

SINTESI

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)
7 de Outubro de 2004*

No processo C-247/02,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 234.º CE, submetido pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália) por decisão de 26 de Junho de 2002, entrado em 8 de Julho de 2002, no processo

Sintesi SpA

contra

Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici,

interveniente:

Ingg. Provera e Carrassi Spa,

* Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: C. W. A. Timmermans, presidente de secção, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (relator), F. Macken e N. Colneric juízes,

advogada-geral: C. Stix-Hackl,
secretário: M. Múgica Azarmendi, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 19 de Maio de 2004,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Sintesi SpA, por G. Caia, V. Salvadori e N. Aicardi, avvocati,
- em representação da Ingg. Provera e Carrassi SpA, por M. Wongher, avvocatessa,
- em representação do Governo italiano, por I. M. Braguglia, na qualidade de agente, assistido por M. Fiorilli, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo grego, por S. Spyropoulos, D. Kalogiros e D. Tsagkaraki, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

SINTESI

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por K. Wiedner, R. Amorosi e A. Aresu, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 1 de Julho de 2004,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial incide sobre a interpretação do artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54, a seguir «directiva»).
- 2 Este pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a sociedade Sintesi SpA (a seguir «Sintesi») à Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (Autoridade de Fiscalização dos Trabalhos Públicos, a seguir «Autoridade»), a propósito da adjudicação de uma empreitada de obras públicas por concurso limitado.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

- 3 Nos termos do segundo considerando da directiva, «[...] a realização simultânea da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público implica, paralelamente à eliminação das restrições, uma coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas».
- 4 O artigo 30.º, n.º 1, da directiva dispõe:

«Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos são os seguintes:

- a) Ou unicamente o preço mais baixo;
- b) Ou, quando a adjudicação se fizer à proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão: por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade e o valor técnico.»

Legislação nacional

- 5 O artigo 30.º, n.º 1, da directiva foi transposto para o direito italiano pelo artigo 21.º da Lei n.º 109, de 11 de Fevereiro de 1994 (GURI n.º 41, de 19 de Fevereiro de 1994, p. 5, a seguir «Lei n.º 109/1994»), que é a lei-quadro em matéria de obras públicas em Itália.
- 6 O artigo 21.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 109/1994, na sua redacção em vigor à data dos factos do processo principal, está assim redigido:

«Critérios de adjudicação do contrato — Entidades adjudicantes

1. A adjudicação dos contratos por concurso público ou limitado baseia-se no critério do preço mais baixo, inferior ao preço de base do anúncio do concurso, assim determinado:

[...]

2. A adjudicação dos contratos por concurso público e a atribuição de concessões por concurso limitado são efectuadas com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os seguintes elementos, variáveis em função dos trabalhos a realizar:

[...]»

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

- 7 Em Fevereiro de 1991, a cidade de Brescia (Itália) confiou a construção e a gestão de um parque de estacionamento subterrâneo à Sintesi, através de um contrato de concessão.
- 8 Este contrato, celebrado entre a cidade de Brescia e a Sintesi, em Dezembro de 1999, previa a obrigação de o concessionário submeter a execução dos trabalhos a um concurso limitado, à escala europeia, de acordo com a regulamentação comunitária em matéria de obras públicas.
- 9 Por anúncio publicado em 22 de Abril de 1999 no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a Sintesi abriu um concurso limitado baseado no critério da proposta economicamente mais vantajosa. Esta devia ser apreciada com base no preço, no valor técnico e no tempo necessário à realização da obra.
- 10 Na sequência da fase de pré-selecção, a Sintesi enviou às empresas apuradas uma carta, pela qual as convidou a apresentar uma proposta, e o caderno de encargos. A Ingg. Provera e Carrassi SpA (a seguir «Provera»), que figurava entre as sociedades convidadas a apresentar uma proposta, solicitou uma prorrogação do prazo para a apresentação da sua, o que lhe foi concedido. Fez, no entanto, seguidamente saber que não participaria no concurso, considerando que este era ilegal.
- 11 Em 29 de Maio de 2000, a Sintesi adjudicou o contrato à proposta economicamente mais vantajosa.

