisiva do município belga de Uccle foi gerida, mediante contratos, pela sociedade de distribuição televisiva Coditel, de 1969 a 1999. Na data do termo do contrato, 31 de Dezembro de 1999, o município usou da possibilidade, que lhe era conferida pelo contrato, de adquirir à Coditel a rede de distribuição televisiva localizada no seu território.

9. Em Outubro de 1999, o município de Uccle decidiu, por um lado, abrir concurso para a adjudicação, a um concessionário, da exploração e do melhoramento da rede municipal de distribuição televisiva durante o período de 1 de Julho de 2000 a 30 de Junho de 2009. Por outro lado, foi aprovado um projecto de aditamento ao contrato celebrado com a Coditel, no sentido de assegurar a prestação do serviço público de distribuição televisiva até à nomeação do futuro concessionário. Finalmente, a gestão da rede pela Coditel até 31 de Dezembro de 2001 foi regulada mediante um aditamento ao contrato.

10. Em fins de 1999, a Coditel candidatou-se à concessão da exploração da rede de distribuição televisiva do município de Uccle. Além disso, em Abril de 2000 a Coditel apresentou,

em resposta a uma pergunta do município, uma proposta de aquisição da rede de distribuição televisiva³, como aliás já o tinham feito todas as sociedades que se apresentaram a concurso.

11. Em Maio de 2000, o *conseil communal* de Uccle decidiu que a adjudicação da concessão seria precedida pela alienação da rede. Após abertura do correspondente concurso, a Coditel apresentou uma proposta de aquisição. Os preços oferecidos no concurso oscilavam entre os 750 e os 1 000 milhões de BEF; a única proposta que cumpria as especificações do concurso e era admissível — a da Coditel — era a mais baixa.

12. Ao concurso para a aquisição também se apresentou, entre outros, a Brutélé, não com uma proposta de aquisição, mas sim de associação.

13. Como os preços oferecidos ao município de Uccle eram nitidamente inferiores ao preço

3 — Após a pergunta do município, a Coditel inquiriu-lhe se a proposta de aquisição da rede constituía um critério de apreciação das propostas apresentadas no âmbito do processo de adjudicação por concurso público da concessão da exploração da rede, se essa proposta substituíra o processo de concurso público em curso e se a mesma tinha sido endereçada aos outros candidatos no concurso público. Em 28 de Abril de 2000, o município de Uccle respondeu que se dirigira às quatro sociedades que apresentaram a sua candidatura ao concurso público, que a proposta de aquisição da rede não substituíra o concurso público nem constituía um elemento de apreciação das propostas apresentadas e, por último, que «o *collège*, uma vez que recebera uma proposta de compra (condicionada, até ao momento), considerou, não obstante, que essa hipótese não podia ser excluída *a priori* e que podia constituir um elemento da reflexão em curso sobre o futuro da rede; o *collège* decidiu ainda, com a preocupação de informar completa e imparcialmente os candidatos, consultar cada um deles, antes de propor uma decisão de concessão (ou não) da exploração ao *conseil communal*».

anteriormente considerado possível ⁴, o município, por deliberação do seu *conseil communal* de 23 de Novembro de 2000, desistiu da venda da rede municipal de distribuição televisiva (primeira decisão impugnada no processo principal).

um subsector de exploração, com autonomia de decisão ⁶. Além disso, o *conseil communal* de Uccle salienta, nessa deliberação, que a associação à Brutélé proporciona numerosas vantagens ao município de Uccle: autonomia de decisão, receitas avultadas, conservação da propriedade da rede e a inclusão da opção de o município se retirar de forma rápida e fácil caso haja, no futuro, uma oferta de aquisição interessante.

14. Também em 23 de Novembro de 2000, o *conseil communal* de Uccle decidiu associar o município à Brutélé (segunda decisão impugnada no processo principal). Nesta deliberação refere-se, *inter alia*, que a Brutélé fez uma proposta de associação ao município de Uccle que incluía a entrada da rede municipal no activo, a atribuição de participações sociais, o pagamento de uma remuneração anual ⁵ e a proposta de o município de Uccle, caso viesse a associar-se, constituir por si só

15. Em 30 de Novembro de 2000, a Coditel apresentou uma reclamação fundamentada ao Ministro-Presidente do Governo da região de Bruxelles-Capitale, solicitando-lhe a anulação da deliberação do *conseil communal* de Uccle, de 23 de Novembro, de associar esse município à Brutélé.

16. Em 7 de Dezembro de 2000, a assembleia geral extraordinária da Brutélé aprovou a associação com o município de Uccle (terceira decisão impugnada no processo principal).

- 4 — V., a este respeito, a deliberação do *conseil communal* de Uccle de 23 de Novembro de 2000: é indubitável que essa diferença se explica pela conjuntura, pois nos últimos meses as cotações da bolsa de alguns dos principais operadores no domínio dos valores tecnológicos caíram para mínimos históricos, pelo que as condições são, nesta época, extremamente desfavoráveis.
- 5 — A remuneração anual oferecida é constituída, segundo a correspondente deliberação do *conseil communal* de 23 de Novembro de 2000:
- a) pela remuneração fixa igual a 10% das receitas das assinaturas de base da distribuição televisiva (com base em 31 000 subscritores e 3 400 BEF de assinatura anual (excluindo IVA e direitos de autor): 10 540 000 BEF/ano;
 - b) pelo pagamento de 5% do volume de negócios do Canal+ e do pacote televisivo;
 - c) pela totalidade dos lucros realizados sobre todos os serviços prestados.

- 6 — V., a este respeito, a correspondente deliberação de 23 de Novembro de 2000:
Esta autonomia diz respeito, designadamente:
- à escolha dos programas distribuídos;
 - às tarifas de assinatura e de ligação;
 - à política de investimentos e de obras;
 - aos descontos ou vantagens a conceder a certas categorias de pessoas;
 - à natureza e às modalidades de outros serviços a prestar por meio da rede e à possibilidade de confiar à sociedade intermunicipal realizações de interesse municipal em linha com o seu objecto definido nos estatutos, como por exemplo, a criação de uma Intranet municipal, de um sítio na Internet e a formação de pessoal para este efeito.
- Neste âmbito:
- a Brutélé elaborará uma conta de resultados e apresentará um balanço das actividades da rede de Uccle;
 - Uccle disporá de um administrador no conselho de administração da Brutélé e de três administradores no conselho do sector de exploração de Bruxelas, da faculdade de designar um revisor oficial de contas e de um perito municipal.

17. Em 19 de Dezembro de 2000, o Ministro-Presidente da région de Bruxelles-Capitale comunicou ao município de Uccle que não havia nenhuma objecção à sua associação condicionada à Brutélé⁷ (quarta decisão impugnada no processo principal). Em 2 de Janeiro de 2001, o Ministro-Presidente da Région de Bruxelles-Capitale comunicou à Coditel que não tinha levantado qualquer objecção à associação do município de Uccle à Brutélé.

18. Em 22 de Janeiro 2001, a Coditel interpôs recurso das quatro decisões referidas, pedindo a sua anulação.

19. O Conseil d'État, que ora formula o pedido de decisão prejudicial, já tinha, no processo principal, julgado inadmissível o recurso de duas dessas decisões (a terceira e a quarta decisão impugnadas). No tocante à parte do recurso que considerou admissível, está em causa, sobretudo, a apreciação da deliberação em que o *conseil communal* de Uccle decidiu associar o município à Brutélé.

20. Por despacho de 3 de Julho de 2007, o Conseil d'État submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

7 — Segundo a deliberação de 23 de Novembro de 2000, que aprovou a associação, esta ficou sujeita à condição de a assembleia geral da Brutélé aprovar uma resolução mediante a qual todos os membros associados decidissem desde logo não se opor à eventual retirada ulterior do município de Uccle.

— Pode um município, sem abrir concurso público, associar-se a uma sociedade cooperativa que agrupa exclusivamente outros municípios e associações de municípios (sociedade intermunicipal pura), a fim de transferir para esta a gestão da sua rede de distribuição televisiva, no conhecimento de que a sociedade realiza o essencial das suas actividades apenas com os seus associados e no interesse destes e que as decisões relativas a essas actividades são adoptadas pelo conselho de administração e pelos conselhos de sector dentro dos limites dos poderes que o primeiro delega nos segundos, órgãos estatutários que são compostos por representantes das autoridades públicas e que adoptam decisões por maioria?

— Pode considerar-se que o domínio das decisões da sociedade cooperativa assim exercido através dos órgãos estatutários, por todos os cooperadores ou por uma parte dos mesmos no caso de sectores ou de subsectores de exploração, permite aos cooperadores exercer sobre a sociedade cooperativa um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços?

— Para que esse domínio e esse controlo sejam qualificados de análogos, devem estes ser exercidos individualmente por cada membro associado ou basta que sejam exercidos pela maioria dos membros associados?

21. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que a associação do município de Uccle à Brutélé não constitui um contrato público de serviços mas sim uma concessão de serviços públicos, na acepção do direito comunitário. Nessa medida, não são aplicáveis as directivas comunitárias sobre contratos públicos, mas sim as normas fundamentais do direito comunitário primário em geral e, em particular, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, que implica, designadamente, uma obrigação de transparência.

22. No entender do órgão jurisdicional de reenvio, há muitos elementos que apontam no sentido de que o município de Uccle, enquanto entidade adjudicante, não podia seleccionar directa e imediatamente a modalidade de associação à Brutélé sem abrir concurso ou sem uma análise comparativa das propostas apresentadas. Concretamente, para cumprir as exigências do direito comunitário, o município de Uccle devia ter aberto um novo concurso público, para analisar se a concessão do seu serviço de distribuição televisiva à Coditel ou a outros operadores económicos não constituía uma alternativa mais vantajosa do que aquela que foi, por fim, escolhida.

23. Para que o órgão jurisdicional de reenvio possa, no final, avaliar os factos que lhe foram submetidos, necessita de obter esclarecimentos mais detalhados sobre os critérios resultantes do acórdão Teckal⁸, especialmente no que respeita ao tipo de controlo exercido pela entidade concedente sobre a entidade concessionária. Isto porque,

segundo esta jurisprudência, só se pode deixar de lado as exigências comunitárias de transparência se se verificarem cumulativamente dois requisitos de interpretação estrita, sendo eles, por um lado, que o controlo exercido pela entidade concedente sobre a entidade concessionária seja análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, por outro, que esta entidade realize o essencial da sua actividade com a autoridade que a detém.

24. A Brutélé alegou, a este respeito, que é uma «sociedade puramente intermunicipal», cujas actividades são destinadas e reservadas aos municípios associados, e que os seus estatutos permitiram que o município de Uccle constituísse, por si só, um subsector de exploração dotado de autonomia de decisão, o que lhe permite exercer uma fiscalização imediata e precisa das actividades da sociedade nesse subsector, exactamente idêntica à que exerceria sobre os seus próprios serviços internos. O município de Uccle dispõe de um administrador no conselho de administração da Brutélé e de três administradores no conselho do sector de exploração de Bruxelas, de um revisor oficial de contas e de um perito municipal. Além disso, o município de Uccle pode retirar-se a todo o momento da associação, o que também demonstra o seu domínio total da exploração da sua rede de distribuição televisiva.

25. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, dos estatutos da Brutélé resulta que os cooperadores são municípios e uma associação intermunicipal que, por sua vez, agrupa exclusivamente municípios. A cooperativa não está aberta a privados. O conselho de administração é composto por representantes

⁸ — Acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121, n.º 50).

dos municípios — no máximo, três por município — nomeados pela assembleia geral, que por sua vez é composta por representantes dos municípios. O conselho de administração tem os mais amplos poderes. Os municípios estão divididos em dois sectores, um dos quais agrupa os municípios da região de Bruxelas, que podem subdividir-se em subsectores. Em cada sector, existe um conselho de sector constituído por administradores nomeados, sob proposta dos municípios, pela assembleia geral, que se reúne em grupos distintos que representam os titulares de participações sociais de cada sector. O conselho de administração pode delegar nos conselhos de sector poderes relativos aos problemas específicos dos subsectores, designadamente as modalidades de aplicação das tarifas, o programa de obras e investimentos, o financiamento destes, as campanhas de publicidade, bem como aos problemas comuns aos diferentes subsectores de um sector de exploração. Os demais órgãos estatutários da cooperativa são a assembleia geral, cujas decisões são vinculativas para todos os cooperadores, o director-geral, o colégio de peritos, que é composto por funcionários municipais e o colégio de revisores oficiais de contas. O director-geral, os peritos e os revisores oficiais de contas são, consoante os casos, nomeados pelo conselho de administração ou pela assembleia geral.

26. Destes elementos o órgão jurisdicional de reenvio extrai a conclusão de que a autonomia de decisão do município de Uccle não é tão completa como pretende a Brutélé. Por exemplo, os poderes mais amplos são exercidos pelo conselho de administração, no qual o município de Uccle dispõe de (só) um representante. Na verdade, todas as decisões são tomadas por órgãos sociais compostos exclusivamente por representantes dos municípios e das associações intermunicipais

associadas, mas isso não implica que cada um desses cooperadores disponha individualmente, em relação à cooperativa, da mesma influência determinante que teria se organizasse autónoma e internamente a sua actividade.

27. No tocante ao segundo pressuposto resultante do acórdão Teckal⁹, «essa pessoa [simultaneamente] realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a [detêm]», o órgão jurisdicional de reenvio afirma que é ponto assente que a cooperativa realiza a sua actividade essencialmente para os seus cooperadores. O órgão jurisdicional de reenvio não submeteu nenhuma questão sobre este pressuposto.

III — Observações das partes

28. Apresentaram observações por escrito, ao abrigo do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, a Coditel, o município de Uccle, a

⁹ — Referido na nota 8, *supra*, n.º 50.

Brutéle, os Governos belga, alemão e neerlandês e a Comissão das Comunidades Europeias. Os mesmos pleitearam oralmente na audiência de 9 de Abril de 2008, com excepção do município de Uccle, que não se fez representar.

29. Todas as partes estão, no essencial, de acordo quanto ao entendimento de que está em causa a adjudicação pública de uma concessão, que não está sujeita ao disposto nas directivas sobre adjudicação de contratos públicos, mas sim ao requisito geral da transparência¹⁰.

30. Com excepção da Coditel, estão todos de acordo em que, a avaliar pelos dados constantes do pedido de decisão prejudicial, se verifica o cumprimento do *segundo critério Teckal*.

31. Quando ao *primeiro critério Teckal*, as opiniões divergem:

32. A Coditel e a Comissão entendem que este critério não é cumprido e que a associação directa do município de Uccle à cooperativa Brutéle está em conflito com a exigência de transparência.

33. A Coditel sublinha que o município de Uccle não tinha nenhuma relação com a Brutéle antes de se lhe associar, pelo que a jurisprudência Teckal não é de todo aplicável. Além disso, o município de Uccle só detém 8,26% das participações sociais da Brutéle (76 participações de um total de 920). Acresce que a Brutéle presta os seus serviços, como os de televisão por cabo, telefonia e Internet, de forma comercial e em concorrência com outros operadores. A estrutura interna da Brutéle é fundamentalmente análoga à estrutura interna de uma empresa privada. O município de Uccle não tem a possibilidade de controlar a Brutéle; um controlo realmente colectivo por parte dos cooperadores afigura-se, na verdade, duvidoso, face ao elevado número de cooperadores e aos interesses eventualmente divergentes. Face ao acórdão Carbotermo¹¹, não é decisivo que 100% do capital da Brutéle esteja nas mãos de municípios e de autarquias locais. Nessa medida, não basta a circunstância de ter sido atribuído um subsector de exploração ao município de Uccle.

34. A Comissão também aborda, nas suas observações, os mecanismos decisórios internos da Brutéle e entende que, nesse aspecto, os mesmos só dificilmente podem

10 — A este respeito, o Governo neerlandês declara que os dados do pedido de decisão prejudicial não são suficientemente amplos para permitir que este aspecto seja realmente apreciado.

11 — Acórdão de 11 de Maio de 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, Colect., p. I-4137, n.º 37).

dar a um município isolado, como o de Uccle, possibilidades de exercer uma influência determinante¹². O conselho de administração da Brutélé dispõe de amplos poderes e, em especial, fixa também as tarifas. Sob todos os aspectos, o município de Uccle apenas tem uma influência «repartida» e não pode impor livremente a sua própria vontade, possibilidade essa que, no entanto, é um pressuposto para o cumprimento do primeiro critério Teckal.

35. O município de Uccle e a Brutélé, que sustentam, pelo contrário, que é cumprido o primeiro critério Teckal, sublinham o aspecto da natureza puramente intermunicipal da cooperativa, que resulta tanto dos seus estatutos como da lei belga.

36. O município de Uccle sublinha que, quando se associou à Brutélé, conservou um «controlo análogo», na acepção do acórdão Teckal, sobre a rede municipal de distribuição televisiva. Segundo afirma, há que sublinhar que o Tribunal de Justiça nunca falou de um «controlo idêntico», mas sim de um «controlo análogo». Exigir o controlo individual e integral, por um município, de um organismo de cooperação intermunicipal significa impossibilitar essa cooperação, que *por definição* exige a colaboração entre várias entidades.

