

Processo C-347/24

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

13 de maio de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália)

Data da decisão de reenvio:

7 de maio de 2024

Recorrente:

Team Service Soc. cons. arl

Recorrida:

Ferservizi SpA

[OMISSIS] REPUBBLICA ITALIANA

O Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio)

(Quarta Secção – B)

proferiu o presente

DESPACHO

relativo ao recurso [OMISSIS] interposto pela Team Service Società Consortile a r.l., [OMISSIS]

contra

Ferservizi S.p.A., [OMISSIS] e

CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., [OMISSIS]

CNCP - Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° Società Cooperativa, Security Service S.r.l., não são parte no processo;

para anulação, previamente à adoção de medidas cautelares,

a) da medida [OMISSIS] através da qual a Ferservizi S.p.A. adjudicou, a favor do CNS - Consorzio nazionale servizi soc. coop., o Lote 1 (área territorial do Noroeste) do Concurso 15/2023 para a adjudicação da «Prestação de multiserviços e limpeza de baixo impacto ambiental, desinfeção, serviços complementares pela Ferservizi S.p.A. para os imóveis utilizados pelas empresas do grupo Ferrovie dello Stato Italiane» [OMISSIS];

b) do ato da entidade adjudicante, na parte em que não excluiu do concurso, relativamente ao Lote 1 – área territorial do Noroeste, o CNCP - Attività 360° della Rete Ferroviaria Italiana, segundo na classificação, e a Security Service, terceira na classificação;

c) [sendo caso disso], do contrato público (acordo-quadro) celebrado pela entidade adjudicada com a adjudicatária CNS - Consorzio nazionale servizi soc. coop. [OMISSIS];

d) de qualquer outro ato e/ou medida [conexo];

bem como para o ressarcimento dos danos sofridos e futuros,

a) ou mediante reposição natural, com a assunção da execução do serviço e do contrato (acordo-quadro) pela recorrente, solução para a qual a mesma se declara, desde já, totalmente disponível;

b) ou através da reposição por equivalente, em montante a quantificar no decurso do processo, com base na justa e equitativa ponderação a levar a cabo pelo Tribunale.

[OMISSIS] Tendo em conta o artigo 267.º TFUE;

Considerando:

- que a recorrente Team Service Società Consortile a r.l. interpôs recurso da adjudicação, a favor do CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., do contrato-quadro com vista à adjudicação da «Prestação de multiserviços e limpeza de baixo impacto ambiental, desinfeção, serviços complementares pela Ferservizi S.p.A. para os imóveis utilizados pelas empresas do grupo Ferrovie dello Stato Italiane» – Lote [área] territorial 1, alegando anomalias na proposta da adjudicatária;

- que a adjudicação foi decidida na sequência de um concurso público lançado pela Ferservizi S.p.a. nos termos do Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 («Transposição das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

relativas à adjudicação de contratos de concessão, aos contratos públicos e aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e reformulação do regime em matéria de contratos públicos de empreitada, de prestações de serviços e de fornecimentos») por anúncio publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* de 15 de março de 2023;

- que o valor estimado para o Lote 1 («área territorial Noroeste») é de 15 713 019,48 euros, sem IVA, ou seja, superior aos limiares europeus relevantes;

- que, em juízo, a Ferservizi S.p.a. negou estar sujeita à aplicação da Diretiva 2014/25/UE e das disposições nacionais de transposição, porquanto, por um lado, podia ser qualificada de empresa pública, e, por outro, o concurso dizia respeito a prestações de serviços não abrangidas pelas atividades previstas nos artigos 8.º ao 14.º da Diretiva;

- que, assim sendo, segundo a Ferservizi S.p.a., a abertura de um concurso e a observância das regras do mesmo resultaram de uma escolha livre [OMISSIS], o que teve como tripla consequência: a) o não enquadramento do caso concreto no âmbito de aplicação das diretivas europeias em matéria de contratos públicos; b) a aplicação do direito civil; c) a devolução do litígio aos tribunais comuns [e não aos tribunais administrativos] [OMISSIS];

Observado que:

- segundo o direito nacional que procedeu à transposição da Diretiva 2014/25/UE aplicável *ratione temporis* ao caso em análise (artigo 114.º do Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016), as normas do Código dos Contratos Públicos e, nomeadamente, a obrigação de abertura de um processo de concurso público, são aplicáveis, para os contratos relativos a setores especiais (entre os quais se encontra o serviço de transporte ferroviário), sempre que um sujeito seja qualificável de empresa pública, apenas se o mesmo exercer uma das atividades previstas nos artigos 115.º a 121.º (correspondentes às atividades previstas nos artigos 8.º ao 14.º da Diretiva 2014/25);

- além disso, segundo jurisprudência nacional, «não se deve concluir pela sujeição da adjudicação de um serviço às regras previstas para os setores especiais apenas com base num critério subjetivo, mais concretamente, com base no facto de a adjudicação do contrato ser levada a cabo por uma entidade que opera nos setores especiais, devendo igualmente ser aplicado um critério objetivo que tenha em conta o nexo entre o serviço e a atividade especial» [OMISSIS];

- em particular, «as entidades privadas que atuem com base em direitos exclusivos, à semelhança do que acontece com as empresas públicas, só estão obrigados a abrir concursos públicos quando se verificarem dois pressupostos cumulativos, mais concretamente: quando operarem em setores especiais e quando a adjudicação tiver por objeto atividades instrumentais à atividade exercida nos setores especiais»; [OMISSIS] e que posteriormente foi especificado pela referida

jurisprudência nacional que «o conceito de instrumentalidade do contrato deve ser interpretado de forma razoavelmente restritiva, entendendo-se como tal uma adjudicação que vise os objetivos próprios (*core business*) da atividade especial» [OMISSIS];

- em contrapartida, para os contratos «não relacionados» com a atividade especial, adjudicados para fins diferentes dos das atividades exercidas pelas empresas públicas nos setores especiais, «não se prevê qualquer alargamento da legislação relativa aos setores comuns, mas sim a exclusão de ambas as diretivas, com a conseqüente aplicação das regras de direito comum»;

- o novo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 36, de 31 de março de 2023 (não aplicável ao caso em apreço porquanto a situação em análise diz respeito a um concurso lançado antes da sua entrada em vigor), partindo do princípio de que - em conformidade com o quadro definido pela Diretiva 2014/25/UE para as empresas públicas e para os sujeitos privados titulares de poderes especiais ou exclusivos, que não sejam administrações públicas - a obrigação de respeito das regras dos concursos públicos, que se traduz numa significativa limitação da autonomia contratual [OMISSIS], não pode ser automática e aplicada a qualquer adjudicação, exigindo-se para esse efeito um requisito adicional, de natureza objetiva e finalística, [OMISSIS] contém, no artigo 141.º, n.º 2, uma norma que, relativamente ao artigo 114.º do Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016, anteriormente vigente, explicita mais claramente esses requisitos, estabelecendo que «[a]s empresas públicas e os sujeitos titulares de direitos especiais ou exclusivos aplicam as disposições do presente Livro apenas aos contratos instrumentais de um posto de vista funcional a uma das atividades previstas nos artigos 146.º a 152.º»;

Considerando:

- que segundo a jurisprudência nacional [OMISSIS], a Ferservizi S.p.a. é «uma empresa pública, sujeita à direção e à coordenação da Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., *holding* do Gruppo FS, que faz a gestão dos fornecimentos e dos serviços que não fazem parte da atividade principal (*no core business*), que não são diretamente conexos com o exercício da atividade ferroviária, em apoio das atividades das outras empresas do Gruppo FS e que, portanto, tem a obrigação de aplicar o código dos contratos públicos exclusivamente aos processos de concurso que visam prosseguir objetivos estritamente instrumentais à atividade especial»;

- a natureza de empresa pública resulta da participação total da empresa-mãe Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva 2014/25/UE), a qual, por sua vez, segundo a jurisprudência nacional, é um organismo de direito público [OMISSIS] e, portanto, uma autoridade adjudicante quer nos setores comuns nos termos do artigo 2.º, n.º 1, 4) da Diretiva 2014/24/UE, quer nos setores especiais nos termos do artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE;

