



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 23 de maio de 2012¹

Processo C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
contra
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Ingegneri
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecnico-economica (OICE)
Etacons Srl
Ing. Vito Prato Engineering Srl
Barletti — Del Grosso e Associati Srl
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Itália)]

«Direito dos contratos públicos — Parceria público-pública — Diretiva 2004/18/CE — Não realização de concurso público — Prestação de um serviço que consiste no estudo e na avaliação da vulnerabilidade sísmica de determinados hospitais — Contratos celebrados entre uma entidade adjudicante e uma universidade de direito público — Contratos a título oneroso cuja contrapartida não é superior aos custos suportados — Qualidade de operador económico»

I — Introdução

1. No presente processo de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, o Consiglio di Stato (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») submete ao Tribunal de Justiça uma questão relativa à interpretação da Diretiva 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 serviços².

2. O pedido de decisão prejudicial é formulado no âmbito de um litígio entre a Azienda Sanitaria Locale di Lecce (a seguir «ASL Lecce») e uma série de associações de engenheiros e de arquitetos relativo a um acordo celebrado entre a ASL Lecce e a Università del Salento (a seguir «Universidade») relativo à realização a título oneroso de atividades de estudo e avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares da província de Lecce. As referidas associações de engenheiros e de arquitetos que não foram chamadas a participar neste projeto acusam a ASL Lecce de ter adjudicado o serviço à Universidade sem a realização de concurso público e, por conseguinte, ilegalmente. A ASL Lecce contrapõe que o acordo se insere no âmbito da cooperação e da coordenação entre entidades públicas, uma vez que foi celebrado com o objetivo de atingir uma finalidade de interesse geral.

1 — Língua original: alemão. Língua do processo: italiano.

2 — JO L 134, p. 114.

3. O presente processo oferece uma vez mais ao Tribunal de Justiça a oportunidade de continuar a desenvolver a sua jurisprudência em matéria de direito dos concursos públicos. Partindo do seu acórdão Comissão/Alemanha³, o Tribunal de Justiça terá de decidir se a aplicação das disposições relativas ao direito dos concursos públicos parece justificar-se num caso como o do processo principal, no qual uma universidade de direito público recebe um pedido de realização de uma atividade de consultoria por parte de uma entidade pública. Para esse efeito, devem ser tidos em conta diversos aspetos, tais como a capacidade da Universidade de atuar como operador económico e o carácter de mera cobertura de custos da contraprestação recebida.

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

4. O artigo 1.º, n.ºs 2, 8 e 9 da Diretiva 2004/18 determina o seguinte:

«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 objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente diretiva.

[...]

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.

[...]

8. Os termos ‘empreiteiro’, ‘fornecedor’ e ‘prestador de serviços’ designam qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos que, respetivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.

O termo ‘operador económico’ abrange simultaneamente as noções de empreiteiro, fornecedor e prestador de serviços e é usado unicamente por motivos de simplificação do texto.

[...]

9. Por ‘entidades adjudicantes’ entende-se o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público.

Por ‘organismo de direito público’ entende-se qualquer organismo:

- a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial;
- b) Dotado de personalidade jurídica; e

3 — Acórdão de 9 de junho de 2009, Comissão/Alemanha (C-480/06, Colet., p. I-4747).

- c) cuja atividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

[...]»

5. Nos termos do seu artigo 7.º, a diretiva é aplicável aos contratos públicos cujo valor estimado, sem imposto sobre o Valor Acrescentado (a seguir «IVA») seja superior a um limiar de 206 000 euros, desde que se trate de contratos públicos de fornecimento e de serviços celebrados por entidades adjudicantes não mencionadas no anexo IV. Nos termos do artigo 9.º da diretiva, o cálculo do valor estimado de um contrato público baseia-se no montante total a pagar, sem IVA, estimado pela entidade adjudicante. Este cálculo terá em consideração o montante total estimado, incluindo as eventuais opções e eventuais renovações do contrato.

6. Nos termos da alínea f) do artigo 16.º da diretiva, esta não é aplicável aos contratos públicos de serviços relativos a serviços de investigação e desenvolvimento, com exceção daqueles cujos resultados se destinem exclusivamente à entidade adjudicante para utilização no exercício da sua própria atividade, desde que a prestação do serviço seja inteiramente remunerada pela referida entidade.

7. Resulta do artigo 20.º da diretiva que os contratos que tenham por objeto os serviços referidos no anexo II A são adjudicados de acordo com os artigos 23.º a 55.º O artigo 28.º dispõe que as entidades adjudicantes, para celebrarem os seus contratos públicos, aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da presente diretiva. O anexo II A enumera, designadamente, as seguintes categorias de serviços: «Serviços de investigação e desenvolvimento» (categoria 8) e «Serviços de arquitetura; serviços de engenharia e serviços de engenharia integrados; serviços de planeamento urbano e de arquitetura paisagística; serviços afins de consultoria científica e técnica; serviços técnicos de ensaio e de análise» (categoria 12).

B — *Direito nacional*

8. O artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 241, de 7 de agosto de 1990, que introduz novas regras em matéria de procedimento administrativo e do direito de acesso aos documentos administrativos (nuove norme in materia de procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)⁴ prevê que as entidades públicas podem sempre concluir entre si acordos para regular o desenvolvimento em colaboração de atividades de interesse comum.

9. O artigo 66.º do decreto do Presidente da República (Decreto del Presidente della Repubblica) n.º 382/1980 determina o seguinte:

«As universidades podem prosseguir atividades de investigação e consultoria estabelecidas através de contratos e acordos com entidades públicas e privadas, na medida em que isso não obste à prossecução da sua missão científica e pedagógica. A execução de tais contratos e acordos será atribuída, em regra, aos departamentos ou, quando estes não estejam constituídos, aos institutos ou às clínicas universitárias ou, individualmente, a docentes a tempo inteiro.

O produto das prestações contratadas ou acordadas no parágrafo anterior é repartido de acordo com um regulamento.

[...]

4 — GURI n.º 192, de 18 de agosto de 1990.

O pessoal docente e não docente que participa nessas prestações de serviços pode ser remunerado até um montante anual total não superior a 30% da remuneração total. Em qualquer caso, o montante atribuído nestes termos ao pessoal não pode exceder 50% dos lucros globais das prestações de serviços.

O regulamento referido no segundo parágrafo determina o montante a destinar para despesas de caráter geral suportadas pela universidade e os critérios para a atribuição ao pessoal do montante referido no terceiro parágrafo.

[...]

O produto da atividade referida no parágrafo precedente constitui uma receita no balanço da universidade.»

10. Resulta igualmente da decisão de reenvio que as universidades, segundo as normas específicas relativas à sua atividade, são a sede principal da investigação científica.

III — Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial

11. Através das condições de adjudicação aprovadas pelo diretor-geral da ASL Lecce, por deliberação de 7 de outubro de 2009 e através do subsequente contrato denominado «contrato de consultoria», concluíram um acordo escrito entre a referida ASL Lecce e a Universidade. O objeto deste acordo era a realização, a título oneroso, de atividades de estudo e avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares da província de Lecce à luz da recente legislação nacional em matéria de segurança das estruturas, em especial, dos edifícios estratégicos.

12. Os serviços a serem prestados estavam descritos da seguinte forma nas condições de adjudicação:

- especificação da tipologia estrutural, dos materiais empregues na construção e dos métodos de cálculo adotados; verificação sumária do estado de facto com respeito à documentação do projeto colocada à disposição;
- verificação da conformidade estrutural, análise sumária da resposta sísmica global do edifício, eventuais análises locais sobre os elementos ou subsistemas estruturais significativos para a especificação da resposta sísmica global;
- organização dos resultados referidos no travessão anterior e redação de fichas técnicas de diagnóstico estrutural; em particular: elaboração de relatórios sobre a tipologia estrutural observada, sobre os materiais e sobre o estado de conservação da estrutura, com especial incidência sobre os aspetos que versam maioritariamente sobre a resposta estrutural respeitante à perigosidade sísmica do sítio de localização da obra; elaboração de relatórios técnicos de classificação da vulnerabilidade sísmica dos hospitais; informações técnicas sobre os elementos ou subsistemas estruturais considerados como críticos em relação à verificação de vulnerabilidade sísmica; sugestões preliminares e descrição sumária das obras de adequação ou melhoramento sísmico suscetíveis de serem adotados, com particular incidência sobre as vantagens e limites das diversas tecnologias possíveis, em termos técnico-económicos.

13. Nos termos do contrato de consultoria, a atividade deveria ser desenvolvida em estreita colaboração entre o grupo de trabalho nomeado pela ASL Lecce e o grupo de trabalho da Universidade, eventualmente com a ajuda de pessoal externo altamente qualificado; a responsabilidade científica seria de duas pessoas nomeadas, respetivamente, pela entidade adjudicante e pelo departamento da Universidade; a propriedade de qualquer resultado derivado da atividade experimental pertence à ASL Lecce, não obstante a obrigação de fazer referência expressa ao

departamento no caso de publicação dos resultados de âmbito técnico-científico. Por todos os serviços, a ASL Lecce devia pagar à Universidade a quantia de 200 000 euros, sem IVA, em quatro prestações. Em caso de rescisão antecipada do contrato, a Universidade teria direito a uma quantia correspondente à medida do serviço prestado até esse momento e dos custos incorridos.

14. Na sequência de três recursos da Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, da Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico Economica (OICE), juntamente com as sociedades Etacons Srl, Vito Prato Engineering Srl, Berletti — del Grosso & Associati Srl e da Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, o Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Puglia declarou ilegal a adjudicação direta à Universidade do contrato acima descrito, por não aplicação do procedimento de concurso público.

15. A ASL Lecce e a Universidade interpuseram recurso para o órgão jurisdicional de reenvio das respetivas sentenças. Na sua decisão de reenvio, este órgão jurisdicional afirma que tem dúvidas sobre se a Diretiva 2004/18 se opõe à celebração de um contrato tal como o que está aqui em causa. Neste sentido, questiona-se sobre se o contrato controvertido satisfaz os requisitos legais de uma parceria público-pública tal como foram desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, existem alguns indícios que sustentam esta conclusão, no entanto, tal não pode ser afirmado com toda a certeza, tanto mais que há outros aspetos que indiciam o contrário. Uma vez que, em seu entender, da jurisprudência do Tribunal de Justiça não resultam indicações interpretativas inequívocas para dirimir os problemas enunciados, o Consiglio di Stato suspendeu a instância e submeteu a seguinte questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, para decisão prejudicial:

«A Diretiva 2004/18 e, em particular, o artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) e d), o artigo 2.º, o artigo 28.º e as categorias 8 e 12 do anexo II, opõem-se a uma legislação nacional que permite a estipulação de acordos escritos entre duas entidades administrativas para o estudo e a avaliação da vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares, a realizar à luz da legislação nacional em matéria de segurança das estruturas e, em particular, dos edifícios estratégicos, mediante uma contrapartida não superior aos custos suportados para a execução dos serviços, quando a entidade executora possa revestir a qualidade de operador económico?»

IV — Processo perante o Tribunal de Justiça

16. A decisão de reenvio, datada de 9 de novembro de 2010, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 1 de abril de 2011.

17. A ASL Lecce, a Universidade, o Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), a Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), o Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), os Governos italiano, checo, polaco, sueco e a Comissão Europeia, apresentaram observações escritas dentro do prazo referido no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

18. Na audiência de 27 de março de 2012, compareceram, para apresentarem as suas alegações, os mandatários da ASL Lecce, da Universidade, da CNI, da OICE, da CNAPPC, dos Governos italiano, polaco e sueco e da Comissão.

V — Argumentação essencial das partes

19. Farei referência à argumentação das partes, na medida em que seja relevante, no âmbito da minha exposição.

VI — *Apreciação jurídica*

A — *Considerações gerais*

20. Segundo a formulação da questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as disposições nacionais em vigor podem ser consideradas compatíveis com a Diretiva 2004/18 na medida em que admitem os acordos descritos na questão prejudicial. Contudo, tendo em conta os problemas jurídicos do presente processo no seu contexto global, importa assinalar que a questão central sobre a qual o Tribunal de Justiça terá primordialmente de se debruçar é a da compatibilidade do acordo controvertido com a Diretiva 2004/18. Para responder às questões colocadas pelo órgão jurisdicional nacional de uma forma que lhe permita resolver o litígio no processo principal, parece pertinente que o foco da análise seja desviado para este aspeto. Por esse motivo, debruçar-me-ei, no âmbito das minhas apreciações, sobre a questão de saber se no processo principal foram infringidas as exigências da Diretiva 2004/18. Não me parece absolutamente necessário reformular a questão prejudicial para este efeito, tanto mais que a declaração de uma eventual infração esclarecerá, indiretamente, se o direito nacional aplicável é compatível com o direito da União. Se o acordo controvertido, segundo as conclusões da análise, não for compatível com as disposições da Diretiva 2004/18, o regime jurídico em vigor em Itália também não pode ser considerado compatível com o direito da União.

21. A Diretiva 2004/18 opõe-se a um acordo tal como o celebrado entre a ASL Lecce e a Universidade, se o contrato para a realização de atividades de estudo e análise da vulnerabilidade sísmica de determinados hospitais for, de acordo com o direito da União, obrigatoriamente sujeito a um procedimento de adjudicação de contratos públicos, uma vez que não foi realizado um concurso público no processo principal. Ao invés, conforme resulta da decisão de reenvio, o contrato controvertido foi adjudicado diretamente à Universidade. Se se confirmar a existência de uma obrigação de realizar um concurso público, deveria ainda analisar-se se, eventualmente, há alguma exceção aplicável que permita renunciar ao concurso público, podendo, no processo principal, ser tidas em consideração tanto exceções estabelecidas na própria Diretiva 2004/18 como também a figura jurídica da parceria entre entidades públicas para a realização de serviços no interesse geral.

B — *Aplicabilidade da Diretiva 2004/18*

22. Porém, tal pressupõe que o contrato controvertido seja abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18. Este constitui o primeiro ponto sobre o qual me debruçarei de imediato.

1. Existência de um contrato público de serviços

a) Prestação de serviços

23. Para que se possa considerar que está em causa o âmbito de aplicação material da diretiva, deve existir um «contrato público». O acordo controvertido poderá eventualmente ser incluído numa das espécies de contratos públicos elencados no n.º 2, do artigo 1.º, da diretiva. Em meu entender, tendo em conta as informações de facto disponíveis, é possível classificá-lo como «contrato público de serviços» na aceção da definição legal constante da alínea d), do n.º 2, do artigo 1.º Esta define contratos públicos de prestação de serviços como sendo «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». Segundo o seu objeto, os serviços a realizar pela Universidade nos termos do acordo correspondem ao tipo de serviços enumerado na categoria 12 do anexo II A («Serviços de arquitetura; serviços de engenharia e serviços de engenharia integrados; serviços de planeamento urbano e de arquitetura paisagística; serviços afins de consultoria científica e técnica;

serviços técnicos de ensaio e de análise»). Com efeito, trata-se de serviços técnicos complexos que têm por objeto o estudo da regularidade da construção e também a vulnerabilidade sísmica de edifícios. Estes evidenciam uma manifesta relação com a arquitetura e preveem uma atividade abrangente de consultoria neste domínio por pessoal da Universidade qualificado nesta matéria.

b) Contrato entre uma entidade adjudicante e um operador económico

24. Além disso, a definição de «contrato público de serviços», na medida em que se baseia no conceito de contrato público da alínea a), do n.º 2, do artigo 1.º, da diretiva, pressupõe um contrato escrito entre uma entidade adjudicante e um operador económico.

25. O requisito legal da forma escrita está preenchido, uma vez que o «contrato de consultoria» celebrado em 29 de outubro de 2009 foi reduzido a escrito.

26. Nos termos do n.º 9, do artigo 1.º, da Diretiva 2004/18, entende-se por «entidades adjudicantes» «o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público». Na sua qualidade de membro da administração pública, a ASL Lecce preenche os requisitos para ser classificada como entidade adjudicante na aceção da diretiva.

27. No que diz respeito a uma eventual classificação da Universidade como «operador económico», importa verificar que, nos termos do n.º 9, do artigo 1.º, da Diretiva 2004/18, este conceito também abrange «prestadores de serviços». Entende-se por prestadores de serviços «qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos que, respetivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado». A própria Università del Salento é, conforme se pode retirar das suas observações escritas⁵, um organismo de direito público. Neste contexto, a disposição do artigo 66.º, do decreto do Presidente da República n.º 382/1980 revela-se pertinente, uma vez que confere poderes às universidades para celebrarem contratos e acordos com entidades públicas e privadas para prosseguirem atividades de investigação e consultoria. Daqui pode concluir-se que, nos termos do direito nacional, as universidades podem atuar não apenas como locais de ensino e de investigação, mas também como operadores económicos na aceção da definição acima referida.

28. Neste ponto, importa fazer referência ao acórdão CoNISMa⁶, no qual o Tribunal de Justiça confirmou que as universidades podem participar em concursos públicos na qualidade de operadores económicos. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que a qualidade de operador económico não está necessariamente reservada a prestadores de serviços com uma estrutura empresarial⁷. Pelo contrário, cada pessoa ou entidade que se considere apta a assegurar a execução desse contrato, diretamente ou recorrendo à subcontratação, pode apresentar uma proposta independentemente do seu estatuto de direito privado ou de direito público e da questão de saber se é sistematicamente ativa no mercado ou se apenas intervém ocasionalmente, ou se é subvencionada por fundos públicos ou não⁸. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que uma interpretação restritiva do conceito de operador económico teria como consequência que os contratos celebrados entre entidades adjudicantes e organismos que não atuam principalmente com um fim lucrativo não seriam considerados contratos públicos, poderiam ser adjudicados por ajuste direto e escapariam assim às normas da União em matéria de igualdade de tratamento e de transparência, contrariamente à finalidade dessas normas.

5 — P. 2 dos articulados da Universidade.

6 — Acórdão de 23 de dezembro de 2009, CoNISMa (C-305/08, Colet., p. I-12129).