37. A Brutélé só subsidiariamente menciona o cumprimento do primeiro critério Teckal, aludindo, em especial, ao acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), n.º 57 e seguintes. A Brutélé argumenta, em primeira linha, que os artigos 43.º CE e 49.º CE e os princípios da igualdade, da não discriminação e da transparência devem ser interpretados no sentido de que, por si só, não obstam sem mais à associação, sem concurso público, de um município a uma cooperativa puramente intermunicipal, que não integra nenhum capital privado e foi constituída, em especial, para prosseguir objectivos, cuidadosamente pensados, do interesse dos municípios e do interesse geral. Do acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, n.º 48, depreende-se que os municípios têm a possibilidade de desempenhar, pelos seus próprios meios, as tarefas de interesse público que lhes incumbem. Todavia, aplicar às cooperativas intermunicipais as normas comunitárias sobre adjudicação de contratos públicos traduzir-se-ia em obrigar os municípios a confiar o desempenho das suas tarefas a terceiros, abrindo-o ao mercado. A lei belga dá expressamente aos municípios a possibilidade de constituírem associações intermunicipais¹³. A relação entre o município de Uccle e a cooperativa Brutélé não assenta num contrato, mas sim na associação à cooperativa, que é regulada pelos estatutos da Brutélé e pela lei. A Brutélé assenta numa associação puramente intermunicipal, não está, segundo os seus estatutos, aberta ao capital privado e desempenha as suas tarefas no interesse dos municípios. O objecto da cooperativa é disponibilizar aos utilizadores a escolha mais ampla possível de programas de televisão nas melhores condições e, eventualmente, ampliar a oferta de radiodifusão e de diferentes estruturas de comunicação. Por último, a Brutélé alega, em terceira linha, que na cooperativa, graças especialmente à estrutura

12 — A Comissão refere, a este respeito, os acórdãos de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 65), e Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*).

13 — A Brutélé refere-se à Constituição belga e à Lei das associações intermunicipais (referidas nos n.ºs 6 e 7, *supra*).

dos mecanismos de decisão internos e aos subsectores separados, o município de Uccle exerce o controlo ora controvertido de modo análogo ao controlo que exerce sobre os seus próprios serviços.

não passou para o exterior, antes conservando a sua natureza interna.

38. O Governo belga é de opinião que se deve responder afirmativamente à primeira questão prejudicial. Um município pode associar-se, sem concurso público, a uma cooperativa como a Brutélé, composta exclusivamente por municípios e outras autarquias, para lhe delegar a gestão da sua rede de distribuição televisiva, quando a cooperativa exerce as suas actividades essencialmente apenas para os seus membros e por sua conta e as decisões relativas a essas actividades são tomadas pelo conselho de administração e, nos limites das competências que lhes são delegadas por este, pelos conselhos de sector, sendo um e outros órgãos estatutários compostos por representantes dos órgãos administrativos e que decidem por maioria.

39. A Brutélé, cujo capital não está aberto aos privados, não pode ser vista como um terceiro relativamente ao município de Uccle. Assim, a concessão da rede de distribuição televisiva

40. As demais questões prejudiciais devem-se exclusivamente ao facto de a cooperativa intermunicipal ser uma forma de colaboração em que, pela natureza das coisas, se agrupam vários municípios, que cooperam uns com os outros. Neste aspecto, há que sublinhar que os órgãos da Administração Local têm o direito de optar pela colaboração mútua para garantir uma administração eficiente. Isso traduz-se, entre outros, na colaboração entre grandes e pequenas autarquias. No tocante às autarquias mais pequenas, estas têm frequentemente a necessidade, pela natureza das coisas, de desempenhar tarefas que as transcendem no âmbito de estruturas maiores e articuladas. A definição do controlo e organização internos dessa colaboração entre autarquias é um direito e um dever — que devem ser respeitados — dos correspondentes órgãos administrativos dos Estados-Membros. Neste aspecto, há uma multiplicidade de modelos de organização e controlo internos. Do facto de uma cooperativa levar em conta, ao nível do controlo, as diferentes dimensões das autarquias cooperadoras, não se pode inferir que não se verifica um controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços. Além disso, decorre da própria natureza da cooperativa intermunicipal que, nesta, um município não decide sozinho, sendo as decisões

tomadas por maioria, tanto mais que o objecto da cooperativa é comum. Um controlo exercido mediante decisões tomadas por maioria deve ser qualificado de «controlo análogo», na acepção da jurisprudência. No tocante ao município de Uccle, que dispõe de representantes nos órgãos da Brutélé, há que concluir, tudo visto, que tem sobre a Brutélé um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

exemplo Brandeburgo e Berlim, partilham um *Oberverwaltungsgericht* (tribunal administrativo de segunda instância) comum. Seria ter uma noção completamente errada das coisas partir da premissa de é inexistente ou deficiente o controlo, pelas autarquias, desses serviços, que são geridos por várias autarquias em conjunto. Na verdade, é «exercido em conjunto», mas nem por isso menos eficientemente, o controlo sobre um adjudicatário que seja propriedade de várias colectividades públicas. É o que sucede no caso da Brutélé, pois nela participam exclusivamente municípios, que exercem em conjunto os seus poderes de controlo, da mesma forma que o exerceriam sobre um serviço (comum).

41. O Governo alemão é de opinião que, num caso como o vertente, *a priori*, não se aplicam os princípios e regras sobre concursos públicos, uma vez que ambos os critérios Teckal são cumpridos. Quando existem múltiplos «órgãos de soberania dominantes», há que entender estes critérios no sentido de que, se a entidade pública adjudicante for proprietária, em conjunto com outras colectividades públicas, da entidade adjudicatária, do exercício conjunto desse domínio por vários órgãos de soberania não se pode depreender o enfraquecimento do controlo. Por exemplo, serviços organizados uniformemente de várias autarquias podem ser constituídos e «geridos» em conjunto, sendo errado admitir, a esse respeito, que há um controlo inexistente ou deficiente por parte de cada uma das autarquias. No direito alemão da organização administrativa, há múltiplos exemplos deste tipo: assim, as *Oberfinanzdirektionen* (direcções de finanças regionais) são órgãos tanto do Estado Federal como dos *Länder*. Nalguns *Länder*, há órgãos da Administração Local que tanto são órgãos duma autarquia local como integram os órgãos do Estado Federal. E alguns *Länder*, como por

42. Extrair do facto de a entidade pública adjudicante ter de exercer o controlo sobre o adjudicatário conjuntamente com outros órgãos de soberania a conclusão de que se verifica um controlo «insuficiente» e são aplicáveis as normas sobre adjudicação de contratos públicos tem graves consequências sobre a necessária margem de manobra para configurar a cooperação entre municípios. Assim, a opção por essa forma de cooperação estaria sempre sujeita aos condicionalismos do procedimento de adjudicação de contratos públicos. Consequentemente, a cooperação entre municípios, enquanto forma de organização do desempenho das tarefas do Estado, sofreria um claro retrocesso face ao desempenho dessas tarefas em auto-gestão, que nunca desencadeia a aplicação das normas sobre adjudicação de contratos públicos. Estas normas exerceriam, pois, uma pressão absurda sobre os municípios, levando-os,

eventualmente, a abandonar as cooperações com outros municípios. Porém, não é esse o objectivo das normas sobre a adjudicação de contratos públicos. Pelo contrário, estas não se aplicam senão quando o município recorre ao mercado para desempenhar as suas tarefas.

43. Por último, o Governo alemão refere que o direito à autonomia local é protegido, a nível europeu, pela Carta Europeia de Autonomia Local¹⁴. Esta Carta consagra o direito dos municípios de desempenharem tarefas em auto-gestão e, na verdade, de participarem na cooperação inter-municipal, sem que para isso tenha de se organizar um concurso aberto à «concorrência».

44. O Governo neerlandês propõe que se responda afirmativamente à primeira questão prejudicial. Quanto à segunda questão, entende que, atendendo ao primeiro dos dois critérios do acórdão Teckal e à jurisprudência que se lhe seguiu, bem como aos dados constantes do pedido de decisão prejudicial, há que notar que, relativamente à Brutélé, os municípios e associações de municípios cooperadores estão em condições de exercer uma influência determinante. A demonstrá-lo está, desde logo, o facto de aqueles deterem a totalidade do capital e de estarem excluídos capitais privados. A constatação de uma influência determinante é confirmada pelo facto de os municípios e associações de municípios dominarem inteiramente os órgãos decisórios da Brutélé, pois estes são compostos pelos representantes de uns e de

outras. Deste modo, os municípios e associações de municípios estão em condições de exercer uma influência determinante tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre decisões importantes, como por exemplo a fixação das tarifas. A Brutélé não tem autonomia nenhuma, pelo que não pode ser vista como um terceiro face aos municípios e às associações de municípios. Há que referir, quanto à terceira questão, que, no que respeita a um «controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços», basta que os interessados, que são os municípios e as associações de municípios, exerçam o controlo conjuntamente.

