



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

24 de maio de 2016*

«Reenvio prejudicial — Artigo 267.º TFUE — Competência do Tribunal de Justiça — Natureza jurisdicional do órgão de reenvio — Concurso público no setor das infraestruturas ferroviárias — Procedimento por negociação — Diretiva 2004/17/CE — Artigo 10.º — Artigo 51.º, n.º 3 — Princípio da igualdade de tratamento dos proponentes — Agrupamento de duas sociedades admitido, nessa qualidade, como proponente — Proposta apresentada por uma das duas sociedades, em nome próprio, tendo a outra sociedade sido declarada insolvente — Sociedade considerada apta a, por si só, ser admitida como proponente — Adjudicação do contrato a essa sociedade»

No processo C-396/14,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos, Dinamarca) por decisão de 18 de agosto de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 20 de agosto de 2014, no processo

MT Højgaard A/S,

Züblin A/S

contra

Banedanmark,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vice-presidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J. L. da Cruz Vilaça e A. Arabadjiev, presidentes de secção, E. Juhász (relator), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C. G. Fernlund e C. Vajda, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,

secretário: I. Illéssy, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 8 de setembro de 2015,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da MT Højgaard A/S e da Züblin A/S, por T. Høg, advokat,
- em representação do Governo dinamarquês, por C. Thorning, na qualidade de agente, assistido por R. Holdgaard, advokat,

* Língua do processo: dinamarquês.

— em representação da Comissão Europeia, por L. Grønfeldt, M. Clausen e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 25 de novembro de 2015,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, que consta do artigo 10.º da 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 setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1; retificação no JO 2004, L 358, p. 35), conjugado com o artigo 51.º desta diretiva.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a MT Højgaard A/S e a Züblin A/S à Banedanmark, entidade gestora das infraestruturas ferroviárias na Dinamarca, a respeito da regularidade da adjudicação de um contrato público por esta última, na sua qualidade de entidade adjudicante, à Per Aarsleff A/S.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O considerando 9 da Diretiva 2004/17 enuncia:

«A fim de garantir a abertura à concorrência dos contratos públicos adjudicados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, é aconselhável estabelecer disposições que instituem uma coordenação comunitária dos contratos que ultrapassem um certo valor. Essa coordenação é baseada nos corolários dos artigos 14.º, 28.º e 49.º do Tratado CE e do artigo 97.º do Tratado Euratom, ou seja, o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Tendo em conta a natureza dos setores afetados por essa coordenação, esta deverá criar um enquadramento para práticas comerciais leais e permitir a maior flexibilidade possível.

[...]»

- 4 O artigo 10.º desta diretiva, sob a epígrafe «Princípios de adjudicação dos contratos», dispõe:

«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 11.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Operadores económicos», prevê, no seu n.º 2:

«Os agrupamentos de operadores económicos podem apresentar propostas ou constituir-se candidatos. Para efeitos de apresentação da proposta ou do pedido de participação, as entidades adjudicantes não podem exigir que os agrupamentos de operadores económicos adotem uma forma jurídica determinada, mas o agrupamento selecionado pode ser obrigado a adotar uma forma jurídica determinada uma vez que lhe seja adjudicado o contrato, na medida em que tal seja necessário para a boa execução do mesmo.»

6 Integrado no capítulo VII da mesma diretiva, o artigo 51.º, sob a epígrafe «Disposições gerais», dispõe:

«1. Para fins de seleção dos participantes nos processos de adjudicação:

- a) As entidades adjudicantes que tenham previsto regras e critérios de exclusão de proponentes ou candidatos em conformidade com o disposto nos n.ºs 1, 2 ou 4 do artigo 54.º, excluirão os operadores económicos abrangidos por tais regras e critérios;
- b) As entidades adjudicantes selecionarão os proponentes e candidatos em conformidade com as regras e critérios objetivos fixados nos termos do artigo 54.º;
- c) Nos concursos limitados e nos procedimentos por negociação com convite à apresentação de propostas, as entidades adjudicantes reduzirão, se for caso disso e nos termos do artigo 54.º, o número de candidatos selecionados de acordo com o disposto nas alíneas a) e b).

[...]

3. As entidades adjudicantes verificarão a conformidade das propostas apresentadas pelos proponentes assim selecionados com as regras e exigências aplicáveis às propostas e adjudicarão o contrato com base nos critérios previstos nos artigos 55.º e 57.º»

7 O artigo 54.º da Diretiva 2004/17, sob a epígrafe «Critérios de seleção qualitativa», dispõe:

«1. Ao estabelecerem critérios de seleção num concurso público, as entidades adjudicantes devem seguir regras e critérios objetivos que estarão à disposição dos operadores económicos interessados.

