

**Processo C-332/20****Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

22 de julho de 2020

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

**Data da decisão de reenvio:**

13 de fevereiro de 2020

**Recorrentes:**

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

**Recorridos:**

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

**Objeto do processo principal**

O litígio diz respeito à legalidade da decisão de uma autoridade adjudicante de direito público que excluiu de um concurso destinado à escolha do seu sócio privado numa nova sociedade público-privada a constituir um agrupamento formado por duas sociedades, dado que com a sua participação indireta numa destas duas sociedades seria ultrapassado o limite de participação da autoridade adjudicante nessa futura sociedade público-privada, o qual foi fixado em 51 %.

**Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial**

Interpretação das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e do artigo 107.º TFUE face à legislação italiana que estabelece os limites à participação pública nas sociedades mistas público-privadas.

Artigo 267.º TFUE.

### **Questões prejudiciais**

1) É conforme ao direito [da União Europeia] e à correta interpretação dos considerandos 14 e 32, bem como dos artigos 12.º e 18.º da Diretiva 24/2014/UE e 30.º da Diretiva 23/2014/UE, em conjugação também com o artigo 107.º TFUE, que, para efeitos da determinação do limite mínimo de 30 % da participação do sócio privado numa futura sociedade mista público-privada, limite considerado adequado pelo legislador nacional em aplicação dos princípios [do direito da União Europeia] estabelecidos nesta matéria pela jurisprudência [da União], se deva ter exclusivamente em conta a composição formal/constante do registo do referido sócio, ou a autoridade que lança o concurso pode – ou antes, deve – ter em conta a sua participação indireta no sócio privado concorrente?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, é coerente e conforme com os princípios [do direito da União Europeia], em especial, com os princípios da concorrência, proporcionalidade e adequação, que a autoridade que lança o concurso possa excluir do mesmo o sócio privado concorrente, cuja participação efetiva na futura sociedade mista público-privada, em resultado da participação pública direta ou indireta identificada, é de facto inferior a 30 %?

### **Disposições de direito da União invocadas**

Diretiva 2014/24/UE, em especial, considerandos 14 e 32, artigos 12.º e 18.º

Diretiva 2014/23/UE, em especial, artigos 3.º e 30.º

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009, C-196/08, Acoset

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de dezembro de 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Comunicação interpretativa de 12 de abril de 2008 da Comissão Europeia

Livro Verde da Comissão Europeia de 30 de abril de 2004

Artigo 106.º TFUE

### **Disposições de direito nacional invocadas**

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n.º 175, «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (Decreto Legislativo n.º 175, de 19 de agosto de 2016, «Texto único em matéria de sociedades com participação pública»), em especial, os seguintes artigos.

O artigo 4.º estabelece os objetivos prosseguidos pelas autoridades públicas com a constituição de sociedades participadas: por um lado, devem ser sociedades que tenham por objeto atividades estritamente necessárias para a prossecução das finalidades institucionais da entidade; por outro lado, as atividades a desenvolver devem enquadrar-se nas atividades expressamente indicadas no n.º 2 da mesma disposição, ou seja, em especial: a) prestação de um serviço de interesse geral, incluindo a realização e a gestão das redes e das instalações funcionais para os próprios serviços; b) conceção e realização de uma obra pública com base num acordo de programa celebrado entre administrações públicas; c) realização e gestão de uma obra pública ou organização e gestão de um serviço de interesse geral mediante um contrato de parceria.

O artigo 7.º, n.º 5, estabelece que os sócios privados devem ser previamente selecionados através de procedimentos de adjudicação de contratos públicos, nos termos do artigo 5.º, n.º 9, do decreto legislativo del 18 aprile 2016, n.º 50 (Codice dei contratti pubblici) [(Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (Código dos Contratos Públicos)], ao passo que o n.º 2 do artigo 17.º estabelece que «O sócio privado deve cumprir os requisitos de qualificação previstos nas disposições legais ou regulamentares relativamente à prestação para a qual a sociedade foi constituída», requisitos esses (gerais e especiais, de carácter técnico e económico-financeiro) que devem ser especificados no anúncio de concurso.

