



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

12 de março de 2015\*

«Pedido de decisão prejudicial — Contratos públicos — Diretivas 89/665/CEE e 2004/18/CE — Princípios da igualdade de tratamento e da transparência — Ligação do concorrente selecionado com os peritos da entidade adjudicante — Obrigação de levar em conta essa ligação — Ónus da prova da parcialidade de um perito — Não repercussão dessa parcialidade no resultado final da avaliação — Prazos para o recurso — Impugnação dos critérios abstratos de adjudicação — Clarificação desses critérios após a comunicação dos fundamentos exaustivos para a adjudicação do contrato — Grau de conformidade das propostas com as especificações técnicas como critério de avaliação»

No processo C-538/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituânia), por decisão de 9 de outubro de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 14 de outubro de 2013, no processo

**eVigilo Ltd**

contra

**Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos,**

apoiado por:

«**NT Service**» UAB,

«**HNIT-Baltic**» UAB,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente de secção, C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (relator) e D. Šváby, juízes,

advogado-geral: N. Jääskinen,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da eVigilo Ltd, por J. Puškorienė, advokatė,

\* Língua do processo: lituano.

- em representação do Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, por R. Baniulis, na qualidade de agente,
  - em representação da «NT Service» UAB e da «HNIT Baltic» UAB, por D. Soloveičikas, advokatas,
  - em representação do Governo lituano, por D. Kriauciūnas, K. Dieninis e V. Kazlauskaitė-Švenčionienė, na qualidade de agentes,
  - em representação do Governo helénico, por K. Paraskevopoulou e V. Stroumpouli, na qualidade de agentes,
  - em representação de la Comissão Europeia, por A. Steiblytė e A. Tokár, na qualidade de agentes,
- 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 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO L 335, p. 31, a seguir «Diretiva 89/665»), e dos artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea a), 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 âmbito de um litígio que opõe a eVigilo Ltd (a seguir «eVigilo») ao Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos (Departamento Geral dos Incêndios e dos Socorros do Ministério do Interior, a seguir «entidade adjudicante»), a propósito da avaliação das propostas dos concorrentes no âmbito da adjudicação de um contrato público.

### Quadro jurídico

#### *Direito da União*

- 3 O artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 dispõe:

«Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.»

4 Os considerandos 2 e 46 da Diretiva 2004/18 têm a seguinte redação:

«(2) [...] A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não[...]discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Todavia, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, é aconselhável estabelecer disposições que instituem uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiem nesses princípios por forma a garantir os seus efeitos e a abertura à concorrência dos contratos públicos. Por conseguinte, tais disposições de coordenação devem ser interpretadas em conformidade com as regras e princípios atrás referidos, bem como com as restantes regras do Tratado.

[...]

(46) A adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efetiva. Por conseguinte, importa admitir unicamente a aplicação de dois critérios de adjudicação: o 'preço mais baixo' e a 'proposta economicamente mais vantajosa'.

Para garantir a observância do princípio da igualdade de tratamento na adjudicação, convém prever a obrigação — consagrada na jurisprudência — de garantir a necessária transparência para permitir que todos os proponentes sejam razoavelmente informados dos critérios e das modalidades que serão aplicados para identificar a proposta economicamente mais vantajosa. Cabe, portanto, às entidades adjudicantes indicar os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada critério, a tempo de os proponentes deles tomarem conhecimento para elaborarem as suas propostas. [...]

Sempre que as entidades adjudicantes decidirem adjudicar o contrato à proposta economicamente mais vantajosa, deverão avaliar as propostas para determinar qual delas apresenta a melhor relação qualidade/preço. Para tanto, determinarão os critérios económicos e qualitativos que, no seu conjunto, devem permitir determinar a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante. A determinação dos critérios depende do objeto do contrato, na medida em que tais critérios devem permitir avaliar o nível de desempenho de cada proposta em relação ao objeto do contrato, tal como definido nas especificações técnicas, bem como calcular a relação qualidade/preço de cada proposta.

[...]»

5 Nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2004/18:

«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.»

6 O artigo 44.º, n.º 1, desta diretiva prevê:

«Os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos nos artigos 53.º e 55.º, tendo em conta o artigo 24.º, após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.º e 46.º, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.º a 52.º e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no n.º 3.»

