



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 29 de janeiro de 2020¹

Processo C-796/18

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH
contra
Stadt Köln,
com intervenção de
Land Berlin

[Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Conceito de contrato a título oneroso — Cooperação horizontal entre entidades públicas — Disponibilização de *software* de coordenação operativa do serviço de bombeiros — Acordo de cooperação para a atualização e desenvolvimento do *software* — Atividade acessória do serviço público — Proibição de colocar terceiros numa posição privilegiada»

1. As primeiras normas europeias em matéria de contratos públicos remontam aos anos setenta. Desde então, sucederam-se várias disposições até à adoção, em 2014, de três diplomas legais destinados a regulamentar esta matéria em todas as suas vertentes: a Diretiva 2014/24/UE² (a cuja interpretação diz respeito o presente reenvio prejudicial), a Diretiva 2014/23/UE³ e a Diretiva 2014/25/UE⁴.

2. Antes da entrada em vigor das diretivas de 2014, o Tribunal de Justiça já tinha admitido que as normas do direito da União que regulam os contratos públicos não se aplicavam, em princípio, quando, em determinadas condições:

- uma autoridade adjudicante encomendava a uma pessoa coletiva sob o seu controlo a realização de determinadas tarefas, sem recorrer a outras entidades externas (cooperação *vertical* ou adjudicação «*in-house*»); ou
- duas autoridades adjudicantes colaboravam entre si para garantir a prossecução de uma missão de serviço público comum a ambas (cooperação *horizontal*).

1 Língua original: espanhol.

2 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

3 Diretiva do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).

4 Diretiva do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243).

3. No que respeita a esta segunda modalidade de cooperação entre as autoridades públicas, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tinha dado origem a uma certa insegurança jurídica⁵, à qual a Diretiva 2014/24 tentou obstar. Não tenho a certeza de que essa tentativa tenha tido o êxito que seria de esperar.

4. No litígio que dá origem à presente questão prejudicial, uma sociedade (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung; a seguir, «ISE») impugna junto do tribunal de reenvio os acordos celebrados entre a cidade de Colónia e o *Land* de Berlim, em virtude dos quais este último cede à primeira um programa informático para a coordenação operativa do seu serviço de bombeiros, contrato que é acompanhado de um acordo de cooperação entre as duas entidades.

5. O tribunal de reenvio pretende saber, principalmente, se a relação entre as autoridades adjudicantes, que originou o presente litígio, está ou não abrangida pelas regras em matéria de contratos públicos da Diretiva 2014/24. Oferece, assim, ao Tribunal de Justiça a oportunidade de completar a sua jurisprudência anterior, embora à luz de uma nova disposição (o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24) sobre a qual, até agora e salvo erro da minha parte, não foi proferido qualquer acórdão.

I. Quadro legal

A. Direito da União. Diretiva 2014/24

6. O considerando 5 prevê:

«[...] nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva [...]».

7. No considerando 31 lê-se:

«Existe uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública. A jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes. Por conseguinte, é necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do setor público não estão sujeitos à aplicação das regras da contratação pública.

Essa clarificação deverá pautar-se pelos princípios definidos na jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia. O simples facto de ambas as partes num acordo serem autoridades públicas não exclui, por si só, a aplicação das regras acima referidas. Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas.

Dever-se-á evitar que qualquer cooperação público-público isenta provoque uma distorção da concorrência em relação aos operadores económicos privados ao colocar um prestador de serviços privado em posição de vantagem perante os seus concorrentes.»

5 Qualificada de «considerável» no considerando 31 da Diretiva 2014/24. Nesse mesmo considerando afirma-se que a jurisprudência na matéria «é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes».

8. Segundo o considerando 33:

«As autoridades adjudicantes deverão poder optar por prestar conjuntamente os seus serviços públicos por meio de cooperação, sem serem obrigadas a utilizar qualquer forma jurídica especial. Essa cooperação poderá abranger todos os tipos de atividades relacionados com o desempenho de serviços e responsabilidades atribuídos às autoridades participantes ou por elas assumidos, como por exemplo missões obrigatórias ou voluntárias das autoridades locais ou regionais ou serviços confiados por direito público a organismos específicos. Os serviços prestados pelas diferentes autoridades participantes não têm de ser necessariamente idênticos, podendo ser também complementares.

Os contratos de prestação conjunta de serviços públicos não deverão ficar sujeitos à aplicação das regras estabelecidas na presente diretiva se forem celebrados exclusivamente entre autoridades adjudicantes, se a implementação dessa cooperação se pautar unicamente por considerações relativas ao interesse público e se nenhum prestador de serviços privado ficar em posição de vantagem em relação aos seus concorrentes.

Para preencher essas condições, a cooperação deverá basear-se num conceito de cooperação. Tal cooperação não requer que todas as autoridades participantes assumam a execução das principais obrigações contratuais, conquanto sejam assumidos compromissos de contribuir para a execução em cooperação do serviço público em causa. Além disso, a implementação da cooperação, incluindo as eventuais transferências financeiras entre as autoridades adjudicantes participantes, deverá pautar-se unicamente por considerações relativas ao interesse público.»

9. O artigo 1.º, n.º 4, dispõe:

«A presente diretiva não afeta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com o direito da União, o que entendem por serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos. A presente diretiva também não afeta a faculdade de as autoridades públicas decidirem se, como e em que medida desejam elas próprias desempenhar funções públicas, nos termos do artigo 14.º do TFUE e do Protocolo n.º 26.»

10. O artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, define assim os contratos públicos:

«[...] contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços».

11. O artigo 12.º («Contratos públicos entre entidades no setor público»), n.º 4, dispõe:

«Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

- a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;
- b) A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público; e
- c) As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação».

12. O artigo 18.º, n.º 1, prevê:

«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.»

B. Direito interno

13. Nos termos do artigo 91c, n.º 1, da Constituição alemã, «a Federação e os Länder podem cooperar na planificação, criação e gestão dos sistemas informáticos necessários para o cumprimento das suas atribuições».

14. O artigo 108.º da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei contra as Restrições da Concorrência; a seguir, «GWB») reproduz o artigo 12.º da Diretiva 2014/24.

15. Segundo as chamadas «decisões de Kiel», adotadas em 1979, uma entidade da administração pública pode transferir *software* desenvolvido ou adquirido (por ela própria ou em seu nome) para outras entidades públicas alemãs, desde que exista reciprocidade. A reciprocidade é concedida quando as regras orçamentais ou as leis ou estatutos orçamentais das entidades em questão — o proprietário e o recetor do *software* — tiveram em consideração as regras orçamentais recomendadas em 1980 pela Conferência de Ministros das Finanças. De um modo geral, a concessão da reciprocidade não é avaliada em termos comerciais mas sim políticos. Não é considerado um intercâmbio mútuo em concreto, mas apenas a possibilidade de o fazer⁶.