IV — Apreciação jurídica

45. Uma vez que as questões prejudiciais abordam diversos aspectos da mesma questão, vou analisá-las conjuntamente.

46. A questão que se põe é a de saber se a associação de um município como o de Ucclé a uma cooperativa puramente intermunicipal, e a inerente transferência da gestão da rede municipal de distribuição televisiva para essa cooperativa, deve ser tida como uma adjudicação de uma concessão, que está sujeita aos princípios de direito comunitário sobre a adjudicação de contratos públicos, ou se está em causa um desempenho de tarefas de modo quase interno, a que portanto não se aplicam as regras dos concursos. Os aspectos que ocupam o órgão jurisdicional de reenvio

14 — A Carta Europeia de Autonomia Local, convenção aberta à assinatura dos Estados-Membros do Conselho da Europa em 15 de Outubro de 1985 em Estrasburgo, está em vigor desde 1 de Setembro de 1988 (para mais detalhes: <http://conventions.coe.int>).

dizem respeito, em especial, aos mecanismos decisórios internos: assim, por um lado, decisões tomadas por órgãos estatutários como o conselho de administração e o conselho de sector e, por outro, decisões que, no essencial, não são de cariz individual, mas sim tomadas por maioria. Podem semelhantes mecanismos decisórios estar em consonância com o critério jurisprudencial do «controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços»?

47. O órgão jurisdicional de reenvio entende que as autarquias exercem o seu domínio sobre a cooperativa e sobre as suas decisões por via dos órgãos estatutários da cooperativa, pelo que esta goza de uma certa autonomia face aos seus membros. Assim, não se verifica de todo um «controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços», pelo que o órgão jurisdicional de reenvio se inclina a julgar procedente o primeiro fundamento de recurso.

48. Para enquadrar a questão, há que começar por referir que, como já o órgão jurisdicional de reenvio acertadamente observou, segundo jurisprudência assente

nenhuma das directivas comunitárias do domínio dos contratos públicos¹⁵ se aplica à adjudicação da concessão de serviços públicos^{16 17}. Que o caso do processo principal se situa no domínio da concessão de serviços públicos e não no da adjudicação de contratos públicos de serviços demonstra-o o facto de a autarquia não pagar uma remuneração pelo serviço prestado, consistindo a contrapartida justamente no direito de explorar o próprio serviço¹⁸, a que está associada a assunção dos riscos económicos¹⁹.

15 — Entre outras, 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 (JO L 209, p. 1). O objectivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos é promover a livre circulação de serviços e a abertura a uma concorrência não falseada em todos os Estados-Membros; v. acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colect., p. I-1, n.º 44).

16 — Neergaard, «The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law», in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, refere que, consoante o contexto jurídico, existem conceitos de concessão muito diferentes e que o conceito de concessão do direito comunitário dos contratos públicos diverge significativamente do do direito comunitário da concorrência e, em parte, do dos direitos nacionais.

17 — V. apenas acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 56 e 57); de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287, n.º 9 e 16); Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 42), e de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália (C-382/05, Colect., p. I-6657, n.º 29).

18 — V., quanto ao critério utilizado para fazer esta distinção, acórdão Telaustria e Telefonadress (referido na nota 17, *supra*, n.º 58). V. também a definição legal constante do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), que não era aplicável à data dos factos relevantes no processo principal: «é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento». Está aqui em causa a exploração e manutenção de estruturas existentes; v. Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. Em princípio, há que ter em conta que a qualificação como adjudicação de uma concessão de serviços é uma questão a apreciar à luz do direito comunitário, ver acórdão Comissão/Itália (referido na nota 17, *supra*, n.º 31).

19 — Acórdão Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 40). V. também, analisando pormenorizadamente a questão, Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 e 6.63.

49. Uma vez que, à data em que se verificaram os factos relevantes do processo principal, não havia nenhuma directiva sobre a coordenação dos processos de adjudicação de concessões pelas autoridades públicas²⁰, as repercussões que o direito comunitário tem sobre a adjudicação dessas concessões devem ser analisadas, como sucedia antes, exclusivamente à luz do direito primário, especialmente das liberdades fundamentais previstas no Tratado CE²¹.

50. Consequentemente, sobre a adjudicação de concessões de serviços públicos impendem exigências de igualdade de tratamento e de transparência²², especialmente no que respeita à proibição das discriminações indirectas em razão da nacionalidade, decorrentes dos artigos 12.º CE, 43.º CE e 49.º CE²³, que em regra ditam a necessidade de abrir concurso.

51. Há uma excepção para o «desempenho de tarefas de modo quase interno»²⁴, de acordo com a jurisprudência iniciada com o já referido acórdão Teckal²⁵, posteriormente desenvolvida²⁶ e aplicada a todas as normas comunitárias do domínio dos contratos públicos ou das concessões de serviços públicos²⁷, quando se verifica uma operação cuja configuração a qualifica, por assim dizer, como uma medida administrativa de cariz interno²⁸. Consequentemente, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, não é obrigatório organizar um concurso, mesmo que o co-contratante seja uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante, quando estão reunidas duas condições: por um lado, a autoridade pública que seja uma entidade adjudicante deve exercer sobre a entidade distinta em questão um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, por outro, essa entidade deve realizar o essencial da sua actividade com a ou as colectividades públicas que a detêm²⁹.

20 — A situação pouco se alterou com a posterior Directiva 2004/18 (referida na nota 18, *supra*), pois esta directiva, embora defina o conceito de concessão de serviços, não se lhes aplica, nos termos do seu artigo 17.º V. análise pormenorizada em Flamme/Flamme/Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, pp. 19 e segs.

21 — Acórdãos Coname (referido na nota 17, *supra*, n.º 16); Parking Brixen (referido no n.º 12, n.º 46), e de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 18 e segs.). Broussy/Donnat/Lambert, «Délégations de services publics», *L'actualité juridique — droit administratif* (AJDA) 2005 pp. 2340 e segs., p. 2341, consideram que é inerente a semelhante recurso ao princípio da não discriminação o risco de, no futuro, as normas sobre adjudicação de contratos públicos serem alargadas muito para além das directivas aplicáveis e de virem a abranger mesmo os casos em que, pelo seu valor, não é alcançada a escala de valores necessária para aplicação das directivas.

22 — Trepte, «Transparency Requirements», in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, observa que o conceito de transparência no direito comunitário da adjudicação de contratos públicos é limitado, na medida em que se refere à igualdade de tratamento dos concorrentes provenientes dos Estados-Membros e não a um conceito de transparência que vá além disso.

23 — V., entre outros, acórdãos Telaustria e Telefonadress (referido na nota 17, *supra*, n.º 60 e segs.); Coname (referido na nota 17, *supra*, n.º 18 e segs.), e Parking Brixen (referido na nota 17, *supra*, n.º 47 e segs.).

24 — A designação não é uniforme; frequentemente, fala-se de «adjudicação (quase) *in-house*» ou de «actividade *in-house*» (em sentido amplo).

25 — Referido na nota 8, *supra*.

26 — V., em especial, acórdãos Stadt Halle e RPL Lochau (referido na nota 15, *supra*, n.º 49); Coname (referido na nota 17, *supra*, n.º 23 a 26); Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 56 e segs.); ANAV (referido na nota 21, *supra*, n.º 24); Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 36 e 37); de 19 de Abril de 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (C-295/05, Colect., p. I-2999, n.º 55 a 57), e de 18 de Dezembro de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, Colect., p. I-12175, n.º 58).

27 — No acórdão Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 61), o Tribunal esclarece que os dois critérios Teckal se aplicam não só no domínio das directivas comunitárias sobre contratos públicos, mas também no domínio dos contratos públicos em geral.

28 — Flamme/Flamme/Dardenne, referidos na nota 20, *supra*, p. 32, n.º 20, sublinham, aludindo aos n.ºs 49 e 50 do acórdão Teckal (referido na nota 8, *supra*), que a excepção para o «desempenho de tarefas de modo quase interno» tem por base a simples constatação de que não é possível um «contrato consigo próprio».

29 — V. acórdãos Teckal (referido na nota 8, *supra*, n.º 50); Stadt Halle e RPL Lochau (referido na nota 15, *supra*, n.º 49); de 13 de Janeiro de 2005, Comissão/Espanha (C-84/03, Colect., p. I-139, n.º 38); de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria (C-29/04, Colect., p. I-9705, n.º 34); Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 33), e Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (referido na nota 26, *supra*, n.º 55).

A — Primeiro critério Teckal

52. É necessário, no entanto, apreciar o primeiro pressuposto, nomeadamente o exercício de um «controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços».

1. Exclusão de empresas de economia mista

53. Da jurisprudência assente desde o acórdão Stadt Halle und RPL Lochau³⁰ resulta inequivocamente que em caso algum se pode considerar que uma empresa de economia mista é uma instituição sobre a qual é exercido um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, por muito que a participação de capitais privados

30 — No muito considerado acórdão Stadt Halle e RPL Lochau (referido na nota 15, *supra*), diz-se no n.º 49: «De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não está excluído que possa haver outras circunstâncias em que o concurso não é obrigatório mesmo se a outra parte contratante for uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante. É esse o caso quando a autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, exerce sobre a entidade distinta em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e quando essa entidade realiza o essencial da sua actividade com a ou as autoridades públicas que a detêm (v., neste sentido, acórdão Teckal [referido na nota 8, *supra*], n.º 50). Importa lembrar que, no caso referido, a entidade distinta era inteiramente detida por autoridades públicas. Ao invés, a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa exclui de qualquer forma que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.» Belorgey/Gervasoni/Lambert, «Qualification de marché public», *AJDA* 2005, pp. 1113 e segs., p. 1114, aludindo ao acórdão de 22 de Maio de 2003, Korhonen e o. (C-18/01, Colect., p. I-5321), partem do princípio de que o acórdão Stadt Halle confirmou *expressis verbis* o que já estava implícito na jurisprudência.

seja minoritária³¹. Assim, basta a abertura a capitais privados, mesmo que (ainda) se não tenha efectivamente verificado a entrada destes³². Também se deve levar em linha de conta a alienação de participações sociais a privados ocorrida pouco antes da data do concurso³³.