O artigo 17.º, n.º 1, prevê que «Nas sociedades de participação mista público-privada, a participação da entidade privada não pode ser inferior a 30 % e a seleção desta será efetuada mediante procedimento de adjudicação de contratos públicos (...) e terá por objeto, simultaneamente, a subscrição ou a aquisição da participação societária por parte do sócio privado e a adjudicação do contrato público ou de concessão que é o objeto exclusivo da atividade da sociedade mista.»

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

- 1 O Comune de Roma (Município de Roma), denominado Roma Capitale, lançou um concurso para a seleção do sócio privado e para a adjudicação do serviço de ensino integrado da competência da Roma Capitale a uma sociedade anónima mista público-privada, tendo fixado em 51 % a participação da Roma Capitale e em 49 % a participação do sócio privado, e estabelecido que a totalidade do risco da operação recairia sobre este último.
- 2 No concurso participaram, entre outros, o agrupamento a constituir entre a Roma Multiservizi s.p.a. e a Rekeep s.p.a., o qual, todavia, foi excluído, com o fundamento de que a Roma Multiservizi s.p.a. é detida em 51 % pela sociedade AMA s.p.a., cujo capital é totalmente detido pela própria autoridade adjudicante, a Roma Capitale. Por conseguinte, da soma da participação direta com a participação indireta resultaria que a Roma Capitale acabaria por deter na futura

sociedade público-privada uma participação efetiva equivalente a 73,5 %, excedendo assim o limite de 51 % estabelecido para este concurso.

- 3 Mediante dois recursos interpostos separadamente, a Roma Multiservizi s.p.a. e a Rekeep s.p.a. requereram ao Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) a anulação da decisão de exclusão. Ambas as sociedades requereram também, a título subsidiário, o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, para obter uma interpretação correta da legislação nacional em matéria de seleção do sócio privado numa futura sociedade mista público-privada.
- 4 O Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) negou provimento a ambos os recursos considerando-os infundados. Ambas as sociedades interpuseram recurso no órgão jurisdicional de reenvio, reiterando o pedido de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.

#### **Argumentos essenciais das partes no processo principal**

As recorrentes invocaram fundamentos idênticos. Em especial, a Roma Multiservizi s.p.a. alegou que:

- a) no que diz respeito ao sócio privado, o anúncio de concurso não previa expressamente que a participação de 49 % do sócio privado também não poderia ser alcançada através de uma participação pública indireta;
- b) a medida de exclusão estava, de qualquer modo, viciada pela violação do princípio do caráter exaustivo das cláusulas de exclusão.

#### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

- 5 O órgão jurisdicional de reenvio descreve, em primeiro lugar, a referida legislação italiana de transposição das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, que regulamenta, designadamente, as sociedades mistas público-privadas. Essa legislação previu a possibilidade de a administração pública optar, para a gestão de determinadas atividades, entre a gestão «in-house» (interna) mediante uma sociedade totalmente participada e a constituição de uma sociedade mista, estabelecendo um regime específico para este último modelo para o tornar compatível com o direito da União Europeia. Deste modo, foram tidas em conta as reservas suscitadas pela jurisprudência da União em relação à legislação nacional anterior que reservava para as sociedades com participação total ou maioritária, do setor público ou do Estado, direta ou indireta, a possibilidade de celebrar com a administração pública – na ausência de concurso – acordos relativos a atividades ou serviços. Com efeito, como fundamento dessas reservas, foi observado que a adjudicação direta do serviço à sociedade mista podia consubstanciar um desrespeito do princípio da livre concorrência: este princípio só pode ser objeto de exceções se estas forem devidamente justificadas pela necessidade de cumprir

uma missão de interesse económico geral, ou seja, tendo em vista uma profícua parceria público-privada, tal como referido no «Livro Verde» da Comissão Europeia de 30 de abril de 2004.