7 O artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da referida diretiva dispõe:

«Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas à remuneração de determinados serviços, os critérios em que as entidades adjudicantes se devem basear para a adjudicação são os seguintes:

a) Quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, diversos critérios ligados ao objeto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução; [...]».

#### *Direito lituano*

8 O artigo 2.º, n.º 17, da Lei n.º VIII-1210, de 13 de agosto de 1996, sobre os contratos públicos (Žin., 1996 n.º 84-2000) (a seguir «lei dos contratos públicos»), prevê:

«Declaração de imparcialidade’: declaração escrita de um membro da Comissão dos Contratos Públicos ou de um perito, comprovativa de que estes são imparciais face aos concorrentes.»

9 O artigo 16.º, n.º 5, do título II dispõe:

«Nenhum membro da Comissão dos Contratos Públicos e nenhum perito pode participar nos trabalhos da referida Comissão sem ter assinado previamente uma declaração de imparcialidade e um compromisso de confidencialidade.»

10 O artigo 3.º da referida lei, sob a epígrafe «Princípios fundamentais para a adjudicação de contratos públicos e sua observância», prevê, no seu n.º 1:

«A entidade adjudicante assegura que, nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, são observados os princípios da igualdade de armas, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.»

11 O artigo 90.º dessa mesma lei dispõe:

«Com base nos resultados da avaliação das propostas, efetuada em consonância com o procedimento a que se refere o artigo 39.º, n.º 7, da presente lei, os fornecimentos de bens, os serviços ou as obras são adquiridos ao concorrente que tiver apresentado a proposta economicamente mais vantajosa ou tiver proposto o preço mais baixo. Num procedimento de adjudicação de um contrato de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de empreitada de obras públicas, as propostas apresentadas podem ser avaliadas com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa ou do preço mais baixo, ou com base em critérios relativos ao objeto do contrato público, estabelecidos na documentação do concurso da entidade adjudicante e que não podem limitar indevidamente, e de forma parcial, o acesso dos concorrentes ao concurso, nem conceder um acesso privilegiado a determinados concorrentes, violando assim as exigências fixadas no artigo 3.º, n.º 1, da presente lei.»

- 12 O artigo 39.º, n.º 7, da lei dos contratos públicos, na redação em vigor entre 1 de setembro de 2009 e 2 de março de 2010, dispõe:

«Para tomar uma decisão sobre uma proposta selecionada, a entidade adjudicante deve:

- 1) Em consonância com o procedimento e com os critérios de avaliação estabelecidos na documentação do concurso, avaliar sem demora as propostas apresentadas pelos concorrentes e elaborar a respetiva classificação preliminar (exceto se um só concorrente for convidado a apresentar uma proposta, ou se um só concorrente apresentar uma proposta). A classificação preliminar das propostas é elaborada, por ordem decrescente, em função da vantagem económica de cada uma, ou por ordem crescente, em função do preço de cada uma. Caso se aplique o critério da oferta economicamente mais vantajosa e as propostas de vários concorrentes apresentem uma vantagem económica idêntica, na classificação preliminar das propostas é dada primazia ao concorrente cujo sobrescrito com a proposta foi registado primeiro, ou cuja proposta foi apresentada mais cedo, por via eletrónica. Caso o critério de avaliação das propostas seja o do preço mais baixo, e várias propostas contenham preços idênticos, na classificação preliminar das propostas é dada primazia ao concorrente cujo sobrescrito com as propostas foi registado primeiro, ou cuja proposta foi apresentada mais cedo, por via eletrónica;
- 2) Notificar, sem demora, todos os concorrentes que apresentaram propostas da classificação preliminar das propostas, e qualquer concorrente cuja proposta não foi inscrita na referida classificação dos fundamentos para a recusa da proposta, incluindo a recusa da proposta por não ter equivalência ou não estar em conformidade com as exigências funcionais e com as exigências relativas à descrição dos desempenhos esperados, estabelecidas pela entidade adjudicante em consonância com o artigo 25.º da presente lei;
- 3) Só confirmar a classificação das propostas e tomar uma decisão sobre a proposta selecionada depois de ter examinado, em consonância com o procedimento a que se refere a presente lei, os pedidos e as impugnações dos concorrentes que apresentaram propostas (caso esses pedidos e impugnações tenham sido apresentados), mas pelo menos 10 dias após o dia do envio da notificação da classificação preliminar das propostas aos concorrentes.»

- 13 O artigo 39.º, n.º 7, da lei dos contratos públicos, na versão em vigor desde 2 de março de 2010, tem a seguinte redação:

«Para tomar uma decisão sobre a adjudicação do contrato, a entidade adjudicante deve, em consonância com o procedimento e com os critérios de avaliação estabelecidos na documentação do concurso, avaliar sem demora as propostas apresentadas pelos concorrentes, verificar, nos casos a que se refere o artigo 32.º, n.º 8, da presente lei, a conformidade, com as exigências mínimas de qualificação, do concorrente cuja proposta pode ser selecionada com base nos resultados da avaliação, elaborar a classificação das propostas (exceto se um só concorrente for convidado a apresentar uma proposta, ou se um só concorrente apresentar uma proposta) e selecionar uma proposta. A classificação das propostas é elaborada por ordem decrescente, em função da vantagem económica de cada uma, ou por ordem crescente, em função do preço de cada uma. Caso se aplique o critério da oferta economicamente mais vantajosa e as propostas de vários concorrentes apresentem uma vantagem económica idêntica, ou caso o critério de avaliação das propostas seja o do preço mais baixo proposto e várias propostas contenham preços idênticos, na classificação das propostas é dada primazia ao concorrente cujo sobrescrito com as propostas foi registado primeiro, ou cuja proposta foi apresentada mais cedo, por via eletrónica.»

### Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 14 A entidade adjudicante lançou, em 22 de janeiro de 2010, um concurso público aberto, com a denominação «Aquisição de um sistema de alerta e de informação da população mediante utilização das infraestruturas das redes de serviços públicos de telefonia móvel dos concorrentes», no âmbito do qual a eVigilo, juntamente com a «ERP» UAB e a «Inta» UAB, e outro consórcio, composto pela «NT Service» UAB e pela «HNIT-Baltic» UAB, apresentaram as suas propostas.
- 15 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, uma vez que o valor do contrato no processo nele pendente era de 14 998 972,45 litas lituanos (LTL) (ou seja, cerca de 4 344 002 euros), o concurso público em causa destina-se a uma aquisição abrangida pelo âmbito de aplicação das Diretivas 2004/18 e 89/665.
- 16 Resulta dos autos apresentados ao Tribunal de Justiça que, do n.º 67 das condições do concurso público constam, como critérios de avaliação, o preço global do referido sistema de alerta, o número de operadores que participam no projeto com o concorrente e exigências gerais e funcionais. Estas últimas compreendem a justificação da solução técnica e arquitetural, assim como a explicação detalhada dos elementos funcionais e respetiva conformidade com as especificações técnicas e com as necessidades da entidade adjudicante, a integridade e a compatibilidade do sistema proposto com as infraestruturas informáticas e técnicas exploradas pela entidade adjudicante, a extensão das possibilidades funcionais do sistema e a justificação destas, assim como a estratégia de execução do projeto, a eficácia do plano de gestão, a descrição das medidas de fiscalização da qualidade e a descrição da equipa do projeto.
- 17 A comissão de concursos da entidade adjudicante, após ter examinado a avaliação das propostas técnicas feita por seis peritos, confirmou os resultados da mesma. Em 4 de novembro de 2010, a entidade adjudicante informou os concorrentes dos resultados dessa avaliação.
- 18 Em 2 de novembro de 2010, a eVigilo interpôs um primeiro recurso, relativo à legalidade dos procedimentos de adjudicação desse contrato público, contestando designadamente a falta de clareza das condições do concurso público.
- 19 Este recurso foi esclarecido em 20 de dezembro de 2010, mediante a explicação das alegadas falhas da avaliação pelos peritos e da falta de fundamento dos resultados dessa avaliação.
- 20 Em 31 de janeiro de 2011, num segundo recurso, a eVigilo contestou a legalidade das ações da entidade adjudicante, alegando que a proposta dos terceiros devia ser recusada, pois o seu preço ultrapassava largamente o nível de financiamento atribuído ao projeto em causa.
- 21 Em 8 de março de 2011, a entidade adjudicante e a «NT Service» e a «HNIT-Baltic» UAB celebraram o contrato, quando os litígios que opunham a eVigilo à entidade adjudicante ainda estavam pendentes.
- 22 Em 19 de março de 2012, a eVigilo completou o seu primeiro recurso, relativo à legalidade da avaliação das propostas, esclarecendo a sua argumentação quanto à natureza errada da definição dos critérios de avaliação de uma vantagem económica constantes do concurso público.
- 23 Em 10 de abril de 2012, a eVigilo completou novamente o seu primeiro recurso e invocou factos novos, conexos com a parcialidade dos peritos que tinham avaliado as propostas, suscetíveis de demonstrar a existência de relações profissionais entre estes últimos e os especialistas mencionados na proposta dos terceiros.
- 24 A eVigilo alega que os especialistas mencionados na proposta dos adjudicatários eram colegas, na Universidade Tecnológica de Kaunas (Kauno technologijos universitetas), de três dos seis peritos da entidade adjudicante que elaboraram o caderno de encargos e avaliaram as propostas.

