



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

8 de maio de 2014 *

«Contratos públicos de fornecimento — Diretiva 2004/18/CE — Adjudicação do contrato sem iniciar um processo de concurso público — Adjudicação dita ‘in house’ — Adjudicatário juridicamente distinto da entidade adjudicante — Requisito de ‘controlo análogo’ — Entidade adjudicante e adjudicatário sem relação de controlo entre si — Entidade pública terceira que exerce um controlo parcial sobre a entidade adjudicante e um controlo sobre o adjudicatário que pode ser qualificado de ‘análogo’ — ‘Operação ‘in house’ horizontal’»

No processo C-15/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Alemanha), por decisão de 6 de novembro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 10 de janeiro de 2013, no processo

Technische Universität Hamburg-Harburg,

Hochschul-Informationssystem GmbH

contra

Datenlotsen Informationssysteme GmbH,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente de secção, E. Juhász (relator), A. Rosas, D. Šváby e C. Vajda, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,

secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 21 de novembro de 2013,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Technische Universität Hamburg-Harburg, por T. Noelle e I. Argyriadou, Rechtsanwälte,
- em representação da Hochschul-Informationssystem GmbH, por K. Willenbruch e M. Kober, Rechtsanwälte,
- em representação da Datenlotsen Informationssysteme GmbH, por S. Görgens, Rechtsanwalt,

* Língua do processo: alemão.

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

— em representação do Governo espanhol, por M. J. García-Valdecasas Dorrego, na qualidade de agente,

— em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Varone, avvocato dello Stato,

— em representação do Governo húngaro, por M. Fehér, K. Szíjjártó e K. Molnár, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão Europeia, por A. Tokár e M. Noll-Ehlers, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 23 de janeiro de 2014,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), 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 serviços (JO L 134, p. 114).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Technische Universität Hamburg-Harburg (Universidade Técnica de Hamburgo, a seguir «Universidade») e a Hochschul-Informationssystem GmbH (a seguir «HIS») à Datenlotsen Informationssysteme GmbH, a propósito da regularidade da adjudicação de um contrato público adjudicado diretamente pela Universidade à HIS sem aplicar os processos de adjudicação previstos pela Diretiva 2004/18.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 A Diretiva 2004/18 estabelece o quadro regulamentar aplicável aos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes.
- 4 O artigo 1.º desta diretiva, intitulado «Definições», prevê, no n.º 2, alínea 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.»
- 5 Este artigo 1.º dispõe, no n.º 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 ‘agente económico’ abrange simultaneamente as noções de empreiteiro, fornecedor e prestador de serviços e é usado unicamente por motivos de simplificação do texto.

[...]»

- 6 O artigo 1.º, n.º 9, da Diretiva 2004/18 define pormenorizadamente as entidades que são consideradas entidades adjudicantes e que devem, quando da celebração de um contrato a título oneroso com um operador económico, iniciar um processo de adjudicação de contrato segundo as regras dessa diretiva.
- 7 O artigo 7.º da Diretiva 2004/18, intitulado «Montantes dos limiares para contratos públicos», fixa os limiares dos valores estimados a partir dos quais a adjudicação de um contrato deve ser efetuada em conformidade com as regras dessa diretiva. Estes limiares são alterados a intervalos regulares por regulamentos da Comissão e adaptados às circunstâncias económicas. À data dos factos no processo principal, o limiar relativo aos contratos de fornecimento celebrados por entidades adjudicantes diferentes das entidades governamentais centrais estava fixado em 193 000 euros no Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de novembro de 2009 (JO L 314, p. 64).

Adjudicação de um contrato público sem aplicar os processos estabelecidos na Diretiva 2004/18 — Adjudicação dita «in house»

- 8 Os requisitos deste tipo de adjudicação foram estabelecidos e desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que considerou que não é obrigatória a abertura à concorrência através do início de um processo em conformidade com a Diretiva 2004/18, no caso de, simultaneamente, a entidade adjudicante exercer sobre uma pessoa, juridicamente distinta de si, um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua atividade com a ou as entidades adjudicantes que a detêm (v., neste sentido, acórdão Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, n.º 50).