12 Na sequência de uma nova queixa da Provera, a Autoridade fez saber à Sintesi, por carta de 26 de Julho de 2000, que considerava o processo de adjudicação do contrato em causa contrário à Lei n.º 109/1994 e, em 7 de Dezembro de 2000, tomou a Decisão n.º 53/2000, que está assim redigida:

«1) No sistema da Lei-Quadro n.º 109/1994 em matéria de obras públicas, a adjudicação só pode ser efectuada com base na aplicação do critério do preço mais baixo, apenas sendo possível recorrer ao critério da proposta economicamente mais vantajosa nos casos de concurso para trabalhos de concepção e de concessão da construção e da gestão de obras públicas;

2) As referidas regras são aplicáveis a todos os contratos de empreitada, qualquer que seja o seu montante e mesmo que este seja superior ao limite comunitário, não podendo o sistema em questão ser considerado contrário ao artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE [...];

3) Quando, no caso de a lei o permitir, e, portanto, não no caso em apreço, a apreciação do valor técnico esteja prevista no quadro da aplicação concreta do critério da proposta economicamente mais vantajosa, é admissível, para permitir essa avaliação, que o projecto seja modificado pelos concorrentes.»

13 A Sintesi impugnou a referida decisão no órgão jurisdicional de reenvio, invocando nomeadamente um fundamento assente na violação do artigo 30.º, n.º 1, da directiva.

- 14 Alegou que resulta desta disposição que os dois critérios de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, que são o critério do «preço mais baixo» e o da «proposta economicamente mais vantajosa», estão em pé de igualdade. Ao excluir, com base na Lei n.º 109/1994, o critério da proposta economicamente mais vantajosa no caso de uma empreitada de obras públicas adjudicada segundo o processo de concurso limitado, a Autoridade violou o artigo 30.º, n.º 1, da directiva.
- 15 O órgão jurisdicional de reenvio observa que o artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 109/1994 corresponde a um objectivo de transparência dos processos de adjudicação de contratos públicos, mas coloca a questão de saber se esta disposição é susceptível de garantir a livre concorrência, uma vez que o preço não parece constituir, por si só, um elemento susceptível de garantir que seja escolhida a melhor proposta.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha, ainda, que o parque de estacionamento em causa se situará no centro histórico da cidade de Brescia. Em consequência, a obra a realizar é muito complexa e necessita da apreciação de elementos técnicos, que devem ser fornecidos pelos proponentes, para permitir determinar a empresa à qual será confiada a realização dos trabalhos, por ser a mais apta para os efectuar.
- 17 Foi nestas condições que o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as duas questões prejudiciais seguintes:

«1) O artigo 30.º, n.º 1, da Directiva [...], ao deixar às entidades adjudicantes a opção pelo critério de adjudicação do preço mais baixo ou pelo da proposta economicamente mais vantajosa, constitui uma correcta aplicação do princípio

da livre concorrência consagrado no artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º CE), o qual exige que qualquer proposta para concursos abertos no interior do mercado comum seja avaliada de forma a não ser impedida, restringida ou falseada a comparação entre as propostas?

- 2) Em consequência, o artigo 30.º, n.º 1, da Directiva [...], obsta a que o artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 109, de 11 de Fevereiro de 1994, impeça, na adjudicação de empreitadas de obras públicas por concurso público ou limitado, a opção, por parte das entidades adjudicantes, pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa, impondo, de um modo geral, unicamente o do preço mais baixo?»

Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

- 18 O Governo italiano duvida da admissibilidade do pedido de decisão prejudicial por motivo de as questões submetidas serem puramente teóricas.
- 19 A Comissão das Comunidades Europeias duvida da própria aplicabilidade do artigo 30.º da directiva ao litígio do processo principal, na medida em que o processo de adjudicação foi aberto por um concessionário.
- 20 Sublinha que, nos termos do artigo 3.º, n.ºs 3 e 4, da directiva, só o concessionário que for uma das entidades adjudicantes referidas na alínea b) do artigo 1.º da

directiva está obrigado, em relação às obras a executar por terceiros, a respeitar todas as disposições da directiva. Em contrapartida, os concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes apenas estão obrigados a cumprir as regras de publicidade definidas nos n.ºs 4, 6, 7 e 9 a 13 do artigo 11.º, bem como no artigo 16.º da mesma directiva.

