

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

10 de Novembro de 2011 *

No processo C-348/10,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Augstākās tiesas Senāts (Letónia), por decisão de 2 de Julho de 2010, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Julho de 2010, no processo

Norma-A SIA,

Dekom SIA

contra

Latgales plānošanas reģions, que sucedeu à Ludzas novada dome,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: J.N. Cunha Rodrigues (relator), presidente de secção, U. Lõhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh e A. Arabadjiev, juízes,

* Língua do processo: letão.

advogado-geral: P. Cruz Villalón,
secretário: C. Strömholm, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 18 de Maio de 2011,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Norma-A SIA, por L. Krastiņa e I. Azanda, advokāte,

- em representação do Latgales plānošanas reģions, que sucedeu à Ludzas novada dome, por J. Pļuta,

- em representação do Governo letão, por M. Borkoveca e K. Krasovska, na qualidade de agentes,

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

- em representação da Comissão Europeia, por C. Zadra e A. Sauka, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 7 de Julho de 2011,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1), e do artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14), conforme alterada pela Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007 (JO L 335, p. 31, a seguir «Directiva 92/13»).

- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Norma-A SIA e a Dekom SIA ao Latgales plānošanas reģions, que sucedeu à Ludzas novada dome [Conselho regional de Ludza (Letónia)], a respeito da atribuição à Ludzas autotransporta uzņēmums SIA da «concessão» de serviços de transporte público por autocarro na cidade e no distrito de Luzda.

Quadro jurídico

Regulamentação da União

3 O artigo 1.º, n.ºs 2, alíneas a) e d), e 3, alínea b), da Directiva 2004/17 prevê:

«2. a) “Contratos de fornecimento, de empreitada de obras e de serviços” são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre uma ou mais entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º e um ou mais empreiteiros, fornecedores ou prestadores de serviços.

[...]

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

[...]

3. [...]

- b) “Concessão de serviços” é um contrato com as mesmas características que um contrato de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.»

4 O artigo 2.º da referida directiva enuncia:

«1. Para efeitos do disposto na presente directiva, entende-se por:

- a) “*Poderes públicos*”: o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou por um ou mais organismos de direito público.

[...]

2. A presente directiva é aplicável às entidades adjudicantes:

- a) Que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das actividades definidas nos artigos 3.º a 7.º;

[...]»

5 O artigo 5.º da directiva 2004/17 dispõe:

«1. A presente directiva aplica-se às actividades que visam a disponibilização ou exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por caminho-de-ferro, sistemas automáticos, eléctricos, tróleys, autocarros ou cabo.

[...]

2. A presente directiva não é aplicável às entidades que forneçam serviços públicos de transporte em autocarro [...] que já se encontravam excluídas do âmbito da Directiva 93/38/CEE, nos termos do n.º 4 do seu artigo 2.º»

6 O artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 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), enuncia:

«2. a) “Contratos públicos” são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva.

[...]

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

7 Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 92/13:

«A presente directiva é aplicável aos contratos a que se refere a Directiva 2004/17[...], salvo os contratos excluídos nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, dos artigos 18.º a 26.º, dos artigos 29.º e 30.º ou do artigo 62.º dessa directiva.

[...]»

8 O artigo 2.º-D, n.º 1, da Directiva 92/13 enuncia:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos por uma instância de recurso independente da entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso em qualquer dos seguintes casos:

[...]

b) Em caso de violação do n.º 5 do artigo 1.º, do n.º 3 do artigo 2.º ou do n.º 2 do artigo 2.º-A da presente directiva, se essa violação tiver privado o proponente que interpôs recurso da possibilidade de prosseguir as vias de impugnação pré-contratuais. Caso tal violação, conjugada com uma violação da Directiva 2004/17[...], tiver afectado as hipóteses do proponente que interpôs recurso de obter o contrato;

[...]»

9 Nos termos do artigo 2.º-E, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13:

«1. Os Estados-Membros podem estabelecer que o pedido de recurso nos termos do n.º 1 do artigo 2.º-D deva ser apresentado:

[...]

b) E, em todo o caso, antes do termo de um prazo mínimo de 6 meses a contar do dia seguinte à data de celebração do contrato.»

10 O artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2007/66, que aditou as disposições mencionadas nos n.ºs 7 a 9 do presente acórdão à Directiva 92/13, dispõe:

«Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 20 de Dezembro de 2009[...]»

