

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

10 de Março de 2011*

No processo C-274/09,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Oberlandesgericht München (Alemanha), por decisão de 2 de Julho de 2009, entrado no Tribunal de Justiça em 20 de Julho de 2009, no processo

Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

contra

Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,

sendo intervenientes:

Malteser Hilfsdienst eV,

Bayerisches Rotes Kreuz,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente de secção, D. Šváby, E. Juhász (relator),
G. Arestis e T. von Danwitz, juizes,

advogado-geral: J. Mazák,
secretário: B. Fülöp, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 24 de Junho de 2010,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, por B. Stolz e P. Kraus, Rechtsanwälte,

- em representação da Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, por M. Kuffer e D. Bens, Rechtsanwälte,

- em representação do Malteser Hilfsdienst eV, por W. Schmitz-Rode, Rechtsanwalt,

- em representação da Bayerisches Rotes Kreuz, por E. Rindtorff, Rechtsanwalt,

- em representação do Governo alemão, por M. Lumma e J. Möller, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo checo, por M. Smolek, na qualidade de agente,

- em representação do Governo sueco, por S. Johannesson, na qualidade de agente,

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

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 9 de Setembro de 2010,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 1.º, n.ºs 2, alíneas a) e d) 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).

- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (a seguir «empresa Stadler») à Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (associação de municípios

encarregada dos serviços de socorro e de incêndios de Passau, a seguir «associação de municípios de Passau») a propósito dos processos de adjudicação de contratos de prestação de serviços em matéria de serviços de socorro. As partes divergem, designadamente, na qualificação destes contratos enquanto «contratos públicos de serviços» ou «concessão de serviços».

Quadro jurídico

Regulamentação da União

3 O artigo 1.º da Directiva 2004/18 dispõe:

«[...]

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.

[...]

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

[...]

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.

[...]»

Legislação nacional

- 4 A Lei bávara sobre os serviços de socorro (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, a seguir «lei bávara») entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2009. As disposições pertinentes para o presente processo são as seguintes:

«§ 1

Objecto e finalidade

A presente lei rege os serviços de socorro, o transporte de pacientes com acompanhamento médico, o transporte de doentes, ou resgate em zonas de montanha e grutas, bem como em zonas aquáticas (serviços de socorro). Oferecer estes serviços de socorro que cobrem o conjunto do território constitui missão de serviço público que deve ser assegurada por um serviço público de socorro [...]

[...]

§ 4

Organismos encarregados de socorro

(1) Os Landkreise (circunscrições administrativas territoriais) e os municípios autónomos estão encarregados de assegurar o serviço público de socorro em sectores operacionais nos termos da presente lei [...]

(2) A Administração central competente em matéria de serviços de socorro aprova por via regulamentar, ouvidas as confederações dos sindicatos interessadas, os sectores operacionais de forma a que o serviço de socorro possa ser assegurado de modo eficaz e racional.

(3) Os Landkreise e os municípios autónomos situados no mesmo sector operacional realizam as tarefas que lhes incumbem por força da presente lei em associação com um organismo municipal para o serviço de socorro e de incêndio.

[...]

§ 13

Organismos encarregados dos serviços de socorro de urgência, de transporte de pacientes com acompanhamento médico e de transporte de doentes

(1) A associação municipal para os serviços de socorro e incêndio confia a execução terrestre dos serviços de socorro de urgência, do transporte de pacientes com acompanhamento médico e do transporte de doentes

1. à Bayerisches Rotes Kreuz [Cruz Vermelha da Baviera]
2. ao Arbeiter-Samariter-Bund [União dos Trabalhadores Samaritanos]
3. ao Malteser-Hilfsdienst [Serviço de Assistência da Ordem de Malta]
4. aos Johanniter-Unfall-Hilfe [Voluntários de São João] ou
5. às organizações de assistência equiparáveis.

[...]