- 25 Os tribunais de primeira e de segunda instância negaram provimento aos recursos interpostos pela eVigilo.
- 26 No recurso de cassação que interpôs no Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, a eVigilo indica que os referidos tribunais apreciaram erradamente os nexos entre os especialistas mencionados pelos adjudicatários do contrato e os peritos designados pela entidade adjudicante. Alega igualmente que esses tribunais não tiveram, assim, em conta a parcialidade dos peritos.
- 27 Além disso, a eVigilo alega que a entidade adjudicante fixou critérios muito abstratos para a avaliação da proposta economicamente mais vantajosa, nomeadamente o da «compatibilidade com as necessidades da entidade adjudicante», que teve repercussão nas propostas dos concorrentes e na respetiva avaliação pela entidade adjudicante. Sustenta que só ficou em condições de compreender os critérios de adjudicação à proposta economicamente mais vantajosa quando a entidade adjudicante lhe comunicou os fundamentos exaustivos para a recusa da adjudicação do contrato. Por isso, o prazo para a interposição do recurso só devia ter começado a correr a partir dessa comunicação.
- 28 Segundo a entidade adjudicante e os adjudicatários do contrato, os tribunais de primeira e de segunda instância decidiram, com razão, que a eVigilo estava obrigada não só a demonstrar as ligações objetivas existentes entre os especialistas dos adjudicatários do contrato e os peritos que avaliaram as propostas, mas também a provar um facto subjetivo de parcialidade dos peritos. Também sustentam que a eVigilo contestou tardiamente a legalidade dos critérios de avaliação da proposta economicamente mais vantajosa.
- 29 A entidade adjudicante e os adjudicatários do contrato contestam também a afirmação de que os referidos critérios de adjudicação do contrato público tinham sido definidos de forma inadequada, dado que, até ao termo do prazo para a apresentação de propostas, a eVigilo não os contestou nem pediu que fossem explicados.
- 30 Nestas condições, o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça seguintes as questões prejudiciais:
- «1) Devem as disposições da legislação da União Europeia no domínio dos contratos públicos — o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da [Diretiva 89/665], que estabelece os princípios da eficácia e da celeridade em relação à defesa dos direitos dos proponentes que foram violados, o artigo 2.º da Diretiva 2004/18, que estabelece os princípios da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência, e os artigos 44.º, n.º 1 e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, que estabelecem o procedimento aplicável à celebração de um contrato com o proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa - ser entendidas e interpretadas, em conjunto ou isoladamente (mas não se limitando às disposições supramencionadas), no sentido de que:
- a) caso um proponente tenha tomado conhecimento de uma possível relação (ligação) [significativa] entre outro proponente e os peritos da entidade adjudicante que avaliaram as propostas e (ou) do facto de tal proponente ocupar uma posição potencialmente excecional em virtude de ter executado anteriormente trabalhos preparatórios relacionados com o procedimento de adjudicação em litígio e, face a essas circunstâncias, a entidade adjudicante não tenha tomado qualquer medida, essas informações são, por si só, suficientes para fundamentar a alegação de que a instância de recurso deveria declarar a ilegalidade dos atos da entidade adjudicante, que não assegurou a transparência e objetividade do procedimento e, além disso, o requerente não é obrigado a provar, em termos concretos, que os peritos atuaram de forma parcial[;]
- b) uma vez estabelecida a procedência dos argumentos apresentados pelo recorrente, a instância de recurso, ao tomar a sua decisão sobre as potenciais consequências dos factos alegados pelo recorrente sobre os resultados do processo de concurso, não é obrigada a ter em conta o

facto de que o resultado da avaliação das propostas apresentadas pelos proponentes teria sido essencialmente o mesmo se nenhum dos peritos que avaliaram as propostas tivesse atuado de forma parcial[;]