7 — *Idem*, n.º 35.

8 — *Idem*, n.º 42.

29. Em consequência, deve considerar-se que o acordo celebrado entre a ASL Lecce e a Universidade é um contrato escrito entre uma entidade adjudicante e um operador económico.

c) Carácter oneroso do serviço

30. Outra condição para a classificação de um acordo como «contrato público» na aceção da alínea a), do n.º 2, do artigo 1.º, da Diretiva 2004/18, é o seu carácter oneroso. O conceito de «carácter oneroso» exige que à prestação do serviço por parte do prestador de serviços também se contraponha uma obrigação de pagamento do adjudicante. Para além da participação de duas pessoas, pretende-se aqui fazer referência à reciprocidade sob a forma de uma troca material de prestações. Esta reciprocidade da relação contratual é necessária para um procedimento obrigatoriamente sujeito a concurso público.

31. Com efeito, no processo principal, segundo o acordo controvertido, a ASL Lecce tinha uma obrigação de pagamento em relação à Universidade. No entanto, existe aqui a particularidade de a contraprestação prometida ser calculada de maneira a não ultrapassar os custos incorridos. Neste contexto, coloca-se a questão de saber se as remunerações que cobrem os custos também se integram no conceito de «carácter oneroso». Em meu entender, há alguns argumentos a favor de uma interpretação ampla deste conceito, designadamente, no sentido de que todo o tipo de remuneração que possa constituir um valor em dinheiro deve estar abrangido.

32. Conforme declara, com razão, o órgão jurisdicional de reenvio na sua decisão de reenvio⁹, a mera ausência de lucro não torna gratuito o acordo. Este continua a ser a título oneroso, do ponto de vista económico, tanto mais que o beneficiário recebe, em todo o caso, uma prestação pecuniária¹⁰ e pode, por conseguinte, em princípio, ser abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18. Sem prejuízo do acima exposto, 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 concorrência¹¹. Só assim pode ser garantida a eficácia prática das diretivas relativas aos contratos públicos e impedir-se que o direito dos contratos públicos seja eludido, eventualmente através da convenção de outras formas de remuneração que não permitam, por si só, constatar uma intenção de obtenção de lucro, tal como através de negócios de permutas ou da renúncia a direitos recíprocos existentes entre as partes contratuais¹².

33. Tal entendimento do conceito de remuneração também está em linha com a definição ampla de remuneração do Tribunal de Justiça para a livre prestação de serviços do artigo 56.º TFUE¹³. Tendo em conta que a Diretiva 2004/18, de acordo com a sua base jurídica, constituída pelo artigo 95.º CE (atual artigo 114.º TFUE), se destina a realizar as liberdades fundamentais no mercado interno, o que está expresso no segundo considerando, um entendimento amplo do conceito de «carácter oneroso» parece ser consequente. Segundo esta interpretação ampla, não se tem necessariamente de exigir a obtenção de lucro ao prestador do serviço. Pelo contrário, para se confirmar a existência do requisito do carácter oneroso também deve bastar que o prestador de serviços se limite a receber uma remuneração que cubra os custos sob a forma de reembolso dos custos. Deste modo, as denominadas indemnizações simples também deverão ser abrangidas pelo conceito de remuneração¹⁴.

9 — V. p. 22, n.º 34 do pedido de decisão prejudicial.

10 — V. Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (ed. por E. Grabitz/M. Hilf), parte B5, n.º 24, p. 4, em cujo entender a caraterística da onerosidade deve ser, em princípio, considerada salvaguardada em todas as situações em que haja uma vantagem pecuniária. No mesmo sentido, também, Eisner, C., «Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (parte I)», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, p. 190, segundo o qual o processo em causa, desde que tenha sido efetivamente acordada uma remuneração pela prestação de um serviço, deve ser apreciado à luz das disposições do direito dos concursos públicos.

11 — V. Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, vol. 3 (direito dos auxílios e dos contratos públicos), Heidelberg, 2007, p. 617, n.º 2012.

12 — *Idem*.

13 — V. acórdão de 27 de setembro de 1988, Humbel & Edel (263/86, Colet., p. 5365, n.º 18). Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (ed. por Heinz Mayer), Viena, 2003, artigo 49.º CE, n.º 8, p. 5 vé, desde logo, preenchida a caraterística do carácter oneroso no carácter de cobertura de custos de uma contraprestação.

14 — V. Frenz, W., *op. cit.* (nota 11), p. 618, n.º 2013.

34. Em consequência, o acordo controvertido tem caráter oneroso e no processo principal existe um «contrato público de serviços» na aceção da definição constante do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da diretiva.

2. Alcance do respetivo limiar

a) Limiar pertinente não foi alcançado?

35. As diretivas relativas aos concursos públicos, com os seus requisitos processuais exigentes, não se aplicam a todos os pequenos contratos. Pelo contrário, a contrapartida financeira do contrato em causa deve atingir um determinado limiar para que este fique sujeito às regras relativas aos contratos públicos. Desde logo do ponto de vista da proporcionalidade, os processos concursais que, em parte, são muito dispendiosos, não devem ser aplicados a qualquer contrato de pequena dimensão. Além disso, um reduzido valor contratual não corresponde a nenhum interesse comercial transfronteiriço sério.

36. Deste modo, há uma divisão do direito dos contratos públicos em duas classes, operada pelos limiares. Acima dos limiares há requisitos precisos das diretivas que devem ser respeitados. Abaixo dos limiares apenas se aplica o direito primário da União relativo aos contratos públicos com os princípios não escritos resultantes da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Esta divisão em dois é relevante no presente caso uma vez que, no processo principal, o limiar não foi, eventualmente, alcançado, o que será analisado em pormenor.

37. Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18, o cálculo do valor estimado de um contrato público baseia-se no montante total previsivelmente devido pela entidade adjudicante, sem IVA. Este cálculo terá em consideração o montante total estimado, incluindo todas as opções e as eventuais renovações do contrato. Resulta dos autos que a ASL Lecce se obrigou ao pagamento de uma contraprestação de 200 000 euros, sem IVA. Se este valor for considerado o valor estimado dos serviços contratualmente acordados, deverá concluir-se que o mesmo se situa abaixo do limiar de 206 000 euros, tal como foi estabelecido no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18, na redação em vigor em 29 de outubro de 2009, ou seja, na data da celebração do acordo controvertido. Portanto, a compatibilidade do acordo controvertido com o direito da União relativo aos contratos públicos também não deveria ser analisada à luz da Diretiva 2004/18. O critério da análise deveria ser apenas o direito primário, sobretudo as disposições relativas às liberdades fundamentais.

38. Por outro lado, e conforme refere a Comissão nas suas observações escritas¹⁵, não se pode ignorar que, pouco tempo depois, o limiar foi reduzido para 193 000 euros, designadamente, pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de novembro de 2009, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2010¹⁶. Assim, o valor estimado dos serviços ficaria acima do novo limiar. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber que limiar deverá ser aplicado no processo principal. Para poder responder a esta questão, deverá estabelecer-se a data determinante da aplicabilidade de uma diretiva relativa aos contratos públicos.

39. A Diretiva 2004/18 contém uma série de disposições que se destinam a ajudar o aplicador do direito a determinar a data determinante para o cálculo do valor do contrato. Assim, por exemplo, o artigo 9.º, n.º 2, da referida diretiva prevê que a data determinante para este cálculo deve ser o momento do envio do anúncio do contrato ou, nos casos em que o mesmo não seja exigido, o momento do início do procedimento. Assim, seria possível, em princípio, com base nestas disposições, determinar a aplicabilidade temporal da redação determinante da Diretiva 2004/18. Contudo,

15 — V. nota 22 do articulado da Comissão.

16 — Regulamento que altera as Diretivas 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos seus limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos (JO L 314, p. 64).

constata-se que estas disposições pressupõem uma situação na qual tenha efetivamente sido realizado um procedimento de adjudicação do contrato. No entanto, não contém nenhuma informação acerca de como se deve proceder nos casos em que — tal como no processo principal — o concurso público não se realizou, independentemente dos motivos. Uma vez que não existem regras expressas relativas a esta última situação, importa desenvolver algumas reflexões de princípio a fim de encontrar uma solução para esta situação que a tenha suficientemente em consideração.

40. Nas minhas conclusões no processo Comissão/Alemanha¹⁷, chamei a atenção para a circunstância de os limiares estabelecidos nas diretivas relativas aos contratos públicos serem objeto de constantes adaptações. Tendo em conta este facto, são necessárias regras mais claras para a determinação dos limiares aplicáveis. Por esse motivo, também sugeri nas mesmas conclusões que, no caso em que não tenha sido realizado concurso público, se considerasse como data determinante para o cálculo do limiar aplicável e, por conseguinte, também para a aplicabilidade temporal da diretiva relativa aos contratos públicos, a data das negociações contratuais¹⁸. Tal parece razoável, tanto mais que importa ter por base uma data em relação à qual exista uma certeza suficiente sobre a amplitude global do volume do contrato e o seu valor previsível. As disposições acima referidas do artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 baseiam-se no mesmo raciocínio. Deve partir-se do princípio de que, o mais tardar a partir da data da celebração do contrato, existe uma certeza definitiva sobre o valor previsível do contrato, pelo que esta deve ser a data determinante no processo principal. Tal tem como consequência que no processo principal a Diretiva 2004/18 é aplicada na sua redação mais antiga. Conforme acima exposto, uma vez que o valor do serviço contratualmente acordado se situa abaixo do limiar nela estabelecido, a compatibilidade do acordo controvertido com o direito da União relativo aos contratos públicos deveria, em princípio ser apreciada exclusivamente à luz do direito primário.