(2) Na medida em que as organizações de assistência não estejam dispostas a aceitar a missão ou não estejam em condições de a assumir, a associação de municípios para os serviços de socorro e incêndio confia a execução terrestre desses serviços de socorro a terceiros ou encarrega-se da missão por si própria ou através dos seus membros.

(3) A associação municipal para os serviços de socorro e incêndio decide da escolha do operador e do alcance da sua missão feita devidamente a análise das circunstâncias. A selecção deve ser transparente e deve obedecer a critérios objectivos. A associação municipal para os serviços de socorro e incêndio é obrigada a publicitar adequadamente a decisão a tomar, no sentido de permitir aos prestadores de serviços interessados que proponham os seus serviços.

(4) A relação jurídica entre a associação de municípios dos serviços de socorro e incêndio e o operador encarregado da execução dos serviços de socorro é regulada por contrato de direito público.

[...]

§ 21

Obrigação de requerer uma autoriza o

(1) Quem explorar uma empresa de socorro de urgência, de transporte de pacientes com acompanhamento médico ou de transporte de doentes deve pedir autoriza o para o efeito.

[...]

§ 24

Requisitos da autorização

[...]

(2) A autorização para assegurar o socorro de urgência, transporte de pacientes com acompanhamento médico ou transporte de doentes no âmbito do serviço público de socorro deve ser emitida desde que [...] seja apresentado um contrato de direito público, nos termos do § 13, n.º 4 [...]

[...]

(4) A autorização para transportar doentes fora do serviço público de socorro é recusada quando seja previsível que a sua utilização afecta o interesse público em dispor da operacionalidade de um serviço de socorro [...]

[...]

§ 32

Cobrança e fundamento das taxas de utilização

As prestações de serviços de socorro, incluindo a intervenção de médicos, dão lugar à cobrança de direitos de utilização. E devem ser calculados com base nos custos susceptíveis de serem tomados em conta segundo princípios de gestão empresarial e que correspondam a uma boa execução do serviço, a uma gestão financeira correcta e rigorosa, bem como a uma organização eficiente [...]

[...]

§ 34

As taxas de utilização dos operadores de serviços de socorro, transporte de pacientes com acompanhamento médico e transporte de doentes

[...]

(2) Os organismos de segurança social negociam de maneira uniforme com os operadores do serviço de socorros ou com as suas associações regionais as taxas de utilização a pagar pela assistência de emergência, pelo transporte de pacientes com acompanhamento médico e pelo transporte de doentes [...]

(3) As negociações respeitantes às taxas de utilização devem ser concluídas antecipadamente todos os anos.

(4) Os custos da assistência de emergência, do transporte de pacientes com acompanhamento médico e do transporte de doentes devem ser repartidos entre os utilizadores segundo critérios uniformes. Os operadores devem igualmente facturar as taxas de utilização negociadas com os organismos de segurança social relativamente a todas as outras pessoas e instituições que recorram ao serviço público de socorros.

(5) As taxas de utilização baseiam-se, em cada caso, numa estimativa dos custos da prestação do serviço que podem ser tidos em conta nos termos do § 32, segundo período, nos sectores operacionais da assistência de emergência, do transporte de pacientes com acompanhamento médico, e do transporte de doentes, bem como na previsão relativa ao número de intervenções durante o período de intervenção. Os custos da prestação dos serviços incluem, em especial, também os custos da participação de médicos no serviço de socorros, [...] bem como os custos da actividade da central de liquidação para os serviços de socorro na Baviera, nos termos do n.º 8. Os organismos de segurança social negociam separadamente, em cada caso, com os diferentes operadores, com os gestores das direcções integradas e com a central de liquidação para os serviços de socorro na Baviera a estimativa dos seus custos durante o período pertinente. Os custos podem ser acordados como orçamento.

(6) Se não for atingido um acordo sobre as taxas de utilização, nos termos do n.º 2, ou um acordo, nos termos do n.º 5, até 30 de Novembro do ano económico que precede o período de pagamento das taxas de utilização, deve ser iniciado um procedimento de arbitragem perante a instância de arbitragem, relativo ao montante da estimativa dos custos e das taxas de utilização [...] As taxas de utilização não podem ser ajustadas retroactivamente.

