

Processo C-676/20**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:**

11 de dezembro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Tribunal Superior de Justiça de Aragão, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

23 de novembro de 2020

Recorrente:

Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (Associação Estatal de Instituições de Prestação de Serviços de Cuidados ao Domicílio, ASADE)

Recorrida:

Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón (Secretaria da Saúde do Governo Regional de Aragão, Espanha)

Objeto do processo principal

O processo principal tem por objeto a clarificação da legalidade de uma regulamentação da Comunidade Autónoma de Aragão que permite às autoridades adjudicantes recorrerem a acordos com instituições privadas sem fins lucrativos para a prestação de serviços sociais às pessoas sem aplicar os procedimentos previstos na regulamentação da União em matéria de adjudicação de contratos públicos.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

«Pedido de decisão prejudicial de interpretação – Artigo 267.º TFUE – Contratos públicos – Artigos 49.º e 56.º TFUE – Diretiva 2014/24/UE – Diretiva 2006/123/CE – Legislação nacional que permite às autoridades adjudicantes

recorrerem a acordos com instituições privadas sem fins lucrativos para a prestação de serviços sociais às pessoas sem aplicar os procedimentos previstos na regulamentação da União em matéria de adjudicação de contratos públicos»

Questões prejudiciais

- 1) Uma legislação nacional que permite às autoridades adjudicantes recorrerem a acordos com instituições privadas sem fins lucrativos – não apenas associações de voluntariado – para a prestação de qualquer tipo de serviços sociais às pessoas contra o reembolso dos custos, sem aplicar os procedimentos previstos na Diretiva sobre contratação [2014/24/UE] e independentemente do valor previsto, apenas através da qualificação prévia destas figuras de não contratuais, é compatível com o direito da União, designadamente com o artigo 49.º TFUE e com os artigos 76.º e 77.º (em conjugação com o artigo 74.º e o Anexo XIV) da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014?
- 2) Uma legislação nacional que, para a prestação de serviços de interesse geral de saúde ou sociais, permite contornar a legislação em matéria de adjudicação de contratos públicos, através da utilização da técnica da ação concertada, de modo complementar ou em substituição da gestão por meios próprios, não por razões atinentes à aptidão dessa técnica para assegurar a execução adequada da prestação do serviço, mas sim para a prossecução de determinados objetivos de política social, que afetam o modo de prestação ou que sejam exigidos ao agente responsável pela prestação do serviço, para a sua seleção, mesmo quando os princípios da publicidade, da concorrência e da transparência ainda sejam aplicáveis, é compatível com o direito da União, designadamente com o artigo 49.º TFUE e com os artigos 76.º e 77.º (em conjugação com o artigo 74.º e o Anexo XIV) da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, a reserva exclusiva desta técnica de intervenção a instituições sem fins lucrativos – não apenas a associações de voluntariado – mesmo que os princípios da transparência e da publicidade sejam respeitados, é compatível com o direito da União, designadamente com as disposições já referidas e com o artigo 15.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno?
- 4) Tendo em conta o artigo 15.º n.º 2, alínea b), da Diretiva de serviços [2006/123/CE], pode considerar-se que conferir às autoridades adjudicantes o poder discricionário de recorrerem à ação concertada para confiar a gestão de serviços sociais e de saúde a instituições sem fins lucrativos equivale a condicionar o acesso a esses serviços em função da forma jurídica? E, em caso de resposta afirmativa a esta questão, uma legislação nacional como a que está em causa, relativamente à qual o Estado não notificou à Comissão a

inclusão do requisito relativo à forma jurídica, é válida à luz do artigo 15.º, n.º 7, da Diretiva 2006/123/CE?