- c) o proponente só tem (finalmente) conhecimento do teor dos critérios relativos à proposta economicamente mais vantajosa - que tinham sido formulados de acordo com parâmetros qualitativos e em termos abstratos nas condições do concurso (critérios como a exaustividade e a compatibilidade com as necessidades da entidade adjudicante), com base nas quais o proponente pôde essencialmente apresentar uma proposta — apenas quando a entidade adjudicante avaliou as propostas apresentadas pelos proponentes de acordo com esses critérios e forneceu às partes interessadas informações exaustivas sobre os fundamentos das decisões tomadas e, como tal, o prazo de [prescrição] aplicável ao procedimento de recurso estabelecido na legislação nacional só pode começar a correr a partir desse momento?
2. O artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, aplicado conjuntamente com os princípios que regulam a adjudicação de um contrato estabelecidos no [artigo] 2.º da referida [d]iretiva, deve ser entendido e interpretado no sentido de que as entidades adjudicantes não podem estabelecer (e aplicar) um procedimento de avaliação das propostas apresentadas pelos proponentes em que os resultados dessa avaliação dependem do grau de exaustividade da demonstração, por parte dos proponentes, do cumprimento dos requisitos estabelecidos nos documentos do concurso, ou seja, quanto mais exaustiva [(mais extensa)] for a descrição da conformidade da proposta apresentada pelo proponente com os referidos requisitos, maior será a pontuação atribuída à sua proposta?»

### Quanto às questões prejudiciais

*Quanto à primeira questão, alíneas a) e b)*

- 31 Com a sua primeira questão, alíneas a) e b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 e os artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que a ilegalidade da avaliação das propostas dos concorrentes seja declarada unicamente com o fundamento de que o adjudicatário do contrato teve ligações significativas com os peritos nomeados pela entidade adjudicante que avaliaram as propostas, sem que sejam examinados outros elementos do procedimento, incluindo a circunstância de a eventual parcialidade desses peritos não ter tido impacto na decisão de adjudicação do contrato, e sem que seja exigido ao concorrente preterido que prove concretamente a parcialidade do comportamento desses peritos.
- 32 De acordo com o artigo 2.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Princípios de adjudicação dos contratos», «[a]s entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente».
- 33 O princípio da igualdade de tratamento entre os concorrentes, que tem por objetivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre as empresas que participam num concurso público, impõe que todos os concorrentes tenham as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica, portanto, que estas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os concorrentes (v., nesse sentido, acórdãos Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, n.º 110, e Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44).