(7) Da compensação recebida pela assistência de emergência, pelo transporte de pacientes com acompanhamento médico e pelo transporte de doentes são pagos os custos correspondentes à estimativa acordada com os organismos de segurança social ou fixados com carácter vinculativo (compensação das receitas). Após ter decorrido um período de pagamento das taxas de utilização, cada operador, gestor de uma direcção integrada ou a central de liquidação para os serviços de socorro da Baviera tem de comprovar os custos efectivamente suportados numa conta final e compará-los com a estimativa de custos (prestação de contas). Se existir uma diferença entre os custos efectivos e a estimativa de custos reconhecida pelos organismos de segurança social para fins do acordo sobre os custos, o resultado da prestação de contas deve ser objecto das negociações mais próximas relativas às taxas de utilização, salvo se os custos do operador [...] ou da central de liquidação tiverem sido [...] fixados como orçamento.

(8) Para dar cumprimento ao disposto nos n.ºs 2 a 7 e no § 35, prevê-se a intervenção de uma central de liquidação para os serviços de socorro na Baviera, a qual tem por missão, em especial

1. participar, a título consultivo, nas negociações das taxas de utilização previstas no n.º 2 e nas negociações previstas no n.º 5;

2. calcular as taxas de utilização necessárias com base na estimativa de custos das partes interessadas e na previsão relativa ao número de intervenções do serviço público de socorro e propô-las às partes interessadas como base de negociação; isto é válido também para o necessário ajustamento das taxas de utilização durante o ano económico em curso;

3. cobrar aos devedores as taxas de utilização do serviço público de socorro [...];

4. efectuar a compensação das receitas;
5. realizar pagamentos correspondentes aos custos da prestação dos serviços de socorro pelos seus operadores [...];
6. controlar a prestação de contas pelos operadores, [...] verificando a plausibilidade e a exactidão contabilística;
7. elaborar uma conta final, auditada, para o serviço público de socorro.

Neste contexto, a central de liquidação para os serviços de socorro na Baviera presta os seus serviços sem fim lucrativo. Todas as partes interessadas são obrigadas a apoiar a central de liquidação para os serviços de socorro na Baviera na execução das suas tarefas e a fornecer-lhe as informações e os documentos escritos de que necessite para este fim.

[...]

§ 48

Instâncias de arbitragem

[...]

I - 1362

(3) A instância da arbitragem competente em matéria de taxas de utilização é composta, além do presidente:

1. Nos diferendos relativos às taxas de utilização dos socorros prestados por via terrestre, por três membros que representem os operadores dos serviços de socorro prestados por via terrestre e três membros que representem os organismos de segurança social [...]

[...]

(5) O presidente da instância de arbitragem e o seu suplente são designados conjuntamente pelos operadores do serviço público de socorro, pela União dos médicos convencionados da Baviera, pelos responsáveis encarregados de assegurar a participação dos médicos acompanhantes e pelos organismos de segurança social.

§ 49

Autoridades competentes em matéria de serviços de socorro

(1) As autoridades encarregadas de execução da presente lei [...] são:

1. o Ministério do Interior da Baviera na qualidade de Administração central competente em matéria de serviços de socorro [...]

[...]

§ 53

Disposições regulamentares e administrativas

1. A Administração central competente em matéria de serviços de socorro pode designar por via regulamentar:

[...]

11. o serviço central do regulamento para o serviço de socorro da Baviera [...]

[...]»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 5 A empresa Stadler forneceu prestações de serviços de socorro para a associação de municípios de Passau, na Baviera, até 31 de Dezembro de 2008, data da rescisão dos contratos existentes. A empresa impugnou a validade dessa rescisão no Verwaltungsgericht e pediu em processo de medidas provisórias a prorrogação do contrato até à decisão no processo principal. Todos os seus pedidos foram julgados improcedentes.