Legislação nacional

11 Nos termos do artigo 1.º, n.º 7, da Lei relativa às parcerias entre o sector público e o sector privado (Publiskās un privātās partnerības likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2009, n.º 107, p. 4093), entrada em vigor em 1 de Outubro de 2009, um contrato de

concessão de serviços é um contrato segundo o qual, a pedido de um parceiro público, um parceiro privado presta os serviços enumerados no anexo 2 da Lei sobre os contratos públicos (Publisko iepirkumu likums) e obtém, pela prestação destes serviços, como contrapartida ou como componente essencial desta, o direito de explorar os referidos serviços, mas, ao mesmo tempo, assume igualmente os riscos da exploração dos serviços ou uma parte substancial desses riscos.

- 12 Por força do artigo 1.º, n.º 8, desta lei, entende-se por direito de explorar uma obra ou um serviço o direito de receber um pagamento por parte dos utilizadores finais da obra ou do serviço ou de obter uma contrapartida do parceiro público, cujo montante depende da procura pelos utilizadores finais, ou ainda o direito de receber simultaneamente um pagamento por parte dos utilizadores finais e uma contrapartida do parceiro público.
- 13 Segundo o referido artigo 1.º, n.º 9, existem riscos ligados à exploração de uma obra ou de serviços (riscos económicos) quando as receitas do parceiro privado dependem da procura de utilização da obra ou da procura de serviços por parte dos utilizadores finais (risco ligado à procura) e/ou do facto de o serviço proporcionado aos utilizadores finais ser conforme com os requisitos fixados no contrato de concessão (risco ligado à disponibilidade), ou ainda quando as receitas dependem tanto do risco ligado à procura como do risco ligado à disponibilidade.
- 14 O artigo 6.º, n.º 3, da Lei dos serviços de transporte público (sabiedriskā transporta pakalpojumu likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, n.º 106, p. 3682) dispõe, nomeadamente, que os serviços de transporte público são organizados em função da procura dos mesmos, tendo em conta a densidade e a regularidade necessárias dos transportes no âmbito de redes, a extensão e a qualidade dos serviços, a viabilidade económica dos transportes e determinando o modo de organização de transporte dos passageiros.

15 O artigo 10.º, n.º 1, desta lei enuncia que o transportador será compensado pelas perdas e pelas despesas ligadas à prestação destes serviços de transporte público segundo as modalidades previstas nos artigos 11.º e 12.º da referida lei.

16 Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, da mesma lei:

«[...] o transportador será compensado pelas perdas relacionadas com a prestação de serviços de transporte público:

1) pelo seu montante total, através dos fundos previstos para esse efeito no orçamento de Estado, no caso de redes interurbanas de uma rede de transportes regional;

1¹) através dos fundos previstos para esse efeito no orçamento de Estado, no caso de redes de interesse local que façam parte de uma rede de transporte regional;

1²) Através dos orçamentos das autarquias locais, no caso dos trajectos de interesse local que façam parte de uma rede de transporte regional que supere o limite dos recursos previstos no orçamento de Estado para assegurar esses serviços;

[...]»

17 Por força do artigo 12.º da Lei dos serviços de transporte público:

- «1) Se o Estado estabelecer requisitos mínimos de qualidade para os serviços de transporte público que um transportador que operasse com fins lucrativos não teria de cumprir, e cujo cumprimento gere despesas suplementares, o transportador tem direito de receber do Estado uma compensação por todas essas despesas.

- 2) Os transportadores que prestem serviços de transporte público no âmbito da organização dos serviços de transporte público são compensados através do pagamento mencionado no número anterior, se os requisitos mínimos de qualidade tiverem sido determinados depois de iniciada a prestação de serviços de transporte público.

- 3) As regras que regem a definição, o cálculo e a compensação das despesas referidas no n.º 1, a afectação às autarquias locais da dotação do orçamento anual destinada a cobrir essas despesas, bem como o controlo da legalidade e da conformidade da utilização destes meios, são fixadas pelo Conselho de Ministros.»

18 O Decreto n.º 672 do Conselho de Ministros, relativo à indemnização das perdas e despesas originadas pela prestação de serviços de transporte público e à fixação das tarifas (*sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība*, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, n.º 175, p. 3751), de 2 Outubro de 2007, em vigor até 20 de Novembro de 2009, e o Decreto n.º 1226 do Conselho de Ministros, de 26 de Outubro de 2009 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, n.º 183, p. 4169, a seguir «Decreto

n.º 2009/1226»), que o substituiu a partir de 21 de Novembro de 2009, são ambos baseados na Lei dos serviços de transporte público.