- 6 A este respeito, importa especificar e distinguir a finalidade (lucrativa) da sociedade mista público-privada da finalidade da administração pública que é indiscutivelmente de interesse público, pelo que a atividade da sociedade mista público-privada e os serviços que esta oferece estão sujeitos a condições de acessibilidade que uma entidade de natureza exclusivamente privada consideraria desvantajosas. O limite máximo de 70 % da participação pública na sociedade mista público-privada indica, portanto, o limiar acima do qual a atividade dessa sociedade podia conduzir à distorção da concorrência no mercado, dado que, não só tornaria pouco atraente esse setor específico do mercado, como permitiria ao sócio privado da sociedade mista público-privada limitar excessivamente (abaixo dos 30 %) o risco económico da participação na própria empresa. Além disso, a sociedade mista público-privada com um sócio privado selecionado mediante concurso com um duplo objetivo resulta da jurisprudência do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), órgão jurisdicional de reenvio no presente processo, considerada correta pelo Tribunal de Justiça (Acórdão de 15 de outubro de 2009, C-196/08, Acoset).
- 7 Acresce que, também à luz do direito da União atualmente em vigor, pressupõe-se que:
- a) a opção da administração pública de constituir uma sociedade mista público-privada é uma manifestação típica da discricionariedade que a lei confere a essa administração para a prossecução dos interesses públicos que estão sob a sua tutela;
  - b) o sócio privado, que deverá ser selecionado mediante concurso público, deve ser operacional e não um mero sócio de capital, tendo em conta a especificidade da função que deve desempenhar na prossecução do objeto social: além do mais, o envolvimento do sócio privado na prossecução de fins de interesse geral justifica-se precisamente pela falta, na administração pública, das competências necessárias de que o parceiro privado dispõe;
  - c) a participação do sócio privado operacional deve ser adequada, ou seja, idónea para permitir a execução do objeto social; esta adequação foi estabelecida pelo legislador nacional, precisamente para cumprimento dos princípios do direito da União Europeia, no limiar mínimo de participação de 30 %; com a consequência de que uma participação abaixo deste limiar é, em si mesma, inadequada para a prossecução do objeto social;
  - d) da mesma forma, a participação pública na sociedade mista público-privada não deve exceder os 70 %.

- 8 Para a resolução do litígio, é necessário determinar se, para cumprir o limiar adequado de participação na futura sociedade mista público-privada (até 70 % para a participação pública, a partir de 30 % para a participação do sócio privado), deve tomar-se em consideração apenas a natureza jurídica do sócio privado (que, do ponto de vista «formal», é uma sociedade anónima de direito privado) ou, quando seja participado por capital público, deve também ser tido em conta o aspeto «material» dessa participação. No primeiro caso – como sustentado pelas recorrentes – é dada prevalência à igualdade de tratamento dos concorrentes e ao princípio da não discriminação, para além do princípio mais geral da liberdade de iniciativa económica privada; no segundo caso, não tendo em conta a participação do capital público, correr-se-ia o risco de contornar a legislação nacional, poderia criar-se uma situação de ineficiência do mercado e violar-se-ia o princípio da concorrência, uma vez que se permitiria a um parceiro privado usufruir indevidamente das vantagens da participação pública. Quanto a este último aspeto, a decisão de uma administração pública (no caso presente, da Roma Capitale) que avalia em concreto a composição dos parceiros que pretendem concorrer para a seleção do sócio de uma futura sociedade mista público-privada e decide excluir um candidato, em cujo capital essa mesma administração participa de forma significativa, deve ser considerada coerente com os princípios constitucionais nacionais e com os princípios do direito da União Europeia de eficiência, eficácia, adequação e proporcionalidade, em relação aos princípios da concorrência, igualdade de tratamento e não discriminação. A escolha de uma ou de outra opção interpretativa é idónea para determinar a resolução do litígio num sentido ou no sentido exatamente oposto e, por conseguinte, torna relevante a questão de interpretação prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça.