

JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO TJUE SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

ESPERANÇA MEALHA

Resumo: o presente artigo efetua uma seleção da jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre contratação pública. Partindo do acervo jurisprudencial publicado em 2016 e 2017, apresenta um conjunto de decisões, do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, das quais extrai indicações sobre a interpretação e aplicação de alguns princípios e conceitos fundamentais do direito da União Europeia em matéria de contratação pública.

Palavras-chave: contratação pública; Tribunal de Justiça da União Europeia; diretivas europeias sobre contratação pública; Código dos Contratos Públicos.

INTRODUÇÃO*

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em matéria de contratação pública¹ é marcada por uma “evolução na continuidade”, quer na interpretação dos princípios fundamentais da contratação pública, quer na definição dos conceitos indispensáveis à aplicação do direito da União Europeia nesta matéria. Dada a vastidão da jurisprudência pertinente, optou-se por escolher algumas das mais recentes decisões, não apenas do Tribunal de Justiça, mas também do Tribunal Geral, que se afiguram úteis para a apreensão de alguns daqueles princípios e conceitos fundamentais.

* As opiniões expressas no presente artigo são estritamente pessoais e não vinculam senão a autora.

¹ As traduções portuguesas das diretivas e dos acórdãos do TJUE sobre contratação pública utilizam frequentemente a expressão “contratos públicos” para se referirem aos procedimentos de contratação pública. Veja-se, como exemplo, a versão portuguesa da Diretiva 2014/24/UE, que se intitula “relativa aos contratos públicos” e note-se a diferença para as versões inglesa (“on public procurement”), francesa (“sur la passation des marchés publics”) ou espanhola (“sobre contratación pública”). Neste contexto, cumpre advertir que, em vez de “contratos públicos”, utilizaremos preferencialmente a expressão “contratação pública”, que se encontra generalizada na doutrina e na jurisprudência portuguesas e que se afigura ser mais apropriada para designar o regime jurídico dos procedimentos de formação dos contratos públicos.

Para melhor compreensão do enquadramento processual em que foram proferidos os acórdãos selecionados, importa relembrar as diferentes competências das duas jurisdições do TJUE, bem como os diferentes quadros normativos aplicáveis, por um lado, à contratação pública das entidades adjudicantes nos Estados-Membros e, por outro, à contratação pública das instituições da União Europeia (adiante, “UE” ou “União”).

Assim, recorde-se que ao Tribunal de Justiça cabe decidir os pedidos de reenvio prejudicial (artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [TFUE]), formulados pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, que são os juízes de direito comum de direito da União. Entre estes pedidos de reenvio constam, naturalmente, pedidos respeitantes a litígios de contratação pública, solicitando a clarificação ou interpretação do direito da União ou questionando a conformidade da respetiva legislação nacional com o direito da União. A este respeito, importa relembrar que a adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros (ou por conta destas) deve respeitar os princípios em matéria de contratação pública, que resultam dos Tratados e da jurisprudência do TJUE. Além disso, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, as diretivas sobre contratação pública² contêm as disposições que os Estados-Membros estão obrigados a transpor para a legislação nacional, com o objetivo de coordenar os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência.

Além disso, o Tribunal de Justiça pode ser chamado a interpretar as regras de contratação pública no âmbito de uma ação por incumprimento (artigo 258.º do TFUE), intentada pela Comissão³ contra um Estado-Membro, com fundamento na violação, por parte deste, das obrigações em matéria de contratação pública que lhe incumbem por força do direito da União.

O Tribunal Geral, por seu turno, é a instância competente para julgar, em primeira instância, as ações e recursos interpostos pelas pessoas singulares ou coletivas que visem anular os atos das instituições, dos órgãos ou dos organismos da União, incluindo os relativos aos procedimentos de contratação pública. Cumpre lembrar que as instituições da UE não estão juridicamente vinculadas às diretivas europeias de contratação pública, mas possuem as suas próprias regras, previstas no Regulamento Financeiro da UE

² O pacote das diretivas europeias de 2014 sobre contratação pública é constituído pela 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; pela Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE; e pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

³ A ação por incumprimento contra um Estado-Membro é intentada, tipicamente, pela Comissão, embora também o possa ser por outro Estado-Membro.

e nas suas normas de execução, com a última redação que lhes foi dada em outubro de 2015⁴. Não obstante, as regras próprias do Regulamento Financeiro da UE e das suas normas de execução seguem, globalmente, as disposições daquelas diretivas⁵. Das decisões do Tribunal Geral cabe recurso para o Tribunal de Justiça, limitado às questões de direito.

Assim, para a correta interpretação e aplicação do direito da União nos litígios de contratação pública dirimidos nos tribunais nacionais, é indispensável o conhecimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente a proferida no âmbito do mecanismo do reenvio prejudicial, mecanismo esse que tem como objetivos a cooperação ativa entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça e a aplicação uniforme do direito europeu em toda a UE⁶.

Diversamente, a jurisprudência do Tribunal Geral em matéria de contratação pública das instituições da UE (assim como a jurisprudência do Tribunal de Justiça emitida em sede de recurso dessas decisões) não é diretamente transponível para o contexto nacional, atenta a diferença dos quadros legais que regulam a contratação pública das autoridades adjudicantes nos Estados-Membros, por um lado, e a contratação pública das instituições da UE, por outro. Contudo, este acervo jurisprudencial não deixa de manter interesse como indicação útil sobre a concretização de princípios e conceitos transversais ao direito da União em matéria de contratação pública.

⁴ As regras de contratação pública a que estão submetidas as instituições da UE constam do Regulamento (UE, Euratom) 2015/1929 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de outubro de 2015, que altera o Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União; e do Regulamento Delegado (UE) 2015/2462 da Comissão, de 30 de outubro de 2015, que altera o Regulamento Delegado (UE) n.º 1268/2012 sobre as normas de execução do Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União. Além disso, o Banco Central Europeu (BCE), que está excluído do âmbito de aplicação do Regulamento Financeiro da UE devido à sua “natureza, às suas funções específicas e à sua independência”, tem um regime de aquisições próprio, definido na Decisão (UE) 2016/245 do Banco Central Europeu, de 9 de fevereiro de 2016.

⁵ No Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu (TCE) intitulado *As instituições da UE podem fazer mais para facilitar o acesso aos seus contratos públicos* (2016, eca.europa.eu), o TCE conclui que o Regulamento Financeiro da UE e as respetivas normas de execução apresentam desvios relativamente às disposições das diretivas que não são explicados, nomeadamente, no que respeita à participação das pequenas e médias empresas e ao objetivo das consultas preliminares ao mercado. Em consequência, o TCE recomenda que «[p]ara a próxima revisão do Regulamento Financeiro da UE, em 2016, a Comissão deve propor um único conjunto de regras para os contratos públicos. Nele, deve ser expressamente encorajada a participação das pequenas e médias empresas. Além disso, devem ser incluídas regras sobre a prospeção do mercado antes da celebração de contratos imobiliários e sobre o regime linguístico dos procedimentos de contratação. Os desvios em relação à Diretiva Contratos Públicos 2014 [Diretiva 2014/24/UE] devem ser justificados.» (Recomendação 2, p. 54).

⁶ Não esquecer que o acórdão do Tribunal de Justiça, proferido em sede de reenvio prejudicial, não vincula apenas a jurisdição nacional destinatária, vincula também os outros órgãos jurisdicionais nacionais a que seja submetido um problema idêntico.