- o órgão jurisdicional de reenvio concorda com a qualificação da Ferservizi S.p.a. como empresa pública nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2014/25/UE, uma vez que se verifica o requisito da influência dominante por uma autoridade adjudicante, influência essa que se presume existir quando esta última detiver a maioria do capital subscrito, e uma vez que a Ferservizi S.p.a., juntamente com as outras empresas do grupo da Ferrovie dello Stato S.p.a., opera no setor do transporte ferroviário, abrangido pelos [serviços] elencados nos artigos 8.º ao 14.º da diretiva;
- o órgão jurisdicional de reenvio também concorda com a qualificação da empresa-mãe Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. como organismo de direito público, dado que a empresa preenche os três requisitos cumulativos para o efeito (Acórdão de 13 de janeiro de 2005, Comissão/Espanha, C-84/03, EU:C:2005:14, n.º 84), concretamente: I) ter sido criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial (na qualidade de concessionária, através da sua filial Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., a empresa em causa faz a gestão da infraestrutura ferroviária nacional); II) possuir personalidade jurídica [OMISSIS]; III) ser financiada maioritariamente pelo Estado (sendo controlada totalmente pelo Ministério da Economia e das Finanças);
- por fim, o órgão jurisdicional de reenvio concorda com a observação da Ferservizi S.p.a. segundo a qual o contrato em questão deve ser considerado não relacionado com as atividades próprias dos setores especiais, porquanto as prestações que são objeto do contrato dizem principalmente respeito a edifícios de escritórios utilizados pelos trabalhadores das empresas do grupo, que não são acessíveis aos utentes do serviço, e que, em definitivo, não são estritamente conexos com o exercício do transporte ferroviário;
- essa leitura restritiva é apoiada pelas posições da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia proferidas mais recentemente, segundo as quais, para esse efeito, apenas são relevantes «as atividades que se destinam efetivamente ao exercício da atividade pertencente ao setor ([...]) permitindo a realização de modo adequado dessa atividade, tendo em conta as suas condições normais de exercício, com exclusão das atividades exercidas para outros fins que não o exercício da atividade setorial em causa» (Acórdão de 28 de outubro de 2020, Pegaso e Sistemi di Sicurezza, C-521/18, EU:C:2020:867, em matéria de serviços postais), bem como pela jurisprudência nacional, que, precisamente em relação ao serviço de transporte ferroviário, considerou que existia um nexo de instrumentalidade entre as atividades de gestão da rede exercida pela Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. e o serviço de limpeza (apenas) de estações [e instalações conexas] [OMISSIS];
- todavia, o órgão jurisdicional de reenvio considera que, em casos específicos como o aqui em questão, a não verificação do requisito de instrumentalidade funcional da prestação em relação à atividade própria dos setores especiais,

exercida por uma empresa pública, não pode conduzir, por norma, à exclusão da aplicação de ambas as diretivas em matéria de contratos públicos;

- a particularidade da situação reside no facto de o contrato se destinar à aquisição de prestações que o operador económico adjudicatário também deverá prestar a terceiros que fazem parte do mesmo grupo de sociedades, os quais, se recorressem diretamente ao mercado, pela sua natureza, estariam sujeitos ao cumprimento das diretivas;

- existe portanto um risco concreto de comportamentos violadores do direito da União e do princípio da concorrência;

- em especial, tendo em conta que, quanto à regras em matéria de contratos públicos, sempre que se dirigem ao mercado, as empresas públicas estão sujeitas a obrigações menos restritivas que as aplicáveis às autoridades adjudicantes, estas empresas podem ser utilizadas por aquelas autoridades, através de diferentes estratégias jurídicas, para exercer funções que, no essencial, consistem numa atividade de mera intermediação para a aquisição de serviços relativos a «contratos não relacionados» a favor daquelas entidades, beneficiando do facto de, por não estar previsto o requisito da instrumentalidade funcional, a empresa pública não poder ser qualificada de entidade adjudicante;

- além disso, os conceitos de instrumentalidade e de inseparabilidade em relação ao *core business* da atividade dos setores especiais (a verificar sempre que o sujeito caiba na definição de «empresa pública») apenas fazem sentido quando se referem a uma única entidade e são relacionados com o objeto do contrato de prestações de serviços a realizar a seu favor;

- levando esta argumentação até ao fim, basta que uma autoridade adjudicante (no presente caso, um organismo de direito público), que opera nos setores especiais e está sempre obrigada a aplicar as normas da Diretiva 2014/25/UE, crie uma empresa pública com o único objetivo de contornar a aplicação da legislação [de direito da União] em matéria de contratação, para que beneficie do regime jurídico das empresas públicas, que podem operar sem limitações [OMISSIS] no mercado sempre que o contrato se configure como «não relacionado» [com a atividade especial];