2. Ao selecionarem os candidatos para participação num concurso limitado ou num procedimento por negociação, as entidades adjudicantes devem seguir as regras e os critérios objetivos que definiram e que estarão à disposição dos operadores económicos interessados.

3. Nos concursos limitados e nos procedimentos por negociação, os critérios podem basear-se na necessidade objetiva, por parte da entidade adjudicante, de reduzir o número de candidatos para um nível justificado pela necessidade de equilíbrio entre as características específicas do processo de adjudicação e os meios requeridos para a sua realização. O número de candidatos selecionados deve, todavia, ter em conta a necessidade de assegurar uma concorrência suficiente.

[...]»

Direito dinamarquês

8 O § 2, primeiro parágrafo, da lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (Lei relativa a determinadas atividades comerciais), publicada pelo Decreto de consolidação n.º 1295, de 15 de novembro de 2013, contém a seguinte definição, estabelecida em conformidade com a jurisprudência e a doutrina:

«Para efeitos da presente lei, entende-se por ‘sociedade em nome coletivo’ a empresa em que todos os participantes são pessoalmente responsáveis, de forma solidária e ilimitada, pelas obrigações da sociedade.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 9 Através de anúncio publicado no mês de janeiro de 2013, a Banedanmark deu início a um procedimento por negociação com abertura prévia de concurso, na aceção do artigo 47.º da Diretiva 2004/17, com vista à adjudicação de um contrato público relativo à construção de uma nova linha ferroviária entre as cidades de Copenhaga e Ringsted, projeto denominado «TP 4 Urban Tunnels». Tendo em vista a adjudicação do contrato, o critério adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa.
- 10 Em conformidade com o anúncio de concurso, a Banedanmark pretendia convidar quatro a seis candidatos a apresentar propostas e, caso o número de candidatos fosse superior a seis, procederia a uma seleção preliminar. Além disso, resulta do caderno de encargos que o procedimento previa que os candidatos seriam convidados a apresentar três propostas sucessivas ao longo do procedimento. Haveria lugar a uma negociação após a apresentação das duas primeiras propostas, devendo a terceira e última propostas levar à adjudicação do contrato.
- 11 Cinco operadores económicos apresentaram candidaturas no âmbito da pré-seleção. Entre eles figurava o agrupamento constituído pela MT Højgaard e pela Züblin (a seguir «agrupamento Højgaard e Züblin»), bem como o agrupamento constituído pela Per Aarsleff e pela E. Pihl og Søn A/S (a seguir «agrupamento Aarsleff e Pihl»). A Banedanmark pré-selecionou o conjunto dos cinco candidatos e convidou-os a apresentar propostas.
- 12 No mês de junho de 2013, uma das empresas retirou-se do procedimento, pelo que restavam apenas quatro candidatos pré-selecionados.
- 13 O contrato de constituição do agrupamento Aarsleff e Pihl foi celebrado entre as duas sociedades em 26 de agosto de 2013. Na mesma data, o órgão jurisdicional competente declarou a insolvência da E. Pihl og Søn. A Banedanmark foi informada dessa decisão durante a tarde desse mesmo dia e questionou imediatamente a Per Aarsleff sobre o impacto daquela no procedimento de adjudicação em curso. Apesar da declaração de insolvência, o agrupamento Aarsleff e Pihl apresentou uma primeira proposta em 27 de agosto de 2013, assinada pelas duas sociedades, mas não pelo administrador da insolvência.
- 14 Em 15 de outubro de 2013, a Banedanmark informou todos os proponentes da sua decisão de autorizar a Per Aarsleff a continuar a participar individualmente no procedimento. A Banedanmark justificou esta decisão pelo facto de a Per Aarsleff, que era a maior empresa na Dinamarca em termos de volume de negócios nos anos de 2012 e de 2013, satisfazer as condições exigidas para participar no procedimento por negociação, mesmo sem as capacidades técnicas e financeiras da E. Pihl og Søn. Além disso, a Per Aarsleff tinha acolhido mais de 50 trabalhadores da E. Pihl og Søn, incluindo pessoas-chave para a realização do projeto em causa.
- 15 A Per Aarsleff apresentou uma segunda proposta, em nome próprio, indicando que a apresentava na qualidade de sucessora do agrupamento Aarsleff e Pihl, que o administrador da insolvência não tinha comunicado se pretendia manter o acordo de agrupamento e que, conseqüentemente, a Per Aarsleff tinha rescindido esse acordo. Depois de avaliar as segundas propostas recebidas, a Banedanmark, em conformidade com as condições do anúncio de concurso, selecionou três propostas com vista a determinar qual delas era economicamente mais vantajosa e pediu aos três proponentes selecionados que apresentassem uma terceira e última proposta. De entre estes constava a Per Aarsleff assim como o agrupamento Højgaard e Züblin. Essas últimas propostas foram apresentadas pelos três proponentes em 12 de dezembro de 2013.