Com este enquadramento, seleccionámos um conjunto de acórdãos⁷ do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, tendo como janela temporal os anos de 2016 e 2017 e seguindo uma organização em função dos seguintes temas gerais:

1. Princípios fundamentais da contratação pública
2. Âmbito de aplicação das regras de contratação pública
3. Operadores económicos/proponentes
4. Propostas e critérios de adjudicação
5. Aplicação da lei (diretivas) no tempo

1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A título prévio, importa, em primeiro lugar, lembrar que a política de contratação pública constitui um instrumento fundamental para a realização de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, que é, nos termos do artigo 119.º do TFUE, essencial à realização do objetivo do mercado interno europeu tal como expresso no artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE). Em segundo lugar, recorde-se que são princípios estruturantes da contratação pública, nomeadamente, os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência [cfr. considerando 2 da 2004/18/CE⁸, correspondendo ao atual considerando 1 da Diretiva 2014/24/UE, e artigo 1.º-A/1 do Código dos Contratos Públicos (CCP)⁹].

A construção de tais princípios é essencialmente resultado da jurisprudência do Tribunal de Justiça e da sua elaboração sobre as disposições dos Tratados, nomeadamente sobre os valores sobre os quais foi fundada a União (artigo 2.º do TUE) e sobre as liberdades essenciais à construção do mercado interno (cfr. artigos 26.º/2, 28.º, 34.º, 45.º, 49.º e 56.º do TFUE).

Os acórdãos que se seguem são meramente ilustrativos de um conjunto significativo de arestos que, na linha de jurisprudência anterior, interpretam e aplicam estes princípios fundamentais do direito da União em matéria de contratação pública.

⁷ Os acórdãos estão identificados de acordo com o modo de citação da jurisprudência no Tribunal de Justiça da União Europeia com base no ECLI (identificador europeu da jurisprudência).

⁸ 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 (entretanto revogada pela Diretiva 2014/24/UE).

⁹ Na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

i) Princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e dever de transparência

No reenvio prejudicial de um tribunal administrativo italiano que deu azo ao acórdão de 28 de janeiro de 2016, *CASTA e.a.* (C-50/14, EU:C:2016:56), estava em causa saber se as regras do direito da União em matéria de contratos públicos se opõem a uma regulamentação nacional que permite às autoridades sanitárias locais confiarem a prestação de serviços de transporte sanitário por ajuste direto, sem qualquer forma de publicidade, a associações de voluntariado, que apenas recebem, para a prestação desses serviços, o reembolso dos custos suportados para esse fim.

O Tribunal de Justiça salientou que a resposta à questão colocada divergia consoante a Diretiva 2004/18/CE fosse plenamente aplicável ou quando, pelo contrário, apenas devessem ser tidos em consideração os princípios gerais da transparência e da igualdade de tratamento que decorrem dos artigos 49.º e 56.º do TFUE.

Assim, no primeiro caso, o Tribunal de Justiça considerou que a Diretiva 2004/18/CE se opõe a uma regulamentação nacional como a que estava em causa, na medida em que permite às autoridades locais confiarem a prestação de serviços de transporte sanitário por ajuste direto, sem qualquer forma de publicidade, a organismos de voluntariado.

No segundo caso, o Tribunal de Justiça começou por recordar que o direito da União em matéria de contratos públicos, na parte em que se refere, em particular, aos contratos públicos de serviços, visa assegurar a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada e o mais ampla possível nos Estados-Membros. Daí decorre que a aplicação de uma regulamentação nacional como a que está em causa leva a um resultado contrário a esses objetivos, uma vez que, por um lado, exclui as entidades sem caráter de voluntariado de uma parte essencial dos contratos em causa e, por outro, constitui uma diferença de tratamento desfavorável às empresas que possam ter interesse nesse contrato, mas que estão estabelecidas noutro Estado-Membro, o que, a não ser que se justifique por circunstâncias objetivas, constitui uma discriminação indireta em razão da nacionalidade, proibida pelos artigos 49.º e 56.º do TFUE.

No entanto, e esse é o ponto central do acórdão, o Tribunal de Justiça reconheceu que o recurso a essas associações para a organização do serviço de transporte sanitário é suscetível de ser motivado pelos princípios da universalidade e da solidariedade, bem como por razões de eficácia económica e de adequação, na medida em que permite que este serviço de interesse geral seja assegurado em condições de equilíbrio económico no plano orçamental, por organismos constituídos essencialmente tendo em vista servir o interesse geral, objetivos esses que são tidos em consideração pelo direito da União. Além disso, inspirando-se numa jurisprudência constante no domínio das restrições à liberdade de circulação por razões de saúde pública, o Tribunal de Justiça reconheceu aos Estados-Membros uma margem de apre-

ciação na organização dos seus sistemas de saúde pública e segurança social, sob reserva do respeito pelo duplo teste da necessidade e da proporcionalidade. Daí extraiu, para o caso em apreço, a exigência de que o sistema de organização de um serviço de transportes sanitário com recurso a associações de voluntariado contribua efetivamente para o fim social e para a prossecução dos objetivos de solidariedade e de eficácia orçamental em que o mesmo assenta, bem como uma aplicação estrita de tal legislação, de modo a garantir que nenhum fim lucrativo, ainda que indireto, possa ser prosseguido a coberto de uma atividade voluntária e que o voluntário possa ser unicamente reembolsado dos custos efetivamente suportados com a atividade prestada, nos limites previamente estabelecidos pelas próprias associações.

Atendendo a estas considerações, o Tribunal de Justiça concluiu que os artigos 49.º e 56.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional como a que está em causa, que permite às autoridades locais confiarem a prestação de serviços de transporte sanitário, por ajuste direto, sem qualquer forma de publicidade, a associações de voluntariado, desde que o quadro legal e convencional em que se desenvolve a atividade desses organismos contribua efetivamente para uma finalidade social e para a prossecução dos objetivos de solidariedade e de eficácia orçamental.

Em resposta às demais questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça concluiu, em primeiro lugar, que uma autoridade pública que pretenda celebrar convenções com as referidas associações não é obrigada, em virtude do direito da União, a comparar previamente as propostas de diversas associações; e, em segundo lugar, que quando o Estado-membro autorize essas associações a exercerem certas atividades comerciais, cabe a esse Estado-Membro fixar os limites dentro dos quais essas atividades podem ser desenvolvidas. Esses limites devem, não obstante, assegurar que as referidas atividades comerciais sejam marginais relativamente ao conjunto das atividades de tais associações e sustentem a prossecução da atividade voluntária destas¹⁰.

Sem prejuízo dos limites acima enunciados, este aresto indicia o reconhecimento de uma ampla margem de apreciação dos Estados-Membros na escolha dos procedimentos de contratação de associações de voluntariado, no quadro das atividades destas.

Ainda sobre os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento entre operadores económicos e a obrigação de transparência que daí decorre, vejam-se as considerações tecidas no acórdão de 2 junho de 2016, *Falk Pharma* (C-410/14, EU:C:2016:399), mencionado no ponto 2.1.-ii) *infra*, a propósito de um contrato para aquisição de medicamentos sem seleção dos operadores interessados. É também à luz dos princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento que o Tribunal de Justiça analisa a admissibilidade

¹⁰ Cfr. n.ºs 53-58, 60-63, 65, 67, 72 e 79 do acórdão *CASTA e.a.* (C-50/14).

de alterações na composição de agrupamentos concorrentes nos acórdãos, mencionados no ponto 3.3. *infra*, de 24 de maio de 2016, *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347) e de 14 de setembro de 2017, *Casertana Costruzioni* (C-223/16, EU:C:2017:685). Da mesma forma, é no confronto com tais princípios que o Tribunal de Justiça examina a obrigação de divulgação da ponderação dos critérios de adjudicação, no acórdão de 14 de julho de 2016, *TNS Dimarso* (C-6/15, EU:C:2016:555), citado no ponto 4.2. *infra*.

ii) Maior abertura possível à concorrência

No acórdão de 10 de novembro de 2017, *Jema Energy/Entreprise commune Fusion for Energy* (T-668/15, EU:T:2017:796), o Tribunal Geral relembrou jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual um dos objetivos das regras da União em matéria de contratação pública é a maior abertura possível à concorrência e que é do interesse do direito da União que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso público. Mais relembrou que a maior abertura possível à concorrência é prevista não só atendendo ao interesse da União em matéria de livre circulação de produtos e serviços, mas também ao próprio interesse da autoridade adjudicante envolvida, que disporá assim de uma maior escolha quanto à oferta mais vantajosa e mais adaptada às necessidades do organismo público em causa. No caso aí apreciado, o Tribunal Geral julgou improcedente o pedido de anulação do ato que havia rejeitado a proposta da autora para um dos lotes do procedimento de concurso relativo a um sistema de conversão de alimentação elétrica por rede acelerada. A autora invocava, além do mais, que os critérios e a experiência exigidos pelas regras do concurso restringiam artificialmente a concorrência, favorecendo os grandes operadores económicos. O Tribunal Geral considerou que, apesar de tais critérios imporem exigências técnicas muito elevadas, os mesmos eram, no caso, um meio adequado e necessário à verificação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em causa¹¹.