- 34 O dever de transparência, que é corolário daquele, destina-se essencialmente a garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade, por parte da entidade adjudicante, relativamente a determinados concorrentes ou determinadas propostas (v., neste sentido, acórdãos Comissão/CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236, n.º 111, e Cartiera dell'Adda, EU:C:2014:2345, n.º 44).
- 35 Um conflito de interesses implica o risco de a entidade adjudicante se deixar guiar por considerações alheias ao contrato em causa e de, só por causa delas, ser dada preferência a um concorrente. Semelhante conflito de interesses pode, pois, constituir uma violação do artigo 2.º da Diretiva 2004/18.
- 36 Nesse aspeto, o facto de a entidade adjudicante ter nomeado peritos para, por incumbência sua, avaliarem as propostas apresentadas não a desresponsabiliza pelo cumprimento dos princípios do direito da União (v., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 23).
- 37 A declaração da parcialidade de um perito exige, nomeadamente, a apreciação dos factos e das provas, o que compete às entidades adjudicantes e às autoridades de fiscalização administrativa ou judiciárias.
- 38 Importa observar que nem a Diretiva 89/665 nem a Diretiva 2004/18 contêm disposições específicas a este propósito.
- 39 Segundo jurisprudência constante, na falta de regulamentação da União na matéria, compete a cada Estado-Membro definir as regras do procedimento administrativo e do processo judicial destinados a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União. Estas regras processuais não devem, todavia, ser menos favoráveis do que as que respeitam a ações similares previstas para a proteção dos direitos conferidos pela ordem jurídica interna (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade) (v. acórdão Club Hotel Loutraki e o., C-145/08 e C-149/08, EU:C:2010:247, n.º 74 e jurisprudência referida).
- 40 Nomeadamente, as regras processuais em matéria de recursos contenciosos destinadas a garantir a proteção dos direitos conferidos pelo direito comunitário aos candidatos e aos concorrentes lesados por decisões das entidades adjudicantes não devem pôr em causa o efeito útil da Diretiva 89/665 [v. acórdão Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, n.º 27 e jurisprudência referida].
- 41 Regra geral, estes princípios não obstam a que, nos Estados-Membros, a parcialidade de um perito só possa ser provada com base numa situação objetiva, para evitar o risco de a entidade adjudicante pública se deixar guiar por considerações alheias ao contrato em causa suscetíveis de, só por causa delas, levar a que seja dada preferência a um concorrente.
- 42 Quanto às regras da prova nesta área, importa notar que, de acordo com o artigo 2.º da Diretiva 2004/18, as entidades adjudicantes devem tratar os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agir de forma transparente. Daqui decorre que lhes é atribuído um papel ativo na aplicação dos princípios de adjudicação dos contratos públicos.
- 43 Uma vez que este dever corresponde à própria essência das diretivas relativas aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (v. acórdão Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, n.º 45), daqui resulta que a entidade adjudicante está, em todas as situações, obrigada a verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses. Ora, é incompatível com este papel fazer recair na recorrente o ónus de provar, no procedimento de recurso, a parcialidade concreta dos peritos nomeados pela entidade adjudicante. Essa solução é também contrária ao princípio da efetividade e à exigência de um recurso efetivo

formulada pelo artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, atendendo, designadamente, a que, regra geral, um concorrente não está em condições de ter acesso a informações e elementos de prova que lhe permitam demonstrar essa parcialidade.

- 44 Assim, se o concorrente preterido apresentar elementos objetivos que ponham em dúvida a imparcialidade de um perito da entidade adjudicante, compete a essa entidade adjudicante examinar todas as circunstâncias relevantes que levaram à tomada da decisão relativa à adjudicação do contrato, para evitar, detetar e remediar os conflitos de interesses, inclusivamente pedindo, se for caso disso, às partes que facultem determinadas informações e elementos de prova.
- 45 Elementos como as alegações, feitas no processo principal, sobre as ligações entre os peritos nomeados pela entidade adjudicante e os especialistas das empresas adjudicatárias do contrato, nomeadamente a circunstância de essas pessoas trabalharem juntas na mesma universidade, pertencerem ao mesmo grupo de investigação ou terem vínculos de subordinação nessa universidade, constituem, se forem provados, elementos objetivos desse tipo, que devem desencadear um exame aprofundado pela entidade adjudicante ou, se for caso disso, pelas autoridades administrativas ou judiciárias.
- 46 Sob reserva da observância das obrigações resultantes do direito da União, e especificamente das mencionadas no n.º 43 do presente acórdão, o conceito de «parcialidade» e os critérios da mesma devem ser definidos pelo direito nacional. O mesmo vale para as regras relativas aos efeitos jurídicos de uma eventual parcialidade. Assim, cabe ao direito nacional determinar se, e em que medida, as autoridades administrativas e judiciárias competentes devem levar em conta a circunstância de a eventual parcialidade desses peritos não ter tido impacto na decisão de adjudicação do contrato.
- 47 Atendendo às considerações que antecedem, há que responder à primeira questão, alíneas a) e b), que o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 e os artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem, em princípio, a que a ilegalidade da avaliação das propostas dos concorrentes seja declarada unicamente com o fundamento de que o adjudicatário do contrato teve ligações significativas com os peritos nomeados pela entidade adjudicante que avaliaram as propostas. A entidade adjudicante está, em todas as situações, obrigada a verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses. No âmbito da apreciação de um recurso de anulação da decisão de adjudicação com fundamento na parcialidade dos peritos, não se pode exigir ao concorrente preterido que prove concretamente a parcialidade do comportamento dos peritos. Cabe, em princípio, ao direito nacional determinar se, e em que medida, as autoridades administrativas e judiciárias competentes devem levar em conta a circunstância de a eventual parcialidade desses peritos ter tido ou não impacto na decisão de adjudicação do contrato.