- 16 Em 20 de dezembro de 2013, a Banedanmark informou os três proponentes selecionados de que tinha decidido adjudicar o contrato à Per Aarsleff, cuja proposta, tanto do ponto de vista da qualidade como do preço, era a economicamente mais vantajosa. Esta proposta ascendia a um montante de 920 300 000 coroas dinamarquesas (DKK) (aproximadamente 123 402 000 euros).
- 17 Na sequência dessa decisão, a MT Højgaard e a Züblin submeteram a questão ao Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos, Dinamarca), alegando designadamente que, ao permitir à Per Aarsleff participar no procedimento em lugar do agrupamento Aarsleff e Pihl, não tendo a Per Aarsleff sido selecionada a título individual, a Banedanmark violou os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, a que se refere o artigo 10.º da Diretiva 2004/17. A MT Højgaard e a Züblin solicitaram assim ao Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) a anulação da decisão de adjudicação do contrato à Per Aarsleff, bem como a suspensão da sua execução.
- 18 O Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) decidiu, antes de mais, não atribuir efeito suspensivo ao recurso. Considerou, em seguida, na sua decisão de reenvio, que, com base nas informações transmitidas relativas à Per Aarsleff, esta sociedade teria sido pré-selecionada se tivesse apresentado uma candidatura em seu próprio nome, em vez de fazê-lo por intermédio do agrupamento Aarsleff e Pihl. O Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) salienta também que nenhuma disposição de direito dinamarquês proíbe a alteração da composição de um agrupamento de empresas que participe num procedimento de adjudicação de um contrato público, que se verifique após a apresentação das propostas.
- 19 O Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) observa ainda que, no anúncio de concurso, a Banedanmark não fixou requisitos qualitativos mínimos quanto às capacidades técnicas dos candidatos e que só devia proceder a uma apreciação qualitativa das candidaturas se o seu número fosse superior a seis. Por conseguinte, a Per Aarsleff poderia ter sido pré-selecionada em seu próprio nome, sem ser parte no agrupamento Aarsleff e Pihl. O facto de a Per Aarsleff se ter substituído àquele agrupamento não teve, além disso, nenhuma incidência relativamente à situação dos proponentes, na medida em que nenhum dos candidatos foi excluído da pré-seleção, ou teria sido excluído caso a Per Aarsleff tivesse concorrido a título individual. Além disso, importaria distinguir a situação em que a alteração de um agrupamento se verifica antes da adjudicação do contrato daquela em que tal alteração ocorre após a adjudicação.
- 20 Contudo, o Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) exprime algumas reservas relativamente à compatibilidade do procedimento seguido com o princípio da igualdade de tratamento, sublinhando também que, tratando-se de contratos públicos relativos a setores de atividade abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17, o legislador da União Europeia não fixou regras tão detalhadas quanto à aplicação desse princípio como as que constam 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 2004, L 134, p. 114; retificação no JO 2004, L 351, p. 44).
- 21 Tendo em conta estas considerações, ao Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 10.º da Diretiva [2004/17], conjugado com o artigo 51.º da mesma diretiva, ser interpretado no sentido de que proíbe, numa situação como a do caso vertente, que uma autoridade adjudicante adjudique o contrato a um proponente que não se candidatou à pré-seleção e que, como tal, não foi pré-selecionado?»