54. Em circunstâncias como as do processo principal, a resposta, no que diz respeito aos capitais privados, é indubitavelmente negativa. Não se verifica, de modo algum, a participação de capitais privados e, além disso, a Brutélé tão-pouco está aberta a capitais privados.

2. Outras circunstâncias determinantes

55. Da jurisprudência decorre, contudo, que a constatação de que não se verifica ou não é admitida a participação de capitais privados nem sempre basta para que seja cumprido o

31 — V. apenas acórdãos Coname (referido na nota 17, *supra*, n.ºs 26); Comissão/Áustria (referido na nota 29, *supra*, n.º 46); ANAV (referido na nota 21, *supra*, n.º 31), e de 18 de Janeiro de 2007, Aurox e o. (C-220/05, Colect., p. I-389, n.º 64). Fica por esclarecer qual a valoração a dar à participação de privados ou de organizações sem fins lucrativos, por exemplo, em domínios sociais ou culturais (v., a este respeito, Egger, referido na nota 2, *supra*, p. 170, n.º 637).

32 — Neste sentido, acórdãos Coname (referido na nota 17, *supra*, n.º 26), e ANAV (referido na nota 21, *supra*, n.ºs 30 a 32).

33 — Acórdão Comissão/Áustria (referido na nota 29, *supra*), n.ºs 38 a 42: num caso desses, para se apreciar a adjudicação de um contrato público devem levar-se em conta todos os passos dados (adjudicação e reestruturação do capital) e a respectiva finalidade.

critério Teckal «exercício de um controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços»³⁴. É manifesto que as questões do órgão jurisdicional de reenvio devem ser vistas neste contexto.

56. De alguns dos acórdãos que tratam do primeiro dos dois critérios Teckal resulta que devem ser tidas «em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes»³⁵. «Deve resultar deste exame que a [sociedade adjudicatária] está sujeita a um controlo que permite à entidade pública [adjudicante] influenciar as decisões da referida [sociedade]. Deve tratar-se de uma possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes [dessa sociedade]»³⁶.

57. O leque de critérios que podem ser relevantes para esse efeito extrai-se sobretudo do acórdão Parking Brixen: a transformação em sociedade anónima, o alargamento do objecto social, a abertura obrigatória da sociedade, a curto prazo, a outros capitais, a expansão ampla da área territorial das actividades da sociedade e os consideráveis poderes atribuídos ao conselho de administração levaram, globalmente, o Tribunal de Justiça a considerar que a sociedade em causa adquirira uma dimensão de mercado e um grau de autonomia que excluam que a

entidade pública concedente exercesse sobre a entidade concessionária um controlo análogo ao que exercia sobre os seus próprios serviços»³⁷.

58. Por conseguinte, é manifesto que, para apreciar as questões submetidas no processo Parking Brixen, eram relevantes duas categorias fundamentais: tanto o grau da dimensão de mercado como o grau de autonomia³⁸ da entidade concessionária. Estas categorias estão em consonância com o acórdão Teckal, em cujo n.º 51 também se indicou como critério a existência ou inexistência de autonomia decisória por parte da entidade em causa face à(s) colectividades(s) pública(s)³⁹.

59. Porém, na sua jurisprudência sobre os critérios Teckal firmada até agora, o Tribunal de Justiça só em poucos casos pautou a sua fiscalização por estas outras circunstâncias. Nos processos Parking Brixen e Carbotermo,

34 — V., entre outros, também Probst/Wurzel, «Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen», in: *European Law Reporter* 2007, pp. 257 e segs., p. 261.

35 — Acórdãos Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 65) e Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 36).

36 — Acórdãos Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 65) e Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 36).

37 — Acórdão Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 67 a 70). Numa perspectiva crítica quanto à justificação de critérios que, em última análise, podem levar a que as entidades constituídas pelas colectividades públicas para o desempenho das suas tarefas fiquem circunscritas a determinadas formas jurídicas, ver Kotschy, «Arrêts 'Stadt Halle', 'Coname' e 'Parking Brixen'», *Revue du droit de l'Union européenne* 2005, n.º 4, pp. 845 e segs., p. 853.

38 — Quanto mais claramente vinculada for a estreita ligação à entidade adjudicante ou concedente e mais limitadas forem as possibilidades de a entidade adjudicatária ou concessionária exercer actividades comerciais no mercado para terceiros, mais fácil é fundamentar a tese de uma actividade *in-house*, sublinham Probst/Wurzel (referido na nota 34, *supra*, n.º 261).

39 — Acórdão Teckal (referido na nota 8, *supra*, n.º 51).

já referidos, verificavam-se várias dessas circunstâncias, das quais só uma, a atribuição de amplas competências ou de consideráveis poderes ao conselho de administração, se verificava num e noutro caso.

do caso concreto, enfraquecer o controlo eventualmente exercido pela entidade adjudicante sobre uma sociedade anónima pelo simples facto de participar no seu capital⁴³.

60. No acórdão Parking Brixen, o Tribunal entendeu que a Stadtwerke Brixen AG adquirira uma dimensão de mercado que tornava precário o controlo pelo município e apontou cinco motivos para isso⁴⁰, entre os quais a abertura obrigatória da sociedade, a curto prazo, a outros capitais e a expansão da área territorial das actividades da sociedade para toda a Itália e para o estrangeiro⁴¹.

62. Assim, há que considerar que nestes processos concorriam diversas circunstâncias específicas, pelo que neles se procedeu a uma apreciação global⁴⁴.

61. No acórdão Carbotermo, uma circunstância fundamental era a de a eventual influência do município italiano de Busto Arsizio, parte nesse processo, sobre as decisões da AGESP SpA, empresa incumbida da prestação de diversos serviços de utilidade pública, ser exercida por intermédio de uma sociedade *holding*⁴². O Tribunal observou, a este respeito, que a intervenção deste intermediário podia, consoante as circunstâncias

3. A cooperação puramente intermunicipal por princípio não está isenta de concurso, mas em regra está dispensada deste

40 — Ferrari fala, nessa medida, de indícios de uma independência que não é compatível com o conceito de controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços (Ferrari, «Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?», in: *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2006, pp. 271 e segs., em especial p. 273).

41 — Acórdão Parking Brixen (referido na nota 12, *supra*, n.º 67). Jennert, «Das Urteil 'Parking Brixen'», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (NZBau) 2005, p. 623 ff., p. 626, observa que, portanto, não interessa a protecção do mercado de proveniência mediante a adjudicação *in-house* dispensada de concurso quando se verifica, em simultâneo, a participação na concorrência mediante uma expansão geográfica.

42 — Nas conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl de 12 de Janeiro de 2006, Carbotermo e Consorcio Alisei (acórdão referido na nota 11, *supra*), diz-se, nos n.ºs 22 e 23, que o que caracteriza esse processo é a circunstância de, à semelhança do que sucedeu no processo Stadt Halle, o «contrato» não ter sido directamente adjudicado à entidade na qual a autarquia detém directamente participações, mas antes se verificar uma situação em que existe uma participação indirecta.

63. Muitos elementos apontam, não obstante, no sentido de que as situações que deram origem aos acórdãos Parking Brixen e Carbotermo configuram casos individuais em que o Tribunal entendeu que tinha sido ultrapassado um limite, e também no sentido de se dever entender que, embora a

43 — Acórdão Carbotermo e Consorcio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 39).

44 — De apreciação global fala, com razão, Jennert (referido na nota 41, *supra*, p. 625).

delegação de tarefas de interesse geral numa instituição que resulta da pura cooperação entre autarquias, sem participação de quaisquer capitais privados, por princípio não esteja isenta de concurso⁴⁵, em regra está dispensada deste. Nesse sentido vão os contextos e desenvolvimentos da jurisprudência do Tribunal a seguir indicados.

64. No supramencionado acórdão Carbotermo, em que diversas circunstâncias eram determinantes para se concluir que a situação então em causa não podia ser caracterizada como uma situação em que houvesse lugar à dispensa de concurso, diz-se literalmente o seguinte: «[a] circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na acepção do n.º 50 do acórdão Teckal, já referido»⁴⁶.