- 6 No decurso destes processos, a associação de municípios de Passau declarou que pretendia, sem concurso prévio, encarregar outras empresas da execução das prestações de serviços de socorro, numa primeira fase mediante contratos temporários, e, posteriormente, atribuir o contrato definitivo no âmbito de um processo, num quadro de um procedimento de selecção previsto no § 13, n.º 3, da lei bávara.

- 7 A associação de municípios de Passau celebrou contratos temporários com o Malteser Hilfsdienst eV e com a Bayerisches Rotes Kreuz.

- 8 A empresa Stadler, por carta de 17 de Dezembro de 2008, contestou o procedimento seguido pela associação de municípios de Passau e interpôs recurso para o Vergabekammer (Secção dos contratos públicos), que foi julgado inadmissível.

- 9 A empresa Stadler interpôs recurso para o Oberlandesgericht München.

- 10 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o processo pretende determinar se as prestações de serviços controvertidas na Baviera devem ser qualificadas de «concessão de serviços» ou de «contrato público de serviços» e as consequências jurídicas decorrentes desta qualificação. Esta depende da interpretação do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18, que define o conceito de «concessão de serviços».

- 11 No território de Passau, os contratos relativos à prestação de serviços de socorro à população são celebrados de acordo com a fórmula dita «do modelo de concessão», entre a entidade adjudicante, a associação de municípios de Passau e um prestador de serviços.

- 12 O montante das taxas de utilização previstas para esta prestação de serviços de socorro é convencionado entre o organismo da segurança social e o prestador de serviços admitido. Nos termos do § 32, segundo período, da lei bávara, as taxas de utilização devem ser calculadas com base na estimativa dos custos segundo princípios da gestão empresarial e que correspondem a um serviço correcto, a uma gestão racional e económica assim como a uma organização eficiente do serviço. Os custos previsionais convencionados são cobertos pelas taxas cobradas a título de socorros de urgência, de transporte de doentes com acompanhamento médico e de transporte de doentes. Em caso de desacordo entre o organismo da segurança social e o prestador quanto às taxas, pode submeter-se a questão a uma instância de arbitragem, cujas decisões podem ser impugnadas nos órgãos jurisdicionais administrativos.
- 13 O prestador de serviços que tiver sido aceite recebe as taxas de um serviço central de liquidação designado pelo Ministério do Interior da Baviera, serviços a que está legalmente obrigado a recorrer. Este serviço transfere para o prestador uma remuneração sob a forma de adiantamentos semanais ou mensais, com base numa remuneração global anual calculada anteriormente, sem relação com o número de intervenções efectivamente realizadas. No caso de défice no final do ano, o mesmo será objecto de futuras negociações.
- 14 Os segurados a título privado e os não segurados, que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, representam 10 % dos devedores, devem pagar a mesma taxa de utilização que as pessoas seguradas obrigatoriamente.
- 15 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, na Alemanha, existe uma modalidade alternativa de prestação de serviços de socorro, a «de proposta». Em determinados *Länder*, como na Saxónia, a entidade adjudicante encarregada dos serviços de socorro remunera directamente os serviços de socorro. Os serviços públicos encarregados de socorros convencionam esta remuneração no âmbito de negociações levadas a cabo com organismos da segurança social e transferem depois esse montante para

os prestadores de serviço de socorro. Este modelo foi já qualificado pelo Bundesgerichtshof de contrato público de serviços.