Quanto à competência do Tribunal de Justiça

- 22 No n.º 15 do acórdão de 18 de novembro de 1999, *Unitron Scandinavia e 3-S* (C-275/98, EU:C:1999:567), o Tribunal de Justiça reconheceu a qualidade de «órgão jurisdicional», na aceção do artigo 267.º TFUE, ao *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos). Contudo, o Governo dinamarquês salienta que o Tribunal de Justiça, no acórdão de 9 de outubro de 2014, *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), negou, em contrapartida, essa qualidade ao *Teleklagenævnet* (Comissão de recursos em matéria de telecomunicações, Dinamarca). Consequentemente, pede ao Tribunal de Justiça que clarifique os critérios aplicáveis a este respeito, confirmando, sendo esse o caso, a qualidade de «órgão jurisdicional» do *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos).
- 23 A este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência constante, para apreciar a natureza de «órgão jurisdicional» do órgão de reenvio, questão que é unicamente do âmbito do direito da União, o Tribunal de Justiça tem em conta um conjunto de elementos, como a origem legal desse órgão, a sua permanência, o caráter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo referido órgão, das regras de direito, bem como a sua independência (acórdão de 6 de outubro de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme C-203/14*, EU:C:2015:664, n.º 17 e jurisprudência referida).
- 24 No processo principal, não resulta de nenhum dos elementos dos autos remetidos ao Tribunal de Justiça que o órgão de reenvio não satisfaça os critérios atinentes à sua origem legal, à sua permanência, ao caráter vinculativo da sua jurisdição, à natureza contraditória do processo nele seguido ou à aplicação, por esse órgão, das normas jurídicas.
- 25 No que respeita ao critério relativo à independência, critério que o *Teleklagenævnet* (Comissão de recursos em matéria de telecomunicações) não satisfazia, em conformidade com o que o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão de 9 de outubro de 2014, *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), destacado pelo Governo dinamarquês, importa referir, antes de mais, que, diversamente deste último órgão de recurso, o *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) não intervém como parte nos processos de recurso das suas decisões interpostos nos órgãos jurisdicionais comuns. Daí resulta que este tem a qualidade de terceiro em relação às partes no litígio, em particular em relação à autoridade que adotou a decisão perante si impugnada.
- 26 Em seguida, há que salientar que, como referiu o advogado-geral no n.º 44 das suas conclusões, decorre dos autos que o *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) não tem nenhum vínculo funcional com o Ministério das Empresas e do Crescimento. O facto de o secretariado deste órgão estar associado ao referido ministério não é suscetível de gerar dúvidas quanto a essa conclusão. Além disso, o referido órgão exerce as suas funções com total autonomia, sem relação de subordinação e sem receber instruções de quem quer que seja (v., neste sentido, acórdão de 6 de outubro de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, n.º 19 e jurisprudência aí referida).
- 27 No que se refere à independência dos membros que compõem o órgão de reenvio, há que sublinhar que, nos termos do § 1, n.º 4, do *bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer* (Decreto n.º 887 relativo à Comissão de recursos em matéria de contratos públicos, conforme alterado), de 11 de agosto de 2011, aqueles devem exercer as suas funções de modo independente.
- 28 Resulta dos autos que o órgão de reenvio é composto, em conformidade com o disposto no § 9, n.º 1, da *lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer* (Lei n.º 492 relativa à aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos, conforme alterada), de 12 de maio de 2010 (a seguir «Lei n.º 492»), por um presidente e um certo número de vice-presidentes, que formam a

presidência, bem como por um certo número de membros peritos. A presidência é assumida, por força do § 9, n.º 2, segundo parágrafo, da Lei n.º 492, por juízes dos tribunais de primeira instância e dos tribunais de segunda instância.

- 29 A composição do *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) é paritária. Na sua composição ordinária, é constituído por um membro da presidência, na qualidade de presidente, e por um membro perito. Além disso, nos termos do § 10, n.º 5, da Lei n.º 492, as suas decisões são tomadas por maioria simples dos votos, tendo o presidente voto de qualidade em caso de empate. Consequentemente, os membros desse órgão provenientes da magistratura dinamarquesa dispõem, em qualquer circunstância, da maioria dos votos e, por conseguinte, de um peso preponderante na tomada de decisões do referido órgão.
- 30 Tendo os membros do órgão de reenvio o estatuto de magistrados judiciais, beneficiam, nessa condição, da proteção específica contra a destituição, prevista no § 64 da Constituição dinamarquesa, proteção que se estende igualmente ao desempenho de funções de membro da presidência do órgão de reenvio.
- 31 Considerando a preponderância de votos de que dispõem os membros do órgão de reenvio que, na sua qualidade de magistrados, beneficiam dessa específica proteção, a circunstância de os membros peritos desse órgão não beneficiarem da mesma proteção, em qualquer caso, não é suscetível de pôr em causa a independência do referido órgão.
- 32 Atendendo às considerações precedentes, há que confirmar que o *Klagenævnet for Udbud* (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) preenche também o critério de independência e deve, assim, ser qualificado de «órgão jurisdicional», na aceção do artigo 267.º TFUE.
- 33 Consequentemente, o Tribunal de Justiça é competente para responder à questão submetida.

Quanto à questão prejudicial

- 34 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, que consta do artigo 10.º da Diretiva 2004/17, conjugado com o artigo 51.º da mesma, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a 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.
- 35 Com vista a responder a esta questão, há que salientar que a Diretiva 2004/17 não prevê regras que digam respeito especificamente às alterações supervenientes quanto à composição de um agrupamento de operadores económicos que foi pré-selecionado enquanto proponente num concurso público, uma vez que a regulamentação de uma tal situação decorre da competência dos Estados-Membros (v., neste sentido, acórdão de 23 de janeiro de 2003, *Makedoniko Metro e Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, n.º 61).
- 36 Nem a regulamentação dinamarquesa nem o anúncio do concurso em causa no processo principal comportam regras específicas a este respeito. Assim sendo, a possibilidade de a entidade adjudicante autorizar uma tal alteração deve ser analisada à luz dos princípios gerais do direito da União, designadamente do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência que dele decorre, bem como dos objetivos deste ordenamento em matéria de contratos públicos.

- 37 A este respeito, há que recordar 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 entidade adjudicante e constituem a base das regras da União relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos (v., neste sentido, acórdão de 16 de dezembro de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, n.º 45 e jurisprudência aí referida).
- 38 O princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes, 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 proponentes tenham as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica, portanto, que estas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes (acórdãos de 29 de abril de 2004, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, n.º 110, e de 12 de março de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 33).
- 39 Uma aplicação estrita do princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, conforme explicitado no artigo 10.º da Diretiva 2004/17, 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.
- 40 Esta abordagem encontra o seu fundamento no artigo 51.º, n.º 3, da Diretiva 2004/17, segundo o qual as entidades adjudicantes «verificarão a conformidade das propostas apresentadas pelos proponentes assim selecionados», o que pressupõe, como sublinhou o advogado-geral no n.º 63 das suas conclusões, uma identidade jurídica e material entre os operadores económicos pré-selecionados e os que apresentam as propostas.
- 41 Contudo, a exigência de identidade jurídica e material mencionada no número anterior do presente acórdão pode ser temperada a fim de assegurar, num procedimento por negociação, uma concorrência suficiente, como exige o artigo 54.º, n.º 3, da Diretiva 2004/17.
- 42 No processo principal, como resulta do n.º 10 do presente acórdão, a entidade adjudicante considerou que os candidatos deveriam ser pelo menos quatro para assegurar uma tal concorrência.
- 43 No entanto, é ainda 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 entidade adjudicante se verifique em condições que não violem o princípio da igualdade de tratamento do conjunto dos proponentes.
- 44 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 proponentes.
- 45 No processo principal, há que salientar, antes de mais, que resulta da decisão de reenvio que, se a *Per Aarsleff* tivesse apresentado sozinha uma candidatura, teria sido selecionada (v. n.º 18 do presente acórdão).
- 46 Assim sendo, atendendo aos elementos que constam dos autos, segundo os quais, por um lado, o contrato de constituição do agrupamento *Aarsleff e Pihl* foi celebrado no mesmo dia em que foi proferida a decisão de declaração de insolvência da *E. Pihl og Søn* e, por outro lado, a primeira proposta deste agrupamento foi apresentada no dia seguinte sem a assinatura do administrador da

insolvência da E. Pihl og Søn, cabe, em seguida, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a entrega daquela primeira proposta não está ferida por uma irregularidade suscetível de impedir que a Per Aarsleff continue a participar, em nome próprio, no procedimento por negociação em causa.

- 47 Por último, no que respeita à circunstância de, após a dissolução do agrupamento Aarsleff e Pihl, a Per Aarsleff ter acolhido 50 trabalhadores da E. Pihl og Søn, incluindo pessoas-chave para a realização do projeto de construção em causa, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a Per Aarsleff beneficiou, por esse facto, de uma vantagem concorrencial em detrimento dos demais proponentes.
- 48 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, que consta do artigo 10.º da Diretiva 2004/17, conjugado com o artigo 51.º da mesma, deve ser interpretado no sentido de que 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, num 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 demais proponentes.

Quanto às despesas

- 49 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 (Grande Secção) declara:

O princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, que consta do artigo 10.º da 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 setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, conjugado com o artigo 51.º da mesma, deve ser interpretado no sentido de que 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, num 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 demais proponentes.

Assinaturas