65. Nos números seguintes do acórdão Carbotermo deixa-se claro que esta restrição — «sem ser decisiva» — se refere às outras circunstâncias supramencionadas, a saber: o enfraquecimento do controlo devido à intermediação de uma sociedade *holding*, embora a autarquia em questão detivesse, no fim, 99,98% do capital, e os amplos poderes quer do conselho de administração da *holding* quer do da sociedade anónima constituída

pela *holding*, cuja delegação estava em causa⁴⁷. No entender do Tribunal, os respectivos estatutos não reservavam ao município qualquer poder de controlo ou direito de voto especial para restringir a liberdade de acção reconhecida a estes conselhos de administração. O controlo exercido pelo município sobre estas duas sociedades reconduzia-se, no essencial, à latitude que o direito das sociedades reconhece à maioria dos accionistas, o que limitava de modo considerável o seu poder de influenciar as decisões destas sociedades⁴⁸.

66. Em contrapartida, o mais recente acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mostra que, no caso de uma cooperação puramente intermunicipal, em regra se deve considerar cumprido o primeiro critério Teckal — «exercício de um controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços» —, pelo que, em regra, não é relevante uma ulterior análise dos mecanismos decisórios internos e das relações de maioria. É que o trecho do acórdão Carbotermo acima transcrito⁴⁹ foi, na verdade, reproduzido no n.º 57 do posterior acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), mas com ligeiras alterações. A expressão do acórdão Carbotermo «sem ser

45 — Acórdão Comissão/Espanha (referido na nota 29, *supra*, n.º 40).

46 — Acórdão Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 37).

47 — Acórdão Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 38 a 40).

48 — Acórdão Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*, n.º 38).

49 — Acórdão Carbotermo e Consorzio Alisei (referido na nota 11, *supra*), n.º 37: «A circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na acepção do n.º 50 do acórdão Teckal [referido na nota 8, *supra*]».

decisiva» foi substituída, no acórdão Asemfo, pela expressão «em princípio». Assim, onde se lia «tende a indicar, sem ser decisiva, que», passou a ler-se «constitui, em princípio, um indício de que».

67. Este acórdão sugere fortemente, pois, que o facto de a entidade pública adjudicante ou a entidade concedente deterem, por si só ou conjuntamente com outras colectividades públicas⁵⁰, a totalidade da entidade adjudicatária ou concessária demonstra, em regra, que aquela ou aquelas exercem, sobre esta entidade, um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, na acepção do n.º 50 do acórdão Teckal. Porém, esta regra só pode, na verdade, ser posta em causa⁵¹, como já se referiu *supra*⁵², se concorrerem circunstâncias específicas.

4. Critérios para uma análise detalhada do poder de controlo

68. Na medida em que a questão do poder de controlo de uma autarquia individual no âmbito de uma pura cooperação entre colec-

tividades públicas tem relevo na jurisprudência do Tribunal que interessa para o caso em apreço, desta se pode inferir o seguinte.

69. Já o acórdão Teckal dizia respeito a um caso de cooperação intermunicipal⁵³, em que a questão do poder de controlo era discutido face à dimensão das participações sociais: de facto, estava em causa um consórcio de 45 municípios da Reggio Emilia, no qual o município de Viano, parte naquele processo, detinha uma participação de 0,9%. O advogado-geral G. Cosmas observou, a este respeito, que «parec[ia] improvável que [...] se p[udesse] sustentar que o município de Viano exerça sobre o agrupamento um controlo semelhante ao que uma entidade exerce sobre um órgão interno»⁵⁴. O acórdão propriamente dito é omissivo quanto a esta questão, especialmente quando formula, no n.º 50, o critério do poder de controlo, que não contempla esse aspecto⁵⁵. Porém, há que levar em conta que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça não respondeu negativamente, *a priori*, à questão do poder de controlo de um município com uma participação social e

50 — É que, *a priori*, não está excluído um controlo pela maioria; v. também Fenoyl, «Contrats 'in house' — état des lieux après l'arrêt Asemfo», *AJDA* 2007, pp. 1759 e segs., p. 1761.

51 — Egger (referido na nota 2, *supra*, p. 169, n.º 626) fala, com razão, de uma presunção ilidível.

52 — V., *supra*, n.ºs 55 e segs. destas conclusões.

53 — Nesse sentido apontam Pape/Holz, «Vergabefreie In-house-Geschäfte», *NfW* 2005, pp. 2264 e segs., p. 2265. Entendem que, de um ponto de vista puramente formal, uma cooperação entre várias colectividades públicas não pode ser tida como uma adjudicação *in-house*, porque dos direitos de participação dos outros sócios não é possível inferir sem mais se cada titular de participações pode exercer sobre a instituição um controlo análogo ao que exerceria sobre os seus próprios serviços, mas que, de um ponto de vista funcional, se justifica que essa cooperação seja tida como uma adjudicação *in-house*.

54 — Conclusões do advogado-geral G. Cosmas de 1 de Julho de 1999, no processo Teckal (referido na nota 8, *supra*), n.º 61.

55 — Acórdão Teckal (referido na nota 8, *supra*).

direitos de voto relativamente pequenos, dando, assim, ao órgão jurisdicional de reenvio a possibilidade de julgar cumprido o critério do controlo no processo principal.

desempenho de tarefas de modo quase interno»⁵⁷.

70. Entretanto, este aspecto suscitou uma resposta contrária no acórdão Coname, em 2005, pois uma participação de 0,97% do capital social foi julgada insuficiente⁵⁶.

71. Todavia, no acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) ficou claro que a dimensão da participação de uma autarquia individual num organismo de cooperação entre autarquias (já não funciona como critério de aferição do grau da possibilidade de controlo. O Tribunal de Justiça esclareceu expressamente que mesmo uma participação tão pequena como por exemplo 0,25% do capital de um semelhante organismo de cooperação (1% do capital era detido por quatro Comunidades Autónomas, que dispunham de uma acção cada uma) não obsta a que se admita que, relativamente a todas as autarquias participantes, se verifica «um

72. Além disso, o que é notável no processo principal que está na base do supramencionado acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) é que o poder de controlo da instituição a que foram confiados os trabalhos controvertidos pertence à Administração Central, que é a principal accionista, e não às quatro Comunidades Autónomas, cujas participações totalizam 1% do capital social⁵⁸. Esta circunstância não impediu o Tribunal de Justiça de considerar o primeiro critério Teckal cumprido não só no tocante ao Estado

57 — Acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (referido na nota 26, *supra*), n.º 58 a 60. No n.º 59 diz-se: «A este respeito, não é possível perfilhar a tese de que a referida condição só está reunida no que se refere às tarefas realizadas a pedido do Estado espanhol, com exclusão das que são solicitadas pelas Comunidades Autónomas, relativamente às quais a Tragsa deve ser considerada um terceiro.» No n.º 61 esclarece-se, que esta conclusão não se reporta a todas as Comunidades Autónomas espanholas, embora a Tragsa realize actividades para todas (v. conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed de 28 de Setembro de 2006 no processo Asociación Nacional de Empresas Forestales [Asemfo], acórdão referido na nota 26, *supra*, n.º 13 e 14), mas sim às Comunidades Autónomas que detêm uma parte do capital da Tragsa.

58 — No acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (referido na nota 26, *supra*, n.º 13, ponto 5), afirma-se que resulta do direito nacional que: «[...] as funções de organização, de tutela e de fiscalização respeitantes à Tragsa e às suas filiais são exercidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Alimentação e pelo Ministério do Ambiente.» Por conseguinte, o poder de fiscalização cabe à Administração Central e não às Comunidades Autónomas. Do mesmo modo, o advogado-geral L. A. Geelhoed observa, nas suas conclusões de 28 de Setembro de 2006 no processo Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (acórdão referido na nota 26, *supra*, n.º 51), que as próprias Comunidades Autónomas não podiam exercer quaisquer poderes de controlo nem os podiam fazer valer com base na participação que detinham. Os poderes de fiscalização cabiam totalmente ao accionista principal, o Estado, logo, à Administração Central. No próprio acórdão diz-se, em seguida, no n.º 51: «Por fim, segundo o artigo 3.º, n.º 6, do referido Real Decreto, as relações da Tragsa com as referidas colectividades públicas, na sua qualidade de instrumento próprio e de serviço técnico destas últimas são, não de natureza contratual mas, para todos os efeitos, de natureza interna, dependente e subordinada.» Nos n.ºs 59 a 61 são ainda aduzidos, quanto à questão do poder de fiscalização das Comunidades Autónomas, argumentos muito diferentes dos dos mecanismos decisórios internos: concretamente, o dever, regulado por lei, de cumprimento de tarefas, a fixação dos preços pelo Estado e a natureza não contratual da relação.

56 — Acórdão Coname (referido na nota 17, *supra*), n.ºs 23 e 24. Acresce que, no processo principal a que esse acórdão é relativo, a sociedade controvertida estava — parcialmente, em todo o caso — aberta aos capitais privados. V. n.º 26 do acórdão Coname.

espanhol, mas também e expressamente no tocante às Comunidades Autónomas, que detêm uma parte do capital⁵⁹. Todavia, o acórdão não permite inferir, quanto à questão do controlo pelas Comunidades Autónomas, se estava em causa um reajustamento da jurisprudência ou se, pelo contrário, foram determinantes as outras circunstâncias do caso concreto, o que é de presumir⁶⁰. Em todo o caso, ficou claro que não se pode sobrevalorizar a questão do poder interno de controlo e de decisão em organismos de pura cooperação entre colectividades públicas.

realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias [que a detêm]» –, que não é necessário um poder de controlo absoluto individual por parte da colectividade pública interessada, bastando um poder de controlo colectivo e maioritário⁶³.