O aresto citado é ilustrativo da perspetiva mais “tradicional” do princípio de concorrência no âmbito da contratação pública, que decorre dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento e visa convocar o maior número possível de opositores ao procedimento pré-contratual.

Atualmente, o princípio da concorrência no âmbito da contratação pública adquiriu um significado mais amplo, visando também assegurar que a autoridade adjudicante acautele a eventual distorção da concorrência causada pelo procedimento aquisitivo. O objetivo é prevenir eventuais formas de distorção da concorrência por parte das próprias autoridades adjudicantes, o que pode suceder, nomeadamente, face ao tipo ou à quantidade de bens e ser-

¹¹ Cfr. n.ºs 101 e s. do acórdão *Jema Energy/Entreprise commune Fusion for Energy* (T-668/15).

viços a adquirir¹²; assim como prevenir práticas anticoncorrenciais por parte dos operadores económicos¹³.

Assim, pode dizer-se que há um crescimento das áreas em que se cruzam as regras de contratação pública e as regras de concorrência (no segmento do “public enforcement”) previstas no TFUE. Contudo, convém não perder de vista o significado próprio, e apesar de tudo limitado, que o denominado “princípio da concorrência” assume no contexto da contratação pública.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1. Âmbito objetivo

i) Contrato com entidade sem fins lucrativos e com remuneração limitada ao reembolso dos custos suportados

No já citado acórdão *CASTA e.a.* (C-50/14), o Tribunal de Justiça salientou que o contrato de prestação de serviços de transporte sanitário por ajuste direto a associações de voluntariado não “escapava” 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. Em consequência, ao processo de adjudicação de um tal contrato serão aplicáveis ou as disposições das diretivas sobre contratação pública (à data, a Diretiva 2004/18/CE) ou, pelo menos, os princípios gerais da transparência e da igualdade de tratamento que decorrem dos artigos 49.º e 56.º do TFUE (cfr. n.ºs 52-53).

ii) Contratos para aquisição de medicamentos sem seleção dos operadores interessados

No acórdão de 2 junho de 2016, *Falk Pharma* (C-410/14, EU:C:2016:399) estava em causa saber se o procedimento organizado por uma caixa de

¹² A contratação pública representa uma parte importante da atividade económica no seio da União. Em 2016 correspondia a 14% do PIB da UE e 10% do PIB em Portugal. Atento o impacto das compras públicas no mercado, uma especial atenção deve ser dada às quantidades a adquirir, às especificações técnicas e critérios de adjudicação, à necessidade de acautelar a possibilidade de proceder à divisão em lotes como forma de estimular o acesso das pequenas e médias empresas à contratação pública ou à necessidade de acautelar que mecanismos autorizados em certos casos, como as aquisições centralizadas ou os acordos entre pessoas coletivas públicas, não sejam de molde a introduzir uma distorção na concorrência (como se infere claramente dos considerandos da Diretiva 2014/24/UE).

¹³ Neste sentido, as autoridades adjudicantes podem, além do mais, excluir um operador económico quando tenham indícios plausíveis para concluir que o mesmo celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência (cfr. artigos 57.º/4-d) da Diretiva 2014/24/UE e 70.º/2-g) do CCP).

seguro de doença para celebrar vários acordos de conteúdo idêntico com empresas que comercializam um determinado medicamento se encontra submetido ao direito da União sobre contratação pública. O Tribunal de Justiça respondeu que não constitui um contrato público, na aceção do artigo 1.º/2-a) da Diretiva 2004/18, um sistema de acordos mediante o qual uma entidade pública pretende adquirir bens no mercado contratando, durante toda a vigência desse sistema, com qualquer operador económico que se comprometa a fornecer os bens em causa em condições pré-estabelecidas, sem proceder a uma seleção entre os operadores interessados e permitindo que esses operadores adiram ao referido sistema durante toda a vigência do mesmo. Não obstante, o Tribunal de Justiça precisou que, na medida em que um tal sistema de acordos apresenta um interesse transfronteiriço certo, o respetivo procedimento deve ser concebido e organizado em conformidade com as regras fundamentais do TFUE, em especial com os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento entre operadores económicos e com a obrigação de transparência que daí decorre, o que implica uma publicidade que permita aos operadores económicos potencialmente interessados ter pleno conhecimento do desenvolvimento e das características essenciais desse procedimento de admissão (cfr. n.ºs 37, 38, 42 e 44-47).

iii) Contratação “in house”¹⁴

Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o objetivo principal das regras do direito da União em matéria de contratação pública (a saber, a livre circulação de produtos e de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros) implica que o facto de as partes no contrato serem ambas entidades adjudicantes não exclui, por si só, a aplicação daquelas regras¹⁵.

Partindo de uma leitura restritiva da possibilidade de exclusão dos contratos entre entidades adjudicantes (ou contratos no âmbito do setor público) do âmbito de aplicação das diretivas sobre contratação pública¹⁶, o Tribunal de Justiça admitiu, contudo, essa possibilidade em certas situações, que estão hoje espalhadas nas disposições do artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE¹⁷.

¹⁴ Usamos a expressão num sentido lato, destinado a abranger, quer os contratos celebrados entre entidades do sector público denominados de “cooperação vertical”, quer os de “cooperação horizontal”.

¹⁵ Acórdão de 18 de novembro de 1999, *Teckal* (C-107/98, EU:C:1999:562, n.º 51).

¹⁶ O Tribunal de Justiça tem sempre sublinhado que qualquer exceção à obrigação de aplicar as regras relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos previstas nas diretivas é de “interpretação estrita” (cfr. acórdão de 8 de dezembro de 2016, *Undis Servizi*, C-553/15, EU:C:2016:935, n.º 29 e jurisprudência citada).

¹⁷ Transpostas para o artigo 5.º-A do CCP.

Por um lado, a denominada exceção “in house” tem origem jurisprudencial no acórdão *Teckal* (C-107/98)¹⁸, dela resultando que podem ser excecionados das regras de contratação pública os contratos públicos adjudicados a “pessoas coletivas controladas”, quando reunidas duas condições cumulativas: quando a autoridade adjudicante exerça sobre a adjudicatária um “controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços”; e quando, simultaneamente, a adjudicatária “exerça o essencial da sua atividade” para a autoridade adjudicante. Nestes contratos “in house” ou de “cooperação vertical” há uma relação de estreita dependência entre a autoridade adjudicante e a pessoa coletiva (pública ou privada) contratada, que anula praticamente a autonomia do adjudicatário.