- por conseguinte, uma vez que a inexistência de um nexo de instrumentalidade funcional com as atividades próprias dos setores especiais não pode, em todo o caso, conduzir a aplicar as normas em matéria de contratos nos setores comuns (uma vez que se trata de corpos normativos autónomos e distintos), nem a qualificar a empresa pública controlada como organismo de direito público [OMISSIS], o órgão jurisdicional de reenvio considera que há que aplicar as disposições da Diretiva 2014/25/UE em todas as situações em que as prestações de serviços que são objeto do contrato que foi objeto do concurso lançado pela empresa pública tenham, no essencial, como beneficiários os operadores que atuam nos setores especiais e que preenchem os requisitos para

serem qualificados de autoridades adjudicantes, que, de outra forma, estariam obrigados a respeitar as regras em matéria de contratos públicos, independentemente da existência do referidonexo de instrumentalidade;

- no caso em análise pelo órgão jurisdicional de reenvio estamos perante uma empresa pública (Ferservizi S.p.a.) que integra o «Centro Servizi Integrato» do grupo Ferrovie dello Stato que gere para a empresa-mãe e para as empresas do Gruppo FS as funções de «*back Office*», ou seja, as atividades não diretamente conexas com a atividade ferroviária, exercendo um papel de apoio ao *core business* [OMISSIS] e melhorando de forma constante a eficiência dos processos geridos», e que trata de «aquisições acessórias (*no core*)» numa lógica de mercado [OMISSIS];

- assim, é evidente que uma entidade com tais características corre o risco de se tornar numa ferramenta da autoridade adjudicante que a controla para contornar a aplicação de ambas as diretivas, uma vez que, por definição, esta entidade nunca poderia ser considerada nem uma entidade adjudicante para efeitos de aplicação da Diretiva 2014/25/UE (uma vez que se ocupa de aquisições não inerentes à atividade principal (*core business*) das empresas do grupo) nem uma autoridade adjudicante para efeitos de aplicação da Diretiva 2014/24/UE (uma vez que se trata de uma empresa pública que atua nos setores especiais);

- neste sentido, cabe salientar que, em conformidade com o seu objeto social, o concurso para adjudicação da Ferservizi S.p.a. visa a adjudicação da «Prestação de multiserviços e limpeza de baixo impacto ambiental, desinfeção, serviços complementares pela Ferservizi S.p.A. para os imóveis utilizados pelas empresas do grupo Ferrovie dello Stato Italiane», ou seja, para uma pluralidade de empresas colocadas sob a direção e controlo da empresa-mãe Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., organismo de direito público [OMISSIS];

- [OMISSIS] [*considerações posteriores no mesmo sentido*];

- por fim, parece oportuno lembrar que o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que «uma sociedade que, por um lado, é inteiramente detida por uma [autoridade] adjudicante cuja atividade é satisfazer necessidades de interesse geral e que, por outro, realiza quer transações para essa autoridade adjudicante quer transações no mercado concorrencial deve ser qualificada de “organismo de direito público” ([...]) desde que as atividades dessa sociedade sejam necessárias para a referida [autoridade] adjudicante poder exercer a sua atividade e que, para satisfazer necessidades de interesse geral, a referida sociedade se deixe guiar por considerações que não sejam económicas, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar» (Acórdão de 5 de outubro de 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, justamente com referência a um concurso lançado por uma sociedade controlada pela «sociedade de caminhos de ferro estatal lituana»);

- em conclusão, o órgão jurisdicional de reenvio submete a título prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do artigo 267.º TFUE, a seguinte questão de interpretação do direito da União:

Uma empresa pública, que opera em setores especiais (entidade adjudicante nos termos do artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva 2014/25/UE, conforme transposta pelos artigos 114.º e seguintes do Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016), qualificada como tal por estar sujeita a uma influência dominante de uma autoridade adjudicante, mais concretamente de um organismo de direito público (artigo 2.º, n.º 1, ponto 4, da Diretiva 2014/25/UE) que detém a maioria do seu capital, está obrigada a respeitar as disposições da Diretiva 2014/25/UE quando tencione celebrar um contrato de prestação de serviços, de valor superior aos limiares de aplicação do direito da União, que tenha por objeto serviços que não são estritamente inerentes às atividades previstas nos artigos 8.º a 14.º da Diretiva 2014/25/UE mas que visam satisfazer, de forma exclusiva ou predominante, necessidades do organismo de direito público que exerce o controlo sobre si e necessidades das empresas que, por sua vez, são controladas pelo referido organismo?

- [OMISSIS] [processo]

por estas razões

O Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Quarta Secção - B):

- a) submete ao Tribunal de Justiça da União Europeia a questão prejudicial mencionada na fundamentação;
- b) [OMISSIS];
- c) suspende o presente processo enquanto se aguarda a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

[OMISSIS] Roma [OMISSIS] 23 de abril de 2024 [OMISSIS]