- 21 A este respeito, resulta de uma jurisprudência constante que o processo instituído pelo artigo 234.º CE é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais (v., nomeadamente, acórdãos de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias, C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 14, e de 18 de Março de 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, Colect., p. I-2549, n.º 33, e jurisprudência aí citada).
- 22 No âmbito dessa cooperação, o órgão jurisdicional nacional a quem foi submetido o litígio, que é o único a ter um conhecimento directo dos factos do processo principal e que deve assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a proferir, é quem está melhor colocado para apreciar, à luz das especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça (v., nomeadamente, acórdãos Lourenço Dias, já referido, n.º 15; de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 18; e Siemens e ARGE Telekom, já referido, n.º 34).
- 23 No caso vertente, de modo nenhum é evidente que a interpretação do artigo 30.º da directiva não tenha qualquer utilidade para a solução do litígio no processo principal quando, como resulta da decisão de reenvio, o contrato celebrado entre a cidade de Brescia e a Sintesi impôs a esta, na sua qualidade de concessionária, a obrigação de, para executar os trabalhos em causa no processo principal, abrir um concurso limitado, à escala europeia, de acordo com a regulamentação comunitária em matéria de obras públicas.

- 24 Assim, há que considerar que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

Quanto às questões prejudiciais

- 25 Pelas suas questões, que devem ser examinadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 30.º, n.º 1, da directiva deve ser interpretado no sentido de se opor a uma regulamentação nacional que, com vista à adjudicação de empreitadas de obras públicas através de concursos públicos ou limitados, impõe às entidades adjudicantes que recorram exclusivamente ao critério do preço mais baixo. Em especial, pergunta se o objectivo prosseguido pela referida disposição, que se destina a instaurar uma concorrência efectiva no domínio dos contratos públicos, implica necessariamente que esta questão seja respondida pela afirmativa.

Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

- 26 Segundo a Síntese, o artigo 30.º, n.º 1, da directiva, por, no que respeita ao critério de adjudicação das empreitadas de obras públicas, deixar à entidade adjudicante a livre escolha entre o preço mais baixo e a proposta mais vantajosa, põe em causa o princípio da livre concorrência. Reduzir a margem de apreciação dessa entidade a uma simples análise dos preços propostos pelos proponentes, como é imposto pelo artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 109/1994, constitui um obstáculo à selecção da melhor proposta possível e é, pois, contrário ao artigo 81.º CE.

- 27 A Provera e o Governo italiano alegam que o legislador nacional, ao adoptar a Lei n.º 109/1994, tinha nomeadamente por objectivo lutar contra a corrupção no sector da adjudicação das empreitadas de obras públicas, suprimindo a margem de apreciação discricionária da Administração na atribuição do contrato e adoptando procedimentos transparentes, aptos a garantir a livre concorrência.
- 28 Resulta dos próprios termos do artigo 30.º, n.º 1, da directiva que este de modo nenhum garante à entidade adjudicante a livre escolha de um critério em vez de outro e também não impõe a utilização de um ou outro critério em determinadas circunstâncias específicas. Esta disposição limita-se a referir os dois critérios de adjudicação aplicáveis, sem precisar os casos em que devem ser utilizados.
- 29 Além disso, a opção, pelo legislador nacional, nos concursos públicos ou limitados, pelo critério do preço mais baixo não lesará os direitos dos proponentes quando o mesmo critério, previamente definido, for aplicado a cada um deles.
- 30 Os Governos helénico e austríaco compartilham desta interpretação.
- 31 Em especial, segundo o Governo austríaco, o artigo 30.º da directiva não contém qualquer elemento que indique à entidade adjudicante por qual dos dois critérios, colocados em pé de igualdade, deve a opção ser efectuada. A directiva deixa assim a esta entidade o encargo de decidir precisamente qual é o critério por meio do qual poderá obter a melhor relação qualidade/preço, atendendo às suas necessidades. A referida disposição não se opõe, no entanto, a que, em função da natureza dos contratos em causa, o próprio legislador nacional proceda directamente a essa

opção, autorizando ambos os critérios ou apenas um deles, sendo que a directiva não confere à entidade adjudicante qualquer direito subjectivo ao exercício da opção em causa.

