



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

5 de dezembro de 2013*

«Contratos públicos — Procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso — Possibilidade de a entidade adjudicante negociar propostas não conformes com os requisitos obrigatórios das especificações técnicas enunciadas no caderno de encargos relativo ao contrato»

No processo C-561/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Riigikohus (Estónia), por decisão de 23 de novembro de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 5 de dezembro de 2012, no processo

Nordecon AS,

Ramboll Eesti AS

contra

Rahandusministeerium,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: L. Bay Larsen (relator), presidente de secção, M. Safjan, J. Malenovský, A. Prechal e S. Rodin, juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Nordecon AS, por A. Ots,
- em representação do Governo estónio, por M. Linntam e N. Grünberg, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo checo, por M. Smolek e T. Müller, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo espanhol, por A. Rubio González, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por A. Tokár e L. Naaber-Kivisoo, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: estónio.

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,
profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 30.º, n.º 2, da 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 (JO L 134, p. 114).
- 2 Este pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a Nordecon AS, sucessora jurídica da Nordecon Infra AS (a seguir «Nordecon»), e a Ramboll Eesti AS (a seguir «Ramboll Eesti») ao Rahandusministeerium (Ministério das Finanças), a respeito da anulação de um procedimento por negociação para adjudicação de um contrato público com publicação de anúncio de concurso.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O artigo 1.º, n.º 11, alínea d), da Diretiva 2004/18 dispõe:
«'Procedimentos por negociação' são procedimentos em que as entidades adjudicantes consultam os operadores económicos da sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais de entre eles.»
- 4 O artigo 2.º desta diretiva, intitulado «Princípios de adjudicação dos contratos», prevê:
«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.»
- 5 O artigo 23.º da referida diretiva, intitulado «Especificações técnicas», prevê, nos seus n.ºs 1 e 2:
«1. As especificações técnicas definidas no ponto 1 do anexo VI devem constar dos documentos do concurso, como o anúncio, o caderno de encargos ou os documentos complementares. [...]
2. As especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.»
- 6 O artigo 24.º da mesma diretiva, intitulado «Variantes», dispõe, nos seus n.ºs 1 a 4:
«1. Quando o critério de adjudicação for o da proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes podem autorizar os proponentes a apresentar variantes.
2. As entidades adjudicantes devem precisar no anúncio de concurso se as variantes são ou não autorizadas; na falta de tal indicação, as variantes não serão autorizadas.
3. As entidades adjudicantes indicarão, no caderno de encargos, as condições mínimas que as variantes devem respeitar, bem como as regras da sua apresentação.
4. As entidades adjudicantes só tomarão em consideração as variantes que satisfaçam os requisitos mínimos por elas exigidos.

[...]»

- 7 O artigo 30.º da Diretiva 2004/18, intitulado «Casos que justificam o recurso ao procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso», prevê, nos seus n.ºs 1 a 3:

«1. As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, com publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

- a) Em presença de propostas irregulares ou inaceitáveis à luz de disposições nacionais compatíveis com o disposto nos artigos 4.º, 24.º, 25.º e 27.º e no capítulo VII, apresentadas no âmbito de um concurso público ou limitado ou de um diálogo concorrencial, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas.

[...]

- b) A título excepcional, quando se trate de obras, produtos ou serviços que, pela sua natureza ou condicionalismos, não permitam a fixação prévia e global dos preços;
- c) No caso de serviços, designadamente da categoria 6 do anexo II A, e de prestações de carácter intelectual, tal como a conceção de obras, na medida em que a natureza da prestação a fornecer seja de molde a impossibilitar a elaboração de especificações com precisão suficiente para permitir a adjudicação do contrato através da seleção da melhor proposta de acordo com as regras que regem os concursos públicos ou limitados;

[...]

2. Nos casos a que se refere o n.º 1, as entidades adjudicantes negociarão com os proponentes as propostas por estes apresentadas a fim de as adaptar aos requisitos indicados no anúncio de concurso, no caderno de encargos e nos eventuais documentos complementares, e de determinar a melhor proposta em conformidade com o n.º 1 do artigo 53.

3. Durante esse diálogo, as entidades adjudicantes garantirão a igualdade de tratamento de todos os proponentes. Designadamente, não facultarão de forma discriminatória informações que possam dar a um proponente vantagem relativamente a outros.»

Direito estónio

- 8 O § 27, n.º 1, da Lei relativa aos contratos públicos (Riigihangete seadus, a seguir «RHS») prevê:

«Um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso é um procedimento de concurso no qual qualquer pessoa interessada pode apresentar um pedido de participação, a entidade adjudicante propõe a apresentação de uma proposta a pelo menos três proponentes por ela escolhidos com base em critérios objetivos e não discriminatórios e negocia com eles as suas propostas, a fim de adaptar as propostas por eles apresentadas aos requisitos estabelecidos no caderno de encargos e escolher a proposta vencedora.»