II. Litígio principal e questões prejudiciais

16. Em setembro de 2017, a cidade de Colónia e o *Land* de Berlim celebraram um contrato de cessão de *software* pelo qual o segundo cedia à primeira, de forma gratuita e por tempo indefinido, o uso de um *software* de coordenação operativa do seu serviço de bombeiros.

17. A cessão devia respeitar as condições estipuladas num acordo de cooperação celebrado na mesma data que continha, designadamente, as seguintes cláusulas:

«§1. O objetivo da cooperação

[...] Os parceiros acordam constituir uma parceria equitativa e, se necessário, assumir compromissos para adaptar o *software* às necessidades respetivas do parceiro e colocá-lo à sua disposição [...].

§ 2. Definição do objetivo da cooperação

[...] O sistema de *software* poderá ser ampliado para incluir outras funcionalidades técnicas como módulos e ser fornecido a outros parceiros de cooperação para utilização gratuita [...].

⁶ Segundo um estudo de 2014, o entendimento comum na Alemanha acerca do funcionamento prático das decisões de Kiel é o seguinte: quando o princípio da reciprocidade geral, previsto nessas decisões, diz respeito a uma cooperação concreta, falta um elemento essencial da definição de contrato público, para efeitos da GWB. A inexistência de compensação pela cessão de *software* reforça a ideia de que essa cessão é gratuita, do ponto de vista da GWB. Ao aplicar o princípio da reciprocidade geral, o recetor do serviço não se obriga especificamente a uma compensação monetária: apenas estipula, de forma abstrata, que fornecerá gratuito de desenvolvimentos de *software* numa situação comparável, caso seja necessário (Gutachten. Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20.8.2014, p. 106).

[...]

§ 5. Forma de cooperação

[...] O *software* de base é cedido de forma gratuita. Os módulos complementares e de desenvolvimento serão fornecidos gratuitamente aos parceiros de cooperação.

[...]

O acordo de cooperação só é vinculativo conjuntamente com o contrato EVB-IT, como único instrumento.»

18. A ISE, que se dedica ao desenvolvimento e venda de *software*, impugnou junto da Vergabekammer Rheinland (Secção de contratos públicos da Renânia, Alemanha) os contratos celebrados entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia, pedindo a sua anulação. Alegava que a cidade de Colónia tinha adjudicado um contrato público de fornecimento por um valor que excedia o montante isento da obrigação de aplicar as regras em matéria de contratos públicos. A participação da cidade de Colónia no desenvolvimento do *software* cedido configurava, na sua opinião, uma vantagem económica suficiente. Além disso, a aquisição do *software* básico pressupunha novos pedidos ao fabricante: para um terceiro, o desenvolvimento e a manutenção desse *software* implicaria um custo financeiro insustentável.

19. A Vergabekammer Rheinland (Secção de contratos públicos da Renânia) indeferiu o recurso da ISE, negando que os acordos entre a cidade de Colónia e o *Land* de Berlim possam qualificar-se de «contratos públicos» para efeitos da regulamentação europeia. Em seu entender, ambas as partes se tinham limitado a instituir uma cooperação equitativa no âmbito da qual o *software* era gratuitamente cedido.

20. A ISE recorreu dessa decisão para o Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha). A cidade de Colónia deduziu oposição a esse recurso, alegando que a decisão impugnada estava correta.

21. Neste âmbito, o mencionado tribunal submeteu as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Constitui um “contrato público”, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24/UE, ou um contrato compreendido [pelo menos no princípio, sem prejuízo do disposto no artigo 12.º, n.º 4, alíneas a) a c)] no âmbito de aplicação desta diretiva no sentido do seu artigo 12.º, n.º 4, uma cessão de *software* estipulada por escrito entre duas entidades da administração pública e ligada a um acordo de cooperação, tendo em conta que, embora a entidade cessionária não tenha de pagar um preço nem uma compensação de despesas pelo *software*, o acordo de cooperação ligado à cessão do *software* prevê que cada uma das partes (e, portanto, também a entidade cessionária) deve colocar gratuitamente à disposição da outra parte futuros desenvolvimentos do *software* que possa (sem obrigação a este respeito) vir a criar?
- 2) Por força do artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24/UE, a cooperação entre as autoridades adjudicantes tem de ter por objeto os próprios serviços públicos a prestar aos cidadãos de forma conjunta, ou basta que a cooperação se refira a atividades que contribuem de qualquer modo para os serviços públicos que devem ser prestados, mas não necessariamente de maneira conjunta?
- 3) A chamada proibição, não escrita, de tratamento mais favorável aplica-se no âmbito do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, e, em caso afirmativo, com que conteúdo?»

22. O despacho de reenvio deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de dezembro 2018. Apresentaram observações escritas a cidade de Colónia, o Governo austríaco e a Comissão.

23. Em 6 de novembro de 2019 foi realizada audiência, na qual se fizeram representar a ISE, a cidade de Colónia, o Governo austríaco e a Comissão.

III. Apreciação

A. Abordagem e considerações preliminares

24. A prestação de serviços através da cooperação interadministrativa, também conhecida como «horizontal» ou «público-público», foi expressamente introduzida na legislação da União na terceira secção («Exclusões») do capítulo primeiro, título primeiro, da Diretiva 2014/24. Mais concretamente, no seu artigo 12.º, n.º 4⁷.

25. Nos termos dessa disposição, «[u]m contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação» da Diretiva 2014/24 se estiverem preenchidas todas as condições nele enumeradas⁸.

26. O diploma em vigor prevê a cooperação horizontal de uma forma mais *generosa* do que a jurisprudência do Tribunal de Justiça anterior às diretivas de 2014. Nessa jurisprudência⁹, a que alude o considerando 31 da Diretiva 2014/24¹⁰, tinham sido identificadas algumas condições para permitir que as missões de serviço públicos pudessem ser desempenhadas sem recorrer ao mercado, por intermédio da cooperação entre organismos públicos.

27. Além da qualidade de autoridade adjudicante das entidades que o celebram, essas condições exigiam que o acordo interadministrativo:

- tivesse por objetivo assegurar a realização de uma missão de serviço público que é comum às entidades;
- fosse celebrado exclusivamente por entidades públicas, sem a participação de privados;
- não colocasse nenhum prestador privado numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes;
- instituísse uma cooperação regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objetivos de interesse público.

28. A Diretiva 2014/24, todavia, não se limita a codificar o que já existia, mas reformula, especifica, elimina e adita um ou vários desses requisitos. Por conseguinte, ao interpretá-la, nem sempre será pertinente ou útil voltar, indiscriminadamente, à jurisprudência anterior.

⁷ Dos artigos 17.º da Diretiva 2014/23 e 28.º da Diretiva 2014/25 consta uma fórmula idêntica.

⁸ Os Estados-Membros decidem livremente se aplicam ou não, a estas relações, as suas próprias regras da contratação pública.