- 5) Em caso de resposta afirmativa às questões anteriores, devem os artigos 49.º e 56.º TFUE, 76.º e 77.º (em conjugação com o artigo 74.º e o Anexo XIV) da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, e 15.º, n.º 2, da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, ser interpretados no sentido de que permitem às autoridades adjudicantes, para efeitos da seleção da instituição sem fins lucrativos (não apenas as associações de voluntariado) com a qual acordam a prestação de qualquer tipo de serviços sociais às pessoas – além dos estabelecidos no artigo 2.º, n.º 2, alínea j), da referida diretiva –, incluírem nos critérios de seleção a implantação *na localidade ou na área geográfica onde o serviço virá a ser prestado*?

Disposições de direito da União invocadas

Artigos 49.º e 56.º TFUE.

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65): considerandos 6 e 114 e artigos 76.º e 77.º (em conjugação com o artigo 74.º e o Anexo XIV).

Diretiva 2006/123/CE do Parlamento e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno (JO 2006, L 376, p. 36). Artigo 15.º, n.ºs 2 e 7.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o. (C-159/11, EU:C:2012:817).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2014, Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o. (C-113/13, EU:C:2014:2440).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 2016, CASTA e o. (C-50/14, EU:C:2016:56).

Disposições de direito nacional invocadas

De âmbito estatal

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro, relativa aos Contratos do Setor Público, que transpõe para a ordem jurídica espanhola as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho 2014/23/UE e 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014; a seguir «Lei estatal n.º 9/2017»): preâmbulo, artigo 11.º, n.º 6, e disposições adicionais 47.ª a 49.ª

De âmbito regional

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (Lei Orgânica n.º 5/2007, de 20 de abril, relativa à reforma do Estatuto da Autonomia de Aragão: artigos 71.º, ponto 34, 71.º, ponto 55, e 73.º

Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (Lei n.º 11/2016, de 15 de dezembro, relativa à ação concertada para a prestação às pessoas de serviços sociais e de saúde; a seguir «Lei regional n.º 11/2016»): preâmbulo, artigos 2.º a 6.º, disposição adicional 4.ª e disposição final 2.ª

Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios y convenios de vinculación con entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro (Decreto n.º 62/2017, de 11 de abril, do Governo de Aragão, relativo aos acordos de ação concertada de serviços de saúde e às convenções de associação entre as instituições públicas e as instituições sem fins lucrativos; a seguir «Decreto regional n.º 62/2017»): artigos 1.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º e 9.º a 13.º, disposições adicionais 1.ª e 2.ª e disposição transitória única.

Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, por la que se establecen los precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al Sistema de Salud de Aragón (Decreto SAN/1221/2017, de 21 de julho, que fixa os preços e tarifas máximas aplicáveis à prestação de serviços de saúde com meios externos ao sistema de saúde de Aragão; a seguir «Decreto regional SAN/1221/2017»): artigo 2.º

Orden del Consejero de Sanidad por la que se aprueba el expediente relativo al acuerdo de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de SIDA en la Comunidad Autónoma de Aragón, de 21 de agosto de 2017 (Decreto da Secretaria da Saúde que aprova o procedimento relativo ao acordo de ação concertada com vista à adoção de dispositivos de assistência ao domicílio para doentes de SIDA na Comunidade Autónoma de Aragão, de 21 de agosto de 2017; a seguir «Decreto regional relativo à assistência a doentes de SIDA»).

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

Síntese legislativa

- 1 Por força das competências que a Constituição espanhola lhe atribui em matéria de assistência social e das competências que o Estatuto de Autonomia lhe confere, em especial, em matéria de ação social, de saúde pública e de ensino, a Comunidade Autónoma de Aragão adotou a Lei regional n.º 11/2016, que foi implementada pelo Decreto regional n.º 62/2017. Estes atos estabeleceram e regulamentaram, no essencial, a técnica de ação concertada para a prestação de serviços sociais e de saúde às pessoas, reservando a celebração de acordos de ação concertada às instituições públicas e às instituições privadas sem fins lucrativos (excluindo assim as instituições com fins lucrativos). A este conjunto de disposições acrescia o Decreto regional SAN/1221/2017, que fixava tarifas para a prestação de serviços de saúde com meios alheios à Administração.
- 2 Com base na legislação anterior, foi adotado o Decreto regional relativo à assistência a doentes de SIDA, posto em causa diretamente no presente processo.
- 3 Importa salientar que toda a legislação regional acima referida foi adotada antes da aprovação da Lei estatal n.º 9/2017, que regula os contratos públicos em Espanha – matéria que é da competência exclusiva do Estado – e transpõe, para a ordem jurídica espanhola, designadamente, a Diretiva 2014/24.