19 O artigo 2.º do Decreto n.º 2009/1226 prevê:

«[...] o transportador será compensado pelas seguintes perdas, ligadas ao cumprimento do contrato de serviços de transporte público:

2. 1 Os custos indispensáveis relativos ao cumprimento do contrato de serviços de transporte público que superem as receitas obtidas;

2. 2 Os custos gerados pela aplicação das tarifas fixadas pelo comitente;

2. 3 A perda de receitas que se fique a dever ao facto de o comitente aplicar uma redução do preço do transporte a determinadas categorias de passageiros.»

20 O artigo 3.º deste decreto dispõe que o transportador tem o direito de pedir uma compensação pelas despesas ocasionadas pelo cumprimento dos requisitos mínimos de qualidade impostos pelo comitente ou pela legislação depois de iniciada a prestação de serviços de transporte público, se o seu cumprimento acarretar despesas suplementares.

- 21 O artigo 38.º do Decreto n.º 2009/1226 prescreve que o comitente determinará a extensão das perdas relativamente às quais o transportador deve ser indemnizado com base na relação prevista no ponto 32.2 deste decreto e nas informações previstas nos pontos 32.3 e 32.4 do mesmo, tendo em conta igualmente o facto de este ter ou não fixado as tarifas (títulos de transporte).
- 22 Nos termos do artigo 39.º deste decreto, o comitente determina as perdas reais a partir das receitas totais obtidas em execução do contrato de serviços de transporte público, excluindo as despesas justificadas que a prestação de serviços de transporte público tenha gerado. Na aceção do mesmo decreto, devem entender-se como receitas as da venda de bilhetes e passes, bem como outras receitas obtidas no cumprimento do contrato de serviços de transporte público.
- 23 O artigo 40.º do Decreto n.º 2009/1226 prevê que o comitente determinará o montante da compensação que deve pagar somando ao volume de perdas fixado nos termos do artigo 39.º deste decreto o montante dos lucros. Este é determinado através da multiplicação das receitas por uma percentagem de lucros, acrescentando 2,5 % à taxa de referência do mercado interbancário europeu (Euribor) durante os doze meses do ano de referência.
- 24 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, nos termos do artigo 49.º do referido decreto, o montante da compensação das perdas não deve exceder o montante das perdas reais calculadas, se o transportador tiver aplicado as tarifas fixadas pelo comitente (preço do transporte).
- 25 Segundo o artigo 50.º do mesmo decreto, se o direito de prestar serviços de transporte público for atribuído ao abrigo da Lei sobre os contratos públicos, o montante da compensação será determinado pela diferença entre o preço do serviço de transporte público estabelecido no contrato e as receitas realmente obtidas.

26 Nos termos do artigo 57.º do Decreto n.º 2009/1226:

«[...] se o contrato de serviços de transporte público for resolvido:

- 1) o transportador devolverá ao comitente os fundos recebidos em excesso se, durante a prestação do serviço de transporte público, o montante da compensação das perdas superar o montante real calculado da compensação, e o comitente afectará esses fundos à compensação das perdas sofridas por outros transportadores;
- 2) o comitente pagará uma compensação pelas perdas se, durante a prestação do serviço de transporte público, o montante da compensação das perdas tiver sido inferior ao montante da compensação efectivamente devida.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

27 Em 17 de Junho de 2009, a Ludzas rajona padome (Conselho distrital de Ludza) publicou um anúncio de abertura de concurso relativo ao direito de prestar serviços de transporte público por autocarro na cidade e no distrito de Ludza. As recorrentes no processo principal apresentaram a sua proposta em 6 de Agosto de 2009.

28 Em 31 de Agosto de 2009, o contrato em causa foi adjudicado à Ludzas autotransporta uzņēmums SIA e, conseqüentemente, em 2 de Setembro de 2009, a Ludzas novada dome decidiu celebrar um contrato de concessão de serviços de transporte público com esta sociedade.

- 29 Em 16 de Setembro de 2009, as recorrentes no processo principal interpuseram no Administratīvā rajona tiesa (Tribunal Administrativo de Primeira Instância) um recurso de anulação da referida decisão da Ludzas novada dome de 2 de Setembro de 2009 e apresentaram um pedido de suspensão da sua execução. Esta pretensão foi deferida por decisão desse órgão jurisdicional em 16 de Outubro de 2009, confirmada em 14 de Dezembro de 2009 pelo Administratīvā apgabaltiesa (Tribunal Administrativo de Segunda Instância).
- 30 O órgão jurisdicional de reenvio observa que a legislação nacional em vigor conferia às recorrentes no processo principal o direito de impugnar a decisão da Ludzas novada dome de 2 de Setembro de 2009 no Gabinete de supervisão dos contratos públicos e que essa impugnação teria impedido a entidade adjudicante de celebrar o contrato antes de o referido gabinete se pronunciar.
- 31 Em 9 de Outubro de 2009, a Ludzas rajona padome e a Ludzas autotransporta uzņēmums SAI celebraram um contrato de «concessão» relativo à prestação dos serviços de transporte em causa.
- 32 As recorrentes no processo principal requereram então ao Administratīvā rajona tiesa que declarasse este contrato nulo. Em 3 de Dezembro de 2009, este pedido foi julgado improcedente uma vez que o referido contrato se regia pelo direito civil e que, portanto, os órgãos jurisdicionais administrativos eram incompetentes para se pronunciarem acerca do mesmo.
- 33 Em 11 de Maio de 2010, o Administratīvā apgabaltiesa anulou a decisão proferida em primeira instância, considerando inadmissível o pedido de anulação, pelo facto de o contrato ter sido celebrado antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66, não dispondo as recorrentes no processo principal de qualquer direito subjectivo de interpor nos tribunais um recurso desse tipo.

34 Em 21 de Maio de 2010, as recorrentes interpuseram recurso da decisão do Administratīvā apgabaltiesa para o órgão jurisdicional de reenvio. Alegam, nomeadamente, que a Directiva 2007/66 lhes confere um direito subjectivo de solicitar a anulação do contrato controvertido, que decorre do objectivo desta directiva e consiste em conceder a terceiros o direito de pedir a declaração de nulidade de contratos celebrados por órgãos do Estado ou por autarquias locais.

35 Nestas condições, o Augstākās tiesas Senāts decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17[...] deve ser interpretado no sentido de que constitui concessão de serviços públicos o contrato através do qual é conferido ao adjudicatário o direito de prestar serviços de transporte público por autocarro, nos casos em que uma parte da contrapartida consiste no direito de explorar esses serviços, mas, ao mesmo tempo, a entidade adjudicante compensa o prestador de serviços pelas perdas de exploração, e, além disso, as disposições de direito público que regulam a prestação do serviço e as disposições contratuais limitam o risco de exploração do serviço?

2) Sendo negativa a resposta à primeira questão, o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13[...] é directamente aplicável na Letónia desde 21 de Dezembro de 2009?

3) Sendo afirmativa a resposta à segunda [questão], o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13[...] deve ser interpretado no sentido de que é aplicável aos contratos públicos celebrados antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66[...] para o direito interno?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

- 36 A título preliminar, importa referir que, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2004/17, esta aplica-se às entidades adjudicantes que sejam «poderes públicos» na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), desta directiva, entre as quais figuram as «autarquias locais ou regionais», e que «exerçam uma das actividades definidas nos artigos 3.º a 7.º» da dita directiva.
- 37 No entender do órgão jurisdicional de reenvio, o processo principal está abrangido pela Directiva 2004/17, na medida em que a entidade adjudicante em causa exerce uma actividade no domínio dos transportes por autocarro, na acepção do artigo 5.º, n.º 1, desta directiva.
- 38 Em contrapartida, segundo o Governo letão, a Directiva 2004/18 é aplicável ao processo principal, uma vez que a referida entidade não presta, ela própria, serviços de transporte público aos cidadãos.
- 39 A este respeito, basta observar que a Directiva 2004/18 inclui, no seu artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 4, definições de «contrato público» e de «concessão de serviços» análogas, no essencial, às definições correspondentes que figuram no artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 3, alínea b), da Directiva 2004/17. Esta semelhança exige que sejam utilizadas as mesmas considerações para a interpretação dos conceitos de contrato de serviços e de concessão de serviços nos âmbitos de aplicação respectivos das duas directivas acima mencionadas (acórdão de 10 de Setembro de 2009, Eurawasser, C-206/08, Colect., p. I-8377, n.ºs 42 e 43). Assim, a interpretação do artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 3,

alínea b), da Directiva 2004/17 é directamente aplicável às disposições correspondentes da Directiva 2004/18, como reconhece, de resto, o Governo letão.