- 16 As diferenças entre o modelo de proposta de *Länder* como a Saxónia e o modelo de concessão de *Länder* como a Baviera reside no facto de, no primeiro caso, as taxas de utilização previstas pela lei serem negociadas entre a entidade adjudicante encarregada dos serviços de socorro e uma outra entidade adjudicante (o organismo de segurança social) e de o prestador de serviços estar vinculado por este acordo, enquanto, no segundo caso, o prestador de serviços convencionava o montante da taxa de utilização com outra entidade adjudicante (o organismo de segurança social).
- 17 Por conseguinte, para o órgão jurisdicional de reenvio, coloca-se a questão de saber se o simples facto de optar por uma outra modalidade de negociação pode levar a que, num caso, o serviço de socorro deva ser objecto de anúncio para apresentação de propostas enquanto concurso público de serviços ao abrigo da Directiva 2004/18 e, no outro caso, a aplicação das regras que regem a adjudicação de contratos públicos de serviços poderá ser afastada uma vez que o contrato constitui uma concessão de serviços.
- 18 Acresce, para o órgão jurisdicional de reenvio, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça dispõe que, para caracterizar uma concessão de serviços públicos, quando a remuneração é assegurada por um terceiro, é necessário que o co-contratante assuma o risco de exploração dos serviços em causa. Assim, se se considerar que o critério de delimitação verdadeiramente decisivo entre concessão de serviços e contrato público de serviços reside no facto de o co-contratante assumir um risco económico, coloca-se a questão de saber se basta assumir um risco, independentemente da sua natureza, uma vez que o risco, que de outro modo penderia sobre a entidade adjudicante, é integralmente assumido.

19 Esta delimitação é tão mais delicada quanto, como evidencia desde já o órgão jurisdicional de reenvio, no caso do modelo de concessão, o prestador de serviços apenas suporta um risco económico limitado.

20 Nestas condições, o Oberlandesgericht München decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Um contrato relativo a prestações de serviços (neste caso, serviços de socorro) no qual não se prevê que o adjudicatário seja remunerado directamente pela entidade adjudicante, mas [em] que:

- a) a taxa de utilização dos serviços a prestar é fixada através de negociações entre o adjudicatário e terceiros que, por [sua vez], são entidades adjudicantes (neste caso, organismos de segurança social);

- b) não sendo atingido um acordo, há que submeter o diferendo a uma instância de arbitragem instituída para este fim, cuja decisão está sujeita à fiscalização dos tribunais estatais;

- c) a remuneração é paga ao adjudicatário não directamente pelos utilizadores, mas, de modo periódico e parcial, por uma central de liquidação, a cujos serviços o adjudicatário está legalmente obrigado a recorrer;

deve, apenas por este motivo, ser qualificado [de] concessão de serviços na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18[...] — distinto do contrato de serviços na acepção do artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) e d), da [Directiva 2004/18]?

- 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial, está-se em presença de uma concessão de serviços quando o risco ligado à exploração do serviço público é limitado, porque:
- a) a lei prevê que as taxas de utilização devidas pela prestação do serviço devem ser calculadas com base em custos susceptíveis de serem tomados em conta em virtude de princípios de gestão empresarial e que correspondem a uma boa execução do serviço, a uma gestão financeira correcta e rigorosa, bem como a uma organização eficiente;
 - b) as taxas de utilização são devidas por organismos de segurança social solventes;
 - c) é assegurada uma certa exclusividade de exploração na zona contratualmente fixada;

mas o adjudicatário assume por inteiro este risco limitado?»

Quanto às questões prejudiciais

- ²¹ Uma vez que as duas questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio estão relacionadas, devem ser analisadas em conjunto.
- ²² A título preliminar, importa realçar que os contratos relativos ao fornecimento de serviços de socorro à população, celebrados pela associação de municípios de Passau, são-no de acordo com a fórmula dita do «modelo de concessão». Este modelo distingue-se do modelo «de proposta», que constitui um modo de adjudicação de

um contrato público de serviços (v., neste sentido, acórdão de 29 de Abril de 2010, Comissão/Alemanha, C-160/08, Colect., p. I-3713, n.º 131), em que a remuneração, no modelo de concessão, é assegurada não pela entidade adjudicante, mas pelos montantes cobrados aos utilizadores do serviço por intermédio de um serviço central de liquidação. As taxas de utilização do serviço são convencionadas entre o organismo de segurança social e o prestador aceite pela associação de municípios de Passau.

- 23 A este respeito, há que recordar antes de mais que a questão de saber se uma operação deve ou não ser qualificada de concessão de serviços ou de contrato público de serviços deve ser apreciada exclusivamente à luz do direito da União (v., designadamente, acórdãos de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália, C-382/05, Colect., p. I-6657, n.º 31, e de 15 de Outubro de 2009, Acoset, C-196/08, Colect., p. I-9913, n.º 38).
- 24 Resulta da comparação das definições do contrato público de serviços e da concessão de serviços, fornecidas, respectivamente, pelo n.º 2, alíneas a) e d), e pelo n.º 4 do artigo 1.º da Directiva 2004/18, que a diferença entre um contrato público de serviços e uma concessão de serviços reside na contrapartida da prestação de serviços. O contrato de serviços inclui uma contrapartida que, sem ser a única, é paga directamente pelo poder público ao prestador de serviços (v., neste sentido, acórdãos de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 39, e Comissão/Itália, já referido, n.ºs 33 e 40), ao passo que, no caso de uma concessão de serviços, a contrapartida dos serviços a prestar consiste unicamente no direito de exploração do serviço ou nesse direito acompanhado de um pagamento (v., neste sentido, acórdão de 10 de Setembro de 2009, Eurawasser, C-206/08, Colect., p. I-8377, n.º 51).
- 25 No caso de um contrato relativo a prestações de serviços, a circunstância de o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas de ter o direito de cobrar uma remuneração a terceiros, satisfaz a exigência de uma contrapartida, prevista no artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18 (v. acórdão Eurawasser, já referido, n.º 57).

- 26 Embora o modo de remuneração seja, assim, um dos elementos determinantes para uma 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 e que a falta de transferência para o prestador do risco ligado à prestação de serviços indica que a operação visada constitui um contrato público de serviços e não uma concessão de serviços (acórdão Eurawasser, já referido, n.ºs 59, 68 e jurisprudência aí referida).
- 27 No processo principal, resulta do pedido de decisão prejudicial que a remuneração do prestador de serviços de socorro é assegurada não pela entidade adjudicante que atribuiu o contrato em questão, mas pelas taxas de utilização que está autorizado a exigir, segundo a lei bávara, aos organismos de segurança social cujos segurados beneficiaram dos serviços de socorro ou ainda às pessoas seguradas a título privado e às não seguradas que tenham recebido tais serviços.
- 28 O facto de o nível das taxas de utilização não ser determinado unilateralmente pelo prestador de serviços de socorro, mas por uma convenção com os organismos de segurança social que têm eles próprios a qualidade de entidade adjudicante (v., neste sentido, acórdão de 11 de Junho de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Colect., p. I-4779, n.ºs 40 a 59), e de essas taxas não serem pagas directamente pelos utilizadores desses serviços ao prestador escolhido, mas por um serviço central de liquidação encarregado de as colectar e pagar sob a forma de adiantamentos regulares, é irrelevante quanto a esta constatação. Com efeito, não é menos certo que todas as remunerações do prestador de serviços provêm de pessoas distintas da entidade adjudicante que lhe atribuiu o contrato.
- 29 Num processo como o que está em causa no processo principal, para concluir pela existência de uma concessão de serviços na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18, importa ainda verificar se o modo de remuneração convencionado assenta no direito do prestador de explorar um serviço e implica que este assumo o risco ligado à exploração desse 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, acórdão Eurawasser, já referido, n.ºs 77 e 80).

- 30 No processo principal, a associação de municípios de Passau transferiu para os prestadores escolhidos, por vários anos, a totalidade da execução técnica, administrativa e financeira das prestações de serviços de socorro, de que tinha o encargo, em conformidade com o § 4, n.º 1, da lei bávara.
- 31 Os prestadores escolhidos têm assim o encargo de assegurar, segundo as condições estipuladas no contrato e a lei bávara, o serviço de socorro na área administrativa da associação de municípios de Passau.
- 32 A empresa Stadler contesta a afirmação de que, com esta operação, a associação de municípios de Passau transferiu também o risco de exploração dos serviços em causa para os prestadores escolhidos.
- 33 A este respeito, cumpre recordar que, quando a remuneração do prestador provém exclusivamente de terceiros, a transferência pela entidade adjudicante de um risco de exploração «muito limitado» basta, para que se possa concluir pela existência de uma concessão de serviços (v. acórdão Eurawasser, já referido, n.º 77).
- 34 Com efeito, é corrente que certos sectores de actividade, designadamente os sectores relativos a actividades de utilidade pública como o que está em causa no processo principal, sejam objecto de um regime que pode ter por efeito limitar os riscos económicos suportados. Nomeadamente, os poderes públicos devem continuar a ter a

possibilidade de, agindo 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, mesmo que o risco ligado à exploração seja muito limitado (v. acórdão Eurawasser, já referido, n.ºs 72 e 74).

- 35 Em tais sectores, o poder público não tem nenhuma influência sobre as modalidades de direito público aplicáveis à organização do serviço, e sobre o nível de risco a transferir, e 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).
- 36 Importa igualmente esclarecer que não compete ao Tribunal de Justiça qualificar concretamente a operação em causa no processo principal. O papel do Tribunal de Justiça limita-se a fornecer ao órgão jurisdicional nacional uma interpretação do direito da União útil para a decisão que lhe cabe adoptar no processo que lhe foi submetido (v. acórdão Parking Brixen, já referido, n.º 32). A qualificação concreta do contrato cabe na competência do órgão jurisdicional nacional que deve verificar se as circunstâncias constatadas correspondem aos critérios gerais fixados pelo Tribunal de Justiça.
- 37 A este respeito, refira-se que 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.ºs 66 e 67), o qual pode traduzir-se 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 integral das despesas de exploração com as receitas ou ainda o risco de responsabilidade de um prejuízo ligado a um incumprimento no serviço (v., neste sentido, acórdãos de 27 de Outubro de 2005, Contse e o.,

C-234/03, Colect., p. I-9315, n.º 22, e Hans & Christophorus Oymanns, já referido, n.º 74).

- 38 Em contrapartida, riscos como os ligados a uma má gestão ou a erros de apreciação do operador económico não são determinantes para efeitos de qualificação de um 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 serviços ou a uma concessão de serviços.
- 39 No processo principal, importa observar, em primeiro lugar, que as taxas de utilização não são determinadas unilateralmente pelo prestador de serviços de socorro, mas por via convencional com os organismos de segurança social com base em negociações que devem ter lugar anualmente. Estas negociações, cujos resultados são apenas parcialmente previsíveis, comportam o risco de o prestador de serviços ter de assumir as contingências impostas durante a duração do contrato. Estas limitações podem resultar designadamente da necessidade de se obter um compromisso nas negociações ou no processo de arbitragem relativamente ao nível das taxas de utilização.
- 40 Tendo em conta o facto, realçado pelo próprio órgão jurisdicional de reenvio, de os organismos de segurança social com os quais o prestador escolhido tem de negociar atribuírem, no que se refere às suas obrigações legais, importância à fixação dos direitos de utilização a um nível tão baixo quanto possível, o referido prestador incorre assim no risco de as ditas taxas não serem suficientes para cobrir o conjunto das despesas de exploração.
- 41 O prestador de serviços não se pode premunir contra tais eventualidades renunciando à prossecução da sua actividade porque, por um lado, os investimentos que efectuou não seriam amortizados e, por outro, poderia ser confrontado com as consequências jurídicas da sua decisão de rescindir o contrato antecipadamente. De todo o modo,

uma empresa especializada nos serviços de socorro apenas tem uma flexibilidade limitada no mercado dos transportes.