Processo principal

- 4 Em outubro de 2017, a Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (Associação Estatal de Instituições de Prestação de Serviços de Cuidados ao Domicílio, ASADE) interpôs recurso, para o órgão jurisdicional de reenvio, do Decreto regional relativo à assistência a doentes de SIDA. Nesse recurso, pedia que fossem declarados nulos o referido decreto, o Decreto regional SAN/1221/2017, e o Decreto regional n.º 62/2017. Pedia também que fosse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial de interpretação quanto à compatibilidade da Lei regional n.º 11/2016, concretamente do seu artigo 2.º, e do Decreto regional n.º 62/2017 com o artigo 49.º TFUE, o artigo 77.º da Diretiva 2014/24, e o artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva 2006/123.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 A recorrente, a ASADE, alega que é necessário submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação da Lei regional n.º 11/2016 e do Decreto regional n.º 62/2017 com o fundamento de que a legislação regional não pode subtrair-se à aplicação da legislação relativa aos contratos. Alega que a legislação regional prevê procedimentos de adjudicação semelhantes aos contratos de serviços, mas aos quais só podem recorrer instituições sem fins lucrativos sendo, por conseguinte, contrária ao artigo 49.º TFUE e ao artigo 15.º da Diretiva

2006/123. Considera que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça [Acórdãos Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH (C-574/12) e CASTA e o. (C-50/14)], uma restrição à liberdade de estabelecimento que limita o acesso a certas atividades a operadores que tenham uma forma jurídica específica, como as instituições sem fins lucrativos, só é possível com base em determinadas razões excepcionais, ligadas aos princípios da solidariedade e da eficácia orçamental. Considera que a jurisprudência do Tribunal de Justiça apenas reconheceu a possibilidade de adjudicação de contratos diretos a associações de voluntariado, mas que a legislação regional em causa aplica essa derrogação não só às referidas associações mas também às instituições sem fins lucrativos, o que amplia as possibilidades de limitação. Entende que a legislação regional controvertida torna inoperacional o fundamento de eficácia orçamental, uma vez que o Decreto regional SAN/1221/2017 prevê as mesmas tarifas de serviço tanto para as instituições sem fins lucrativos como para as instituições com fins lucrativos, contratadas segundo a legislação em matéria de contratos públicos, e que essas tarifas se aplicam a todas as situações de prestação de serviços com meios externos à Administração, sem distinguir entre a ação concertada e a gestão indireta.

- 6 A Consejería de Sanidad (Secretaria da Saúde) alega que, em conformidade com os artigos 14.º e 106.º TFUE, com o Protocolo 26 anexo ao Tratado e com o considerando 114 da Diretiva 2014/24, as Comunidades Autónomas, incluindo a Comunidade de Aragão, legislaram nesta matéria baseando-se no seu poder de organização dos serviços sociais de interesse geral e optaram por implementar formas diversas de gestão deste tipo de serviços, permitindo o acesso à gestão desses serviços às entidades comerciais por via da gestão indireta. Por conseguinte, não se pode concluir que as entidades que não sejam instituições sem fins lucrativos fiquem excluídas da gestão deste tipo de serviços. Alega que não foi a Lei regional n.º 11/2016 que criou uma terceira via de gestão dos serviços de interesse geral, mas sim a Diretiva 2014/24, e que esta opção foi transposta para a ordem jurídica interna pela Comunidade Autónoma de Aragão. A legislação relativa à ação concertada não viola a legislação dos contratos, uma vez que constituem vias diferentes, dado que a ação concertada não é um contrato. A Consejería de Sanidad (Secretaria da Saúde) considera que não há violação nem da liberdade de estabelecimento, nem da liberdade de prestação de serviços, uma vez que considera conforme com o direito da União a reserva às instituições sem fins lucrativos do exercício da ação concertada em matéria de saúde, em especial para a gestão de dispositivos domiciliários de doentes de SIDA. Na sua opinião, esta reserva é suficientemente justificada pelos princípios do direito da União da universalidade e da solidariedade, bem como por razões de eficácia económica e de adequação, na medida em que permite que esse serviço de interesse geral seja prestado, em condições de equilíbrio económico, por organismos essencialmente constituídos para servir o interesse geral, em conformidade com a jurisprudência da União.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