- 40 A questão de saber se uma operação deve ser qualificada de concessão de serviços ou de contrato público de serviços deve ser apreciada exclusivamente à luz do direito da União (v., designadamente, acórdão de 10 de Março de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, Colect., p. I-1335, n.º 23 e jurisprudência referida).
- 41 Resulta dos conceitos de contrato público de serviços e de concessão de serviços, definidos, respectivamente, no n.º 2, alíneas a) e d), e no n.º 3 do artigo 1.º da Directiva 2004/17, que a diferença entre um contrato de serviços e uma concessão de serviços reside na contrapartida da prestação de serviços. O contrato de serviços comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços ao passo que, no caso de uma concessão de serviços, a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço quer nesse direito acompanhado de um pagamento (v., neste sentido, designadamente, acórdão *Eurowasser*, já referido, n.º 51).
- 42 No que respeita a um contrato relativo a prestações de serviços, a circunstância de o adjudicatário não ser directamente remunerado pela entidade adjudicante, mas ter o direito de cobrar uma remuneração a terceiros, satisfaz a exigência de uma contrapartida, prevista no artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17 (v., designadamente, acórdão *Eurowasser*, já referido, n.º 57).
- 43 É esse o caso quando, como no processo principal, ao prestador de serviços de transporte público por autocarro é conferido o direito de explorar serviços em compensação dos quais é remunerado pelos utilizadores finais dos mesmos em conformidade com a tarifa fixada.

- 44 Embora o modo de remuneração seja um dos elementos determinantes para a qualificação de uma concessão de serviços, resulta ainda da jurisprudência que a concessão de serviços implica que o concessionário assuma o risco ligado à exploração dos serviços em questão. A falta de transferência para o prestador do risco ligado à prestação dos serviços indica que a operação visada constitui um contrato público de serviços e não uma concessão de serviços (v., designadamente, acórdão *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, já referido, n.º 26).
- 45 Importa por isso verificar se o prestador assume o risco ligado à exploração do serviço. Se é certo que este risco pode ser, desde o início, muito limitado, a qualificação de concessão de serviços exige no entanto que a entidade adjudicante transfira para o concessionário a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco que suporta (v., neste sentido, designadamente, acórdão *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, já referido, n.º 29).
- 46 Com efeito, é corrente que certos sectores de actividade, designadamente os sectores relativos a actividades de utilidade pública como os que estão em causa no processo principal, sejam objecto de um regime que pode ter por efeito limitar os riscos económicos suportados. Por um lado, as modalidades de direito público a que está sujeita a exploração económica e financeira do serviço facilitam o controlo da exploração deste último e reduzem os factores susceptíveis de pôr em causa a transparência e de falsear a concorrência. Por outro lado, as entidades adjudicantes devem continuar a ter a possibilidade de, agindo sempre de boa fé, assegurar a prestação de serviços através de uma concessão, se entenderem que se trata da melhor maneira de assegurar o serviço público em causa, e isto mesmo que o risco ligado à exploração seja muito limitado (acórdão *Eurawasser*, já referido, n.ºs 72 a 74).
- 47 Em tais situações, como a entidade adjudicante não tem nenhuma influência nas modalidades de direito público aplicáveis à organização do serviço, é-lhe impossível introduzir e, portanto, transferir factores de risco que são excluídos por estas

modalidades. Além disso, não seria razoável exigir a uma autoridade pública concedente que criasse condições de concorrência e de risco económico mais elevadas do que aquelas que, nos termos do regime aplicável ao sector em causa, existem neste último (v. acórdão Eurawasser, já referido, n.ºs 75 e 76).

- 48 O risco da exploração económica do serviço deve ser entendido como o risco de exposição a factores aleatórios do mercado (v., neste sentido, acórdão Eurawasser, já referido, n.º 67), o qual se pode traduzir, nomeadamente, pelo risco de concorrência por parte de outros operadores, o risco de inadequação entre a oferta e a procura de serviços, o risco de insolvência dos devedores do preço dos serviços prestados, o risco de falta de cobertura das despesas de exploração com as receitas ou ainda o risco de responsabilidade por um prejuízo ligado a um incumprimento no serviço (v., neste sentido, acórdão Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, já referido, n.º 37).
- 49 Em contrapartida, riscos como os ligados a uma má gestão ou a erros de apreciação do operador económico não são determinantes para efeitos da qualificação de contrato público de serviços ou de concessão de serviços, sendo tais riscos, com efeito, inerentes a qualquer contrato, quer este corresponda a um contrato público de serviço ou a uma concessão de serviços (acórdão Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, já referido, n.º 38).
- 50 Embora, como foi salientado no n.º 45 do presente acórdão, o risco económico ligado à exploração do serviço possa ser, desde o início, muito limitado em razão das modalidades de direito público da organização do serviço, a qualificação de concessão de serviços exige no entanto que a entidade adjudicante transfira para o concessionário a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco que suporta.

- 51 Ora, segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a legislação aplicável no processo principal prevê que a entidade adjudicante indemnize o prestador de serviços pelas perdas de exploração e, além disso, em razão das regras de direito público e cláusulas contratuais que regem a prestação destes serviços, o transportador não assuma uma parte significativa do risco ligado à exploração.
- 52 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio salienta nomeadamente que, em cumprimento das cláusulas contratuais, o comitente compensará, de acordo com os fundos previstos para esse efeito no orçamento de Estado, as perdas ligadas à prestação do serviço de transporte público que tenham origem na prestação do referido serviço, bem como os custos conexos, uma vez deduzidos os lucros obtidos com a prestação dos serviços de transporte público.
- 53 Por outro lado, ao abrigo dos artigos 2.º e 3.º do Decreto n.º 2009/1226, o transportador será compensado pelas perdas ligadas ao cumprimento do contrato no que diz respeito à parte dos custos inevitáveis relativos ao cumprimento do contrato de serviços de transporte público que supere as receitas obtidas, os custos gerados pela aplicação das tarifas fixadas pelo comitente, a perda de lucros devida ao facto de o comitente aplicar uma redução do preço do transporte a determinadas categorias de passageiros e as despesas ocasionadas pelo cumprimento dos requisitos mínimos de qualidade impostos depois de iniciada a prestação de serviços de transporte público, se o seu cumprimento implicar despesas suplementares relativamente aos requisitos de qualidade previamente determinados.
- 54 A isto há que acrescentar que o artigo 40.º do Decreto n.º 2009/1226 prevê o pagamento ao adjudicatário de um montante a título de lucros, determinado através da multiplicação das receitas por uma percentagem de lucros calculada acrescentando 2,5% à taxa média do mercado interbancário europeu (Euribor) durante os doze meses do ano de referência.

- 55 Tendo em conta as referidas cláusulas e disposições do direito nacional, não se pode concluir que uma parte significativa do risco de exposição aos factores aleatórios do mercado seja suportada pelo adjudicatário. Assim, uma operação deste tipo deveria ser qualificada de «contrato de serviços» na acepção do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da Directiva 2004/17 e não de «concessão de serviços» na acepção do artigo 1.º, n.º 3, alínea b), desta directiva.
- 56 É certo que, na audiência no Tribunal de Justiça, as partes divergiram a respeito da amplitude do risco concretamente assumido pelo adjudicatário. Assim, o Governo letão e o recorrido no processo principal alegam, contrariamente às recorrentes no processo principal e à Comissão Europeia, que diferentes factores, como a diminuição dos recursos públicos destinados a cobrir as eventuais perdas, a falta de cobertura de certos tipos de custos e de perdas, ligados, nomeadamente, à alteração de itinerários e de trajectos, ou ainda a incerteza quanto à procura dos utilizadores finais, aumentam o risco de tal maneira que uma parte substancial deste é, na realidade, suportado pelo adjudicatário, ainda mais sendo a duração do contrato de oito anos. Trata-se, portanto, de uma concessão de serviços.
- 57 Não compete ao Tribunal de Justiça qualificar concretamente a operação em causa no processo principal, cabendo tal qualificação unicamente ao órgão jurisdicional nacional. O papel do Tribunal de Justiça limita-se a fornecer àquele uma interpretação do direito da União útil para a decisão que lhe cabe adoptar no processo que lhe foi submetido (v., designadamente, acórdão de 13 de Outubro de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Colect.*, p. I-8585, n.º 32).
- 58 Apenas o juiz nacional está em posição de, por um lado, interpretar as disposições do direito nacional e, por outro, avaliar a parte do risco que é concretamente suportada pelo adjudicatário em função deste direito e das disposições contratuais em causa. No entanto, a análise da operação controvertida à luz das disposições regulamentares e

contratuais que constam da decisão de reenvio conduz, à primeira vista, à conclusão de que a referida operação apresenta características de um contrato de serviços.