Para uma concretização mais recente dos referidos requisitos do “controlo análogo” e do “destino essencial da atividade” (embora ainda no quadro das disposições da Diretiva 2004/18), veja-se o acórdão de 8 de dezembro de 2016, *Undis Servizi* (C-553/15, EU:C:2016:935). Neste aresto, a respeito do “controlo análogo”, o Tribunal de Justiça começa por recordar que a exceção relativa às adjudicações “in house” é justificada pela existência de uma ligação interna especial entre a autoridade adjudicante e a entidade adjudicatária (mesmo que esta última seja juridicamente distinta da primeira), de tal forma que se pode considerar que, na realidade, a autoridade adjudicante recorre aos seus próprios meios e que a entidade adjudicatária faz quase parte dos seus serviços internos. De seguida, o Tribunal de Justiça salienta que, a fim de determinar se a entidade adjudicatária “exerce o essencial da sua atividade para a autoridade adjudicante”, não se deve incluir nessa atividade aquela que lhe é imposta por uma autoridade pública não acionista dessa entidade, a favor de coletividades territoriais que também não são suas acionistas nem exercem nenhum controlo sobre ela, devendo considerar-se que esta última atividade é exercida a favor de terceiros. Ou seja, todas as atividades da entidade adjudicatária consagradas a pessoas diferentes daquelas que a detêm, a saber, pessoas que não têm nenhuma relação de controlo com ela, mesmo que sejam autoridades públicas, são exercidas a favor de terceiros¹⁹.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça já admitiu que os denominados “acordos de cooperação horizontal” ou contratos de cooperação para a realização de missões de serviço público a cargo das entidades contratantes podem ser excecionados das regras de contratação pública. Fê-lo, pela pri-

¹⁸ O acórdão de 18 de novembro de 1999, *Teckal* (C-107/98, EU:C:1999:562, n.º 50), proferido no âmbito de um reenvio prejudicial, reconheceu pela primeira vez a exceção “in house”, com as duas condições cumulativas que a podem tornar aplicável. Não obstante, a resposta à questão prejudicial concretamente aí colocada foi no sentido de considerar que as disposições da Diretiva n.º 93/36/CEE (vigente à data) eram aplicáveis a um procedimento de adjudicação de um contrato oneroso de fornecimento de bens, que uma entidade pública de índole territorial pretendia celebrar com um agrupamento em que a mesma participava.

¹⁹ Cfr. n.ºs 28-33, 34, 38 e disp. do acórdão *Undis Servizi* (C-553/15).

meira vez, no acórdão *Comissão/Alemanha* (C-480/06)²⁰, de onde se retira que, mesmo que entre as entidades contratantes não exista uma relação de “controlo análogo”, como a exigida para os contratos acima referidos, poderão ser excecionados das regras da contratação pública os contratos que, sendo celebrados exclusivamente por entidades públicas, sem a participação de privados (i.e., sem colocar um privado numa posição de vantagem em relação aos seus concorrentes), consubstanciem uma cooperação entre aquelas entidades com o objetivo de realizar em comum missões de serviço público que lhes incumbem.

Subjacente a esta última orientação está o entendimento de que as regras de contratação pública não devem interferir na liberdade das entidades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras entidades públicas²¹.

Ainda a respeito dos acordos entre entidades públicas, num caso em que, tal como no citado acórdão *Comissão/Alemanha* (C-480/06), estava em causa um acordo sobre o serviço público de tratamento de resíduos, veja-se o acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Remondis* (C-51/15, EU:C:2016:985). Uma das questões prejudiciais formuladas consistia em saber se está incluído na noção de “contrato público” (na aceção do artigo 1.º/2-a) da Diretiva 2004/18/CE) um acordo celebrado entre duas pessoas públicas territoriais (no caso, o Município e a Região de Hanôver), mediante o qual estas coletividades criavam uma associação de utilidade pública conjunta, com personalidade jurídica, à qual atribuíam certas funções no âmbito da recolha de resíduos que, até aí, eram da competência das coletividades associadas.

Em resposta, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 1.º/2-a) da Diretiva 2004/18/CE deve ser interpretado no sentido de que um tal acordo não constitui um contrato público. Por um lado, o Tribunal de Justiça considerou que a reorganização e transferência de competências acordadas entre

²⁰ O acórdão de 9 de junho de 2009, *Comissão/Alemanha* (C-480/06, EU:C:2009:357) foi proferido no âmbito de uma ação de incumprimento, intentada pela Comissão contra a República Federal da Alemanha (tendo intervindo a favor desta o Reino dos Países Baixos e a República da Finlândia), com fundamento na inexistência de procedimento concursal alegadamente obrigatório para a celebração de um contrato de serviços oneroso, celebrado entre os Serviços de Limpeza da cidade de Hamburgo e quatro autarquias locais (*Landkreise*) limítrofes, destinado a assegurar o tratamento conjunto dos respetivos resíduos. O Tribunal de Justiça julgou improcedente a ação, considerando que um tal contrato não estava abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 92/50, na medida em que constituía o fundamento e o quadro jurídico para a construção e a exploração futuras de uma instalação destinada a prestar um serviço público (de valorização térmica dos resíduos) e atendendo a que fora celebrado por autoridades públicas, sem a participação de privados, e não previa nem considerava a adjudicação dos contratos eventualmente necessários para a construção e a exploração da instalação de tratamento de resíduos (cfr. n.ºs 37 e 44-48).

²¹ Com efeito, as entidades públicas deverão poder prestar conjuntamente os seus serviços públicos por meio de cooperação, sem serem obrigadas a utilizar qualquer forma jurídica especial — cfr. n.º 47 do acórdão *Comissão/Alemanha* (C-480/06) e considerando 33 da Diretiva 2014/24/UE.

as entidades públicas em causa não cumprem todas as condições que a definição do conceito de contrato público impõe, nomeadamente porque são características essenciais de um contrato público que o mesmo tenha sido celebrado com carácter oneroso e tenha natureza sinalagmática. Além disso, independentemente da circunstância de uma decisão relativa à atribuição de competências públicas não caber no domínio das transações económicas, o próprio facto de ser retirada a uma autoridade pública uma competência que esta anteriormente tinha faz desaparecer, no que a essa autoridade diz respeito, qualquer interesse económico no cumprimento das atribuições a que essa competência corresponde. Por conseguinte, a reafectação dos meios não deve ser analisada como um preço, constituindo, pelo contrário, uma consequência lógica dessa transferência voluntária. Do mesmo modo, não constitui uma remuneração o compromisso, por parte da autoridade que transfere a competência, de assumir o encargo com os eventuais excedentes dos custos face às receitas que podem resultar do exercício dessa competência. Com efeito, trata-se de uma garantia destinada a terceiros e cuja necessidade decorre, no caso vertente, do princípio de que uma autoridade pública não pode ser alvo de um processo de insolvência. Ora, a própria existência desse princípio pertence à organização interna de um Estado-Membro.

Por outro lado, o Tribunal entendeu que uma transferência de competência entre autoridades públicas constitui um ato de organização interna e, como tal, está abrangida pela liberdade dos Estados-Membros garantida pelo artigo 4.º/2 do TUE, desde que sejam cumpridas determinadas condições. Assim, essa transferência de competências para cumprimento de atribuições públicas só se verifica se abranger, em simultâneo, as responsabilidades conexas com a competência transferida e os poderes que são corolário dessa competência, de modo a que a autoridade pública que adquiriu a nova competência tenha autonomia decisória e financeira, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar²².

2.2. Âmbito subjetivo: conceito de “organismo de direito público”

No acórdão de 5 de outubro de 2017, *LitSpecMet* (C-567/15, EU:C:2017:736), o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre o conceito de “organismo de direito público”, constante do artigo 1.º/9, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18/CE (conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011)²³. Estava em causa uma entidade dotada de personalidade

²² Cfr. n.ºs 40-47, 49, 55 e disp. 1 do acórdão *Remondis* (C-51/15).