41. É certo que, não há nos Tratados disposições explícitas relativas ao direito dos contratos públicos¹⁹. Não obstante, o Tribunal de Justiça inferiu neste domínio princípios a partir das liberdades fundamentais, da proibição de discriminação em razão da nacionalidade e do princípio da igualdade de tratamento e estabeleceu requisitos concretos, a apreciar em função do caso concreto, os quais devem ser respeitados pelas entidades adjudicantes. Assim, o princípio de direito primário da igualdade de tratamento em matéria de contratos públicos exige porventura que todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas, independentemente da sua nacionalidade²⁰. Desta exigência de igualdade de tratamento e da proibição de discriminação em razão da nacionalidade resulta uma obrigação de transparência que consiste em assegurar, a favor de todos os potenciais proponentes, um grau de publicidade adequado que permita a abertura da concessão do contrato à concorrência bem como o controlo da imparcialidade dos procedimentos de adjudicação²¹.

42. Contudo, para uma aprofundada análise do cumprimento dos princípios de direito dos contratos públicos decorrentes do direito primário faltam as necessárias informações de facto e esclarecimentos por parte do órgão jurisdicional de reenvio. Tal deve-se, entre outros, ao facto de este ter restringido o seu pedido de interpretação do direito da União à Diretiva 2004/18. Por conseguinte, as observações do órgão jurisdicional de reenvio referem-se exclusivamente a aspetos que são relevantes para uma interpretação deste ato de direito derivado.

17 — Conclusões de 14 de abril de 2010, Comissão/Alemanha (acórdão de 15 de julho de 2010, C-271/08, Colet., p. I-7091, n.º 143).

18 — *Idem*.

19 — V. Frenz, W., *op. cit.* (nota 11), p. 533, n.º 1721.

20 — Acórdão de 13 de outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colet., p. I-8585, n.º 48).

21 — Acórdãos de 15 de outubro de 2009, Acoset (C-196/08, Colet., p. I-9913, n.º 49); e de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colet., p. I-3303, n.º 21). Relativamente a esta relação entre a proibição de discriminação e a exigência de transparência, v. acórdãos de 13 de novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, Colet., p. I-9777, n.ºs 30 e segs.); bem como de 21 de fevereiro de 2008, Comissão/Itália (C-412/04, Colet., p. I-619, n.º 66); de 21 de julho de 2005, Coname (C-231/03, Colet., p. I-7287, n.ºs 17 e segs.); e de 7 de dezembro de 2000, Telaarstria e Telefonadress (C-324/98, Colet., p. I-10745, n.ºs 60 e segs.).

43. Importa recordar, neste contexto, que o Tribunal de Justiça, relativamente à admissibilidade dos pedidos prejudiciais, fez referência à necessidade de uma exposição suficiente do quadro jurídico e factual do processo principal na decisão de reenvio. Esta exigência destina-se, por um lado, a permitir que o Tribunal de Justiça chegue a uma interpretação do direito da União que seja útil ao órgão jurisdicional nacional²² e, por outro, a dar aos governos dos Estados-Membros e às demais partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações nos termos do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça²³. Contudo, estes dois objetivos só podem ser tidos em conta, em todo o caso, no que diz respeito ao processo principal, se o órgão jurisdicional de reenvio submeter ao Tribunal de Justiça um correspondente pedido de interpretação do direito primário e completar a sua exposição do quadro jurídico e factual do processo principal com as indicações necessárias. Em consequência, é aconselhável informar o órgão jurisdicional de reenvio sobre a possibilidade de um pedido reformulado.

44. Contudo, só se pode ter em consideração a apresentação de um pedido reformulado se se confirmar, em definitivo, que o limiar aplicável não foi efetivamente ultrapassado. Compete ao órgão jurisdicional nacional chegar às conclusões de facto necessárias para excluir com segurança que não há que ter em conta outros montantes como parte da contrapartida acordada. Deve dar-se especial atenção à forma como foi calculado o valor do contrato da ASL Lecce. O órgão jurisdicional nacional terá de analisar uma série de aspetos, entre outros, se as verbas faturadas foram eventualmente inscritas com um valor demasiado baixo, se o acordo previa a adaptação subsequente dessas verbas faturadas aos custos efetivos e se entre as partes contratuais foi acordada uma divisão dos contratos incluindo um cálculo independente das verbas faturadas²⁴. Tendo em conta que, no processo principal, o limiar não foi alcançado por muito pouco, estes aspetos necessitam de ser particularmente esclarecidos.

b) Presunção da relevância da questão prejudicial para a decisão da causa

45. Se o valor do contrato se situar efetivamente abaixo do limiar de 206 000 euros aplicável no processo principal, esta circunstância suscitará dúvidas sobre a relevância da questão prejudicial para a decisão, tanto mais que esta visa expressamente a interpretação da Diretiva 2004/18 e não o direito primário que, este sim, é aplicável. A questão prejudicial poderia eventualmente não ser relevante para a decisão, na medida em que a sua ligação à realidade ou ao objeto do processo principal não é muito clara.

46. Contudo, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, no quadro da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, nos termos do artigo 267.º TFUE, compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais aos quais o litígio é submetido, que devem assumir a responsabilidade pela decisão judicial a proferir, apreciar face às particularidades de cada caso, tanto

22 — V. acórdão de 26 de janeiro de 1993, *Telemarsicabruzzo e o.* (C-320/90 a C-322/90, Colet., p. I-393, n.º 6).

23 — V. acórdãos de 25 de março de 2004, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi, e o.* (C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00, C-497/00 a C-499/00, Colet., p. I-2943, n.º 73), e de 21 de setembro de 1999, *Albany* (C-67/96, Colet., p. I-5751, n.º 40).

24 — As proibições de eludir, expressamente reguladas em todas as diretivas relativas aos contratos públicos, estão relacionadas com os métodos de cálculo. Por um lado, é proibido dividir os contratos, quando tal sucede com a intenção de os subtrair à aplicação da respetiva diretiva. Por outro lado, as diretivas proibem que se eluda mediante a escolha do método de cálculo. Além disso, das proibições de eludir pode retirar-se uma proibição geral de subavaliar de modo intencional ou negligente [v. *Frenz, W., op. cit.* (nota 11), p. 209, n.º 822; *Trepte, P., Public Procurement in the EU*, 2.ª ed., Oxford, 2007, pp. 262 e segs.]

a necessidade de uma decisão a título prejudicial para poderem proferir a sua decisão como a pertinência das questões que colocam ao Tribunal de Justiça²⁵. Na medida em que as questões submetidas se referem à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se²⁶.

47. Consequentemente, a presunção de pertinência das questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais para decisão a título prejudicial só pode ser afastada em casos excepcionais e, nomeadamente, quando é manifesto que a interpretação solicitada das disposições do direito da União referidas nas questões prejudiciais não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal²⁷. No entanto, isso não se verifica no processo principal tanto mais que não se pode excluir que o órgão jurisdicional de reenvio, após a análise de todas as circunstâncias do processo principal, em particular, da forma como o valor do contrato público da ASL Lecce foi calculado²⁸, conclua que, afinal, é adequado aplicar-se a Diretiva 2004/18 no processo principal, uma vez que o limiar aplicável foi ultrapassado.

48. Em consequência, o Tribunal de Justiça é obrigado a admitir o pedido do órgão jurisdicional de reenvio e a interpretar a Diretiva 2004/18.

3. Falta de pertinência de uma exceção

49. Enquanto os limiares realizam uma primeira delimitação puramente financeira do direito dos contratos públicos, as diretivas contêm ainda exceções explícitas para domínios específicos. Importa distinguir destas as exceções não escritas que o Tribunal de Justiça desenvolveu na sua jurisprudência e que, essencialmente, dizem respeito a situações em que entidades públicas regionais ou locais exercem funções em conjunto, no interesse geral. As exceções destinam-se, em razão da sua finalidade, a afinar as diretivas relativas a contratos públicos. Em particular, devem ser excluídos do âmbito de aplicação do direito dos contratos públicos os domínios nos quais não existem riscos para a concorrência que sejam específicos dos contratos públicos, falte um interesse comercial transfronteiriço ou a aplicação do direito dos contratos públicos não reflita as particularidades e as necessidades especiais das exceções²⁹.

50. Independentemente de saber qual o tipo de exceção aplicável a um determinado caso, importa considerar que, devido à finalidade das diretivas relativas a contratos públicos de sujeitar a adjudicação de contratos públicos estatais em todos os Estados-Membros a regras comuns e de abrir este domínio, em termos gerais, aos princípios da concorrência, as exceções das diretivas são taxativas e, além disso, devem ser objeto de interpretação estrita³⁰.