73. Do esclarecimento da jurisprudência quanto à dimensão das participações sociais pode-se inferir, tanto de um ponto de vista sistemático⁶¹ como, desde logo, de um ponto de vista gramatical⁶², a partir da utilização do plural na redacção do segundo critério Teckal — «essa pessoa [simultaneamente]

74. Pode ser decisivo saber se as colectividades públicas interessadas, como um todo, detêm o controlo da pessoa controvertida, *in casu* a cooperativa Brutélé, ou se esta cooperativa actua fora desse controlo comum.

5. Conclusão intermédia

75. A análise jurídica deixou claro que, em regra, a cooperação puramente intermunicipal pode estar dispensada de concurso, se não se verificarem outras circunstâncias que mostrem que o grau da dimensão de mercado e o grau de autonomia da entidade intermunicipal ultrapassam os limites de uma cooperação intermunicipal para desempenho de tarefas do interesse geral que seja neutra do ponto de vista das normas sobre a adjudicação de contratos públicos.

59 — O advogado-geral L. A. Geelhoed, nas suas conclusões de 28 de Setembro 2006 no acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (referido na nota 26, *supra*), enuncia expressamente e discute detalhadamente esta problemática, concluindo pela inexistência generalizada de influência própria por parte das Comunidades Autónomas (n.º 98 a 101). Também expõem esta problemática, Broussy/Donnat/Lambert, «Actualité du droit communautaire, Marché in house», *AIDA* 2007 pp. 1125 e segs., p. 1126.

60 — Como Müller, «Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis (ZVB)* 2007, pp. 197, 202, sublinha com razão, verificavam-se circunstâncias especiais, entre as quais o dever legal de aceitar e cumprir as tarefas e a fixação dos preços pelo Estado. V. também Piazzoni, «Précisions jurisprudentielles sur les contrats 'in house', *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation* 2007, n.º 12, pp. 56 e segs., p. 58, e Mok, «Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05», *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken* 2007, n.º 417, pp. 4413 e segs., p. 4423.

61 — Sobre a interpretação sistemática, ver, em especial, Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre* 2006, pp. 253 e segs.

62 — Sobre a interpretação gramatical, ver, em especial, Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre* 2006, pp. 250 e segs.

63 — V., entre outros, Dreher, «Das In-house-Geschäft», *NzBau* 2004, pp. 14 e segs., p. 17, que sublinha que o elemento central é a inexistência de autonomia decisória por parte do adjudicatário. V. também Dischendorfer, «The Compatibility of Contracts Awarded Directly to 'Joint Executive Services' with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, *Asemfo v. Tragsa*», *Public Procurement Law Review* 2007, pp. NA123 e segs., p. NA129.

76. Apesar de, até agora, não ter sido alcançada segurança jurídica⁶⁴ quanto à delimitação precisa de critérios como o «grau da dimensão de mercado» ou «o grau de autonomia», não sendo, pois, líquida a questão de saber onde se situa o limite de uma cooperação intermunicipal para desempenho de tarefas do interesse geral que seja neutra do ponto de vista das normas sobre a adjudicação de contratos públicos, não há, ainda assim, nenhum elemento que indique que a cooperação no seio da Brutélé ultrapasse esse limite.

77. Compete aos órgãos jurisdicionais nacionais, *in casu* o órgão jurisdicional de reenvio, apreciar estas circunstâncias em cada caso concreto. No caso vertente, semelhante apreciação não permitiria detectar a ultrapassagem de nenhum dos limites acima indicados. É que os mecanismos decisórios internos da Brutélé caracterizam-se pela influência colectiva das autarquias participantes, através das decisões tomadas por maioria. Aquelas exercem a sua influência não só nas assembleias gerais, mas também no

conselho de administração, que é composto por representantes dos municípios. Tanto basta para responder pela positiva à questão do poder de controlo. Acresce que, no que respeita aos subsectores, há que reconhecer um maior peso das decisões de autarquias individuais. A dimensão de mercado da Brutélé reporta-se a tarefas de interesse geral, como a distribuição televisiva, o telefone e a Internet e não proporciona nenhum indício de que foi ultrapassado um grau de neutralidade em matéria de normas sobre adjudicação de contratos públicos — por muito imprecisos que sejam os critérios para esse efeito.

78. Por conseguinte, tudo indica que, num caso como o vertente, foi posta em prática uma cooperação entre colectividades públicas que estava dispensada de concurso público.

64 — Quanto à falta generalizada de segurança jurídica no tocante a uma série de conceitos indeterminados e problemas de delimitação relativos aos critérios Teckal, ver também, entre outros, Jennert (referido na nota 41, *supra*, pp. 625 e 626), que saúda o reforço da segurança jurídica graças aos critérios concretos e pragmáticos desse acórdão e, simultaneamente, refere questões em aberto, em especial a da posterior alienação a privados de participações numa sociedade municipal à qual tinham sido, muito antes, atribuídas incumbências nos termos da jurisprudência sobre adjudicações *in-house*, respondendo que a alienação de participações também está sujeita ao princípio da igualdade de tratamento e ao dever de transparência; conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl de 12 de Janeiro de 2006 no processo Carbotermo e Consorzio Alisei (acórdão referido na nota 11, *supra*), n.º 17; Söbbeke, «Zur Konzeption des Kontrolerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften», *Die Öffentliche Verwaltung* 2006, pp. 996 e segs., p. 997, declaram que as imprecisões que, desde o acórdão Teckal, dificultaram a aplicação da figura jurídica da situação *in-house*, enquanto excepção ao dever de abrir concurso, foram reduzidas sucessivamente pelos acórdãos Stadt Halle e Carbotermo.

79. Ao contrário do que entende a Coditel, no presente contexto é irrelevante que a Brutélé preste profissionalmente os seus serviços aos utilizadores e, por isso, esteja automaticamente em concorrência⁶⁵ com outros prestadores de serviços privados.

65 — Também não tem relevo para a análise o facto de, devido a esse desempenho de tarefas de modo quase interno, outras empresas, que estavam preparadas para assumir as tarefas em questão, serem excluídas da concorrência, pois essa consequência é inerente ao desempenho de tarefas de modo quase interno (Egger, referido na nota 2, *supra*, p. 163, n.º 600).

6. Quanto ao valor da cooperação intermunicipal

80. Não obstante, em meu entender, estar já dada a resposta às questões submetidas, pretendo sublinhar brevemente a conclusão e, simultaneamente, discutir os argumentos adversos da Coditel e da Comissão.

81. As normas sobre adjudicação de contratos públicos são e continuam a ser um dos instrumentos políticos dos Estados-Membros e das instituições da UE com maior influência no processo de integração europeia⁶⁶. Todavia, este potencial não pode ser utilizado irreflectidamente; na realidade, há que articular o seu objectivo com a valoração de outros domínios políticos.

82. Se se exigir, como sugere o órgão jurisdicional de reenvio, uma «ampla autonomia decisória» do município interessado, concretamente no sentido de que o município interessado tenha o «domínio» da cooperação intermunicipal em causa (*in casu*, domínio da cooperativa), no futuro a cooperação tornar-se-á praticamente impossível. É que uma característica importante de uma verdadeira cooperação é a tomada de decisões em situação de paridade, não o domínio de

apenas um dos participantes na cooperação. Assim, infere-se das posições da Coditel e da Comissão no processo e na audiência que os critérios desenvolvidos por estas duas partes levam a que, na realidade, se exija que uma autarquia individual tenha a possibilidade de controlar *sozinha* uma cooperação. É manifesto que, nesse caso, não se poderia falar de uma efectiva cooperação ou colaboração.

83. Consequentemente, mesmo a cooperação puramente intermunicipal tornar-se-ia, como se disse, praticamente impossível. As autarquias participantes numa cooperação intermunicipal seriam sempre obrigadas a contar com a possibilidade de terem de confiar as suas tarefas a um terceiro privado que apresentasse melhor proposta, o que equivaleria a uma privatização de tarefas do interesse geral forçada pelas normas sobre adjudicação de contratos públicos⁶⁷.

84. Um entendimento tão estrito do primeiro critério Teckal traduzir-se-ia na atribuição de uma prevalência desproporcionada aos objec-

66 — Bovis, *Public Procurement in the European Union*, 2005, p. 240.