²³ Esta jurisprudência mantém atualidade, uma vez que a definição de “organismo de direito público” que constava do artigo 1.º/9 da Diretiva 2004/18/CE corresponde à que é dada atualmente pelo artigo 2.º/1-4) da Diretiva 2014/24/UE. Além disso, como afirmado no considerando 10 desta última Diretiva, pretendeu-se manter o conceito de «autoridades adjudicantes» e, em particular, o de «organismos de direito público», sem intenção de alterar

jurídica, que era uma filial a 100% da Sociedade de Caminhos de Ferro Lituanos e por esta controlada, pelo que era pacífico que tal entidade preenchia os requisitos previstos no artigo 1.º/9-b) e c) da Diretiva 2004/18/CE (ou seja, que era dotada de personalidade jurídica e inteiramente controlada por uma entidade pública). A única questão era a de saber se essa sociedade constituía, ou não, um “organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial”, na aceção do artigo 1.º/9-a). Em resposta, o Tribunal de Justiça concluiu, em primeiro lugar, que a sociedade em causa fora criada com o objetivo específico de satisfazer as necessidades da sociedade-mãe, na sequência de uma reestruturação da dita Sociedade de Caminhos de Ferro Lituanos, sendo para esse efeito indiferente que, além das atividades destinadas a satisfazer necessidades de interesse geral, a entidade em causa exercesse igualmente outras atividades com fins lucrativos no mercado concorrencial. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça salientou que era ainda necessário determinar se, no momento da adjudicação do contrato em causa no processo principal, a sociedade em causa satisfazia necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial. Embora considerando que tal averiguação cabia ao órgão jurisdicional de reenvio, com base nos elementos jurídicos e factuais do caso, o Tribunal de Justiça não deixou de adiantar que a circunstância de as transações intragrupo realizadas com a Sociedade de Caminhos de Ferro Lituanos poderem vir a diminuir no futuro não tinha pertinência para uma tal verificação, dado que cabia ao órgão jurisdicional analisar a situação dessa sociedade no momento da adjudicação do contrato em causa. Assim, o Tribunal concluiu que uma tal sociedade, 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” na aceção dessa disposição, 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. Para esse efeito, o Tribunal de Justiça considerou não ter pertinência o facto de o valor das transações intragrupo poder, no futuro, representar menos de 90% ou uma parte não essencial do volume de negócios global da sociedade²⁴.

Note-se que este caso não deixa de relacionar-se com a questão da exceção “in house”, pois incide igualmente sobre uma relação de “controlo” entre duas entidades que atuam no setor público, com a significativa diferença de que aqui o que era discutido era o próprio estatuto da entidade controlada.

a compreensão de tais conceitos tal como elaborados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

²⁴ Cfr. n.ºs 38-40, 45-47 e 48 do acórdão *LitSpecMet* (C-567/15).

Desta decisão, retira-se, além do mais, a ilação de que as entidades controladas por autoridades adjudicantes (e criadas para desempenhar parte das tarefas daquelas), mesmo que estejam excluídas das regras da contratação pública no âmbito dos contratos públicos celebrados com a entidade que as controla (em consequência da exceção “in house”), não deixam de estar abrangidas pelas mesmas regras da contratação pública quando pretendam contratar bens ou serviços com terceiros.

3. OPERADORES ECONÓMICOS / PROPONENTES

3.1. Capacidades técnicas e/ou profissionais

i) Direito de invocar as capacidades de outras entidades

No acórdão de 14 janeiro 2016, *Ostas celtnieks* (C-234/14, EU:C:2016:6), o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 47.º/2 e 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma autoridade adjudicante possa, no âmbito do caderno de encargos relativo a um processo de adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, impor a um proponente que recorre às capacidades de outras entidades o dever de, antes da adjudicação do referido contrato, celebrar com essas entidades um contrato de colaboração ou de criar com as mesmas uma sociedade coletiva. Com efeito, no âmbito da verificação por parte da autoridade adjudicante da aptidão dos proponentes para executar um determinado contrato, tais disposições não permitem presumir que o proponente dispõe ou não dos meios necessários à execução do contrato nem, por maioria de razão, excluir *a priori* determinados modos de prova. Daqui decorre que o proponente tem a liberdade de escolher, por um lado, a natureza jurídica dos vínculos que pretende estabelecer com outras entidades a cujas capacidades recorre para a execução de um determinado contrato e, por outro, o modo de prova da existência desses vínculos. Por outro lado, ao preverem a “título exemplificativo” a apresentação de um “compromisso” com outras entidades, as disposições em causa não excluem de forma alguma que o proponente prove de outra forma a existência de vínculos com outras entidades a cujas capacidades recorre para a execução do contrato para o qual apresenta a proposta²⁵.

Em sentido semelhante, no acórdão de 7 abril 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214), o Tribunal de Justiça considerou, à luz das citadas disposições da Diretiva 2004/18/CE (desta feita, em conjugação com o artigo 44.º/2 da mesma diretiva), que estas disposições reconhecem o direito de qualquer operador económico a invocar, relativamente a um contrato

²⁵ Cfr. n.ºs 26-29, 34, 39-41, 49 e disp. 1 do acórdão *Ostas celtnieks* (C-234/14).

determinado, as capacidades de outras entidades, seja qual for a natureza do vínculo que as ligue, desde que se prove à autoridade adjudicante que o candidato virá a dispor efetivamente dos meios das referidas entidades que sejam necessários para a execução desse contrato. Contudo, o exercício de tal direito pode ser limitado em circunstâncias excepcionais. Com efeito, não se pode excluir, por um lado, que algumas obras tenham particularidades que exigem uma determinada capacidade que não pode ser obtida através da soma de capacidades inferiores de vários operadores e, por outro lado, que, em circunstâncias especiais, tendo em conta a natureza e os objetivos de um contrato determinado, as capacidades de que dispõe um terceiro, necessárias para a execução de um contrato determinado, não sejam suscetíveis de transmissão ao proponente. Por conseguinte, nessas circunstâncias, o proponente só pode invocar as referidas capacidades se essa entidade terceira participar direta e pessoalmente na execução do contrato em questão. Além disso, a autoridade adjudicante pode, em circunstâncias especiais, para efeitos da correta execução desse contrato, indicar expressamente, no aviso do concurso ou no caderno de encargos, regras precisas segundo as quais os operadores económicos podem invocar as capacidades de outras entidades, desde que essas regras tenham ligação e sejam proporcionadas ao objeto e aos fins desse contrato²⁶.

Como se conclui no acórdão de 2 de junho de 2016, *Pizzo* (C-27/15, EU:C:2016:404), a Diretiva 2004/18 permite acumular capacidades de vários operadores económicos para satisfazer as exigências mínimas de capacidade fixadas pela autoridade adjudicante, desde que seja feita prova junto desta última de que o candidato ou o proponente que recorre às capacidades de uma ou de várias outras entidades disporá efetivamente dos meios destas últimas, que são necessários para a execução do contrato. Se não se puder excluir que há empreitadas cujas particularidades necessitam de uma determinada capacidade não suscetível de ser obtida através da soma de capacidades de vários operadores, a autoridade adjudicante pode exigir que o nível mínimo da capacidade em causa seja alcançado por um único operador económico ou pelo recurso a um número limitado de operadores económicos, desde que esta exigência tenha uma ligação e seja proporcionada ao objeto do contrato em causa²⁷.

A jurisprudência daqui resultante parece manter validade à luz das diretivas de 2014, visto que estas não impõem um meio específico para a prova dos vínculos entre o operador económico e as entidades a cujas capacidades aquele se propõe recorrer para a execução de um determinado contrato (cfr., por todos, o artigo 63.º/1 da Diretiva 2014/24/UE). Além do mais, e mais importante, esta linha jurisprudencial contribui para a concretização de um dos objetivos definidos na Diretiva 2014/25/UE, a saber, o de aumentar o nível de participação das PME nos contratos públicos.

²⁶ Cfr. n.ºs 52, 54, 56, 58 e disp. 2 do acórdão *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14).

²⁷ Cfr. n.ºs 26, 28-30, 34 e disp. 1 do acórdão *Pizzo* (C-27/15).

ii) Meios de prova da capacidade técnica

O acórdão de 7 de julho de 2016, *Ambisig* (C-46/15, EU:C:2016:530) teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Central Administrativo Sul respeitante à interpretação do artigo 48.º/2-a)-ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18. Esta disposição previa, a propósito da comprovação da capacidade técnica e/ou profissional dos operadores económicos, que os fornecimentos e as prestações de serviços efetuados durante os três últimos anos a adquirentes privados fossem provados “por declaração reconhecida do adquirente ou, na sua falta, por simples declaração do operador económico”. O Tribunal de Justiça considerou, além do mais, que são desproporcionais as regras de um procedimento de concurso que só autorizem um operador económico a apresentar uma declaração unilateral para comprovar a sua capacidade técnica se demonstrar a impossibilidade “absoluta” de obter uma declaração do adquirente privado. Em contrapartida, são conformes com o princípio da proporcionalidade as regras de um procedimento de concurso, nos termos das quais um operador económico possa também utilizar tal declaração unilateral quando demonstre, através de elementos objetivos e a verificar caso a caso, a existência de uma “dificuldade séria” que o impeça de obter essa declaração.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça considerou que a mesma disposição deve ser interpretada no sentido de que se opõe à aplicação de regras estabelecidas por uma autoridade adjudicante que, sob pena de exclusão da candidatura do proponente, exigem que a declaração do adquirente privado contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência. Com efeito, tal exigência constitui um novo meio de prova ou uma exigência suplementar, não prevista na dita disposição e que acarreta uma alteração substancial quanto à natureza e às condições de produção dos meios já previstos. Mais sublinhou o Tribunal de Justiça que a Diretiva 2004/18 visa favorecer o acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos (considerando 32) e que o facto de se subordinar o valor probatório da declaração do adquirente privado à autenticação da sua assinatura por uma terceira entidade introduziria um formalismo suscetível não de abrir os contratos públicos à maior concorrência possível, mas de restringir e limitar a participação dos operadores económicos, nomeadamente estrangeiros, nesses contratos (cf. n.ºs 40-42, 44, 49, 50-53, 56 e disp. 2-3).

A Diretiva 2014/24/UE não contém disposição semelhante à que foi interpretada neste acórdão, resultando das novas regras, nomeadamente do artigo 60.º/4 e Anexo XII, parte II, da Diretiva 2014/24/UE, uma diminuição de exigências formais no âmbito da prova da capacidade técnica dos operadores económicos. Contudo, o aresto citado mantém importância na medida em que do mesmo se pode extrair uma orientação que aponta para a necessidade de submeter as regras estabelecidas pelas autoridades adjudicantes quanto à utilização de meios de prova a um teste de proporcionalidade, para verificar se as mesmas não excedem o necessário e adequado para alcançar os

objetivos que subjazem às regras pertinentes das diretivas. Ora, um desses objetivos é precisamente a maior abertura possível à concorrência, não esquecendo que os prazos apertados normalmente fixados para a apresentação de candidaturas e as divergências entre as diferentes legislações nacionais quanto à autenticação de assinaturas ou documentos podem dissuadir muitos operadores económicos, nomeadamente estrangeiros ou pequenos operadores, a apresentar-se a concurso.

iii) Restrição da subcontratação sob forma de percentagem

No acórdão de 14 de julho de 2016, *Wrocław — Miasto na prawach powiatu* (C-406/14, EU:C:2016:562), estava em causa uma cláusula do caderno de encargos de um procedimento de adjudicação de um contrato de obras públicas cofinanciado por fundos da União, segundo a qual o adjudicatário devia executar pelos seus próprios meios no mínimo 25% dos trabalhos em causa. O Tribunal de Justiça declarou que a Diretiva 2004/18/CE (com as modificações introduzidas pelo Regulamento n.º 2083/2005) deve ser interpretada no sentido de que uma autoridade adjudicante não está autorizada a exigir, mediante uma cláusula contida no caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que o futuro adjudicatário desse contrato execute, pelos seus próprios meios, uma determinada percentagem das obras objeto do referido contrato. Para tanto, o Tribunal de Justiça considerou, por um lado, que o artigo 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE consagra, sem o limitar, o direito de recorrer à subcontratação na execução de um contrato; por outro lado, que uma tal cláusula impõe restrições ao recurso a subcontratação de uma parte do contrato, através da fixação abstrata de uma percentagem deste, e isto sem verificar as capacidades dos eventuais subcontratantes e sem nenhuma menção relativa à natureza essencial das tarefas em causa²⁸.

3.2. Conflito de interesses entre proponentes

No acórdão de 27 de abril de 2016, *European Dynamics Luxembourg e.a./EUIPO* (T-556/11, EU:T:2016:248), ainda sob recurso²⁹, o Tribunal Geral pronunciou-se, entre outras questões, sobre o conceito de conflito de interesses entre candidatos num processo de adjudicação de contrato público. A esse respeito, a decisão citada considera que a existência de vínculos estruturais entre duas sociedades, em que uma participou na elaboração do caderno de encargos e a outra no processo de concurso de contrato público

²⁸ Cfr. n.ºs 33-37 e disp. 1 do acórdão *Wrocław — Miasto na prawach powiatu* (C-406/14).

²⁹ Deste acórdão do Tribunal Geral foram interpostos dois recursos junto do Tribunal de Justiça, que correspondem aos processos C-376/16 P e C-379/16 P. O primeiro ainda se encontra pendente; o segundo foi rejeitado por despacho de 12 janeiro 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./EUIPO* (C-379/16 P, EU:C:2017:8).

em causa, pode, em princípio, criar um tal conflito de interesses. Em contrapartida, o risco de conflito de interesses afigurar-se-á menos importante quando, como no caso em apreço, a sociedade ou as sociedades encarregadas de elaborar o caderno de encargos não fazem elas próprias parte do consórcio proponente, mas são apenas membros do mesmo grupo de empresas, ao qual está também ligada a sociedade membro do referido consórcio. A este respeito, a mera constatação de uma relação de domínio entre uma sociedade-mãe e as suas diversas filiais não basta para que a autoridade adjudicante possa excluir automaticamente uma dessas sociedades do processo de concurso, sem verificar se tal relação teve uma incidência concreta sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse processo. No entanto, quando se verifique a existência de um conflito de interesses, a autoridade adjudicante deve excluir o proponente em causa quando essa diligência seja a única medida possível para evitar uma violação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, isto é, quando não exista solução mais adequada para assegurar o respeito pelos referidos princípios³⁰.

3.3. Alterações à composição dos agrupamentos concorrentes

Nos acórdãos que se seguem, o Tribunal de Justiça — depois de recordar o já referido direito dos operadores económicos de recorrerem, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades —, analisou a possibilidade de haver modificações, na pendência do concurso, na composição dos agrupamentos concorrentes.

No acórdão de 24 de maio de 2016, *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347), o Tribunal de Justiça foi questionado pela “Comissão dinamarquesa de recursos em matéria de contratos públicos” quanto a saber se o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 10.º da Diretiva 2004/17/CE³¹, conjugado com o artigo 51.º da mesma diretiva, deve ser interpretado no sentido de que proíbe que uma entidade adjudicante autorize um operador económico, que integrava um agrupamento de duas empresas que foi pré-selecionado e apresentou a primeira proposta num procedimento de adjudicação de um contrato público por negociação, a continuar a participar em nome próprio nesse procedimento, na sequência da dissolução do referido agrupamento.

Depois de ter decidido que o organismo de reenvio tinha a natureza de órgão jurisdicional, na aceção do artigo 267.º do TFUE³², o Tribunal de Justiça

³⁰ Cfr. n.ºs 43-46 e 57 do acórdão *European Dynamics Luxembourg e.a./EUIPO* (T-556/11).

³¹ Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (entretanto revogada pela Diretiva 2014/25/UE).

³² Quando questionado sobre o carácter de órgão jurisdicional, na aceção do artigo 267.º do TFUE, de certos órgãos de reenvio, o Tribunal de Justiça tem repetidamente afirmado que

iniciou a resposta à questão prejudicial salientando que, na ausência de regras específicas (na legislação dinamarquesa ou nas regras do concurso em causa) sobre alterações à composição de um agrupamento, a questão devia ser analisada à luz dos princípios gerais do direito da União.

A este respeito, o Tribunal de Justiça recordou que o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência significam, designadamente, que os proponentes devem estar em pé de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas, como no momento em que estas são avaliadas pela autoridade adjudicante. Assim, uma aplicação estrita do princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, conforme explicitado no artigo 10.º da Diretiva 2004/17/CE, conjugado com o artigo 51.º da mesma, levaria à conclusão de que apenas os operadores económicos que foram pré-selecionados enquanto tal podem apresentar propostas e vir a ser adjudicatários.

Contudo, o Tribunal de Justiça considerou que, num procedimento por negociação, a identidade jurídica e material entre os operadores económicos pré-selecionados e os que apresentam as propostas pode ser temperada a fim de assegurar uma concorrência suficiente, como exigido pelo artigo 54.º/3 da Diretiva 2004/17. O Tribunal de Justiça sublinhou, ainda, que é necessário que a continuidade da participação no procedimento por negociação de um operador económico em nome próprio na sequência da dissolução do agrupamento do qual fazia parte e que havia sido pré-selecionado pela autoridade adjudicante se verifique em condições que não violem o princípio da igualdade de tratamento do conjunto dos proponentes. A este propósito, uma entidade adjudicante não viola esse princípio quando autoriza um dos dois operadores económicos que integravam um agrupamento de empresas que foi, enquanto tal, convidado por essa entidade a apresentar uma proposta a substituir-se a esse agrupamento na sequência da dissolução deste e a participar, em nome próprio, no procedimento por negociação para adjudicação de um contrato público, desde que esteja assente, por um lado, que esse operador económico satisfaz por si só as exigências definidas pela referida entidade e, por outro, que a continuidade da sua participação no referido procedimento não acarreta uma deterioração da situação concorrencial dos outros proponentes³³.

As circunstâncias concretas do processo principal de onde emergiu esta questão prejudicial eram muito particulares³⁴ e a resposta do Tribunal revela

ainda que o órgão de reenvio seja considerado, em direito nacional, um órgão administrativo, este facto não é, em si mesmo, determinante para efeitos dessa apreciação. Em particular sobre o carácter de órgão jurisdicional de certas entidades administrativas que em determinados Estados-Membros detêm competência para dirimir conflitos em matéria de contratação pública, veja-se, entre outros, os acórdãos de 6 de outubro de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664), de 8 de junho de 2017, *Medisanus* (C-296/15, EU:C:2017:431) e de 13 de julho de 2017, *Ingsteel et Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549).

³³ Cfr. n.ºs 32, 36-37 e 41-45 do acórdão *MT Højgaard et Züblin* (C-396/14).

³⁴ Resultava do processo principal que o membro do consórcio que havia desistido tinha declarado insolvência no mesmo dia em que assinara o acordo de consórcio. Por outro lado,

uma visão, de certa forma, pragmática do problema. Contudo, deste aresto podem extrair-se algumas indicações gerais sobre as condições muito limitadas em que as alterações na composição de um consórcio concorrente podem ser admitidas, inerentes aos princípios gerais invocados e às duas condições que foram enunciadas para, em concreto, admitir uma tal alteração.

Para uma análise de problemática semelhante, num caso factualmente muito distinto que obteve solução diversa, veja-se o acórdão de 14 de Setembro de 2017, *Casertana Costruzioni* (C-223/16, EU:C:2017:685). Neste aresto, o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 47.º/2 e 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à legislação nacional que exclui a possibilidade de um operador económico que participa num concurso substituir uma empresa auxiliar que perdeu as qualificações exigidas depois da apresentação da proposta e que tem por consequência a exclusão automática desse operador. Na linha da opinião do advogado-geral, o Tribunal de Justiça considerou que uma tal possibilidade seria contrária ao princípio da igualdade de tratamento, na medida em que constituía uma modificação substancial da proposta e da própria identidade do agrupamento, que obrigaria a entidade adjudicante a proceder a novos controlos e consequentemente colocaria esse agrupamento numa posição de “vantagem concorrencial”, permitindo-lhe otimizar a sua proposta para enfrentar melhor as propostas dos seus concorrentes³⁵.

Pode questionar-se se a resposta do Tribunal de Justiça teria sido diferente, caso a análise tivesse incidido, não sobre as citadas disposições da Diretiva 2004/18/CE, mas antes sobre o artigo 63.º/1 da Diretiva 2014/24/UE. De facto, como aliás salientado no próprio acórdão, a nova diretiva veio introduzir condições novas, não previstas no regime anterior³⁶, que parecem permitir a substituição de um elemento do consórcio, mesmo após o fim do prazo para apresentação das propostas. Resta aguardar a interpretação que o Tribunal de Justiça fará de tais disposições em casos futuros, não sendo descabido pensar que a mesma tenderá a ser restritiva, face às limitações que decorrem do princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação, tal como o mesmo tem vindo, de forma constante, a ser interpretado.

o dito consórcio era um dos dois únicos concorrentes ao concurso em causa e o membro do consórcio que permaneceu em concurso reunia todas as condições para, por si só, ser selecionado, caso inicialmente se tivesse apresentado sozinho a concurso.

³⁵ Cfr. n.ºs 39-40 do acórdão *Casertana Costruzioni* (C-223/16). Veja-se, ainda, o n.º 36 e jurisprudência citada quanto à possibilidade de, pontualmente, corrigir ou completar os dados relativos à proposta, quando esteja em causa uma simples clarificação ou um erro material.

³⁶ Cfr., a este respeito, o ponto 5 *infra*, sobre a aplicação no tempo das disposições das diretivas.

4. PROPOSTAS E CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO

4.1. Preço anormalmente baixo

No acórdão de 19 de outubro de 2017, *Agriconsulting Europe/Commission* (C-198/16 P, EU:C:2017:784)³⁷, o Tribunal de Justiça sublinhou que, nos termos das normas de execução do Regulamento Financeiro da UE aplicáveis ao caso, quando se revelem propostas anormalmente baixas, existe um dever de a autoridade adjudicante, primeiro, identificar as propostas suspeitas, segundo, permitir aos proponentes em causa demonstrarem a respetiva seriedade, pedindo as precisões que julgue oportunas, terceiro, apreciar a relevância das explicações prestadas pelos interessados e, quarto, tomar uma decisão quanta à admissão ou rejeição dessas propostas. Além disso, na falta de uma definição do conceito de «proposta anormalmente baixa» ou de regras que permitam a identificação de uma proposta desse tipo, cabe à autoridade adjudicante determinar o método a utilizar para identificar as propostas anormalmente baixas, desde que esse método seja objetivo e não discriminatório. A este respeito, o Tribunal de Justiça concluiu, ainda, que nada impede a autoridade adjudicante de comparar as propostas com o orçamento previsual do caderno de encargos e identificar uma delas, à primeira vista, como anormalmente baixa quando o montante dessa proposta seja consideravelmente inferior a esse orçamento previsual³⁸.

4.2. Proposta economicamente mais vantajosa — divulgação da ponderação dos critérios de adjudicação

O atual artigo 74.º do CCP, transpondo o artigo 67.º da Diretiva 2014/24/UE, fixou como novo critério-regra de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo por base a melhor relação qualidade-preço e o preço ou custo, utilizando uma análise custo-eficácia, nomeadamente os custos do ciclo de vida, embora sem deixar de permitir a adjudicação pelo preço mais baixo, quando adequado. Subjacente à eleição deste critério-regra de adjudicação está o propósito de incentivar “uma maior orientação da contratação pública para a qualidade”. Neste contexto, para garantir a observância dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, as autoridades adjudicantes deverão ser obrigadas a criar condições para que todos os proponentes fiquem razoavelmente informados dos critérios e das disposições que serão aplicados na decisão de adjudicação do contrato, o que implica, em princípio, que as autoridades adjudicantes

³⁷ Proferido em recurso do acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 2016, *Agriconsulting Europe/Commission* (T-570/13, EU:T:2016:40).