51. No processo principal estão em causa não só exceções codificadas como também não escritas, cuja aplicabilidade deverá igualmente ser analisada a seguir por esta ordem sistemática.

25 — Segundo esta jurisprudência, parte-se do pressuposto de que o órgão jurisdicional nacional tem um conhecimento direto da matéria de facto e dos argumentos apresentados pelas partes e, por esse motivo, está melhor colocado para apreciar, com pleno conhecimento de causa, a pertinência das questões de direito suscitadas no litígio que lhe é submetido e a necessidade de uma decisão a título prejudicial para proferir a sua decisão.

26 — V., designadamente, acórdãos de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colet., p. I-2099, n.º 38); de 22 de maio de 2003, Korhonen e o. (C-18/01, Colet., p. I-5321, n.º 19); de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Colet., p. I-2999, n.º 30); e de 1 de outubro de 2009, Gottwald (C-103/08, Colet., p. I-9117, n.º 16).

27 — V., designadamente, acórdãos de 15 de dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colet., p. I-4921, n.º 61); de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-212/06, Colet., p. I-1683, n.º 29); e de 1 de outubro de 2009, Gottwald, já referido na nota 26 (n.º 17).

28 — V. n.º 44 das presentes conclusões.

29 — V. Frenz, W., *op. cit.* (nota 11), p. 670, n.º 2197.

30 — V. acórdãos de 10 de março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colet., p. 1039, n.º 14); de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colet., p. I-8121, n.º 43); de 17 de novembro de 1993, Comissão/Espanha (C-71/92, Colet., p. I-5923, n.º 10); e de 13 de janeiro de 2005, Comissão/Espanha (C-84/03, Colet., p. I-139, n.ºs 48 e 58).

a) Exceções codificadas

i) Contrato de prestação de serviços com base num «direito exclusivo»

52. Importa desde logo analisar a exceção do artigo 18.º da Diretiva 2004/18, segundo a qual «[a] presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma entidade adjudicante a outra entidade adjudicante [...] com base num direito exclusivo de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado». Por conseguinte, esta exceção só seria aplicável se se comprovasse um direito exclusivo da Universidade a prestar serviços do tipo acordado.

53. Para esse efeito, basta referir que, ainda que o direito italiano declare no artigo 6.º, n.º 4, da Lei n.º 168/1989 que as universidades «são sede principal da investigação científica», e lhes confira poderes, no artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 241/1990, para «concluir acordos com outras entidades públicas para regular o desenvolvimento em colaboração de atividades de interesse comum», não se pode retirar daqui nenhum direito exclusivo no sentido acima referido. Não se vislumbra nenhum direito exclusivo das universidades, consagrado na lei, a exercer atividades de estudo e de avaliação da vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares a pedido da administração pública nem no regime jurídico italiano nem no direito da União. Deve concordar-se com o Governo checo³¹ que estas atividades, pela sua natureza, devem antes ser consideradas como uma atividade acessória de investigação da Universidade e não se destinam à realização da sua função fundamental de sede principal de transmissão de conhecimentos académicos relativamente aos quais a Universidade dispõe de um direito exclusivo no domínio do sistema educativo de cada Estado-Membro.

54. Em consequência, a exceção do artigo 18.º da Diretiva 2004/18 não é aplicável ao processo principal.

ii) Exceção especial para serviços de investigação e desenvolvimento

55. Importa ainda analisar se a exceção especial do artigo 16.º, alínea f), da Diretiva 2004/18 é aplicável ao processo principal. Nos termos desta disposição, a diretiva não é aplicável a contratos de prestação de serviços relativos «a serviços de investigação e desenvolvimento, com exceção daqueles cujos resultados se destinem exclusivamente à entidade adjudicante para utilização no exercício da sua própria atividade, desde que a prestação do serviço seja inteiramente remunerada pela referida entidade».

56. Esta última situação está preenchida na medida em que a ASL Lecce se obrigou contratualmente a pagar uma contraprestação. Em contrapartida, é duvidoso saber se as outras condições estão preenchidas. Isto porque mesmo que, nos termos do contrato de consultoria, a propriedade de todos os resultados da atividade de investigação pertencesse à ASL Lecce, esta era sempre obrigada a fazer referência expressa ao departamento no caso de publicação dos resultados de âmbito técnico-científico. Tal suscita a questão de saber em que medida a ASL Lecce tem direito à propriedade exclusiva dos resultados da investigação. Em princípio, não se pode excluir que seja este o caso. Na falta de informações mais precisas relativas ao teor do acordo e aos efeitos jurídicos do mesmo, não é possível, nos termos do direito nacional, declarar com toda a certeza que este pressuposto da exceção do artigo 16.º, alínea f), da Diretiva 2004/18 se encontra preenchido. Para tanto seria necessário um levantamento e uma avaliação de factos que não são, no entanto, da

31 — V. n.ºs 17 e 18 do articulado da República Checa.

competência do Tribunal de Justiça no âmbito do processo do artigo 267.º TFUE³². Pelo contrário, tal compete ao órgão jurisdicional nacional. Por conseguinte, é a este último que compete analisar se a exceção do artigo 16.º, alínea f), da Diretiva 2004/18 é aplicável, tendo em conta todas as circunstâncias do processo principal.

b) Exceções não escritas

57. Conforme acima referido, o Tribunal de Justiça estabeleceu duas outras exceções no âmbito da criação jurisprudencial do direito, as quais estão respetivamente relacionadas com os denominados negócios internos e com diversas formas de cooperação intermunicipal³³. É aconselhável apresentar os seus traços essenciais — tendo em vista uma análise da sua aplicabilidade ao processo principal.

i) Procedimentos internos

58. Os procedimentos internos pressupõem, por definição, uma troca de prestações que — do ponto de vista jurídico — ocorre na esfera do mesmo sujeito jurídico. Os procedimentos internos não constituem, pois, um procedimento relevante para aquisição, porque a entidade adjudicante realiza as prestações com os seus próprios meios. Tal é admissível à luz do direito dos contratos públicos, conforme declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Stadt Halle e RPL Lochau³⁴. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou que «[u]ma autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, tem a possibilidade de desempenhar as tarefas de interesse público que lhe incumbem pelos seus próprios meios, administrativos, técnicos e outros, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços». No entender do Tribunal de Justiça, «[n]esse caso, não está em questão um contrato a título oneroso celebrado com uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante». Assim, não há que aplicar as disposições do direito da União em matéria de contratos públicos³⁵.

59. No âmbito do mesmo complexo temático também é tratado o caso prático em que uma entidade de direito público adjudica um contrato a uma pessoa que, embora seja juridicamente independente, tem uma relação especial com ela³⁶. Nesta problemática também se trata de saber, em última instância, se existe um contrato que deva obrigatoriamente ser sujeito a concurso público. A este respeito, coloca-se em primeiro plano a questão de saber se neste procedimento estão envolvidas duas pessoas diferentes que possam apresentar-se respetivamente como entidade adjudicante e como proponente. Embora se possa negar desde logo uma identidade de pessoas, tendo em conta a sua independência jurídica, a questão de saber se estas apresentam respetivamente a característica de entidade adjudicante e de proponente num procedimento em concreto suscita não raramente algumas dificuldades. As duas pessoas podem eventualmente estar ligadas uma à outra no que diz respeito a um determinado contrato, de modo que deixa de haver obrigação de abertura de um concurso público por falta de contrato.

32 — V. acórdãos de 6 de abril de 1962, Bosch (13/61, Colet. 1962-1964, p. 11), e de 5 de fevereiro de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Colet. 1962-1964, p. 205).

33 — V. Livro Verde da Comissão de 27 de janeiro de 2011 sobre a modernização da política de contratos públicos da UE — Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, [COM(2011)15 final, p. 24], no qual são referidos os dois casos desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Neste, a Comissão pronuncia-se a favor de se definir, aquando do estabelecimento de projetos legislativos, quais as formas de colaboração que não devem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação das diretivas em matéria de contratos públicos, tendo também em conta as construções do Tribunal de Justiça nos seus acórdãos.

34 — Acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colet., p. I-1).

35 — *Idem*, n.º 48.

36 — V. Loloubek, M., *EU-Kommentar* (ed. por J. Schwarze), 2.ª ed., artigos 49.º CE e 50.º CE do Tratado, n.º 151, p. 753, que sublinha que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não excecionou do âmbito de aplicação das diretivas relativas a contratos públicos e do das liberdades fundamentais apenas a relação de natureza contratual na relação interna de uma pessoa coletiva, mas também as relações contratuais entre um poder público e institutos resultantes da desconcentração.

60. No entender do Tribunal de Justiça, em princípio, para a existência de uma obrigação de abertura de concurso público é suficiente que o contrato tenha sido celebrado entre uma entidade adjudicante e uma pessoa juridicamente distinta da mesma. Contudo, desde o acórdão de princípio Teckal³⁷, o Tribunal de Justiça presume a não obrigatoriedade de concurso público e, por conseguinte, em última instância, um procedimento semelhante a um procedimento interno, «quando a autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, exerce sobre a entidade distinta em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e quando essa entidade realiza o essencial da sua atividade com a ou as autoridades públicas que a detêm»³⁸.

61. No entanto, importa referir que o processo principal não configura nenhuma das duas situações. Em primeiro lugar, o contrato aqui em causa foi celebrado entre dois sujeitos jurídicos diferentes. Em segundo lugar, de acordo com informações prestadas pelo órgão jurisdicional de reenvio³⁹, a ASL Lecce retirou qualquer tipo de controlo à Universidade. Consequentemente, não é possível falar-se em procedimento interno.

ii) Cooperação intermunicipal

62. Outra exceção não escrita resulta dos princípios jurisprudenciais consagrados⁴⁰ no acórdão Comissão/Alemanha⁴¹. Este acórdão indica em que circunstâncias e de que forma se deve excluir a cooperação intermunicipal do âmbito de aplicação do direito relativo aos contratos públicos⁴². É sobretudo por esta razão que é aconselhável resumir os traços gerais dos factos que deram origem a esta decisão e da argumentação do Tribunal de Justiça.

— A argumentação do Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Alemanha

63. Esta ação por incumprimento teve por objeto a atribuição de serviços de eliminação de resíduos de quatro *Landkreise* da Baixa Saxónia, concretamente os de Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. e Stade aos Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo, uma empresa pública sob a forma jurídica de entidade de direito público, sem recurso a uma adjudicação a nível europeu. Como pagamento foi acordada uma remuneração anual com um mecanismo de adaptação do preço baseado nas quantidades fornecidas. A duração do contrato era de 20 anos. As partes acordaram em dar início às negociações, o mais tardar, cinco anos antes do termo do contrato, para decidir a celebração de um aditamento ao contrato.

64. O Tribunal de Justiça julgou improcedente a ação da Comissão, uma vez que considerou que a celebração do contrato de prestação de serviços de eliminação de resíduos sem realização de concurso público e sem recurso a uma adjudicação a nível europeu não violava a Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1). O Tribunal de Justiça negou a existência de uma eventual obrigação de realização de concurso público essencialmente alegando que o contrato controvertido

37 — Acórdão Teckal, já referido na nota 30.

38 — V. acórdãos Teckal, já referido na nota 30 (n.º 50); Stadt Halle e RPL Lochau, já referido na nota 34 (n.º 49); e Comissão/Alemanha, já referido na nota 3 (n.º 34).

39 — V. n.º 35 da decisão de reenvio.

40 — Já referido na nota 3.

41 — V. Chaminade, A., «Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales», *La semaine juridique — édition générale*, 2010, n.º 363, p. 662, que refere um desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça a partir dos acórdãos relativos a procedimentos internos. V. Ferk, P./Ferk, B., «Osebe javnega prava kot ponudniki», *Podjetje in delo*, 2011, n.º 4, pp. 481 e segs., que referem, a propósito do acórdão Comissão/Alemanha, um complemento fornecido à doutrina existente relativa aos procedimentos internos, na medida em que este acórdão menciona uma relação contratual e não institucional entre os intervenientes.

42 — V. Pirker, B., «La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/ Allemagne», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, n.º 3, p. 574; Broussy, E./Donnat, F./Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, p. 1542, que defendem que o acórdão Comissão/Alemanha estabelece uma nova exceção ao direito relativo aos contratos públicos.

criava uma cooperação entre autarquias locais que tinha por objetivo assegurar a realização de uma missão de serviço público comum às mesmas — a eliminação de resíduos⁴³. A fim de chegar a esta conclusão, sujeitou o contrato a uma análise exaustiva no âmbito da qual salientou os aspetos que, em seu entender, caracterizavam tipicamente a cooperação intermunicipal. Estes aspetos constituem, conforme será ainda demonstrado, simultaneamente, os critérios que permitem aferir se um determinado acordo entre entidades públicas é abrangido pela exceção não escrita da cooperação intermunicipal. Por outras palavras, constituem as condições de aplicação da exceção.

65. É de ressaltar que, no entender do Tribunal de Justiça, a cooperação intermunicipal se caracteriza pelo esforço de todas as autarquias locais implicadas em assegurar em conjunto a realização de uma missão de serviço público comum. Como fundamento de legitimação da exclusão deste domínio do âmbito de aplicação do direito relativo aos contratos públicos declarou — como fez no acórdão Coditel Brabant⁴⁴ — que uma autoridade pública tem a possibilidade de desempenhar as missões de interesse público que lhe incumbem através dos seus próprios meios, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços. Esta autonomia pressupõe, no entanto, no entender do Tribunal de Justiça, que uma entidade adjudicante também deve ser livre de cooperar com outras entidades adjudicantes e assim reunir os respetivos meios próprios⁴⁵. Com base nesta argumentação, o Tribunal de Justiça também admitiu que as entidades públicas eram livres de escolher a forma jurídica sob a qual pretendiam cooperar na execução comum dos seus contratos públicos, se, tal como no presente caso, apenas através de um contrato simples ou de um modo institucionalizado⁴⁶, através de uma instituição de direito público criada para esse efeito. O Tribunal de Justiça fundamentou esta afirmação com o argumento formal de que não havia nenhuma disposição de direito da União que exigisse uma determinada forma jurídica para esse efeito⁴⁷. Por outro lado, também não viu nenhuma necessidade, no plano teleológico, para uma respetiva forma obrigatória de cooperação, desde que a concorrência no mercado interno dos concursos públicos não seja distorcida pelo facto de uma empresa privada ser favorecida e, por conseguinte, outras serem discriminadas⁴⁸.

— Os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça

66. Contrariamente ao que sucede na jurisprudência relativa aos procedimentos internos, onde o Tribunal de Justiça resumiu, desde logo, no acórdão Teckal, os dois critérios determinantes, numa máxima certa, não se vislumbra nenhuma fórmula igualmente certa nesta decisão de princípio segundo a qual, para além do caso nela decidido, se possa considerar admissível, em termos gerais, uma cooperação intermunicipal sem recurso a um concurso público. Não obstante, e conforme acima exposto, da linha argumentativa do Tribunal de Justiça podem retirar-se uma série de critérios determinantes que se devem verificar cumulativamente. Segundo a mesma, o Tribunal de Justiça isenta a cooperação intermunicipal do âmbito de aplicação do direito dos contratos públicos com base nos seguintes critérios:

- prestação de um serviço ou de serviços de interesse geral, comum, relacionados com a prossecução de objetivos de interesse público;
- por entidades exclusivamente públicas, sem a participação de entidades privadas;

43 — V. acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota 3 (n.º 37).

44 — V. acórdão de 13 de novembro de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Colet., p. I-8457, n.º 48).

45 — V. acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota 3 (n.º 45).

46 — V. Steiner, M., «Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?», *European Law Reporter*, 2009, p. 283, que, em relação à matéria de facto subjacente ao acórdão Comissão/Alemanha, refere uma «cooperação institucionalizada» de facto.

47 — V. acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota 3 (n.º 47).

48 — *Idem*, n.º 47.

- com base num contrato ou numa forma jurídica institucionalizada, tal como, por exemplo, um órgão de cooperação intermunicipal;
- nenhuma empresa deve ser favorecida em relação aos seus concorrentes, tendo em conta a celebração do contrato;
- o contrato não deve visar eludir o direito dos contratos públicos.

67. Como argumento contra uma aplicabilidade direta desta jurisprudência ao processo principal poderia, em princípio, invocar-se que aqui — contrariamente ao que sucede no caso subjacente ao acórdão Comissão/Alemanha — não se trata de uma cooperação entre coletividades territoriais. Com efeito, o objeto do presente processo é antes um contrato entre a autoridade de uma coletividade territorial e um organismo de direito público. Neste contexto, deveria analisar-se a questão de saber em que medida é possível, com base nesta jurisprudência, presumir a existência de uma exceção que abranja formas de cooperação tais como a que está aqui em causa.

iii) Figura jurídica da «parceria público-pública»

- Alargamento da exceção a diversas formas de cooperação entre entidades públicas

68. No entanto, uma leitura atenta do acórdão Comissão/Alemanha revela que a exceção desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, em princípio, não se opõe a tais formas de cooperação.

69. A favor desta tese pode, em primeiro lugar, invocar-se que no referido processo estava em causa um contrato entre os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo e quatro *Landkreise* limítrofes, devendo sublinhar-se que os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo são um organismo de direito público e não uma coletividade territorial⁴⁹. Em segundo lugar, importa ter em conta que o Tribunal de Justiça, no acórdão, emprega frequentemente o conceito neutro «entidade pública»⁵⁰, através do qual dá a entender que a cooperação como condição para a aplicação da exceção escrita não se aplica apenas aos municípios⁵¹. Uma restrição da exceção exclusivamente à cooperação entre coletividades territoriais também seria demasiado formal e de difícil compreensão, tendo em conta a diferente configuração das organizações administrativas nos respetivos Estados-Membros. Neste contexto, é mais lógico ter um entendimento mais amplo desta exceção não escrita e, consequentemente, falar-se antes de uma «cooperação entre entidades públicas».

70. Por conseguinte, deve presumir-se que esta exceção não escrita também pode, em princípio, abranger uma situação em que uma autoridade sanitária e uma universidade se encontram como partes contratuais.

- Preenchimento dos requisitos no processo principal

71. Para que a ASL Lecce e a Universidade possam invocar esta exceção não escrita, os requisitos acima referidos, constitutivos de uma cooperação entre entidades públicas, devem estar preenchidos no processo principal. É pacífico que existe um contrato exclusivamente entre entidades públicas sem qualquer forma de intervenção privada, o que preenche desde logo vários requisitos. Em contrapartida, há outros requisitos que oferecem dificuldades e exigem uma análise mais aprofundada.

49 — Neste sentido, Wagner, S., «Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, p. 328.

50 — V. acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota 3 (n.ºs 34, 44, 45 e 47).

51 — Neste sentido, Öhler, M./Gruber, C., «'Zusammenarbeit' iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, p. 288.

Prestação de um serviço no interesse geral

72. Uma das questões mais controvertidas no presente processo é a de saber se o contrato em causa foi celebrado por ambas as partes com o objetivo de prestar um serviço *no interesse geral*.

73. Conforme acima exposto, a Universidade foi encarregada de realizar atividades de estudo e de avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares da província de Lecce. Estes trabalhos deviam ser realizados em conformidade com a legislação nacional em matéria de segurança das estruturas e em particular dos edifícios estratégicos. Conforme alegou a ASL Lecce⁵² nas suas observações escritas, os resultados deste estudo destinavam-se a servir de base para futuros projetos próprios de melhoria da resistência das estruturas em causa. Daqui pode concluir-se que com o contrato para a realização do estudo, a ASL Lecce pretendia, na realidade, cumprir uma obrigação que o direito nacional lhe impunha para efeitos de garantia da segurança dos hospitais. Esse contrato serve o interesse geral e é abrangido pela competência do Estado.

74. Em consequência, o contrato controvertido foi celebrado por ambas as partes com o objetivo de prestar um serviço de interesse geral.

Cooperação para prestação de um serviço público comum

75. Além disso, exige-se que a cooperação se destine a prestar um serviço público *comum*⁵³. Consequentemente, não é suficiente que o dever legal de prestação do serviço público controvertido só incumba a uma das entidades públicas intervenientes ao passo que a outra se limita ao papel de uma auxiliar da realização que assume a prestação deste serviço de outrem por força de um contrato. Tal parece compreensível, se se tiver presente o significado etimológico da palavra «cooperação», pois a essência de tal cooperação consiste precisamente numa estratégia comum entre parceiros baseada na troca e na concertação dos respetivos interesses. A perseguição unilateral de interesses próprios apenas por uma das intervenientes só muito dificilmente se deixará transcrever como «cooperação» no sentido acima referido⁵⁴.

76. As observações do Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Alemanha⁵⁵, relativas a uma forma especial de cooperação entre quatro coletividades territoriais e um organismo público que lhes permitiu prestar em conjunto um serviço público que competia a todos, designadamente, a eliminação de resíduos, fornecem pontos de apoio concretos para uma respetiva exigência de uma verdadeira cooperação entre entidades públicas. O Tribunal de Justiça referiu expressamente este aspeto nas suas alegações. Conforme concluiu, a relação entre as partes contratuais caracterizava-se pelo reconhecimento de direitos e deveres recíprocos. Além disso, as partes contratuais estavam obrigadas ao apoio e à deferência mútuos. Dessa forma, o acórdão baseava-se numa relação de troca que ia para além da prestação de serviços mediante contrapartida financeira simples⁵⁶.

52 — V. p. 3 do articulado da ASL Lecce.

53 — V. Struve, T., «Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 807; Veldboer, W., «Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil 'Hamburger Stadtreinigung'», *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, p. 360.

54 — V. Öhler, M./Gruber, C., *op. cit.* (nota 51), p. 288 que exigem que o acordo entre as entidades públicas tenha «caráter cooperativo».

55 — V. acórdão Comissão/Alemanha, já referido nota 3 (n.º 37).

56 — Neste sentido, Struve, T., *op. cit.* (nota 53).

77. Porém, tal como o Governo polaco⁵⁷, o CNI⁵⁸ e a Comissão⁵⁹ reconheceram, com razão, o processo principal distingue-se fundamentalmente do caso acima descrito, na medida em que os objetivos prosseguidos pelas entidades públicas intervenientes são divergentes. Enquanto é apenas a ASL Lecce que tem o dever legal de estudar e avaliar a vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares, o papel da Universidade consiste, nos termos da lei, na investigação científica. Este papel é complementado com a função tradicional de sede principal de transmissão de conhecimentos académicos, a qual já foi aqui referida⁶⁰. Neste contexto, parece claro que o estudo e a avaliação da vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares não possam ser considerados como estando abrangidos pela competência originária da Universidade. Com efeito, se se tiverem em conta os aspetos concretos do processo principal, deverá concluir-se que não existe nenhuma função legal correspondente da Universidade. O mesmo já se concluiu no âmbito da análise do artigo 18.º, da Diretiva 2004/18⁶¹. Tampouco existem indícios de que a Universidade assuma esta função por sua iniciativa. Não obstante, a mesma dispõe certamente não apenas do conhecimento técnico necessário, como também dos recursos humanos e dos meios materiais necessários para exercer esta função. A ASL Lecce recorre a estes meios para realizar a sua função pública. Em certa medida, beneficia dos recursos da Universidade. Contudo, em última instância, só são perseguidos os interesses da ASL Lecce.

78. Neste contexto, a natureza da relação entre as duas intervenientes assume alguma importância. A cooperação entre entidades públicas, tal como se pode retirar do acórdão Comissão/Alemanha, pode ter configurações diferentes: ou institucional, mediante a criação de uma estrutura feita à medida das necessidades dos intervenientes, para a qual são transmitidas competências ou através da qual as competências são exercidas em conjunto ou ainda contratual mediante a celebração de um contrato de cooperação ou de um acordo relativo à realização de uma função pública comum⁶². No processo principal não existe nada de semelhante. O contrato de consultoria celebrado entre a ASL Lecce e a Universidade não estabelece nem a base nem o quadro jurídico para uma cooperação ao serviço de uma função pública comum. Ao invés, prevê apenas um serviço sob a forma de uma consultoria técnica, para a qual deve ser pago um preço. Em última instância, a ASL Lecce «compra» um estudo à Universidade, tanto mais que a mesma está inclusivamente a adquirir o direito de propriedade exclusivo sobre o mesmo e pode dispor dele como quiser. Por seu turno, a Universidade é paga para realizar este estudo, devendo uma vez mais salientar-se que o carácter de cobertura de custos da contraprestação em nada altera a natureza onerosa do serviço⁶³.

79. Acresce que o contrato de consultoria aqui em causa, contrariamente àquela convenção contratual que estava subjacente ao acórdão Comissão/Alemanha, não prevê nenhuns deveres recíprocos de assistência. O facto de as atividades previstas deverem ser realizadas em estreita cooperação entre o grupo de trabalho indicado pela ASL Lecce e o grupo de trabalho da Universidade em nada altera esta conclusão, uma vez que, nos termos do contrato, também se pode recorrer a pessoal externo. Por conseguinte, os deveres recíprocos de apoio estavam limitados e não deviam, manifestamente, exceder o necessário para permitir ao grupo da Universidade a realização do estudo.

57 — V. n.º 22 do articulado do Governo polaco.

58 — V. p. 6 do articulado do CNI, onde este contesta, inclusivamente, que o estudo e a avaliação da vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares seja uma função legal da ASL Lecce.

59 — V. n.º 86 do articulado da Comissão.

60 — V. n.º 53 das presentes conclusões.

61 — V. n.º 53 das presentes conclusões.

62 — Neste sentido, Dreyfus, J.-D./Rodrigues, S., «La coopération intercommunale confortée par la CJCE?», *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, p. 1720.

63 — V. n.º 34 das presentes conclusões.

80. Sem prejuízo do acima exposto, as observações escritas da ASL Lecce⁶⁴ levam a pensar que não houve uma verdadeira troca entre os dois grupos constituídos por esta última e pela Universidade para a realização da alegada função pública comum. Pelo contrário, o grupo de trabalho da ASL Lecce devia dedicar-se a desenvolver conceitos para melhorar a segurança das estruturas examinadas com base nas conclusões do estudo, ou seja, após a realização do mesmo por parte da Universidade. Esta circunstância reforça o entendimento acima expresso de que a ASL Lecce, na realidade, encomendou e pagou um parecer.

81. Posto isto, importa concluir que o contrato de consultoria controvertido não fundamenta nenhuma verdadeira cooperação entre as entidades públicas intervenientes, na aceção da jurisprudência, que se destine à realização de uma função pública comum. Trata-se antes de um contrato de prestação de serviços a título oneroso.

Inexistência de favorecimento de uma empresa privada em relação aos seus concorrentes

82. Além disso, segundo os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça, nenhuma empresa privada deve ser favorecida em relação aos seus concorrentes, na adjudicação de um contrato para realização de um estudo.

83. Conforme se verificou no início, a Universidade interveio na qualidade de «operador económico» na aceção no artigo 1.º, n.º 9, da Diretiva 2004/18⁶⁵. Por esse motivo, à luz do direito relativo aos contratos públicos, tem a mesma posição jurídica de uma empresa privada. Tendo em conta que este contrato foi adjudicado à Universidade sem que tenha sido realizado um concurso público, esta foi favorecida em relação às associações de engenheiros e de arquitetos que eventualmente estariam do mesmo em condições de realizar o estudo controvertido.

84. É lógico que este critério pressupõe necessariamente que existam de todo potenciais concorrentes. A este respeito, importa assinalar que a ASL Lecce, nas suas observações escritas, não contesta expressamente que outros operadores económicos também pudessem ter realizado o estudo controvertido. Embora a eficiência económica, os meios materiais e a competência da Universidade sejam enaltecidos⁶⁶, de modo algum se nega a capacidade que, em princípio, outros operadores económicos como ateliês de engenheiros ou de arquitetos possam ter. Qualquer afirmação nesse sentido cairia por terra tendo em conta as observações da CNI⁶⁷ que defende a tese de que uma tal atividade se insere antes na esfera de competência originária dos engenheiros e dos arquitetos. Embora a ASL Lecce tenha retificado a sua posição na audiência, designadamente, no sentido de que a natureza complexa do serviço solicitado teria sobrecarregado os ateliês dos engenheiros ou dos arquitetos, não conseguiu negar, em resposta a uma questão do Tribunal de Justiça nesse sentido, que possivelmente também haveria outras universidades e instituições privadas de investigação no país e no estrangeiro que estariam à altura deste serviço.

85. Contudo, o esclarecimento final desta questão cabe ao órgão jurisdicional nacional competente para o apuramento dos factos. Ao fazê-lo, deverá apreciar se os procedimentos exigidos para o estudo e a avaliação da vulnerabilidade sísmica tinham efetivamente uma complexidade tal que, em última instância, só a referida Universidade — e mais nenhuma outra — teria conseguido realizar o estudo. Para efeitos do presente processo de decisão prejudicial basta a conclusão de que a ASL Lecce muito provavelmente teria podido optar entre diferentes potenciais concorrentes se tivesse aberto um concurso público para a realização do referido estudo.

64 — V. p. 3 do articulado da ASL Lecce.

65 — V. n.ºs 27 e 28 das presentes conclusões.

66 — V. n.ºs 23 e segs. do articulado da ASL Lecce.

67 — V. p. 2 do articulado da CNI.

86. Consequentemente, a Universidade foi favorecida, na celebração do contrato, em relação a potenciais concorrentes, pelo que este requisito para a aplicação da exceção também não se encontra preenchido.

Requisito de o direito relativo aos contratos públicos não ter sido eludido

87. Outro requisito exigido para a aplicação da exceção não escrita ao processo principal é a de que as regras do direito relativo aos contratos públicos não tenham sido eludidas com a celebração do contrato.

88. Quanto a este requisito, há que dar razão ao entendimento do Governo polaco⁶⁸ segundo o qual se pode vislumbrar uma distorção da concorrência desde logo no facto de não ter sido realizado um concurso público apesar de o estudo controvertido, muito provavelmente, também poder ser realizado pelas associações de engenheiros e de arquitetos que concorriam com a Universidade. Importa ainda referir neste contexto que teria sido interessante, precisamente para a ASL Lecce na qualidade de entidade adjudicante, permitir o acesso a este contrato ao maior número possível de concorrentes. Conforme declarou o Tribunal de Justiça no acórdão CoNISMa⁶⁹, a maior abertura possível à concorrência é um dos objetivos das normas da União em matéria de contratos públicos. Esta abertura é desejada não apenas em virtude do interesse da União na livre circulação de mercadorias e de serviços⁷⁰, mas também no próprio interesse da entidade adjudicante interveniente que assim dispõe de um leque maior de opções tendo em vista a proposta economicamente mais favorável e que melhor se adequa às necessidades da respetiva entidade pública. A ASL Lecce privou-se desta possibilidade na medida em que não deu aos potenciais proponentes a oportunidade de apresentarem propostas.

89. Neste contexto, o argumento da ASL Lecce⁷¹ de que a adjudicação do contrato à Universidade lhe trouxe uma poupança considerável de custos não é convincente, tanto mais que, dada a ausência de concurso público, esta não teve nenhuma possibilidade de analisar propostas de outros potenciais concorrentes. A ASL Lecce não apenas não provou esta afirmação, como também não conseguiu fundamentar como é que chegou a um valor estimado de 800 000 euros que, em seu entender, os outros concorrentes teriam exigido — se estivessem em condições de realizar o estudo. A suposição, não confirmada pelos factos, de que apenas a Universidade podia realizar o estudo controvertido por um preço tão favorável revela um desconhecimento do objetivo do direito dos contratos públicos.

90. Se se permitisse que as entidades adjudicantes — para além do domínio da parceria público-pública — se dirigissem a outras entidades públicas para adquirir serviços sem se sujeitarem às disposições do direito dos contratos públicos, seria de recear que estas pudessem, a longo prazo, ser eludidas, o que acabaria por prejudicar o objetivo da União de garantir a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, bem como a livre concorrência no seio do mercado interno. Para evitar esta situação, é necessário um controlo apertado do cumprimento dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Alemanha.

91. Em face do exposto, deve concluir-se que o contrato celebrado entre a ASL Lecce e a Universidade visa eludir o direito dos contratos públicos. Esta circunstância também advoga contra a aplicação da exceção não escrita.

68 — V. n.º 23 do articulado do Governo polaco.

69 — Acórdão CoNISMa, já referido na nota 6 (n.º 37).

70 — O direito dos contratos públicos estabelece limites à atuação autónoma privada de entidades públicas, no interesse da concorrência, precisamente no que diz respeito à escolha do parceiro contratual. V., quanto à influência do estabelecimento de objetivos de política de mercado interno sobre o direito privado, Wendehorst, C., «Methodenlehre und Privatrecht in Europa», *Vom praktischen Wert der Methode — Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Viena, 2011, p. 829.

71 — V. p. 15 do articulado da ASL Lecce.

— Argumentos contra uma classificação como «parceria público-pública»

92. Resultou da presente análise que há uma série de critérios para a classificação da cooperação entre entidades públicas como «parceria público-pública» que não estão preenchidos no processo principal. Esse é particularmente o caso da exigência de uma cooperação para a realização de uma função pública comum⁷². Nem se reconhece uma verdadeira «cooperação» no sentido clássico do termo, nem os intervenientes perseguem um objetivo comum que lhes seja imposto por lei. Pelo contrário, estamos perante um caso em que uma entidade pública se serve dos recursos de outra entidade pública a baixo custo. Do ponto de vista jurídico, trata-se de um contrato de prestação de serviços a título oneroso. Além disso, o facto de a Universidade, tendo em vista a celebração do contrato, ter sido favorecida em relação aos potenciais concorrentes⁷³ e de o contrato controvertido visar eludir o direito relativo aos contratos públicos⁷⁴ advoga contra a exclusão do procedimento aqui em causa do âmbito de aplicação do direito dos contratos públicos. Em face desta conclusão não se pode falar de «parceria público-pública».

c) Conclusão provisória

93. Tudo ponderado, resta concluir que não há nenhuma exceção aplicável que exclua a aplicabilidade da Diretiva 2004/18.

4. Conclusões sumárias

94. Em suma, importa declarar que o contrato de realização do estudo e da avaliação da vulnerabilidade sísmica de determinados hospitais, em causa, constitui um procedimento obrigatoriamente sujeito a concurso público ao qual se aplica a Diretiva 2004/18. Uma vez que no processo principal não houve lugar a concurso público, a diretiva foi violada. Tendo em conta que o direito interno permite acordos tal como o que foi celebrado entre a ASL Lecce e a Universidade, este direito também não é compatível com a diretiva.

95. Em consequência, a Diretiva 2004/18, em particular, o artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) e d), o artigo 2.º, o artigo 28.º e o anexo II, categorias 8 e 12, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que permite a estipulação de acordos escritos entre uma entidade adjudicante e uma universidade de direito público para o estudo e a avaliação da vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares, a realizar à luz da legislação nacional em matéria de segurança das estruturas e em particular dos edifícios estratégicos, mediante uma contrapartida não superior aos custos suportados para a execução dos serviços, quando a universidade executante possa revestir a qualidade de operador económico.

VII — Conclusão

96. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial apresentada pelo Consiglio di Stato declarando que:

«A Diretiva 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, em particular, o artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) e d), o artigo 2.º, o artigo 28.º e o anexo II, categorias 8 e 12, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que permite a estipulação de acordos escritos

72 — V. n.º 81 das presentes conclusões.

73 — V. n.º 86 das presentes conclusões.

74 — V. n.º 91 das presentes conclusões.

entre uma entidade adjudicante e uma universidade de direito público para o estudo e a avaliação da vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares, a realizar à luz da legislação nacional em matéria de segurança das estruturas e em particular dos edifícios estratégicos, mediante uma contrapartida não superior aos custos suportados para a execução dos serviços, quando a universidade executante possa revestir a qualidade de operador económico.»