- 42 Em segundo lugar, resulta da lei bávara que a mesma não garante a cobertura completa dos custos do operador.
- 43 Se os custos reais do operador ultrapassarem, num dado momento, os custos previsionais que serviram de base para o cálculo das taxas de utilização, o referido operador pode encontrar-se numa situação deficitária e ter de premunir-se de um financiamento prévio a expensas suas. É um facto que a procura dos serviços de socorro pode ser objecto de flutuações.
- 44 Acresce que, no caso de diferenças entre os custos reais e os custos previsionais reconhecidos pelos organismos da segurança social, o resultado da prestação de contas é inscrito apenas na ordem de trabalhos das negociações seguintes, o que não obriga os organismos da segurança social a compensarem um eventual défice no decurso do ano seguinte e, assim, não implica a garantia de uma compensação completa.
- 45 Há que acrescentar que, se os custos são previstos enquanto orçamento, não pode ser feito um reporte do resultado positivo ou negativo da empresa para o exercício seguinte.
- 46 Em terceiro lugar, o prestador escolhido está sujeito, em certa medida, ao risco de incapacidade dos devedores das taxas de utilização. É verdade que a grande maioria dos utilizadores de serviços estão cobertos por organismos da segurança social, mas uma parte não negligenciável desses utilizadores são pessoas não seguradas ou seguradas a título privado. Se o serviço central de liquidação se encarrega tecnicamente da cobrança dos créditos destas, não assume as dívidas de pessoas não seguradas ou

seguradas a título privado nem garante o pagamento efectivo das taxas de utilização por parte destas pessoas. Resulta das informações fornecidas ao Tribunal de Justiça que este serviço central não dispõe das prerrogativas da autoridade pública.

- 47 Por último, importa recordar que, segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a lei bávara não exclui que vários operadores sejam admitidos a fornecer os seus serviços na mesma zona. Assim, no processo principal, a associação de municípios de Passau celebrou contratos com dois prestadores de serviços.
- 48 Por conseguinte, cumpre responder às questões submetidas que, quando a remuneração do operador económico escolhido é integralmente assegurada por pessoas distintas da entidade adjudicante que atribuiu o contrato relativo aos serviços de socorro e esse operador económico incorre num risco de exploração, ainda que muito limitado, em razão, designadamente, do facto de o montante das taxas de utilização dos serviços em causa depender do resultado de negociações anuais com terceiros e não estar assegurada uma cobertura integral dos custos incorridos no quadro de uma gestão das suas actividades em conformidade com os princípios enunciados no direito nacional, o referido contrato deve ser qualificado de contrato de «concessão de serviços», na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18.
- 49 Importa acrescentar que, embora, no estado actual do direito da União, os contratos de concessão de serviços não estejam regidos por nenhuma das directivas pelas quais o legislador da União regulamentou o domínio dos contratos públicos, as autoridades públicas que celebram tais contratos são, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado FUE, designadamente os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE, e o dever de transparência que daí decorre, no caso de — o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar — o contrato respectivo apresentar um interesse transfronteiriço preciso (v., neste sentido, acórdão de 13 de Abril de 2010, Wall, C-91/08, Colect., p. I-2815, n.ºs 33, 34 e jurisprudência aí referida).

Quanto às despesas

- 50 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 (Terceira Secção) declara:

O artigo 1.º, n.ºs 2, alínea d), 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, deve ser interpretado no sentido de que, quando a remuneração do operador económico escolhido é integralmente assegurada por pessoas distintas da entidade adjudicante que atribuiu o contrato relativo aos serviços de socorro e esse operador económico incorre num risco de exploração, ainda que limitado, em razão, designadamente, do facto de o montante das taxas de utilização dos serviços em causa depender do resultado de negociações anuais com terceiros e não estar assegurada uma cobertura integral dos custos incorridos no quadro de uma gestão das suas actividades em conformidade com os princípios enunciados no direito nacional, o referido contrato deve ser qualificado de contrato de «concessão de serviços», na acepção do artigo 1.º, n.º 4, desta directiva.

Assinaturas