⁹ Acórdão de 9 de junho de 2009, Comissão/Alemanha (C-480/06, EU:C:2009:357; a seguir «Acórdão Comissão/Alemanha»); Acórdão de 19 de dezembro de 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento contra Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o. (C-159/11, EU:C:2012:817; a seguir «Acórdão ASL»); Despacho de 16 de maio de 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e o. (C-564/11, não publicado, EU:C:2013:307); Acórdão de 13 de junho de 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; a seguir «Acórdão Piepenbrock»); Despacho de 20 de junho de 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri [C-352/12, não publicado, EU:C:2013:416 (a seguir «Despacho Consiglio Nazionale»)]; e Acórdão de 8 de maio de 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; a seguir «Acórdão Datenlotsen»). Encontram-se referências à cooperação horizontal noutros acórdãos relativos à cooperação vertical.

¹⁰ Em conformidade com esse considerando, a clarificação acerca dos casos em que os contratos entre entidades do setor público não relevam da Diretiva 2014/24 «deverá pautar-se pelos princípios definidos na jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia».

29. As disposições legais atualmente relevantes são o artigo 12.º, n.º 4, e os considerandos 31 e 33 da Diretiva 2014/14. Da sua conjugação resulta um regime jurídico que sintetiza dois objetivos contrapostos: por um lado, a intenção de não interferir na organização da administração interna dos Estados-Membros; por outro, que a exclusão não conduza à violação dos princípios que regem a contratação pública no direito da União.

30. A Diretiva 2014/24 insiste em que não impende sobre os Estados-Membros nenhuma obrigação de recorrerem ao mercado para se abastecerem ou obterem os serviços necessários ao desempenho da sua atividade¹¹.

31. Ora, excluir este tipo de contratos interadministrativos dos processos públicos de adjudicação pode ir contra o objetivo de instaurar um mercado interno também neste domínio. Quantos mais contratos forem excluídos, menor é a margem para a criação e desenvolvimento de um mercado interno dos concursos públicos.

32. A autossuficiência das entidades públicas, na forma de cooperação «*in-house*» ou de cooperação «horizontal», não é desprovida de riscos para a livre circulação de bens e serviços¹². São igualmente legítimas as dúvidas acerca dos seus efeitos sobre a livre concorrência, além da hipótese expressamente referida no considerando 33, segundo parágrafo, *in fine*, da Diretiva 2014/24, que previne contra uma cooperação que coloque um operador económico numa posição privilegiada em relação a outros concorrentes.

33. Uma utilização inadequada desses mecanismos de colaboração pode, na verdade, provocar uma «contração» do mercado do lado da procura e a redução do número de fornecedores que esse mercado pode conter. Teoricamente também é imaginável o abuso de posição dominante (coletiva) que pode vir a existir por parte das autoridades adjudicantes.

34. Também é verdade, sob outro ponto de vista, que a maior flexibilidade conferida pela Diretiva 2014/24 à cooperação horizontal entre as autoridades adjudicantes (fruto de uma decisão política do legislador europeu) também pode ter efeitos positivos sobre a concorrência, no sentido de incentivar os operadores privados a oferecerem melhores condições contratuais.

35. A decisão de um Estado-Membro quanto ao modo de prestar um serviço público (que pode consistir, precisamente, em não recorrer ao mercado, mas sim à cooperação administrativa) deve respeitar as normas fundamentais do TFUE, designadamente, as relativas à livre circulação de mercadorias, liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, bem como os princípios da igualdade de tratamento, não discriminação, reconhecimento mútuo, proporcionalidade e transparência¹³. A ponderação dessas normas e princípios deve estar igualmente presente na interpretação do artigo 12.º da Diretiva 2014/24.

36. O conjunto destas considerações explica a existência do artigo 12.º da Diretiva 2014/24 e justifica os condicionamentos à cooperação «público-público», expressamente mencionados no seu n.º 4.

11 A discricionariedade da decisão de recorrer ou não ao mercado tinha sido reiterada na jurisprudência do Tribunal de Justiça a propósito da cooperação vertical: assim, no Acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 48); no Acórdão de 13 de novembro de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, n.º 48); e, recentemente, no Acórdão de 3 de outubro de 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, a seguir, «Acórdão Irgita», n.ºs 50 e 2 do dispositivo. Para a cooperação horizontal, no Acórdão Comissão/Alemanha, n.º 45.

12 Os riscos são idênticos aos denunciados pela Diretiva 2014/24 relativamente à agregação e centralização de aquisições, operações que, nos termos do seu considerando 59, «deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as PME».

13 Acórdão Irgita, n.ºs 48, 50 e 2 do dispositivo, para a interpretação do artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24.

37. É oportuno sublinhar, por último, que a *exclusão* destes mecanismos de colaboração entre autoridades adjudicantes do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24 não obedece à lógica binária regra/exceção, mas sim a um entendimento diferente das circunstâncias em que se aplica essa diretiva.

38. Com efeito, «não releva[ndo]»¹⁴ do âmbito de aplicação da diretiva as relações de cooperação entre autoridades adjudicantes previstas no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, o que se pretende é estabelecer os limites dessa diretiva, cujas restantes regras, simplesmente, não são oponíveis àquelas relações. Por conseguinte, não creio que as declarações feitas nos acórdãos anteriores sobre o critério hermenêutico (restritivo) vigente para as exceções, por contraposição à regra geral, sejam, por si só, automaticamente aplicáveis à interpretação desta *exclusão*¹⁵.

B. Primeira questão prejudicial. A cessão de software e o âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/UE

1. A título preliminar: a hipótese factual do artigo 12.º

39. O tribunal de reenvio pergunta, em primeiro lugar, se uma cessão de *software* como a operada entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia entra no âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24: quer como «contrato público» (nos termos do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5), quer como mero «contrato» (na aceção do artigo 12.º, n.º 4).

40. A questão, tal como foi colocada, surge pelo facto de se tratar (aparentemente) de uma cessão não onerosa. Da sua redação se infere que, para o tribunal de reenvio, o âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24 não está definido apenas no artigo 2.º A ausência, no artigo 12.º, n.º 4, do adjetivo «público», qualificando o termo «contrato», podia significar que determinados contratos não subsumíveis à definição do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, também estariam sujeitos às regras de contratação pública da União.

41. Mais do que uma apreciação pormenorizada das diferentes aceções do termo contrato e dos qualificativos que o acompanham, em conformidade com as diversas disposições da Diretiva 2014/24¹⁶, centrar-me-ei na exegese do seu artigo 12.º, n.º 4, para determinar se é aplicável a uma relação como a estabelecida entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia. A primeira questão prejudicial será, assim, abordada à luz da especificidade desse preceito.