- 32 A Comissão considera também que a directiva não exprime qualquer preferência a favor de um ou outro dos dois critérios previstos no artigo 30.º, n.º 1, da directiva. Esta disposição destina-se unicamente a evitar que a entidade adjudicante adopte critérios de adjudicação de empreitadas de obras públicas diferentes dos dois critérios que menciona, não impondo qualquer escolha entre estes últimos. Para evitar comportamentos arbitrários da referida entidade e garantir uma sã concorrência entre as empresas, é, em princípio, indiferente que o contrato seja celebrado com base no preço mais baixo ou na proposta economicamente mais vantajosa. É no entanto necessário que os referidos critérios de adjudicação estejam claramente mencionados no anúncio de concurso e sejam aplicados de modo objectivo e não discriminatório.
- 33 A escolha do critério apropriado compete à entidade adjudicante, ao proceder a um exame caso a caso aquando da adjudicação de um contrato específico, ou ao legislador nacional, ao qual é lícito adoptar um texto aplicável quer a todos os contratos de empreitada de obras públicas quer unicamente a determinados tipos de contratos.
- 34 A Comissão observa que, no caso vertente, o artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 109/1994 impõe o recurso ao critério do preço mais baixo a fim de garantir a maior transparência possível das operações relativas às empreitadas de obras públicas, o que está em conformidade com o objectivo prosseguido pela directiva, que é o de garantir o desenvolvimento de uma concorrência efectiva. Uma tal disposição não é, portanto, contrária ao artigo 30.º, n.º 1, da directiva.

Resposta do Tribunal de Justiça

- 35 Há que recordar que, segundo o décimo considerando da directiva, esta visa o desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos (v. acórdãos de 16 de Setembro de 1999, *Fracasso e Leitschutz*, C-27/98, Colect., p. I-5697, n.º 26; de 27 de Novembro de 2001, *Lombardini e Mantovani*, C-285/99 e C-286/99, Colect., p. I-9233, n.º 34; e de 12 de Dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.*, C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 89).
- 36 Este objectivo está, de resto, expressamente mencionado no artigo 22.º, n.º 2, segundo parágrafo, da directiva, que dispõe que, quando as entidades adjudicantes celebrem um contrato por meio de concurso limitado, o número de candidatos admitidos à apresentação de propostas deve, em qualquer circunstância, ser suficiente para assegurar uma concorrência efectiva.
- 37 Para satisfazer o objectivo do desenvolvimento de uma concorrência efectiva, a directiva pretende organizar a adjudicação de contratos de modo a que a entidade adjudicante esteja em condições de comparar diferentes propostas e optar pela mais vantajosa com base em critérios objectivos (acórdão *Fracasso e Leitschutz*, já referido, n.º 31).
- 38 É assim que o artigo 30.º da directiva define, no seu n.º 1, os critérios que a entidade adjudicante deve tomar como base para a adjudicação de contratos, que consistem ou unicamente no preço mais baixo ou, quando a adjudicação se faça à proposta economicamente mais vantajosa, em vários critérios que variam consoante o contrato em questão, como, por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade e o valor técnico.

- 39 Uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que restringe a liberdade de opção das entidades adjudicantes no quadro de concursos públicos ou limitados, impondo o recurso ao preço mais baixo como único critério de atribuição, não impede essas entidades de compararem diferentes propostas e de aprovarem a melhor com base num critério objectivo previamente fixado, que, precisamente, é um dos enumerados no artigo 30.º, n.º 1, da directiva.
- 40 No entanto, a fixação pelo legislador nacional, de modo abstracto e geral, de um critério único de adjudicação de empreitadas de obras públicas priva as entidades adjudicantes da possibilidade de terem em consideração a natureza e as especificidades de tais empreitadas, tomadas isoladamente, impedindo-as de optar, para cada empreitada, pelo critério mais apto para garantir a livre concorrência e, assim, para assegurar que será escolhida a melhor proposta.
- 41 No processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio pôs precisamente em evidência a complexidade, no plano técnico, da obra a realizar, pelo que a entidade adjudicante podia ter utilmente em conta esta complexidade, escolhendo critérios objectivos de adjudicação do contrato, como os enumerados, a título de exemplo, no artigo 30.º, n.º 1, alínea b), da directiva.
- 42 Resulta das considerações que precedem que há que responder às questões colocadas que o artigo 30.º, n.º 1, da directiva deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que, com vista à adjudicação de empreitadas de obras públicas através de concursos públicos ou limitados, impõe, de modo abstracto e geral, às entidades adjudicantes, que recorram exclusivamente ao critério do preço mais baixo.

Quanto às despesas

- 43 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado no órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir sobre as despesas. As despesas efectuadas para efeitos da apresentação de observações ao Tribunal de Justiça, para além das das referidas partes, não são reembolsáveis.

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

O artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que, com vista à adjudicação de empreitadas de obras públicas através de concursos públicos ou limitados, impõe, de modo abstracto e geral, às entidades adjudicantes, que recorram exclusivamente ao critério do preço mais baixo.

Assinaturas.