*Quanto à primeira questão, alínea c)*

- 48 Com a sua primeira questão, alíneas a) e b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 e os artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que exigem que o direito de interposição de um recurso para fiscalização da legalidade do concurso público esteja acessível, após o termo do prazo previsto no direito nacional, a um concorrente que só pôde compreender as condições do concurso público unicamente no momento em que a entidade adjudicante, após ter avaliado as propostas, prestou informações exaustivas sobre os fundamentos da sua decisão.
- 49 Esta questão refere-se ao prazo de prescrição do direito de interposição de um recurso para fiscalização da legalidade do concurso público, previsto no direito nacional. A referida questão parte da premissa de que está acessível aos concorrentes interessados, na fase do concurso público, uma via de recurso que permite impugnar a legalidade do mesmo. O objeto da questão é saber se um concorrente

interessado está impedido, por força de um prazo prescricional, de interpor um recurso para fiscalização da legalidade do concurso, recurso esse que interpôs antes de ser informado da adjudicação do contrato em questão.

- 50 A este respeito, importa observar que as disposições da Diretiva 89/665, destinadas a proteger os concorrentes contra a arbitrariedade da entidade adjudicante, visam reforçar os mecanismos existentes para assegurar a aplicação efetiva das regras da União em matéria de celebração de contratos de direito público, em especial numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas (acórdão *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, n.º 34 e jurisprudência referida). O artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665 exige recursos eficazes, «de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer», e, em especial, tão céleres quanto possível, nas condições referidas nos artigos 2.º a 2.º-F da referida diretiva.
- 51 De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a fixação de prazos razoáveis de recurso, sob pena de caducidade, satisfaz, em princípio, a exigência de efetividade decorrente da Diretiva 89/665, na medida em que constitui uma aplicação do princípio fundamental da segurança jurídica. A realização integral do objetivo prosseguido pela Diretiva 89/665 ficaria comprometida se fosse possível aos candidatos e aos concorrentes invocar, em qualquer fase do procedimento de adjudicação, infrações às regras de adjudicação dos contratos, obrigando assim a entidade adjudicante a recomeçar o procedimento para corrigir essas infrações (acórdão *Universal-Bau e o.*, C-470/99, n.ºs 75, 76 e jurisprudência referida; *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, n.ºs 50 e 51; e *Comissão/Irlanda*, C-456/08, EU:C:2010:46, n.ºs 51 e 52).
- 52 Segundo a jurisprudência do Tribunal, o objetivo fixado no artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 de garantir a existência de recursos eficazes contra as violações das disposições aplicáveis em matéria de adjudicação de contratos públicos só pode ser alcançado se os prazos impostos para interpor estes recursos começarem a correr a partir da data em que a demandante teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento da alegada violação das referidas disposições [v. acórdãos *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, n.º 32, e *Idrodinamica Spurgo Velox e o.*, C-161/13, EU:C:2014:307, n.º 37].
- 53 Refira-se que os critérios de adjudicação dos contratos devem constar do anúncio de concurso ou do caderno de encargos e que a sua incompreensibilidade ou falta de clareza pode constituir uma violação da Diretiva 2004/18.
- 54 No n.º 42 do seu acórdão *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553), o Tribunal decidiu que os critérios de adjudicação devem ser formulados, no caderno de encargos ou no anúncio de concurso, de forma a permitir que todos os concorrentes razoavelmente informados e normalmente diligentes os interpretem da mesma maneira.
- 55 Daqui resulta que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, mediante a aplicação do padrão do concorrente razoavelmente informado e normalmente diligente, se o concorrente em causa estava efetivamente incapaz de compreender os critérios de adjudicação em causa ou se os devia ter compreendido.
- 56 Nesta apreciação, deve ser levado em conta o facto de o concorrente em causa e os outros concorrentes terem sido capazes de apresentar propostas e de o concorrente em causa não ter pedido esclarecimentos à entidade adjudicante antes de apresentar a sua proposta.
- 57 Se resultar desta apreciação que as condições do concurso eram efetivamente incompreensíveis para o concorrente e que ficou impedido de interpor recurso no prazo previsto no direito nacional, esse concorrente tem o direito de interpor recurso até ao termo do prazo previsto relativamente à decisão de adjudicação do contrato.

58 Por conseguinte, há que responder à primeira questão, alínea c), que o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 e os artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que exigem que o direito de interposição de um recurso para fiscalização da legalidade do concurso público esteja acessível, após o termo do prazo previsto no direito nacional, a um concorrente que só pôde compreender as condições do concurso público unicamente no momento em que a entidade adjudicante, após ter avaliado as propostas, prestou informações exaustivas sobre os fundamentos da sua decisão. Esse direito de interposição de recurso pode ser exercido até ao termo do prazo de recurso da decisão de adjudicação do contrato.

#### *Quanto à segunda questão*

59 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 2.º e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que permitem a uma entidade adjudicante adotar como critério de avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes num concurso público o grau de conformidade das mesmas com as exigências constantes da documentação do concurso público.

60 De acordo com o artigo 53.º, n.º 1, alínea), da Diretiva 2004/18, a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante é apreciada segundo diversos critérios ligados ao objeto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução.

61 Segundo a jurisprudência, esta enumeração não é taxativa, como resulta da utilização dos termos «como sejam» (v. acórdão Comissão/Países Baixos, C-368/10, EU:C:2012:284, n.º 84).

62 Assim, a entidade adjudicante tem a faculdade de estabelecer outros critérios de adjudicação, desde que os mesmos estejam ligados ao objeto do contrato e respeitem os princípios fixados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18.

63 A entidade adjudicante deve tanto mais dispor desta liberdade quanto é certo que a proposta economicamente mais vantajosa deve ser apreciada «do ponto de vista da entidade adjudicante».

64 Sob reserva da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, constata-se que, no processo principal, o grau de conformidade da proposta com as exigências da documentação do concurso público está ligado ao objeto do contrato e nada indica que esse critério de avaliação não respeita os princípios fixados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18.

65 Consequentemente, há que responder à segunda questão que os artigos 2.º e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que permitem, em princípio, a uma entidade adjudicante adotar como critério de avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes num concurso público o grau de conformidade das mesmas com as exigências constantes da documentação do concurso público.

#### **Quanto às despesas**

66 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 (Quinta Secção) declara:

- 1) **O artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e os artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea), 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, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem, em princípio, a que a ilegalidade da avaliação das propostas dos concorrentes seja declarada unicamente com o fundamento de que o adjudicatário do contrato teve ligações significativas com os peritos nomeados pela entidade adjudicante que avaliaram as propostas. A entidade adjudicante está, em todas as situações, obrigada a verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses. No âmbito da apreciação de um recurso de anulação da decisão de adjudicação com fundamento na parcialidade dos peritos, não se pode exigir ao concorrente preterido que prove concretamente a parcialidade do comportamento dos peritos. Cabe, em princípio, ao direito nacional determinar se, e em que medida, as autoridades administrativas e judiciárias competentes devem levar em conta a circunstância de a eventual parcialidade desses peritos ter tido ou não impacto na decisão de adjudicação do contrato.**

O artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, e os artigos 2.º, 44.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que exigem que o direito de interposição de um recurso para fiscalização da legalidade do concurso público esteja acessível, após o termo do prazo previsto no direito nacional, a um concorrente que só pôde compreender as condições do concurso público unicamente no momento em que a entidade adjudicante, após ter avaliado as propostas, prestou informações exaustivas sobre os fundamentos da sua decisão. Esse direito de interposição de recurso pode ser exercido até ao termo do prazo de recurso da decisão de adjudicação do contrato.

- 2) **Os artigos 2.º e 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que permitem, em princípio, a uma entidade adjudicante adotar como critério de avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes num concurso público o grau de conformidade das mesmas com as exigências constantes da documentação do concurso público.**

Assinaturas