³⁸ Cfr. n.ºs 51, 55 e 57 do acórdão *Agriconsulting Europe/Commission* (C-198/16 P).

sejam obrigadas a indicar os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada critério³⁹.

A respeito da extensão desta obrigação de divulgação prévia dos critérios e respetivas ponderações, ainda que no contexto da Diretiva 2004/18/CE, veja-se o acórdão de 14 de julho de 2016, *TNS Dimarso* (C-6/15, EU:C:2016:555). No processo principal que deu origem a este reenvio prejudicial, estava em causa um concurso lançado pela Região da Flandres (Bélgica), com vista à celebração de um contrato público de prestação de serviços para a realização de uma sondagem de opinião em grande escala. O anúncio do concurso mencionava dois critérios de adjudicação, o da “qualidade da proposta” e o do “preço”, cada qual com a menção de uma ponderação de “50/100”. As quatro propostas apresentadas a concurso foram avaliadas e comparadas com base naqueles dois critérios da seguinte forma: no âmbito do primeiro critério (qualidade) foi atribuída a cada proposta uma determinada nota por unanimidade (com base na ponderação de “elevado — suficiente — baixo”); no âmbito do segundo critério (preço), o mesmo foi analisado com base em dois “componentes”, o preço para a amostra de base (N=7000 unidades de amostragem) e o preço para cada conjunto adicional de 500 amostras. Nem a ponderação usada no critério “qualidade”, nem os dois referidos componentes do critério “preço” constavam dos documentos do concurso.

Em resposta à questão colocada pelo Conselho de Estado belga, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 53.º/2 da Diretiva 2004/18/CE⁴⁰, lido à luz do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência que dele decorre, deve ser interpretado no sentido de que, no caso de um contrato de serviços que deva ser adjudicado nos termos do critério da proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante, esta última não tem sempre de levar ao conhecimento dos potenciais proponentes, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos relativos ao contrato em causa, o método de avaliação aplicado pela autoridade adjudicante para avaliar e classificar concretamente as propostas. Em contrapartida, o referido método não pode ter por efeito alterar os critérios de adjudicação e a sua ponderação relativa (cfr. n.ºs 25, 27, 28, 37 e disp.). A este respeito, o Tribunal de Justiça começou por recordar a jurisprudência constante segundo a qual o objeto e os critérios de adjudicação dos contratos públicos devem ser claramente determinados desde o início do processo da sua adjudicação e que uma autoridade adjudicante não pode aplicar aos critérios de adjudicação subcritérios que não tenha levado previamente ao conhecimento dos proponentes, assim como está obrigada a divulgar, nos documentos do concurso, a ponderação relativa de cada um dos critérios de adjudicação (cfr. n.ºs 23-24 e jurisprudência citada). Não obstante, segundo jurisprudência igualmente constante, é possível a uma autoridade adjudicante determinar,

³⁹ Cfr. considerandos 89 e 90 da Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁰ Que atualmente corresponde, no essencial, ao artigo 67.º/5 da Diretiva 2014/24/UE.

após o termo do prazo para a apresentação das propostas, coeficientes de ponderação para os subcritérios que correspondam, em substância, aos critérios previamente levados ao conhecimento dos proponentes, sob três condições, a saber, que essa determinação *ex post*, em primeiro lugar, não altere os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso, em segundo lugar, não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, poderiam ter influenciado essa preparação e, em terceiro lugar, não tenha sido adotada tomando em consideração elementos suscetíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes. No que respeita concretamente ao método de avaliação aplicado, uma comissão de avaliação deve poder dispor de uma certa liberdade para realizar a sua tarefa e pode, assim, sem alterar os critérios de adjudicação do contrato estabelecidos no caderno de encargos ou no anúncio do concurso, estruturar o seu próprio trabalho de exame e análise das propostas apresentadas (cfr. n.ºs 26-29 e jurisprudência citada).

Este acórdão debruçou-se sobre a questão recorrente de saber qual a extensão da obrigação de divulgar previamente os critérios de adjudicação e a ponderação relativa dos mesmos. Deste aresto retira-se uma importante distinção entre esses elementos, cuja divulgação prévia é obrigatória, e o “método de avaliação” usado para classificar as propostas. Um tal método de avaliação pode estar excecionado dessa obrigação de divulgação prévia, desde que não tenha por efeito “alterar a ponderação relativa dos critérios de adjudicação” publicados nos documentos do concurso (cfr. n.ºs 32 e 36). Esta imposição corresponde a uma das três exigências que o Tribunal já várias vezes estabeleceu como indispensáveis para admitir a possibilidade de fixação, após o termo do prazo para a apresentação das propostas, de coeficientes de ponderação para os subcritérios que correspondam, em substância, aos critérios previamente levados ao conhecimento dos proponentes (cfr. n.ºs 26 e 36)⁴¹.

5. APLICAÇÃO DA LEI (DIRETIVAS) NO TEMPO

No citado acórdão *Casertana Costruzioni* (C-223/16), o Tribunal de Justiça recordou as regras gerais de aplicação no tempo das diretivas. Assim, em conformidade com jurisprudência constante, a diretiva aplicável é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirime definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público. Em contrapartida,

⁴¹ A jurisprudência do Tribunal de Justiça a este respeito foi recentemente lembrada no acórdão do Tribunal Geral de 4 de julho de 2016, *Orange Business Belgium/Commission* (T-349/13, EU:T:2016:385, n.º 143).

são inaplicáveis as disposições de uma diretiva cujo prazo de transposição expirou após esse momento (cfr. n.º 21 e jurisprudência citada).

Além disso, o Tribunal de Justiça sublinhou que as disposições de uma diretiva nova, mesmo quando esta se proponha esclarecer determinados conceitos e noções fundamentais a fim de garantir a segurança jurídica e de ter em conta alguns aspetos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça na matéria, não podem ser usadas como critério de interpretação das disposições da diretiva anterior, quando não se inscrevam na sua continuidade, mas antes venham introduzir condições novas, não previstas no regime anterior (cfr. n.ºs 26-28 e jurisprudência citada)⁴².

NOTA FINAL

Se necessidade houvesse, este pequeno conjunto de decisões comprova, mais uma vez, que a construção e a delimitação dos princípios e conceitos fundamentais do regime de contratação pública são, em grande medida, um produto da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Não por acaso, a Diretiva 2014/24/UE propõe-se esclarecer noções e conceitos básicos em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça neste domínio, nomeadamente, no que respeita ao conceito de “autoridades adjudicantes” e, em particular, ao de “organismos de direito público”, à possibilidade de separação do objeto em “contratos mistos”, à submissão, ou não, às regras de contratação pública, dos contratos celebrados entre entidades do setor público, à aplicação dos critérios de adjudicação e às modificações de um contrato durante a sua execução que exigem um novo procedimento de contratação⁴³.

Caberá ao Tribunal de Justiça continuar a interpretar os princípios e as regras da contratação pública de acordo com os novos desafios que esta enfrenta. Relembre-se que, para além de constituir um instrumento essencial para a realização de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, a contratação pública passou também a desempenhar um papel fundamental na Estratégia Europa 2020⁴⁴, tendo evoluído para ser encarada como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos⁴⁵. Tais objetivos dificilmente serão atingidos sem regras claras e acessíveis a todos os interessados.

⁴² No caso, o Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 63.º da Diretiva 2014/24/UE não podia ser utilizado como critério de interpretação do artigo 48.º/3 da Diretiva 2004/18, uma vez que aquele introduziu condições novas, não previstas neste, relativamente ao direito de os operadores económicos recorrerem às capacidades de outras entidades no quadro de um concurso público.

⁴³ Cfr. considerandos 2, 10, 11, 31, 97, 98 e 107 da Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁴ Estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada «Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo».

⁴⁵ Cfr. considerando 2 da Diretiva 2014/24/UE.