- 9 O § 31, n.º 5, da RHS dispõe:

«Se a entidade adjudicante atribuir um contrato com base na proposta economicamente mais vantajosa e se no anúncio de concurso estiver prevista a possibilidade de também se apresentarem soluções alternativas, em complemento das soluções que respeitam todas as condições estabelecidas no anúncio de concurso e no caderno de encargos, fixará no caderno de encargos os requisitos das soluções alternativas e da sua apresentação.»

10 O § 52, n.º 1, da RHS prevê:

«A entidade adjudicante avalia soluções alternativas quando adjudica um contrato com base na proposta economicamente mais vantajosa e quando admitiu, no anúncio de concurso, a apresentação de propostas com soluções alternativas.»

11 O § 67, n.º 1, da RHS dispõe:

«A entidade adjudicante abre todas as propostas, salvo nos casos previstos no § 65, n.º 4, da presente lei, e negocia com os proponentes as propostas apresentadas, a fim de, caso necessário, as adaptar aos requisitos estabelecidos no anúncio de concurso e no caderno de encargos e escolher a proposta vencedora.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

12 Em 25 de setembro de 2008, o Maanteeamet (Departamento de Estradas) abriu um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso, intitulado «Planeamento e construção do troço da estrada Aruvalla-Kose da E263».

13 Nos pontos 4.3.1 e 4.7.1 do anexo III do caderno de encargos relativo ao contrato em questão no processo principal, estava previsto que o separador central desse troço rodoviário devia ter 13,5 m de largura, do quilómetro 26,6 ao quilómetro 32, e 6 m de largura, do quilómetro 32 ao quilómetro 40.

14 Em 20 de janeiro de 2010, o Maanteeamet declarou que as quatro propostas apresentadas, a saber, as dos consórcios Lemminkäinen e Merko, a proposta conjunta da Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, da Binders SIA e da Inseneribuve SIA, bem como a do consórcio Nordecon, composto pela Nordecon Infra AS e a Ramboll Eesti, preenchem os requisitos, pese embora o facto de a proposta deste último consórcio ter previsto um separador central de 6 m de largura em toda a extensão do referido troço rodoviário.

15 Durante as negociações que se seguiram à apresentação dessas propostas, o Maanteeamet, por ofício de 26 de abril de 2010, propôs a todos os proponentes, com exceção do consórcio Nordecon, a alteração da largura do separador central que figurava nas propostas iniciais e a sua fixação em 6 m em toda a extensão do troço rodoviário em questão, como tinha proposto o consórcio Nordecon. Após negociações com todos os proponentes, estes apresentaram as suas propostas até ao dia 27 de maio de 2010, data fixada pela entidade adjudicante, depois de terem corrigido os preços em função da alteração solicitada.

16 Por duas decisões de 10 de junho de 2010, o Maanteeamet declarou, primeiro, que todas as propostas preenchem os requisitos e, depois, escolheu a proposta conjunta do consórcio Lemminkäinen, que era a que tinha o preço mais baixo.

17 Em 21 de julho de 2010, na sequência de uma reclamação da Nordecon Infra AS, estas duas decisões foram anuladas pela Comissão de Reclamações do Rahandusministeerium, que considerou que, no caso de um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso, a entidade adjudicante não pode negociar sobre elementos que satisfazem os requisitos previstos de forma clara e unívoca nos documentos de base do concurso, como os relativos à largura do separador central. Em 27 de setembro de 2010, o diretor-geral do Maanteeamet rejeitou a proposta conjunta do consórcio Lemminkäinen e declarou vencedora a do consórcio Nordecon, que era a proposta que tinha o preço mais baixo a seguir à do primeiro desses consórcios.