Problemática jurídica

- 7 O órgão jurisdicional de reenvio salienta, antes de mais, que, à luz das decisões do Tribunal de Justiça, como o Acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-159/11) e o Acórdão Piepenbrock (C-386/11), o conceito de contrato a título oneroso abrange igualmente os contratos para os quais a remuneração acordada se limita ao reembolso dos custos incorridos para prestar o serviço objeto do contrato. Ou, como afirma o Tribunal de Justiça no Acórdão CASTA e o. (C-50/14) e no Acórdão Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o (C-113/13), um contrato não pode escapar ao conceito de contrato público pelo simples facto de a sua remuneração se limitar ao reembolso dos custos suportados para fornecer o serviço acordado ou de o referido contrato ser celebrado com uma entidade que não prossegue fins lucrativos. O órgão jurisdicional de reenvio recorda que, no Acórdão CASTA e o. (C-50/14), o Tribunal de Justiça declarou que a adjudicação, por ajuste direto, sem publicidade, de um serviço a uma associação de voluntariado está em conformidade com o direito da União, desde que a decisão responda ao critério da eficácia orçamental e que, através dessa adjudicação, contribua para uma finalidade social e para a prossecução de objetivos de solidariedade.
- 8 Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, embora o considerando 114 e os artigos 76.º e 77.º da Diretiva 2014/24 assentem numa regra geral de sujeição às regras de contratação, é deixada aos Estados-Membros uma grande margem de liberdade para prestarem serviços de interesse geral e social por eles próprios ou para organizarem o modo de prestação desses serviços, sendo autorizadas as reservas de contratos (artigo 77.º) e até mesmo as adjudicações por ajuste direto, como resulta da parte final do considerando 114, onde são fornecidos exemplos de atuação ou de organização alheios á técnica contratual.
- 9 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio conclui que a Diretiva 2014/24 confere aos Estados a liberdade de prestarem esses serviços eles próprios sem sujeição à contratação, mas de forma ampla, ou seja, sem discriminação entre entidades que operam e não operam no mercado ou entre entidades com ou sem fins lucrativos, e que só excepcionalmente é que a jurisprudência do Tribunal de Justiça se pronunciou favoravelmente quanto à possibilidade de uma adjudicação por ajuste direto, sem publicidade, de certos tipos de serviços a associações de voluntariado, quando a decisão é justificada por razões de eficácia orçamental e se prossiga um objetivo de solidariedade e uma finalidade social.
- 10 No que respeita à Lei regional n.º 11/2016 controvertida, o órgão jurisdicional de reenvio afirma que, nesta, a ação concertada constitui uma opção para a gestão de serviços sociais e de saúde, conjuntamente com a gestão direta com meios próprios e com a gestão indireta mediante a contratação (artigo 2.º). As Administrações podem prestar este tipo de serviços através de qualquer uma das três vias. A ação concertada é definida como um instrumento organizacional de

natureza não contratual (artigo 3.º) e é concebida como uma opção subsidiária da gestão direta com meios próprios para os serviços a serem diretamente prestados pelas Administrações (disposição adicional 4.ª).