42. A palavra «contrato» que consta do n.º 4 do artigo 12.º explica-se, não tanto com base na sua relação sistemática com o artigo 2.º da Diretiva 2014/24, como com os restantes números do próprio artigo 12.º Neste contexto, reflete a diferença da cooperação vertical (números 1 a 3 do preceito), na qual as relações entre os intervenientes são estruturadas com base no controlo interno. Serviria, com efeito, para expressar que deve existir um acordo ou uma convenção que fixe a base e o quadro jurídico das relações entre as partes, a definição do objetivo da cooperação e as diligências (contribuições) que cada uma deve efetuar¹⁷.

¹⁴ Esta é a expressão utilizada no primeiro parágrafo do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24.

¹⁵ V., relativamente à cooperação vertical, as Conclusões do advogado-geral G. Hogan no processo Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, n.º 45). A mesma ideia consta dos Acórdãos de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 46); de 13 de outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, n.º 63); e de 11 de maio de 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, n.º 45); e no Acórdão Datenlotsen, n.º 23.

¹⁶ Existem argumentos para defender uma definição unitária do termo «contrato»: a própria epígrafe do artigo 12.º («Contratos públicos entre entidades no setor público»); o facto de esse termo se encontrar em vários pontos da Diretiva 2014/24 e de outras diretivas, como fórmula abreviada de «contrato público»; a junção do adjetivo «público», como qualificativo acrescentado ao substantivo «contrato», varia consoante a versão linguística do diploma legal que se consulte: assim, consta do artigo 12.º (concretamente, do seu n.º 1) em algumas versões como a alemã, a francesa, a inglesa ou a italiana, mas já não noutras, como no caso da espanhola.

¹⁷ O artigo 11.º, n.º 4, da proposta de Diretiva de 20 de dezembro de 2011, COM(2011) 896 final, utilizava esta formulação: «Um acordo celebrado entre duas ou mais autoridades adjudicantes não é considerado um contrato público na aceção do artigo 2.º, n.º 6, da presente Diretiva [...]» (sem itálico no original).

43. Neste sentido aponta também o considerando 33, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 ao mencionar «[o]s contratos de prestação conjunta de serviços públicos», e em seguida, no terceiro parágrafo, os «compromissos de contribuir para a execução em cooperação do serviço», que não têm de materializar-se necessariamente na execução por todas as partes das principais obrigações contratuais.

44. Partindo desta premissa, o artigo 12.º da Diretiva 2014/24 prevê dois tipos de situações para as quais a aceção usual de «contrato público» não será eventualmente muito adequada, porque são, sobretudo, alternativas à referida categoria.

45. Por um lado, admite a «cooperação vertical» (n.ºs 1, 2 e 3 do preceito), na qual, como já indiquei anteriormente, «[s]ob o regime *in house* a entidade adjudicante não celebra contrato, segundo uma perspetiva funcional, com outra entidade diferente, fazendo-o, na realidade, consigo mesma, dada a relação que mantém com a entidade formalmente diferente. Em sentido estrito, não se pode falar de adjudicação de um contrato, mas sim de uma mera ordem ou encomenda, que não pode ser rejeitada pela outra “parte”, seja qual for a forma em que uma ou outra se traduzam»¹⁸.

46. Por outro lado, admite igualmente a «cooperação horizontal», isto é, a existente entre autoridades adjudicantes que recorrem à forma contratual conjugando-a, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum, num quadro regido unicamente pelo interesse público, e respeitando a livre concorrência (artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24).

47. Evidentemente, também não releva da Diretiva 2014/24, embora o seu articulado não o mencione expressamente, outro tipo de relações interadministrativas, como é o caso das que decorrem de uma transferência ou delegação de competências¹⁹, inclusivamente da criação de uma associação de autarquias, pessoa coletiva de direito público. Estas situações consideram-se, por princípio, «alheias ao direito dos contratos públicos»²⁰.

48. Na cooperação horizontal, uma autoridade adjudicante que poderia prover às suas necessidades (de bens, de obras ou de fornecimentos) recorrendo, mediante concurso público, a empresas privadas, opta por prescindir dessa via e substituí-la pela colaboração com outra entidade pública que pode satisfazer essas necessidades.

49. Objetivamente, a especificidade deste tipo de colaboração entre entidades públicas baseia-se em três elementos: o conceito de cooperação que está subjacente à relação *interpartes*; o propósito comum que esta prossegue; e as considerações de interesse público que devem pautar a cooperação.

50. A colaboração implica, habitualmente, contribuições de todas as partes, com a subsequente despesa pública. No entanto, a relação entre essas partes não se esgota no *do ut des* próprio do contrato sinalagmático que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, caracteriza o contrato público sujeito às diretivas em matéria de contratos públicos²¹.

51. Com efeito, trata-se de um negócio jurídico com prestações de todos os intervenientes, exigíveis por cada um deles, na medida em que as suas respetivas contribuições visam alcançar um objetivo posterior comum. A *causa* das contribuições é, precisamente, esse fim comum, que tem de ser de interesse público.

18 Conclusões no processo LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, n.º 70).

19 Sobre as condições em que uma transferência de competências para cumprimento de atribuições públicas não é abrangida no âmbito de aplicação das regras em matéria de contratos públicos (na época, da Diretiva 2004/18), v. o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, a seguir, «Acórdão Remondis», n.ºs 41 e segs.)

20 Acórdão Remondis, n.º 53.

21 *Ibidem*, n.º 43.

2. Onerosidade ou gratuidade na relação entre o Land de Berlim e a cidade de Colónia

52. Para determinar se a relação entre a cidade de Colónia e o *Land* de Berlim releva das regras da Diretiva 2014/24 deve ter-se em conta não só o contrato de cessão (mediante o qual o *software* é disponibilizado à primeira), mas também o acordo de cooperação a ele anexo²².

53. As próprias entidades interessadas configuraram esta relação como uma unidade, explicitando no artigo 5.º do acordo de cooperação a incindibilidade deste em relação ao contrato de cessão do *software*²³.

54. Como já referi, as dúvidas do tribunal de reenvio são suscitadas pela aparente falta de onerosidade na relação entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia.

55. O carácter oneroso faz parte da definição de «contrato público» no artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24. Na minha opinião, também se pode considerar um elemento característico da relação entre as autoridades adjudicantes prevista no artigo 12.º, n.º 4, que, como já referi, não se identifica necessariamente com a aceção usual de «contrato público».

56. Acerca do seu significado, recordo que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de onerosidade tem sido objeto de interpretação extensiva²⁴.

57. Na relação entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia a entrega do programa informático aparece como gratuita e acessória em relação a uma cooperação, destinada ao seu desenvolvimento e adaptação às necessidades de coordenação dos respetivos serviços de bombeiros.

58. Como afirma o tribunal de reenvio²⁵, esse posterior desenvolvimento tem um valor económico que pode chegar a ser bastante elevado²⁶. Na descrição constante da matéria de facto, a cidade de Colónia refere que o programa lhe é disponibilizado para que possa participar na cooperação. Já tinha reconhecido que o serviço de bombeiros — que, conforme salientou na audiência, é obrigada por lei a prestar — não é exequível sem um sistema de coordenação operativa otimizado, permanentemente adaptável às necessidades de execução do serviço, o que exige um *software* eficaz.