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 9 A Universidade é um estabelecimento público de ensino superior do Bundesland Freie und Hansestadt Hamburg (Estado Federado da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, a seguir «cidade de Hamburgo»). Constitui um organismo de direito público na aceção do artigo 1.º, n.º 9, da Diretiva 2004/18 e, por conseguinte, uma entidade adjudicante. Tendo em vista a aquisição de um sistema informático de gestão do ensino superior, a Universidade procedeu a uma avaliação, no âmbito da qual comparou os sistemas informáticos da Datenlotsen Informationssysteme GmbH e da HIS. Na sequência dessa avaliação, a Universidade optou pela aquisição do sistema desta última sociedade e, em 7 de abril de 2011, celebrou com ela um contrato de fornecimento por adjudicação direta, sem aplicar os processos de adjudicação previstos na Diretiva 2004/18. O valor estimado desse contrato ascendia a 840 000 euros.
- 10 Resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que a HIS é uma sociedade de responsabilidade limitada de direito privado, cujo capital é detido em um terço pela República Federal da Alemanha e em dois terços por dezasseis *Länder* alemães, correspondendo a parte da cidade de Hamburgo a 4,16% desse capital. Em conformidade com o artigo 2.º dos estatutos dessa sociedade, o seu objeto social consiste em prestar assessoria aos estabelecimentos públicos de ensino superior e às administrações competentes, no cumprimento, de forma racional e eficaz, da sua missão de ensino superior. Os sistemas informáticos da HIS são utilizados em mais de 220 estabelecimentos públicos e religiosos de ensino superior na Alemanha.
- 11 Em conformidade com o artigo 12.º, n.º 1, dos estatutos da HIS, o conselho de supervisão desta sociedade é composto por dez membros, sendo sete nomeados sob proposta da conferência dos ministros dos *Länder*, dois sob proposta da conferência dos reitores dos estabelecimentos de ensino superior, associação que reúne as Universidades e os estabelecimentos de ensino superior alemães públicos ou reconhecidos pelo Estado, e um sob proposta das autoridades federais. Nos termos do

artigo 15.º, n.º 1, dos seus estatutos, a HIS dispõe de um comité consultivo (Kuratorium), do qual 19 dos 37 membros são oriundos da conferência dos ministros dos *Länder*. No que diz respeito às atividades da HIS, 5,14% do seu volume de negócios corresponde às atividades exercidas por conta de entidades diferentes dos estabelecimentos públicos de ensino superior.

- 12 Segundo essas partes contratantes, a adjudicação direta do contrato pela Universidade à HIS justifica-se pela consideração de que, embora não haja uma relação de controlo entre essas duas entidades, o requisito de «controlo análogo» desenvolvido na jurisprudência acima referida do Tribunal de Justiça está preenchido pelo facto de ambas estarem sob o controlo da cidade de Hamburgo.
- 13 A Datenlotsen Informationssysteme GmbH interpôs recurso da decisão de adjudicação direta desse contrato para a Vergabekammer da cidade de Hamburgo, órgão jurisdicional de primeira instância competente em matéria de contratos públicos, que lhe deu provimento. Este órgão jurisdicional considerou que os requisitos exigidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para uma adjudicação «in house» não estavam preenchidos no caso em apreço. Em concreto, não está preenchido o requisito de «controlo análogo», dado que a Universidade, enquanto entidade adjudicante, não está em condições de exercer sobre a HIS um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. É verdade que a Universidade é uma pessoa coletiva de direito público da cidade de Hamburgo e que esta última detém 4,16% do capital da HIS. Contudo, a Universidade e a cidade de Hamburgo são pessoas coletivas distintas.
- 14 De igual modo, a consideração de que a cidade de Hamburgo controla tanto a Universidade como a HIS não é suficiente para preencher o referido requisito, na medida em que essa forma de «controlo indireto» não encontra fundamento na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Além disso, a Vergabekammer observa que a Universidade dispõe de alguma autonomia e que a fiscalização da legalidade e o controlo da oportunidade exercidos sobre ela pela cidade de Hamburgo, no que diz respeito à gestão dos créditos concedidos, não equivalem ao poder de direção de que a entidade adjudicante deveria dispor. Também não se pode falar de um controlo exercido sobre a HIS pela cidade de Hamburgo, uma vez que esta não dispõe de representante permanente no conselho de supervisão dessa sociedade.
- 15 A HIS e a Universidade recorreram desta decisão da Vergabekammer para o órgão jurisdicional de reenvio.
- 16 O referido órgão jurisdicional observa que até agora não foi objeto de jurisprudência do Tribunal de Justiça a questão, ardentemente debatida pela doutrina a nível nacional, de saber se uma adjudicação de um contrato que se insere numa relação entre três pessoas, qualificada de «operação 'in house' horizontal», está abrangida pela jurisprudência resultante do acórdão Teckal (EU:C:1999:562). Considera que o espírito e a finalidade da exceção relativa às adjudicações «in house», introduzida com o referido acórdão, podem permitir que operações «in house» horizontais, como as que estão em causa no processo principal, possam estar abrangidas pela referida exceção. No entanto, salienta que, no caso vertente, não se trata de cooperação intermunicipal na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdãos Comissão/Alemanha, C-480/06, EU:C:2009:357, e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., C-159/11, EU:C:2012:817), uma vez que nem a Universidade nem a HIS constituem entidades públicas e a HIS não está diretamente incumbida de executar uma missão de serviço público.
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, em conformidade com os estatutos dos estabelecimentos públicos de ensino superior, estes dispõem de uma ampla autonomia nos domínios da investigação e do ensino e que o exercício destas competências autónomas apenas está sujeito à simples fiscalização da legalidade. Contudo, o contrato em causa no processo principal insere-se no domínio da gestão dos créditos concedidos à Universidade, no qual as autoridades competentes dispõem de um poder de fiscalização que se estende à possibilidade de anular ou alterar as decisões tomadas em matéria de aquisições.

- 18 O órgão jurisdicional de reenvio entende, assim, que está preenchido o requisito de «controlo análogo» no domínio das aquisições e dos fornecimentos dos estabelecimentos públicos de ensino superior. No entanto, interroga-se sobre se este requisito não exige que o controlo incida sobre todos os domínios de atividade da entidade subordinada, de forma a que a limitação do âmbito de aplicação desse controlo aos contratos de fornecimento não permita considerar que o referido requisito está preenchido. É neste sentido que vai a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual a entidade adjudicante deve ter a possibilidade de exercer uma influência determinante tanto sobre os objetivos estratégicos como sobre as decisões importantes da entidade subordinada.
- 19 No que diz respeito ao controlo exercido pela cidade de Hamburgo sobre a HIS, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que o facto de a cidade de Hamburgo só deter 4,16% do capital dessa sociedade e não dispor de um representante permanente no seu conselho de supervisão pode advogar contra a existência de um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços. No que diz respeito ao segundo requisito, imposto pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, relativo à «realização do essencial» da atividade do adjudicatário, o órgão jurisdicional de reenvio considera que este requisito está preenchido no caso concreto, uma vez que a atividade da HIS é maioritariamente dedicada aos estabelecimentos públicos de ensino superior e que as outras atividades dessa sociedade têm carácter acessório.
- 20 Face a estas considerações, o Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) Um ‘contrato público’, na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18 [...], pode também abranger um contrato em que a entidade adjudicante não exerce sobre o adjudicatário um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços, mas em que tanto a entidade adjudicante como também o adjudicatário são controlados pela mesma instituição, a qual, por sua vez, é uma entidade adjudicante na aceção da Diretiva 2004/18, atuando a entidade adjudicante e o adjudicatário no essencial para a sua instituição comum (operação *in house* horizontal)?

Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

2) É necessário que o controlo análogo ao que é exercido sobre os próprios serviços se estenda a todas as atividades do adjudicatário ou é suficiente que se restrinja ao domínio das aquisições?»

Quanto às questões prejudiciais

- 21 Com as suas questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos, celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, incluindo o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição.
- 22 Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o objetivo principal das regras de direito da União em matéria de contratos públicos é a abertura à concorrência não falseada, em todos os Estados-Membros, nos domínios da execução de obras, do fornecimento de produtos e da prestação de serviços, o que implica a obrigação de qualquer entidade adjudicante aplicar as regras de direito da União pertinentes, quando estejam preenchidos os requisitos nelas previstos (v., neste sentido, acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 44).
- 23 Por conseguinte, qualquer exceção à aplicação dessa obrigação deve ser interpretada de forma estrita (v. acórdão Stadt Halle et RPL Lochau, EU:C:2005:5, n.º 46).

- 24 O Tribunal de Justiça concluiu que, tendo em vista a aplicação dos processos de adjudicação dos contratos públicos previstos na Diretiva 2004/18, basta, em princípio, em conformidade com o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), dessa diretiva, que tenha sido celebrado um contrato a título oneroso entre, por um lado, uma entidade adjudicante e, por outro, uma pessoa juridicamente distinta desta última (v., neste sentido, acórdão Teckal, EU:C:1999:562, n.º 50).
- 25 A exceção à aplicação desse princípio, reconhecida pelo Tribunal de Justiça, relativamente às adjudicações de contratos ditos «in house», justifica-se pela consideração de que uma autoridade pública, que é 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, e de que esta exceção pode ser alargada às situações em que o contratante é uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante, quando esta última exerça sobre o adjudicatário um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços e esta entidade realize o essencial da sua atividade com a ou as entidades adjudicantes que a detêm (v., neste sentido, acórdãos Teckal, EU:C:1999:562, n.º 50, e Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, n.ºs 48 e 49). Nestes casos, pode considerar-se que a entidade adjudicante recorre aos seus próprios meios.
- 26 O Tribunal de Justiça explicitou melhor o conceito de «controlo análogo», salientando que se deve tratar da possibilidade de a entidade adjudicante exercer uma influência determinante tanto sobre os objetivos estratégicos como sobre as decisões importantes da entidade adjudicatária e que o controlo exercido pela entidade adjudicante deve ser efetivo, estrutural e funcional (v., neste sentido, acórdão Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, n.º 27 e jurisprudência referida).
- 27 Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu que, em determinadas condições, o «controlo análogo» pode ser exercido conjuntamente por várias autoridades públicas que detêm em conjunto a entidade adjudicatária (v., neste sentido, acórdão Econord, EU:C:2012:758, n.ºs 28 a 31 e jurisprudência referida).
- 28 No processo principal, é pacífico que não existe nenhuma relação de controlo entre a Universidade, entidade adjudicante, e a HIS, entidade adjudicatária. Com efeito, a Universidade não detém nenhuma participação no capital dessa entidade e não tem nenhum representante legal nos órgãos de direção da referida sociedade.
- 29 Por conseguinte, numa situação como a do processo principal, não há uma razão que justifique o reconhecimento da exceção no que diz respeito às adjudicações ditas «in house», a saber, a existência de uma ligação interna especial entre a entidade adjudicante e a entidade adjudicatária.
- 30 Deste modo, tal situação não pode estar coberta pela referida exceção, a não ser que se alarguem os limites de aplicação desta, claramente circunscritos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, de modo a reduzir significativamente o alcance do princípio enunciado no n.º 24 do presente acórdão.
- 31 Por outro lado, há que salientar que, em qualquer caso, com base nos elementos dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça e à luz da jurisprudência atrás exposta, a cidade de Hamburgo não está em condições de exercer um «controlo análogo» sobre a Universidade.
- 32 Com efeito, há que constatar que o controlo exercido pela cidade de Hamburgo sobre a Universidade só se alarga a uma parte da atividade desta última, a saber, apenas em matéria de aquisições, e não aos domínios do ensino e da investigação, nos quais a Universidade dispõe de ampla autonomia. O facto de se reconhecer a existência de um «controlo análogo» nesta situação de controlo parcial opõe-se à jurisprudência referida no n.º 26 do presente acórdão.

- 33 Nestas circunstâncias, não há que examinar se a exceção relativa às adjudicações «in house» pode ser aplicável às operações ditas «‘in house’ horizontais», a saber, uma situação em que a mesma ou as mesmas entidade(s) adjudicante(s) exerce(m) um «controlo análogo» sobre dois operadores económicos distintos dos quais um adjudica ao outro um contrato.
- 34 No que diz respeito à aplicabilidade, no processo principal, da jurisprudência relativa à cooperação entre entidades territoriais decorrente dos acórdãos Comissão/Alemanha (EU:C:2009:357) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecca e o. (EU:C:2012:817), há que declarar, como fez o órgão jurisdicional de reenvio, pelas razões enunciadas no n.º 16 do presente acórdão, que não estão preenchidos os requisitos para a aplicação da exceção prevista nessa jurisprudência.
- 35 Com efeito, a cooperação instituída entre a Universidade e a HIS não se destina a realizar uma missão de serviço público comum na aceção da jurisprudência (v. acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., EU:C:2012:817, n.ºs 34 e 37).
- 36 Face às considerações precedentes, há que responder às questões prejudiciais que o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos, celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, entre os quais figura o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição e deve, por conseguinte, estar sujeito às regras de adjudicação de contratos públicos previstas nesta diretiva.

Quanto às despesas

- 37 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 efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

O artigo 1.º, n.º 2, alínea a), 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 serviços, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos, celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, entre os quais figura o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição e deve, por conseguinte, estar sujeito às regras de adjudicação de contratos públicos previstas nesta diretiva.

Assinaturas