- 11 O órgão jurisdicional de reenvio considera que resulta de uma leitura conjugada das disposições acima referidas e do artigo 5.º, n.ºs 2 e 4, da Lei regional n.º 11/2016, que a utilização da ação concertada pela Administração, a título subsidiário à gestão direta com meios próprios, é definida não tanto pela especificidade ou pela particularidade dos serviços a prestar (a lei permite concluir que qualquer uma das três vias permite uma prestação adequada desse tipo de serviços), mas sim pelo objetivo prosseguido com a sua utilização e que se justifica pela entidade responsável pela sua prestação. Importa tomar em consideração o facto de o artigo 5.º, n.º 2, da referida lei, ao definir os casos de aplicação dessa técnica, prever três situações alternativas, pelo que a sua utilização não tem necessariamente de ser justificada pela *«adequação desta forma de gestão em função do conteúdo concreto da prestação»*.
- 12 O órgão jurisdicional de reenvio considera que o objetivo da ação concertada não consiste tanto na prestação adequada de um determinado serviço de interesse geral – a legislação em causa não delimita serviços concretos, contrariamente à regulamentação contratual da União – uma vez que essa adequação poderia igualmente ser satisfeita pela via da contratação, mas sim pela prestação por uma instituição sem fins lucrativos, com determinadas características. Consequentemente, a utilização da ação concertada não é determinada pela prestação do serviço, mas sim pelo perfil de quem é responsável pela sua prestação. Atendendo ao artigo 5.º, n.º 4, da Lei regional n.º 11/2016, esta técnica parece ser concebida como um instrumento de política social, cujos agentes são as instituições sem fins lucrativos, em geral, e os escolhidos pela Administração, em especial.
- 13 Ora, isso implica que se presume que qualquer instituição sem fins lucrativos, pelo facto de o ser, é eficaz orçamental e financeiramente, o que não pode de modo algum ser deduzido da regulamentação da União nem do caso excecional em que o Tribunal de Justiça admitiu a não aplicação da técnica contratual e a viabilidade da adjudicação por ajuste direto, sem publicidade, de determinados serviços, única e exclusivamente reconhecido em relação a associações de voluntariado. A isto acresce o facto de a gestão indireta (por via da contratação) e a ação concertada aparentarem ser igualmente eficazes, economicamente falando, uma vez que o Decreto regional SAN/1221/2017 é indistintamente aplicável em ambos os casos.
- 14 Em suma, a ação concertada é reservada, de forma exclusiva, às instituições sem fins lucrativos para a prestação de serviços de interesse geral de saúde ou sociais. Esta ação é considerada subsidiária da prestação direta com meios próprios desses serviços pelas Administrações, não por referência a uma prestação adequada a esses serviços (isto é, para a satisfação plena do cidadão), mas sim por referência à realização de determinados objetivos de política social da Administração em cada

caso concreto. As instituições sem fins lucrativos tornam-se agentes de execução dessa política e desses objetivos.

Justificação da necessidade da submissão do pedido de decisão prejudicial

- 15 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o recurso tem por objeto o Decreto regional relativo à assistência a doentes de SIDA. Neste, a ação concertada com instituições sem fins lucrativos justifica-se, de modo resumido e sem fundamentação aprofundada, pela indisponibilidade de meios próprios da Administração que presta esse serviço público de interesse geral, pelo caráter inadequado da extensão dos meios pessoais e materiais de que esta administração dispõe, e pela necessidade de manter a continuidade dos serviços de assistência aos doentes de SIDA em Aragão.
- 16 A validade do ato administrativo impugnado depende da conformidade da regulamentação aplicável com o direito da União, o que justifica a submissão do presente pedido de decisão prejudicial. É evidente que, se a opção normativa constante da Lei regional n.º 11/2016 quanto à ação concertada enquanto técnica de gestão subsidiária da gestão direta de determinados serviços de interesse geral não for conforme com o direito da União, por violação, em particular, do princípio da liberdade de estabelecimento, o ato administrativo impugnado dificilmente pode ser conforme com este direito e, por conseguinte, não será necessário decidir sobre a adequação do referido ato à legislação aplicável.