59. Assim, é legítimo pensar, na linha preconizada pela Comissão, que, mesmo não estando prevista no acordo uma obrigação *stricto sensu* de desenvolver o *software*, não é verosímil a inexistência desse desenvolvimento e, eventualmente, das sucessivas adaptações do programa informático. Como foi salientado na audiência, será praticamente inevitável atualizar o referido programa, a curto prazo e posteriormente²⁷.

22 V., no mesmo sentido, o Acórdão Remondis, n.º 37: «Para efeitos da possível qualificação de contrato público [...] de uma operação que inclui várias fases, essa operação deve ser apreciada globalmente e tendo em conta a sua finalidade».

23 Podia ter-se optado por outra configuração, como afirmou a representante da cidade de Colónia na audiência, referindo-se a um contrato de cessão de *software* entre o *Land* de Berlim e a cidade de Hamburgo, sem um acordo de cooperação anexo.

24 Despacho Consiglio Nazionale, n.º 38; Acórdão Remondis, n.º 43; Acórdão de 18 de outubro de 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, n.º 31). Nas suas Conclusões no processo Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e outros (C-159/11, EU:C:2012:303, n.º 32), a advogada-geral V. Trstenjak afirmava que «pode defender-se que só um entendimento alargado do conceito de “carácter oneroso” corresponde verdadeiramente ao objetivo das diretivas relativas aos contratos públicos que consiste na abertura dos mercados a uma verdadeira concorrência», e aludia especificamente a outras formas de remuneração, como os negócios de permutas ou a renúncia a direitos recíprocos existentes entre as partes contratuais.

25 N.º 29 do despacho de reenvio.

26 E superar o do próprio *software*. A ISE, na audiência, insistiu neste facto, relativamente à terceira questão prejudicial.

27 A representante da cidade de Colónia distinguiu entre atualizações importantes e outras de menor relevância. É imprescindível proceder às primeiras três ou quatro vezes por ano e são efetuadas após consulta à outra (ou outras) parte na cooperação, a fim de se ter em conta, na medida do possível, as suas necessidades. As segundas, que consistem na correção de pequenos erros, não exigem essa consulta.

60. Existe, por conseguinte, uma expectativa razoável de que a cidade de Colónia contribua para o desenvolvimento e ampliação dos diversos módulos do *software*. Este fator funciona como contrapartida da disponibilização do programa, pelo *Land* de Berlim, pois, se assim não fosse, ao contrato de cessão não teria sido anexado um acordo de cooperação.

61. Em suma, do ponto de vista da cidade de Colónia, o contravalor que permite falar de onerosidade na relação com o *Land* de Berlim é a sua participação numa cooperação apta a proporcionar benefícios a este último, sob a forma de adaptações do *software* (§1. do acordo de cooperação) e de módulos complementares e de desenvolvimento (§5. do referido acordo). Essas adaptações, com um determinado custo económico, são inevitáveis porque os centros operativos de bombeiros não podem funcionar de outro modo.

62. A contraprestação não depende, assim, de uma condição puramente potestativa: a verificação é apenas uma questão de tempo. Não se está perante uma mera proclamação da intenção de cooperar, mas sim perante um compromisso que será exigível, dependente de um *quando* (quando é feita a atualização) e não de um *se* (se é feita a atualização).

63. É verdade que o acordo de cooperação prevê a possibilidade de desenvolvimento de *software* por ambas as partes e que, em teoria, qualquer delas podia manter-se inativa e esperar apenas as contribuições da outra. No entanto, repito, é altamente improvável que tal aconteça, na medida em que implicaria pôr em risco a prestação de serviço público que compete a cada uma delas. Essa atitude privaria do seu objeto o próprio acordo de cooperação celebrado voluntariamente por cada uma delas.

64. Em suma, a relação contratual existente entre as entidades adjudicantes que convencionaram a cessão do programa informático e as condições da respetiva cooperação com vista ao seu desenvolvimento enquadram-se no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24.

C. Segunda questão prejudicial. Objeto da cooperação

1. Abordagem

65. A prestação do serviço público de bombeiros que incumbe às entidades cooperadoras neste processo não é conjunta: não pode sê-lo, desde logo, por força da distância geográfica entre os territórios em que cada uma delas opera.

66. Por tal motivo, o tribunal de reenvio duvida que a cooperação seja abrangida pelo artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24 e pergunta se, para que assim aconteça, «basta que a cooperação se refira a atividades que contribuem de qualquer modo para os serviços públicos que devem ser prestados, mas não necessariamente de maneira conjunta».

67. A resposta pressupõe uma apreciação individual dos elementos: a) a exploração em comum do serviço público em vista do qual se coopera e b) a natureza de «serviço público» da atividade em que se materializa a cooperação.

a) Quanto à prestação conjunta do serviço público. Da «missão de serviço público comum» aos «objetivos comuns de interesse público»

68. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça anterior à Diretiva 2014/24, a viabilidade da cooperação horizontal estava condicionada, nomeadamente, ao requisito de realização pelas partes de uma missão de serviço público *comum*. No entanto, o Tribunal de Justiça não deve ter abordado a questão de saber se esse adjetivo *comum* dizia respeito à própria prestação do serviço.

69. O paradigma da cooperação horizontal excluída das regras europeias em matéria de contratos públicos foi o processo C-480/06, Comissão/Alemanha, no qual aquela cooperação, articulada sob a forma de diligências e compromissos de diferente natureza e importância, assegurava em última instância a realização de uma missão de serviço público para o qual tinham competência todas as autoridades adjudicantes. Nesse processo estava em causa a eliminação de resíduos, atividade em que participavam todos os intervenientes, uma vez que exploravam a instalação de tratamento desses resíduos.

70. A questão que aqui nos interessa não foi objeto de particular atenção nesse acórdão nem em outros posteriores, nos quais faltava o ser *comum* enquanto característica da missão de serviço público, como pressuposto para a sua prestação conjunta²⁸.

71. Nos termos do artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24, para que uma cooperação interadministrativa não releve do âmbito de aplicação dessa diretiva, o contrato deve servir os objetivos comuns às autoridades adjudicantes participantes. Cada uma destas prestará «os serviços públicos que lhes cabe executar»²⁹, «com o propósito de alcançar os objetivos que têm *em comum*». O contrato ou acordo especificará a forma da prestação para o assegurar. Literalmente, o ser *comum* é agora uma característica dos objetivos e não de uma concreta missão de serviço público.

72. Os trabalhos preparatórios do diploma demonstram que a intenção do legislador foi a de flexibilizar a cooperação do ponto de vista do seu objeto³⁰.