- 18 Na sequência de um pedido de anulação apresentado pelo consórcio Merko, o Rahandusministeerium, por decisão de 26 de outubro de 2010, anulou o processo de adjudicação do contrato em causa no processo principal, com fundamento, designadamente, em que a entidade adjudicante tinha ilegalmente considerado que a proposta do consórcio Nordecon preenchia os requisitos e escolheu-a, proposta que incluía uma solução alternativa que não era permitida pelo anúncio de concurso, e com fundamento em que a negociação realizada pela entidade adjudicante não podia versar sobre elementos que correspondiam aos requisitos formulados de forma clara e inequívoca nos documentos de base, como os relativos à largura do separador central do troço rodoviário em questão.
- 19 A Nordecon, que, entretanto, sucedeu à Nordecon Infra AS, e a Ramboll Eesti interpuseram recurso dessa decisão para o Tallinna Halduskohus (Tribunal Administrativo de Taline), o qual, por sentença de 2 de março de 2011, negou provimento a esse recurso. Este órgão jurisdicional considerou que deveria ter sido declarado que a proposta das recorrentes no processo principal não preenchia os requisitos, visto que, em violação dos §§ 31, n.º 5, e 52 da RHS, o anúncio de concurso em questão tinha previsto, não a possibilidade de apresentação de soluções alternativas e a adjudicação do contrato ao proponente que apresentasse a proposta economicamente mais vantajosa mas a tomada em consideração do preço mais baixo. Além disso, no quadro de um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso, as negociações só podiam versar sobre aspetos que não estivessem definidos no momento da apresentação da proposta ou que não figurassem nos documentos de concurso.
- 20 Estas duas sociedades interpuseram recurso da sentença proferida em primeira instância para o Tallinna Ringkonnakohus (Tribunal Distrital de Taline). Por acórdão de 21 de dezembro de 2011, este órgão jurisdicional confirmou essa sentença.
- 21 No tocante ao ponto 8.1 do caderno de encargos relativo ao contrato em causa no processo principal, com base no qual o Maanteeamet tinha autorizado as soluções alternativas, salvo para a construção do pavimento de uma estrada principal (designadamente, das vias de acesso), o Tallinna Ringkonnakohus declarou que o anúncio de concurso não tinha previsto a possibilidade de apresentação de soluções alternativas nem a adjudicação do contrato ao proponente que apresentasse a proposta economicamente mais vantajosa. O Maanteeamet autorizou, pois, em violação dos §§ 31, n.º 5, e 52, n.º 1, da RHS, a apresentação de soluções alternativas. Assim, a proposta inicial das recorrentes no processo principal deveria ter sido rejeitada.
- 22 A Nordecon e a Ramboll Eesti interpuseram recurso de cassação para o Riigikohus (Supremo Tribunal), requerendo a anulação do acórdão do Tallinna Ringkonnakohus, a adoção de uma nova decisão e a declaração da ilegalidade da decisão do Rahandusministeerium de 26 de outubro de 2010.
- 23 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é pacífico que a apresentação de soluções alternativas não era autorizada pelo anúncio de concurso e que a apreciação das propostas não assentava no critério da proposta economicamente mais vantajosa.
- 24 Embora admitindo que, no quadro de um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso, podem ser deixadas em aberto para negociação, pelo menos parcialmente, determinadas questões relativas aos requisitos a que fica sujeita a adjudicação do contrato, sem que seja necessário prever o recurso a soluções alternativas, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se a entidade adjudicante também pode negociar na presença de propostas não conformes com os requisitos obrigatórios do caderno de encargos e se as negociações realizadas devem, no mínimo, conduzir a que a proposta escolhida respeite esses requisitos obrigatórios.
- 25 A este propósito, refere que o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 deixa em aberto a questão de saber se, nessas negociações, as propostas também podem ser adaptadas aos requisitos obrigatórios das especificações técnicas. Se essa adaptação for possível, interroga-se sobre se é também possível proceder a negociações com base em propostas que, na sua forma inicial, não respeitam plenamente

os referidos requisitos obrigatórios. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, esta diretiva também não responde claramente à questão de saber se a adaptação resultante das negociações deve conduzir a uma conformidade total das propostas com as especificações técnicas e se, para realizar esta conformidade, a entidade adjudicante pode igualmente alterar as especificações técnicas.

26 Foi nestas condições que o Riigikohus decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva [2004/18] ser interpretado no sentido de que permite que uma entidade adjudicante negocie com os proponentes as propostas que não respeitem os requisitos obrigatórios estabelecidos nas especificações técnicas do contrato?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à [primeira questão], deve o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 ser interpretado no sentido de que permite que uma entidade adjudicante, no decurso das negociações, após a abertura das propostas, altere os requisitos obrigatórios das especificações técnicas, desde que o objeto do contrato não seja alterado e a igualdade de tratamento de todos os proponentes esteja garantida?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à [segunda questão], deve o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 ser interpretado no sentido de que é contrária ao mesmo uma legislação que proíbe a alteração dos requisitos obrigatórios das especificações técnicas no decurso das negociações após a abertura das propostas?
- 4) Em caso de resposta afirmativa à [primeira questão], deve o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 ser interpretado no sentido de que proíbe que uma entidade adjudicante classifique como a melhor uma proposta que, no final das negociações, não esteja em conformidade com os requisitos obrigatórios das especificações técnicas?»

Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

27 A Nordecon, sem suscitar uma exceção de inadmissibilidade, contesta a pertinência das questões prejudiciais, alegando que a solução do litígio no processo principal não depende das respostas que sejam eventualmente dadas a essas questões. Em especial, sustenta que a questão principal submetida pelo Riigikohus, a saber, a primeira, à qual estão ligadas todas as outras questões, não é pertinente, pois não se realizaram negociações com proponentes que tivessem apresentado propostas irregulares. Assim, estas questões assentam em presunções erradas.

28 A este respeito, constitui jurisprudência constante que, no âmbito de um processo nos termos do artigo 267.º TFUE, o Tribunal de Justiça apenas tem competência para se pronunciar sobre a interpretação ou a validade de um diploma da União com base nos factos que lhe são indicados pelo órgão jurisdicional nacional (v. acórdãos de 16 de março de 1978, Oehlschläger, 104/77, Recueil, p. 791, n.º 4, Colet., p. 293, e de 11 de setembro de 2008, Eckelkamp e o., C-11/07, Colet., p. I-6845, n.º 52; e despacho de 8 de novembro de 2012, SKP, C-433/11, n.º 24).

29 No âmbito desse processo, baseado numa nítida separação das funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, toda e qualquer apreciação dos factos da causa é da competência do juiz nacional. Do mesmo modo, cabe unicamente ao juiz nacional, ao qual é submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a proferir, apreciar, tendo em conta as particularidades 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. Consequentemente, desde que as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se sobre o mérito (v., neste sentido, acórdão Eckelkamp e o., já referido, n.º 27).

- 30 O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for de natureza hipotética ou ainda quando o Tribunal não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são submetidas (acórdão *Eckelkamp e o.*, já referido, n.º 28).
- 31 No presente caso, o órgão jurisdicional de reenvio parte da constatação de que a entidade adjudicante negociou propostas não conformes com os requisitos obrigatórios do caderno de encargos, o que não compete ao Tribunal de Justiça pôr em causa. Acresce que, no caso vertente, não se apurou a existência de nenhuma das hipóteses recordadas no n.º 30 do presente acórdão e que permitem que o Tribunal de Justiça recuse pronunciar-se sobre uma questão prejudicial.
- 32 Por conseguinte, há que julgar admissível o pedido de decisão prejudicial.

Quanto às questões prejudiciais

- 33 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 autoriza a entidade adjudicante a negociar com os proponentes propostas que não respeitem os requisitos obrigatórios previstos pelas especificações técnicas do contrato.
- 34 A este respeito, cabe recordar que o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 permite, em determinados casos, o recurso ao procedimento por negociação, a fim de adaptar as propostas apresentadas pelos proponentes aos requisitos indicados no anúncio de concurso, no caderno de encargos e nos eventuais documentos complementares e de determinar a melhor proposta.
- 35 Nos termos do artigo 2.º dessa diretiva, as entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.
- 36 O Tribunal de Justiça esclareceu que a obrigação de transparência se destina essencialmente a garantir a ausência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante (acórdão de 29 de março de 2012, *SAG ELV Slovensko e o.*, C-599/10, n.º 25).
- 37 Assim, apesar de a entidade adjudicante dispor de um poder de negociação no quadro de um procedimento por negociação, tem sempre o dever de zelar para que sejam respeitados os requisitos do contrato, aos quais atribuiu carácter obrigatório. Se assim não fosse, o princípio segundo o qual as entidades adjudicantes agem de forma transparente não seria observado e a finalidade recordada no número precedente do presente acórdão não poderia ser atingida.
- 38 Além disso, o facto de permitir que uma proposta não conforme com os requisitos obrigatórios seja admitida com vista à negociação retiraria qualquer utilidade à fixação de requisitos obrigatórios no convite à apresentação de propostas e não permitiria à entidade adjudicante negociar com os proponentes numa base que fosse comum a estes, constituída pelos referidos requisitos, e, portanto, tratá-los em pé de igualdade.
- 39 Face às precedentes considerações, há que responder à primeira questão que o artigo 30.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 não autoriza a entidade adjudicante a negociar com os proponentes propostas que não respeitem os requisitos obrigatórios previstos pelas especificações técnicas do contrato.
- 40 Atendendo à resposta dada à primeira questão, não há que responder às questões segunda a quarta.

Quanto às despesas

- 41 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

O artigo 30.º, n.º 2, da 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, não autoriza a entidade adjudicante a negociar com os proponentes propostas que não respeitem os requisitos obrigatórios previstos pelas especificações técnicas do contrato.

Assinaturas