- 59 À luz do exposto, há que responder à primeira questão que a Directiva 2004/17 deve ser interpretada no sentido de que constitui um «contrato de serviços» na acepção do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), desta directiva um contrato através do qual um adjudicatário, por força das regras de direito público e das cláusulas contratuais que regem a prestação destes serviços, não assume uma parte significativa do risco que a entidade adjudicante suporta. Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a operação em causa no processo principal deve ser qualificada de concessão de serviços ou de contrato público de serviços tendo em conta todas as características da referida operação.

Quanto à segunda e terceira questões

- 60 Com estas questões, que devem ser analisadas conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, na hipótese de se dever qualificar o contrato em causa no processo principal de «contrato público de serviços», na acepção da Directiva 2004/17, o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13 que, por força do artigo 1.º desta, se aplica aos contratos abrangidos pela Directiva 2004/17 é aplicável a este contrato, mesmo que tenha sido celebrado antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66, a qual aditou o referido artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), à Directiva 92/13, e, em caso de resposta afirmativa, se esta última disposição é directamente aplicável.
- 61 No caso de, como sustenta o Governo letão, a Directiva 2004/18 ser aplicável, cabendo essa verificação ao órgão jurisdicional nacional, importa salientar que o artigo 1.º da Directiva 2007/66 aditou à 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] de fornecimentos (JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992 (JO L 209, p. 1), disposições idênticas às dos artigos 2.º-D e 2.º-F da Directiva 92/13, pelo que a interpretação destas últimas disposições é directamente aplicável às disposições correspondentes da Directiva 89/665, assim alterada.

- 62 Nos termos do artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13, os Estados-Membros devem assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos por uma instância de recurso independente da entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso, nomeadamente, se tiver sido celebrado quando, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, desta directiva, tenha sido interposto recurso para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, a respeito da decisão de adjudicação do contrato ou se tiver sido celebrado sem que tenha sido respeitado o prazo de suspensão previsto no artigo 2.º-A, n.º 2, da referida directiva.
- 63 Sem que haja que apreciar a questão de saber se, após o termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66, um particular pode invocar o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13 perante os órgãos jurisdicionais nacionais contra uma entidade adjudicante como o recorrido no processo principal, basta observar que a referida disposição não é em todo o caso aplicável a contratos que, como no processo principal, foram celebrados antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66, em 20 de Dezembro de 2009, dado que a transposição desta não teve lugar antes do termo deste prazo.
- 64 É pacífico que a decisão de adjudicação do contrato controvertido foi tomada em 2 de Setembro de 2009 e que o mesmo contrato foi celebrado em 9 de Outubro de 2009.

- 65 A circunstância de, em conformidade com o artigo 2.º-F, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13, os Estados-Membros poderem estabelecer que a interposição de um recurso nos termos do n.º 1 do artigo 2.º-D desta directiva deva ter lugar, em todo o caso, antes do termo de um «prazo mínimo de seis meses a contar do dia seguinte à data de celebração do contrato» não permite concluir que os contratos que, como no processo principal, tenham sido celebrados dentro dos seis meses anteriores ao termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66 sejam susceptíveis de ser abrangidos pelo âmbito de aplicação deste artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b).
- 66 Na falta de qualquer indicação na Directiva 2007/66 relativa à retroactividade da disposição em causa, seria contrário ao princípio da segurança jurídica considerar que a referida disposição é aplicável a contratos que foram celebrados antes do termo do prazo de transposição da dita directiva.
- 67 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à segunda e terceira questões que o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13 não é aplicável a contratos públicos celebrados antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66.

Quanto às despesas

- 68 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

- 1) **A Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, deve ser interpretada no sentido de que constitui um «contrato de serviços» na acepção do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), desta directiva um contrato através do qual um adjudicatário, por força das regras de direito público e das cláusulas contratuais que regem a prestação destes serviços, não assume uma parte significativa do risco que a entidade adjudicante suporta. Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a operação em causa no processo principal deve ser qualificada de concessão de serviços ou de contrato público de serviços tendo em conta todas as características da referida operação.**

- 2) **O artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, não é aplicável a contratos públicos celebrados antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66.**

Assinaturas