73. A proposta de diretiva da Comissão falava ainda do «exercício conjunto das respetivas [das autoridades adjudicantes] missões de serviço público». Submetido ao Conselho e ao Parlamento o diploma teve diversas formulações até à versão atual. Também o atual considerando 33 foi sendo alterado, simultaneamente com a mudança da redação do artigo e no mesmo sentido de abertura.

74. Nas negociações finais desapareceu do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 a referência ao exercício conjunto das missões que, todavia, ainda se encontra no atual considerando 33. A menção aos objetivos comuns foi introduzida por sugestão do Parlamento, ao mesmo tempo que se eliminou do correspondente considerando (então o 14) a descrição do conceito de cooperação como abrangendo a «gestão e tomada de decisões em comum, partilhando as responsabilidades pelos riscos e efeitos de sinergia»³¹.

75. A orientação do considerando 33, primeiro parágrafo *in fine*, no sentido de que os serviços públicos prestados pelas entidades que cooperam não têm de ser idênticos, podendo ser complementares, confirma a renúncia ao requisito de missão de serviço público comum.

76. Neste contexto, a referência à prestação *conjunta* dos serviços, que aparece várias vezes no mesmo considerando, significa, provavelmente, que os serviços públicos, quer idênticos, quer complementares, a cargo de cada uma das autoridades participantes, devem ser levados a cabo «em cooperação», isto é, por cada entidade pública com o apoio da outra ou de forma coordenada.

28 Acórdão ASL, n.º 37. As decisões posteriores do Tribunal de Justiça deram cumprimento ao Acórdão ASL em processos quase idênticos quanto à natureza dos agentes e a questão de fundo: v. Despachos de 16 de maio de 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e o. (C-564/11, não publicado, EU:C:2013:307); e Consiglio Nazionale. Essa jurisprudência foi também aplicada noutros domínios nos Acórdãos Piepenbrock, n.º 39 e Datenlotsen, n.º 35.

29 Entendo que o requisito da *incumbência* implica que as autoridades adjudicantes tenham a seu cargo a prestação do serviço anteriormente à celebração do acordo de cooperação. A expressão podia englobar também o serviço público que cabe prestar no quadro de uma cooperação específica.

30 Esta flexibilidade também se verifica em relação aos sujeitos: v. considerando 32 sobre a cooperação horizontal entre autoridades adjudicantes com participação de capital privado. Em contrapartida, a proposta da Comissão excluía esta possibilidade no seu artigo 11.º, n.º 4, alínea e).

31 V. Nota do Conselho da União Europeia de 26 de junho de 2013, número 11644/13.

77. Podia parecer que se trata de discrepâncias semânticas, mas, como acontece no direito, as consequências jurídicas decorrentes da escolha de cada um dos termos podem ser sensivelmente diferentes. Importante é, repito, o facto de a (nova) disposição aludir aos objetivos comuns às autoridades adjudicantes que cooperam entre si.

b) «*Serviço público*» e «*atividades de apoio a um serviço público*»

78. A segunda questão prejudicial obriga também a apreciar a natureza da atividade objeto da cooperação entre as autoridades adjudicantes: saber se deve ser ela própria um «serviço público»³² ou pode tratar-se de uma atividade acessória, isto é, de apoio a um serviço público³³.

79. Na jurisprudência anterior à Diretiva 2014/24, o Acórdão Comissão/Alemanha desvendava algo sobre o tipo de atividades aptas a integrar uma cooperação «público-público» excluída das regras em matéria de contratos públicos³⁴.

80. A leitura desse acórdão permitia aceitar, como objeto da cooperação, atividades que não eram, em si ou por si só, de serviço público, mas que estavam diretamente relacionadas com aquele para cuja prestação as autoridades adjudicantes acordavam a cooperação.

81. No entanto, o anteriormente exposto não resolve a questão de saber se a cooperação pode recair *exclusivamente* sobre uma atividade que não é, em si ou por si só, um serviço público, num contexto como o deste litígio. Recordo que, aqui, as autoridades adjudicantes participantes prestam, cada qual por sua conta e autonomamente, o mesmo serviço público (o próprio do serviço de bombeiros), ao passo que a cooperação é limitada a uma atividade acessória (a coordenação informática do centro operativo de urgência).

82. No quadro da Diretiva 2014/24, o considerando 33 aponta no sentido de uma resposta afirmativa a esta questão, ao sublinhar que a cooperação pode abranger «*todos os tipos de atividades relacionados com o desempenho de serviços e responsabilidades* atribuídos às autoridades participantes ou por elas assumidos [...]»³⁵. Os trabalhos legislativos mostram, mais uma vez, que existiu uma intenção de destacar este aspeto, que não constava da proposta inicial da Comissão³⁶.

83. A flexibilidade que indiquei como característica da cooperação horizontal na Diretiva 2014/24, que é notória ao comparar esta com o quadro normativo anterior, com a jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça e com a proposta da Comissão, corrobora a procedência dessa resposta afirmativa.

32 Recordo que o artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24 refere expressamente os «serviços públicos que lhes cabe executar [às autoridades adjudicantes]». Esta categoria só é utilizada no artigo 93.º TFUE. Em grande parte, o seu equivalente é o «serviço de interesse geral» (SIG), que pode ou não ter conteúdo económico. A liberdade de os Estados-Membros definirem, organizarem e financiarem os serviços de interesse económico geral (SIEG) está prevista no artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 que, por sua vez, remete para o artigo 14.º TFUE e para o Protocolo n.º 26 anexo ao TFUE e ao TUE. V., a este respeito, as Conclusões do advogado-geral G. Hogan no processo Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 Na Diretiva 2014/24 não se concretiza a relevância, a qualidade ou a natureza (principal ou acessória; obrigatória ou facultativa; com conteúdo económico ou não) dos *serviços públicos* que a cooperação horizontal pode abranger. O considerando 33 sugere uma grande flexibilidade neste sentido. Exclui-se, assim, que a cooperação fique limitada a atividades correspondentes a uma competência nuclear (principal) da autoridade adjudicante, como parece resultar do Acórdão ASL, n.º 37, primeira frase.

34 Nesse processo, uma das contribuições consistia na disponibilização de uma infraestrutura, na qual se procederia à valorização dos resíduos recolhidos pelos participantes, cada qual na área geográfica da sua competência. Também fazia parte da cooperação a disponibilização dos excedentes: a capacidade de aterro de resíduos não utilizados por alguma das partes podia colmatar a falta de capacidade de aterros de outra. Outra das contribuições consistia no compromisso, dos serviços de limpeza urbana de uma das autoridades adjudicantes, de defender os direitos dos outros face ao explorador da instalação, caso esta lhes causasse um prejuízo.

35 Sem itálico no original.

36 V., para comparar, o documento interinstitucional 12167/13.

84. No entanto, isso não significa que a cooperação horizontal assim admitida não tenha limites. Desde logo, não cessa exigência de se destinar à prestação de serviços públicos que sejam da competência das partes³⁷. Quando o objeto da cooperação não é o próprio serviço público, mas sim uma atividade «relacionada» com ele, essa relação deve resultar da orientação funcional da atividade para a execução do serviço.

85. O equilíbrio entre os objetivos contrapostos, que acima abordei³⁸, aconselha, além do mais, a apreciar essa relação distinguindo entre as diversas atividades em função do seu grau de vinculação com o serviço para cuja prestação contribuem. Na minha opinião, o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 permite abranger, nomeadamente, as atividades de apoio imediatas e inseparavelmente ligadas ao serviço público, isto é, aquelas que revestem um carácter instrumental com um grau de intensidade tal que o próprio serviço depende delas para ser executado enquanto serviço público.

86. A cooperação deve, além disso, satisfazer as restantes condições previstas no artigo 12.º, n.º 4 (quanto aos sujeitos, à finalidade da cooperação e aos princípios por que se deve pautar), que já salientei.

2. A cooperação entre o Land de Berlim e a cidade de Colónia

87. Já foi dito que as duas autoridades adjudicantes neste processo não exercem conjuntamente a atividade de serviço público principal, ou seja, a que é própria do serviço de bombeiros. Em contrapartida, a respetiva cooperação tem como objetivo instalar e manter atualizado um programa de *software* imprescindível para que cada uma delas coordene, da melhor forma, as operações dos seus respetivos serviços de bombeiros, nos seus próprios territórios.

88. Segundo a descrição do *software* e respetiva atualização que consta dos autos, complementada com as declarações concordantes feitas na audiência, o programa informático era e é indispensável para a prestação desse serviço público.

89. Daí decorre que a cooperação entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia, na medida em que diz respeito a uma atividade imprescindível para a execução eficaz de um serviço público cuja prestação compete a ambas as autoridades adjudicantes, preenche o requisito indicado no artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24.

D. Terceira questão prejudicial. Quanto ao tratamento mais favorável de terceiros

90. O acordo entre o *Land* de Berlim e a cidade de Colónia é confrontado com outras objeções, baseadas na contraposição entre a cooperação horizontal e o direito da concorrência. O tribunal de reenvio aborda-as na sua terceira pergunta, questionando se ao artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 subjaz uma proibição, não escrita, de tratamento mais favorável e, em caso afirmativo, com que conteúdo.

37 Na jurisprudência anterior, o Acórdão Datenlotsen, n.º 16 (por remissão do n.º 34), assim o tinha declarado: «[...] nem a Universidade nem a HIS constituem entidades públicas e a HIS não está diretamente incumbida de executar uma missão de serviço público».

38 N.ºs 29 e segs, *supra*: a intenção de não interferir na organização da administração interna dos Estados-Membros deve conciliar-se com a obrigatoriedade de a exclusão do âmbito do direito da União não conduzir à violação dos princípios em matéria de contratos públicos e da livre concorrência.

1. *Cooperação horizontal e direito da concorrência*

91. A condição de nenhum operador privado ser colocado numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes, como consequência da cooperação horizontal, não consta expressa e autonomamente no artigo 12.º da Diretiva 2014/24. Em contrapartida, era o que acontecia na jurisprudência anterior³⁹.

92. Para verificar se, não obstante essa ausência literal, o requisito permanece, começo por recordar que os Estados-Membros gozam de uma ampla margem de liberdade para decidir se realizam por si próprios uma prestação de serviços ou a externalizam.

93. Na primeira dessas duas hipóteses (autossuficiência, em sentido amplo), e desde que se preencham determinados requisitos, os Estados-Membros não são obrigados a seguir as regras e os procedimentos do direito da União em matéria de contratos públicos. No entanto, continuam sujeitos a outras regras⁴⁰, nomeadamente as do artigo 106.º TFUE, n.º 2, relativas à livre concorrência.

94. Por tal motivo, o artigo 18.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 declara, num domínio conexo, que «[o]s concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência».

95. A limitação imposta pelas regras em matéria de livre concorrência também afeta, assim, a cooperação horizontal entre as autoridades adjudicantes. Fá-lo, pelo menos, de duas maneiras:

- por um lado, rege a respetiva relação com os operadores privados, no seu conjunto, como concorrentes no mercado;
- por outro lado, determina como devem atuar as entidades públicas para que a sua cooperação, se, de alguma forma, também envolver operadores privados, não provoque uma distorção da concorrência entre eles.

96. O artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 visa evitar a distorção da livre concorrência sob a primeira perspetiva, ao exigir que a colaboração seja celebrada exclusivamente entre autoridades adjudicantes⁴¹. E, ao mesmo tempo, fixa determinadas medidas inspiradas no mesmo desígnio:

- a cooperação deve ser limitada à prestação dos serviços públicos que cabe executar às autoridades adjudicantes participantes, ou seja, não ao exercício das suas atividades económicas normais [alínea a)];
- deve ser regida unicamente por considerações de interesse público, não de mercado [alínea b)];
- as atividades que as entidades que cooperam entre si também exerçam no «mercado livre», não podem ser superiores a 20 % das atividades objeto dessa cooperação.

97. Não se pode considerar, como pretende a cidade de Colónia, que a obrigação de respeitar a livre concorrência se limite ao caso em que as autoridades adjudicantes concorrem no mercado com os operadores privados no seu conjunto.

39 Acórdãos Comissão/Alemanha, n.º 47; ASL, n.ºs 35, 38 e parte decisória; Despacho Consiglio Nazionale, n.º 44 e parte decisória).

40 *Supra*, n.ºs 30 a 35.

41 Embora, em conformidade com o regime da cooperação *in-house*, a Diretiva 2014/24 admita uma certa participação de capital privado nas entidades públicas: v., acima, nota 30 das presentes conclusões.

98. Pelo contrário, como já referi, o dever geral de não distorcer a concorrência está consagrado no direito primário (artigo 106.º TFUE, n.º 2) e, no quadro específico dos contratos públicos, no artigo 18.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24.

2. A contratação de terceiros

a) Considerações de ordem geral

99. Os considerandos 31 e 33 da Diretiva 2014/24 corroboram que a cooperação entre autoridades adjudicantes não pode «provocar uma distorção da concorrência», ao colocar um prestador de serviços privado em posição de vantagem perante os seus concorrentes⁴². É pertinente insistir em que esses considerandos, na verdade, não aditam novos elementos normativos ao articulado da diretiva: apenas orientam a interpretação do seu artigo 12.º, n.º 4.

100. Assim, não estarão em conformidade com a Diretiva 2014/24 as condutas das autoridades adjudicantes que distorçam a concorrência, desfavorecendo um prestador de serviços privado perante os seus concorrentes. O «tratamento mais favorável» a que alude o tribunal de reenvio, na medida em que privilegia um operador privado em detrimento dos restantes, é, assim, proibido.

101. A este respeito, podem verificar-se duas situações que não são exatamente equivalentes:

- uma cooperação horizontal em que uma autoridade adjudicante disponibiliza a outros determinados bens ou serviços adquiridos pela primeira, por sua vez, de um operador privado sem se sujeitar às regras em matéria de contratos públicos. Na medida em que essas regras fossem aplicáveis (em razão do objeto, do valor do contrato, etc.), os terceiros operadores suportariam um *novo* e, por assim dizer, *duplo* tratamento desfavorável, decorrente da sua preterição, inicial e sucessiva;
- uma cooperação horizontal que exija, para o seu desenvolvimento futuro, a participação de operadores económicos que não sejam as autoridades adjudicantes. Se se retirar a alguns desses operadores privados, de forma discriminatória ou arbitrária, as suas possibilidades de se integrarem no mecanismo de fornecimento futuro dos bens e serviços, os afetados são colocados numa situação desfavorável.

102. Na segunda dessas hipóteses, quando se abre um processo de adjudicação para a complementar ou continuar, não há razões para defender que um particular fica inelutavelmente, *de iure* ou *de facto*, em melhor posição do que os seus concorrentes por contribuir para as tarefas em que consiste a cooperação interadministrativa.

b) A contratação de terceiros para a cooperação entre o Land de Berlim e a cidade de Colónia

103. Nos autos não constam informações suficientes para saber em que condições ocorreu a aquisição originária, pelo Land de Berlim, do programa de *software* que mais tarde cederia à cidade de Colónia. Também não há certeza absoluta sobre se o Land de Berlim se abastece de novos módulos de *software*, à margem da cooperação com a cidade de Colónia, subtraindo a sua aquisição ao mercado ou recorrendo a ele⁴³. Compete ao tribunal de reenvio verificar essa matéria de facto.

⁴² Pode conceber-se, desde logo, a existência de outras modalidades de distorção: assim, se a aquisição do *software* e as sucessivas operações de manutenção ou atualização passassem a ser objeto de contratos isolados, a fim de evitar um contrato único cujo valor exceda o limiar a partir do qual é obrigatório o concurso público. V. o Acórdão de 18 de janeiro de 2007, Auroux e o. (C-220/05, EU:C:2007:31, n.º 67); e o Acórdão Comissão/Alemanha, no qual o Tribunal de Justiça menciona um «expediente destinado a eludir as regras em matéria de contratos públicos» (n.º 48).

⁴³ Na audiência, o representante da ISE afirmou que, em julho de 2018, o Land de Berlim tinha publicado anteriormente um anúncio de concurso público para o desenvolvimento do programa, no valor de 3 500 000 euros.

104. Pelo contrário, o desenvolvimento futuro da cooperação parece exigir a participação de terceiros, ao ponto de a cidade de Colónia ter publicado um anúncio de concurso público (limitado) para a adaptação, instalação e manutenção do *software* cedido pelo *Land* de Berlim⁴⁴.

105. As ampliações e atualizações do *software* cedido pelo *Land* de Berlim à cidade de Colónia para efeitos da cooperação têm um valor económico elevado. Por conseguinte, é lógico que o interesse dos operadores do mercado⁴⁵ incida sobre os contratos subsequentes para a sua adaptação, manutenção e desenvolvimento.

106. Para a ISE, a complexidade técnica destas operações não permite que alguém que não seja o fabricante do *software* tenha condições de as efetuar. Se assim fosse, a decisão relativa a aquisição originária do *software* podia ter um peso relevante na adjudicação dos contratos públicos posteriores, bloqueando, *de facto*, a intervenção de outros operadores além do criador do programa.

107. Nesta conjuntura (cuja verificação compete ao tribunal de reenvio), o requisito de os operadores do mercado não serem colocados numa posição privilegiada em relação aos seus concorrentes⁴⁶ exigia um especial cuidado ao conceber o concurso público relativo às prestações subsequentes. Em especial, devia proporcionar-se a todos os potenciais interessados as informações indispensáveis para a participação no concurso⁴⁷.

108. No entanto, esta medida podia revelar-se insuficiente, o que indicava que o problema se situa num momento anterior, ou seja, na própria aquisição do *software*. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se da aquisição originária resulta uma situação de exclusividade, por razões técnicas, que predetermina os procedimentos de contratação posteriores e, nesse caso, estabelecer as medidas pertinentes para corrigir os seus efeitos⁴⁸.

IV. Conclusão

109. Face ao exposto, proponho que se responda às questões prejudiciais do Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha) nos seguintes termos:

«1) O artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, deve ser interpretado no sentido de que uma cessão de *software* estipulada por escrito entre duas entidades da administração pública e ligada a um acordo de cooperação entre ambas constitui um “contrato” na aceção da referida disposição.

O carácter oneroso dessa relação contratual existe, mesmo que a entidade cessionária não tenha de pagar um preço nem uma compensação de despesas pelo *software*, se cada uma das partes (e, por conseguinte, também a cessionária) se obrigar a colocar à disposição da outra parte as adaptações e os futuros desenvolvimentos do *software*, e estes sejam inevitavelmente realizados por serem indispensáveis para a prestação de um serviço público que cabe a ambas as autoridades adjudicantes.

44 Na audiência foi esclarecido que o anúncio (número de referência: 2019-0040-37-3) foi publicado no JO 2019/S 160-394603, ascendendo o valor económico do concurso a 2 000 000 euros.

45 Na audiência, o representante da ISE declarou que o interesse económico não residia na aquisição ou na venda do *software* de base, mas sim nas operações subsequentes de adaptação, manutenção e desenvolvimento do programa informático.

46 Mas também o objetivo de que a adjudicação recaia sobre a oferta economicamente mais vantajosa.

47 Debateu-se na audiência se bastava especificar, nos concursos públicos posteriores, que o adjudicatário teria acesso ao código fonte do *software*. A cidade de Colónia insistiu em que tinha atuado assim, embora segundo a ISE tal não fosse suficiente, dadas as dificuldades práticas para desenvolver, sem riscos, as adaptações a partir do programa de base.

48 A possibilidade da existência de um efeito de bloqueio, uma vez adquirido o *software* originário, devia ter sido apreciada, idealmente, aquando da sua aquisição. Não sendo assim, essa valoração já não seria possível na conjuntura atual e as soluções só podiam ser paliativas. Na audiência, a Comissão sugeriu solicitar ao fabricante do *software* um compromisso de cooperação com os adjudicatários das prestações subsequentes.

- 2) A cooperação entre as autoridades adjudicantes por força do artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24 não tem de ter por objeto os próprios serviços públicos a prestar aos cidadãos. Uma cooperação cujo objeto sejam as atividades de apoio a esses serviços releva do âmbito do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, nomeadamente, quando a atividade acessória seja um instrumento imprescindível para o serviço público, de tal modo que este dependa daquela para ser executado.
- 3) A cooperação entre autoridades adjudicantes que coloque um operador privado numa posição privilegiada em relação aos seus concorrentes no mercado não pode ter a cobertura do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24».