67 — V. igualmente as conclusões da advogada-geral J. Kokott de 1 de Março de 2005 no processo Parking Brixen (acórdão referido na nota 12, *supra*), n.º 68. Neste sentido, Calsolaro declara, no seu comentário ao acórdão Parking Brixen, que a jurisprudência do Tribunal de modo algum pode ser entendida no sentido de obrigar ao «outsourcing» (Calsolaro, «S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?», in: *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)* 2006, pp. 1670 e segs., em especial p. 1674).

tivos do direito da concorrência e, simultaneamente, numa ingerência excessiva no direito dos municípios à autonomia administrativa, bem como nas competências dos Estados-Membros⁶⁸.

85. Isto sublinham, com razão, os governos partes no processo no Tribunal. O direito dos municípios à autonomia administrativa não só foi consagrado nas normas jurídicas dos Estados-Membros mas também, como o Governo alemão assinalou com razão, na Carta Europeia de Autonomia Local, assinada por todos os Estados-Membros no âmbito do Conselho da Europa e ratificada pela maioria⁶⁹. No Tratado CE, o artigo 263.º consagra o Comité das Regiões, composto por representantes das colectividades regionais e locais. Ao possibilitar a apresentação institucionalizada de visões regionais e municipais, esta disposição traduz um certo reconhecimento da autonomia administrativa. Por

último, o Tratado de Lisboa⁷⁰ sublinha o papel da autonomia local e regional na respectiva identidade nacional, que deve ser respeitada.

86. Cabe aos próprios municípios decidir se pretendem desempenhar as tarefas de interesse público que lhe incumbem pelos seus próprios meios, administrativos, técnicos e outros, sem serem obrigados a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços⁷¹, ou se as pretendem desempenhar com o auxílio de uma instituição deles juridicamente distinta, enquanto concedentes ou adjudicantes. Se se decidirem pela segunda alternativa, podem limitar-se a desempenhar essas tarefas — que são fundamentalmente tarefas próprias⁷² — em regime de domínio exclusivo ou em «pura» cooperação com outras colectividades públicas, mediante um «controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços» e uma ampla suspensão das normas sobre adjudicação de contratos públicos e sobre auxílios⁷³, ou então desempenhá-las com recurso à intervenção de

68 — V. igualmente as conclusões da advogada geral J. Kokott de 1 de Março de 2005 no processo Parking Brixen (acórdão referido na nota 12, *supra*), n.º 71. Nesta autonomia local não interfere a mera aplicação geral das normas sobre concursos às entidades de economia mista (v., a este respeito, Egger, já referido na nota 2, *supra*, p. 168, n.º 621), mas sim a sua aplicação excessiva. V. também Frenz, «Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2008, pp. 73 e segs., p. 85: A autonomia administrativa dos municípios deve ser respeitada nos seus aspectos fundamentais, mas não constitui um salvo-conduto para o desrespeito das liberdades fundamentais europeias.

69 — Referida na nota 14, *supra*. Nela se diz, no artigo 6.º, n.º 1, que, sem prejuízo de disposições gerais estabelecidas por lei, as autarquias locais devem poder definir as estruturas administrativas internas de que entendam dotar-se, tendo em vista adaptá-las às suas necessidades específicas, a fim de permitir uma gestão eficaz.

70 — Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007 (JO 2007, C 306, p. 1), artigo 3.º-A do futuro Tratado da UE, que ainda não entrou em vigor. Doravante artigo 4.º do Tratado UE, nas versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2008, C 115, p. 1), que ainda não entraram em vigor.

71 — Acórdão Stadt Halle e RPL Lochau (referido na nota 15, *supra*), n.º 48.

72 — Neste aspecto, o segundo critério Teckal (realização do essencial da actividade com a[s] pessoas colectivas[s] pública[s] que a detém) permite, até certo ponto, que terceiros assumam tarefas. Pense-se, por um lado, no aproveitamento (temporário) da capacidade máxima, mas também, por exemplo, como mostra o acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (referido na nota 26, *supra*), na assunção sistemática (regulada legislativamente) de tarefas de outras colectividades públicas (nesse caso, de todas as Comunidades Autónomas de Espanha, quando só quatro delas detinham participações, que mesmo assim eram reduzidas).

73 — Jennert (referido na nota 41, *supra*), p. 626.

capitais privados⁷⁴ e/ou à própria participação na concorrência, mediante a expansão da sua dimensão de mercado, o que acarreta a perda de privilégios⁷⁵. E, por último, têm ainda a alternativa da clássica adjudicação a terceiros ou da privatização, situações em que de modo algum se verifica uma situação de privilégio face às normas sobre adjudicação de contratos públicos.

maior rigor orçamental e para as autarquias mais pequenas⁷⁸. Ademais, há muitas tarefas, especialmente nos domínios do ambiente e do transporte, que não se circunscrevem apenas à jurisdição dos municípios⁷⁹. Pelo contrário, em muitos Estados-Membros a cooperação intermunicipal é, graças ao seu efeito de criação de sinergias, um meio extremamente útil de desempenhar tarefas públicas, de modo eficiente e com custos racionais⁸⁰.

87. Concretizar as múltiplas tarefas, tanto as tradicionais⁷⁶ como as novas⁷⁷, dos municípios — e das autarquias em geral — nem sempre é fácil, especialmente em épocas de

B — Segundo critério Teckal

88. *In casu*, não é necessário apreciar detalhadamente o segundo pressuposto, pois de acordo com a exposição do órgão jurisdicional de reenvio não se suscita nenhuma questão a esse respeito⁸¹.

74 — E, consequentemente, com eventual recurso ao necessário *know-how* externo.

75 — Jennert (referido na nota 41, *supra*), p. 626.

76 — Pode entender-se que nas tarefas mais ou menos tradicionais dos municípios e das autarquias cabem, por exemplo, a garantia dos chamados serviços básicos, por exemplo a organização e/ou o funcionamento do abastecimento de água e de energia, dos transportes públicos e da recolha de detritos, das instituições culturais e de educação e dos hospitais [por exemplo, ver Frenz, referido na nota 68, *supra*, e Papier, «Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht», *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl) 2003, pp. 686 e segs.].

77 — Definir «estaticamente» tarefas públicas de interesse geral levaria a ignorar indevidamente que as reivindicações dos cidadãos e das cidadãs aos seus municípios são susceptíveis de se alterar, sobretudo com o passar do tempo. Acresce que, no direito comunitário dos contratos públicos, o conceito de «tarefas de interesse geral» não é só equiparável às «tarefas de interesse económico geral». Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 10 de Maio de 2001, *Agorà e Excelsior* (C-223/99 e C-260/99, *Colect.*, p. I-3605, n.º 33 e segs.), declarou que a organização de feiras e exposições e outras iniciativas semelhantes satisfaz necessidades de interesse geral, pois não está em causa apenas o interesse dos expositores e dos comerciantes, mas também a impulsão ao comércio decorrente da informação aos consumidores [no contexto da interpretação do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50, referida na nota 15, *supra*; estava em causa a qualificação de «organismo de direito público», que não se verificava no caso *Agorà e Excelsior*, porque a tarefa não foi julgada uma tarefa «sem carácter industrial ou comercial»].

78 — A este respeito, ver também Kotschy, referida na nota 37, *supra*, p. 853.

79 — Para muitas autarquias, as tarefas cujo âmbito ultrapassa as respectivas jurisdições territoriais apresentam-se como tarefas de âmbito supra-regional, por exemplo, no domínio dos transportes públicos suburbanos, do desenvolvimento agrícola e da protecção do ambiente, para cuja realização a cooperação é, pela natureza das coisas, uma solução. Um exemplo de uma cooperação desse tipo é mostrado pelo acórdão Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (referido na nota 26, *supra*).

80 — Além das observações dos governos partes no processo, ver também, a este respeito, por exemplo Söbbeke, referido na nota 64, *supra*, p. 999; Flömer/Toemerius, «Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?», *NZBau* 2004, pp. 660 e segs., p. 661.

81 — É manifesto que o tribunal nacional ao qual compete decidir a causa pode extrair todos os elementos necessários do acórdão Carbotermo (referido na nota 11, *supra*, n.º 70): «No caso de várias autarquias controlarem uma empresa, a condição relativa ao essencial da sua actividade pode ser satisfeita se esta empresa efectuar o essencial da sua actividade não necessariamente com tal ou tal autarquia, mas com estas autarquias tomadas no seu conjunto.»

V — Conclusão

89. Pelo exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às três questões submetidas pelo Conseil d'État da seguinte forma:

Os artigos 12.º CE, 43.º CE e 49.º CE e os princípios da igualdade, da não discriminação e da transparência não obstam à associação de um município a uma cooperativa, acompanhada da transferência da gestão da rede municipal de distribuição televisiva, sem concurso prévio, desde que esse município exerça sobre essa cooperativa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que essa cooperativa realize o essencial das suas actividades para os associados. Se essa cooperativa for composta exclusivamente por municípios e associações de municípios (ou de colectividades públicas) — sem nenhuma intervenção de capitais privados —, isso demonstra, em princípio, que se verifica o pressuposto do exercício de um controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços. Em circunstâncias como as do caso vertente, entende-se que o exercício do controlo sobre os órgãos estatutários da cooperativa através de decisões tomadas por maioria corresponde a um controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços.