



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 10 de março de 2016¹

Processo C-6/15

TNS Dimarso NV
contra
Vlaams Gewest

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State van België (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Bélgica)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 53.º — Critérios de adjudicação dos contratos — Proponentes — Igualdade de tratamento — Proposta economicamente mais vantajosa — Avaliação das propostas»

I – Introdução

1. Através do presente reenvio prejudicial, o Raad van State van België pretende, em substância, saber se o artigo 53.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 serviços², lido à luz dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, exige que uma entidade adjudicante seja sempre, exceto em determinadas circunstâncias, obrigada a divulgar previamente, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, o método de avaliação ou as regras de ponderação utilizadas para apreciar as propostas apresentadas pelos proponentes.

2. O presente pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a TNS Dimarso NV (a seguir «Dimarso») à Vlaams Gewest (Agência pública flamenga para a habitação, a seguir «Agência para a habitação»), relativo à regularidade do método de avaliação das propostas apresentadas pelos proponentes no âmbito de um concurso público de serviços organizado por esta última entidade.

3. Em síntese, decorre da decisão de reenvio que, através de um anúncio publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* de 31 de janeiro de 2012, a Agência para a habitação lançou um concurso público de serviços cujo objetivo era a realização de um estudo em grande escala sobre a habitação e os habitantes da Flandres. O montante estimado do contrato ascendia a 1 400 000 euros, incluindo o imposto sobre o valor acrescentado (IVA).

4. O caderno de encargos desse concurso referia os dois critérios de adjudicação seguintes:

«1 Qualidade da proposta (50/100)

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 134, p. 114. Diretiva alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011, que altera as Diretivas 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos seus limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos (JO L 319, p. 43, a seguir «Diretiva 2004/18»).

Qualidade da preparação, da organização e da execução do trabalho no terreno, da encriptação e do primeiro tratamento dos dados. As prestações propostas devem ser descritas da forma mais pormenorizada possível. Deve resultar claramente da proposta que o proponente tem condições para assumir a totalidade do contrato (mínimo de 7 000 unidades de amostragem/máximo de 10 000 unidades de amostragem) no prazo de execução previsto de 12 meses.

2 Preço (50/100)

Custo da execução do contrato para a amostra de base (7 000 unidades de amostragem) e custo por cada conjunto de 500 endereços adicionais disponibilizados (montantes incluindo IVA).»

5. Quatro proponentes apresentaram propostas que, de acordo com o relatório da comissão de avaliação relativo à seleção qualitativa, satisfaziam os requisitos mínimos em matéria de competência técnica. O método de avaliação das propostas estava descrito da seguinte forma no relatório de adjudicação da comissão de avaliação de 23 de março de 2012:

«Em seguida, a comissão procedeu à avaliação das propostas.

As quatro propostas foram avaliadas e comparadas com base nos critérios já referidos. Em primeiro lugar, as propostas foram examinadas e avaliadas com base no critério da 'qualidade'. Neste contexto, foi atribuída a cada proposta uma determinada pontuação por unanimidade (elevado — suficiente — baixo). Em seguida, foi aplicado o critério do preço.

Por último, com base nestas pontuações, foi estabelecida a classificação final.»

6. Decorre do relatório de adjudicação que, no que respeita ao primeiro critério, ou seja, a qualidade das propostas, a Dimarso e dois outros proponentes obtiveram a classificação de «elevado» e o quarto proponente obteve a apreciação de «baixo». No que respeita ao segundo critério, ou seja, o preço, enquanto o quarto proponente apresentou a proposta de valor mais baixo, a Dimarso apresentou a proposta de valor mais elevado.

7. Em 11 de abril de 2012, o contrato foi afinal adjudicado a um dos proponentes que obtivera a classificação de «elevado» e cuja proposta tinha um preço inferior à da Dimarso.

8. Em apoio do seu recurso de anulação da decisão de adjudicação do contrato, a Dimarso alega no órgão jurisdicional de reenvio que a comissão de avaliação parece ter analisado as propostas, no que respeita ao critério da qualidade, com base na escala «elevado — suficiente — baixo», não referida no caderno de encargos, quando, segundo a Dimarso, resultava do caderno de encargos que devia ter sido atribuída a cada proposta uma pontuação entre 0 e 50 pontos. No que respeita ao critério do preço, a comissão de avaliação também não procedeu a uma análise, a uma comparação e a uma apreciação final adequadas das propostas, atendendo aos critérios de adjudicação conforme referidos no caderno de encargos, incluindo a ponderação de «50/100» para cada um dos critérios de adjudicação, especificada nos documentos do anúncio do concurso.

9. O órgão jurisdicional de reenvio salienta, antes de mais, ao rejeitar a primeira parte do recurso interposto pela Dimarso, que a interpretação da referência «50/100», constante do caderno de encargos em relação a cada um dos critérios de adjudicação, no sentido de que visa apenas indicar que cada um dos critérios tem o mesmo valor e que, portanto, ambos são determinantes em igual proporção para a classificação das propostas, não ultrapassa os limites de uma interpretação razoável.

10. Em seguida, o órgão jurisdicional de reenvio observa que, tanto no considerando 46 como no artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, apenas se alude a «critérios» e à sua «ponderação relativa», não existindo qualquer referência expressa ao método de avaliação e às regras de ponderação. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que o método de avaliação não é neutro mas pode, pelo contrário,

ser determinante para o resultado da avaliação das propostas com base nos critérios de adjudicação. Dá como exemplo o critério de adjudicação do preço, no âmbito do qual a entidade adjudicante pode, nomeadamente, optar por aplicar a regra da proporcionalidade, por atribuir a pontuação máxima à proposta mais baixa ou zero à proposta mais elevada e por aplicar uma interpolação linear às propostas intermédias, ou por favorecer ao máximo a proposta de preço médio.

11. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que nem o acórdão Lianakis e o. (C-532/06, EU:C:2008:40, n.ºs 38, 44 e 45), que dizia respeito à interpretação do artigo 36.º, n.º 2, da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços³, disposição que tem, em substância, o mesmo teor que o artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, nem o acórdão Evropaiki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) dão resposta, ou pelo menos uma resposta decisiva, à questão que se coloca no processo principal, que é saber se o método de avaliação, ou seja, o método concreto que a entidade adjudicante utilizará para classificar as propostas, deve ser comunicado previamente aos proponentes, à semelhança dos critérios e dos subcritérios de adjudicação e dos «coeficientes de ponderação».

12. Tendo em conta estas considerações, o Raad van State van België decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

- «1) Deve o artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18[...], considerado em si e em conjugação com o alcance dos princípios de direito da União da igualdade e da transparência em relação a contratos públicos, ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante, caso adjudique o contrato ao concorrente que apresentou a proposta que, do seu ponto de vista, é a economicamente mais vantajosa, está sempre obrigada a estabelecer previamente e a indicar no anúncio de concurso ou no caderno de encargos o método de apreciação ou as regras de ponderação, independentemente da sua previsibilidade, habitualidade ou alcance, com base no qual ou nas quais as propostas serão apreciadas segundo os critérios ou subcritérios de adjudicação?
- 2) ou no sentido de que, caso não exista uma obrigação geral desta natureza, há circunstâncias, como o alcance, a falta de previsibilidade ou a inabitualidade destas regras de ponderação, em que existe essa obrigação?»

13. Esta questão foi objeto de observações escritas apresentadas pela Dimarso, pelos Governos belga e italiano e pela Comissão Europeia. Estas partes foram igualmente ouvidas na audiência de alegações realizada em 13 de janeiro de 2016, com exceção do Governo italiano, que não se fez representar.

II – Análise

14. Através da questão que lhe é submetida no presente processo, o Tribunal de Justiça é convidado a precisar o alcance do artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18. Mais concretamente, é submetida ao Tribunal de Justiça a questão de saber se esta disposição, à luz dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, exige que, no âmbito da adjudicação de um contrato de prestação de serviços com base na proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante informe os proponentes, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, do método de avaliação utilizado para apreciar as propostas apresentadas pelos proponentes.

15. A título preliminar, há que salientar que é ponto assente que o contrato de prestação de serviços em causa no processo principal entra efetivamente no âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18 e que, em especial, o artigo 53.º desta diretiva lhe é plenamente aplicável.

³ — JO L 209, p. 1.

16. Com efeito, por um lado, por força do artigo 20.º da Diretiva 2004/18, os contratos que tenham por objeto os serviços referidos no seu anexo II A, entre os quais constam, na categoria 10, os contratos relativos a «Serviços de estudos de mercado e de sondagens», são adjudicados de acordo com os artigos 23.º a 55.º desta diretiva. Por outro lado, o contrato de prestação de serviços em causa no processo principal excedia significativamente o limiar de 200 000 euros, indicado no artigo 7.º, alínea b), da Diretiva 2004/18, aplicável à data da publicação do anúncio de concurso pela Agência para a habitação.

17. Nos termos do artigo 53.º da Diretiva 2004/18, com a epígrafe «Critérios de adjudicação», os contratos públicos são adjudicados quer à proposta que apresenta «o preço mais baixo» quer à «proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante», ou seja, como indica o considerando 46, terceiro parágrafo, desta diretiva e como recordou o Tribunal de Justiça, a proposta que «apresenta a melhor relação qualidade/preço» do ponto de vista da entidade adjudicante⁴.

18. Neste último caso, que corresponde ao do contrato de prestação de serviços em causa no processo principal, o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 estabelece uma lista não exaustiva de critérios ligados ao objeto do concurso público em questão, que a entidade adjudicante pode tomar em consideração⁵. Estes critérios incluem a qualidade e o preço, que são, como indica o caderno de encargos no processo principal, os dois únicos critérios que a Agência para a habitação teve em conta na adjudicação do contrato controvertido no processo principal.

19. Ainda no caso da adjudicação de um contrato à proposta economicamente mais vantajosa, o artigo 53.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18 prevê que a entidade adjudicante especificará, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, «a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar [essa] proposta». Nos termos do segundo parágrafo da mesma disposição, esta ponderação pode ser expressa por um intervalo de variação com uma abertura máxima adequada. De acordo com o terceiro parágrafo desta disposição, sempre que, no entender da entidade adjudicante, a ponderação não for possível por razões demonstráveis, a entidade adjudicante indicará, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, a ordem decrescente de importância dos critérios.

20. Há que observar, desde já, que a obrigação de indicar quer os critérios de adjudicação quer, após a adoção da Diretiva 2004/18, salvo impossibilidade devidamente justificada, a ponderação relativa para cada um desses critérios na fase da publicação do anúncio de concurso ou do caderno de encargos, que consta do artigo 53.º, n.º 2, desta diretiva, satisfaz o requisito de garantir o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento e pela obrigação de transparência que dele decorre⁶.

21. Quanto à divulgação da ponderação dos critérios de adjudicação, há que sublinhar que o artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 marca uma evolução significativa em relação ao regime jurídico anterior aplicável à adjudicação dos contratos públicos de serviços.

4 — V. acórdão *Ambisig* (C-601/13, EU:C:2015:204, n.º 29).

5 — A natureza não taxativa destes critérios tem sido regularmente recordada pelo Tribunal de Justiça: v., recentemente, acórdãos *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 61), e *Ambisig* (C-601/13, EU:C:2015:204, n.º 30).

6 — V., neste sentido, acórdão *Comissão/Irlanda* (C-226/09, EU:C:2010:697, n.º 43). Recordo, para todos os efeitos úteis, que, segundo jurisprudência constante, 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 concorrentes [v., neste sentido, nomeadamente, acórdãos *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44), e *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 33)]. O Tribunal de Justiça especificou igualmente que o dever de transparência se destina essencialmente a garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade, por parte da entidade adjudicante, relativamente a determinados proponentes ou determinadas propostas [v., neste sentido, acórdãos *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44), e *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 34)].

22. Com efeito, no âmbito do regime jurídico aplicável antes da entrada em vigor desse ato, o artigo 36.º, n.º 2, da Diretiva 92/50 exigia apenas que as entidades adjudicantes indicassem, no caderno de encargos ou no anúncio de concurso, os critérios de adjudicação que tencionavam aplicar, «se possível por ordem decrescente da importância que lhes é atribuída».

23. Atualmente, pelo contrário, as entidades adjudicantes estão obrigadas a indicar a ponderação dos critérios de adjudicação no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. Apenas quando tal se revele impossível, por razões demonstráveis, podem essas entidades optar por uma hierarquização dos critérios, a qual deve, em todo o caso, ser objeto de divulgação adequada no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

24. Como explicarei em seguida, esta evolução é importante para a resolução do litígio no processo principal.

25. Nesta fase, há que observar que, no processo principal, é ponto assente que o caderno de encargos referia uma ponderação de «50/100» para cada um dos critérios adotados pela entidade adjudicante. O órgão jurisdicional de reenvio considerou que essa referência podia razoavelmente ser interpretada no sentido de que se devia considerar que cada um dos critérios tem o mesmo valor e ambos são, portanto, determinantes, em igual proporção, para a classificação das propostas.

26. Importa salientar que esta apreciação é definitiva. Com efeito, decorre inequivocamente do pedido de decisão prejudicial, e como confirmou a Dimarso na audiência no Tribunal de Justiça, que o órgão jurisdicional de reenvio negou provimento à primeira parte do recurso interposto pela Dimarso, de acordo com a qual, em substância, a referência «50/100» devia ter sido interpretada no sentido de que o critério da «qualidade» devia ter sido avaliado atribuindo a cada proposta uma pontuação entre 0 e 50 pontos. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio considerou, em substância, que o valor ponderado de cada um dos dois critérios de adjudicação do contrato, indicado no caderno de encargos, era idêntico, ou seja, de 50%, o que os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes podiam interpretar da mesma maneira⁷.

27. Por conseguinte, é ponto assente que os critérios de adjudicação do concurso público em questão, bem como a ponderação relativa atribuída a cada um deles, foram comunicados aos proponentes no caderno de encargos e, portanto, previamente à adjudicação do contrato, no respeito, à primeira vista, pelo artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18.

28. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se esta disposição, lida à luz do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência, exige que a entidade adjudicante comunique previamente aos proponentes, de forma sistemática ou, pelo menos, em determinadas circunstâncias, o método de avaliação das propostas no que respeita aos critérios de adjudicação, em especial, relativamente ao processo principal, o método adotado, ou seja, uma escala ordinal de três classificações ou pontuações («baixo — suficiente — elevado»), para apreciar o grau de cumprimento do critério da «qualidade» divulgado pela Agência para a habitação.

29. Esta questão compreende-se tendo em conta argumentação da Dimarso, segundo a qual, em substância, o método de avaliação adotado («baixo — suficiente — elevado») era de tal forma vago que levou a entidade adjudicante a nivelar a apreciação do critério da «qualidade» a favor da do critério do «preço», uma vez que apenas este segundo critério permitiu, na realidade, desempatar três das quatro propostas apresentadas. Por conseguinte, de acordo com a Dimarso, o critério do «preço»

7 — O critério do proponente razoavelmente informado e normalmente diligente decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça. V., a este respeito, acórdãos SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, n.º 42), e eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 54).

beneficiou, de facto, de uma ponderação relativa mais elevada do que a de 50% previamente anunciada no caderno de encargos. Por outras palavras, a Dimarso alega que, se o método de avaliação tivesse sido previamente comunicado aos proponentes na fase do caderno de encargos, teria inevitavelmente tido influência na preparação das propostas.

30. Não sou insensível a esta argumentação. Contudo, há que raciocinar por etapas.

31. Antes de mais, como já salientei, o artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 exige que a entidade adjudicante dê a conhecer aos proponentes, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, os critérios de adjudicação que pretende adotar, bem como a sua ponderação relativa.

32. Em contrapartida, é inútil procurar na redação do artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 uma obrigação geral de a entidade adjudicante referir, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, o método de avaliação das propostas no que respeita aos critérios de adjudicação e à sua ponderação relativa, ou seja, todas as regras e modalidades com base nas quais uma entidade adjudicante ou um órgão desta, como uma comissão de avaliação, atribuirá uma determinada pontuação ou classificação às várias propostas em função do grau de cumprimento de um dos critérios (e/ou, sendo caso disso, dos subcritérios) de adjudicação de um contrato público.

33. Por conseguinte, o artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 não exige que tal método de análise das propostas, utilizado por uma comissão de avaliação, no que respeita aos critérios de adjudicação de um contrato público e à sua ponderação relativa, seja, em princípio, previamente comunicado aos proponentes no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

34. A jurisprudência do Tribunal de Justiça confirma igualmente este princípio.

35. Por um lado, há que recordar que o Tribunal de Justiça reconheceu, em diversas ocasiões, a legalidade do comportamento de uma entidade adjudicante que ponderara os subelementos de um critério de adjudicação *após* a apresentação das propostas, mas *antes* da sua abertura, o que implica necessariamente que a entidade adjudicante não está sistematicamente obrigada a assegurar a divulgação prévia de tal ponderação dos subcritérios de adjudicação no anúncio de concurso ou no caderno de encargos⁸.

36. Esta apreciação é, por maioria de razão, extensível à adoção de um método de avaliação das propostas no que respeita aos critérios de adjudicação e à sua ponderação relativa.

37. Por outro lado, no acórdão *Evropaïki Dynamiki/EMSA* (C-252/10 P, EU:C:2011:512, n.º 35), o Tribunal de Justiça admitiu — no contexto da aplicação das regras de adjudicação dos contratos públicos pelas instituições da União Europeia⁹, substancialmente análogo ao da aplicação das disposições da Diretiva 2004/18, e das considerações relativas aos elementos que não necessitam de ser previamente comunicados pela entidade adjudicante aos proponentes — que uma comissão de avaliação deve poder dispor de alguma liberdade para realizar a sua tarefa e estruturar o seu próprio trabalho de exame e análise das propostas apresentadas¹⁰.

38. Em todos esses processos, o Tribunal de Justiça indicou, todavia, que a liberdade de que goza a entidade adjudicante está subordinada ao respeito de determinadas condições.

8 — V. acórdãos *ATI EAC e Viaggi di maio e o.* (C-331/04, EU:C:2005:718, n.º 32), *Lianakis e o.* (C-532/06, EU:C:2008:40, n.º 43), e *Evropaïki Dynamiki/EMSA* (C-252/10 P, EU:C:2011:512, n.ºs 32 e 33).

9 — Nesse caso, tratava-se da interpretação do artigo 97.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 do Conselho, de 25 de junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias (JO L 248, p. 1), e do artigo 138.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2342/2002 da Comissão, de 23 de dezembro de 2002, que estabelece as normas de execução do Regulamento n.º 1605/2002 (JO L 357, p. 1).

10 — V., igualmente, no mesmo contexto jurídico, acórdão *bpost/Comissão* (T-514/09, EU:T:2011:689, n.º 86).

39. Contudo, essas condições não se afiguram totalmente uniformes.

40. Assim, por um lado, no que respeita à fixação por uma entidade adjudicante de coeficientes de ponderação de subcritérios de adjudicação após a apresentação das propostas, o Tribunal de Justiça especificou, como salientou corretamente o órgão jurisdicional de reenvio, que essa determinação *ex post* era legal desde que respeitasse três condições, a saber:

- não altere os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso,
- não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, poderiam ter influenciado essa preparação e
- não tenha sido adotada tomando em consideração elementos suscetíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes¹¹.

41. Se uma destas condições não for respeitada, pode deduzir-se dessa jurisprudência que a fixação da ponderação dos subcritérios posteriormente ao anúncio de concurso ou ao caderno de encargos acarreta a ilegalidade do procedimento de adjudicação do contrato. Por outras palavras, a entidade adjudicante devia ter determinado previamente a ponderação dos subcritérios relativos aos critérios de adjudicação do contrato e assegurado que essa ponderação tinha sido comunicada aos proponentes no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

42. Por outro lado, quanto à liberdade de que deve dispor uma comissão de avaliação para estruturar o seu próprio trabalho de exame e análise das propostas apresentadas, o Tribunal de Justiça especificou, no n.º 35 do acórdão *Evropaïki Dynamiki/EMSA* (C-252/10 P, EU:C:2011:512), que tal liberdade não deve levar a entidade adjudicante a «modificar os critérios de adjudicação do contrato estabelecidos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso».

43. Ao limitar-se a mencionar apenas o respeito por uma (a primeira) das três condições elencadas no n.º 40 das presentes conclusões, o Tribunal de Justiça parece pretender conceder uma margem de apreciação mais ampla à entidade adjudicante quando esta determina *ex post* um método de análise ou de avaliação das propostas do que quando decide fixar os coeficientes de ponderação dos subcritérios correspondentes aos critérios de adjudicação dados a conhecer previamente aos proponentes.

44. Se, no processo principal, houvesse que aplicar estritamente a precisão efetuada n.º 35 do acórdão *Evropaïki Dynamiki/EMSA* (C-252/10 P, EU:C:2011:512), nenhum elemento fornecido nesta fase pelo órgão jurisdicional de reenvio permitiria pensar que o método de avaliação adotado pela comissão de avaliação para apreciar o critério da «qualidade» pudesse modificar esse critério e, *a fortiori*, alterar o segundo critério de adjudicação, ambos dados a conhecer previamente aos proponentes no caderno de encargos.

45. Contudo, duvido que a precisão efetuada pelo Tribunal de Justiça no n.º 35 do acórdão *Evropaïki Dynamiki/EMSA* (C-252/10 P, EU:C:2011:512), tanto mais sob a forma de um *obiter dictum*, tenha tido apenas como objetivo colocar esse limite à liberdade da entidade adjudicante de fixar um método de avaliação das propostas apresentadas. Com efeito, excetuando eventuais erros especialmente grosseiros, é difícil imaginar de que forma esse método de avaliação poderia modificar os próprios critérios de adjudicação de um contrato público e de que forma um proponente eliminado conseguiria provar, inclusive apenas através de um conjunto de indícios, a existência de tal efeito sobre os critérios de adjudicação.

11 — V. acórdãos *ATI EAC e Viaggi di maio e o.* (C-331/04, EU:C:2005:718, n.º 32), *Lianakis e o.* (C-532/06, EU:C:2008:40, n.º 43), e *Evropaïki Dynamiki/EMSA* (C-252/10 P, EU:C:2011:512, n.º 33).

46. É nomeadamente por essa razão que me inclino mais a partilhar a tese das partes interessadas, que alegaram, em especial na audiência, que não se pode excluir que um método de avaliação possa ter efeitos não tanto sobre os próprios critérios de adjudicação mas sobre a ponderação desses critérios e, assim, possa incluir elementos que poderiam ter influenciado a preparação das propostas se esse método tivesse sido conhecido previamente dos proponentes, na aceção da segunda condição estabelecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e reproduzida no n.º 40 das presentes conclusões. Nesse caso, a determinação *ex post* de tal método de avaliação das propostas por uma entidade adjudicante seria ilegal e deveria, portanto, ter sido objeto de divulgação prévia no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

47. Por conseguinte, estou substancialmente de acordo com a argumentação desenvolvida nomeadamente pela Comissão, segundo a qual a legalidade de um método de avaliação das propostas determinado *ex post* por uma entidade adjudicante depende do cumprimento das três condições desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e reproduzidas no n.º 40 *supra*. Basta então que o órgão jurisdicional de reenvio verifique o cumprimento dessas condições no processo principal.

48. Todavia, parece-me que o presente processo constitui igualmente uma oportunidade para o Tribunal de Justiça afinar essa jurisprudência, especialmente quanto ao alcance da primeira condição.

49. Com efeito, como salientei anteriormente, a partir da entrada em vigor do artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, tanto os critérios de adjudicação como a sua ponderação relativa (ou, quando tal não for possível, a sua hierarquização) devem ser objeto de divulgação adequada no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

50. Por conseguinte, a modificação *ex post* de uns ou de outra, independentemente das modalidades dessa modificação, deve, na minha opinião, ser sancionada da mesma forma.

51. Assim como não se justifica admitir que um método de avaliação das propostas possa modificar, *a posteriori*, os critérios de adjudicação previamente comunicados aos proponentes, não é aceitável tolerar que tal método altere a ponderação desses mesmos critérios. Se for essa a consequência da fixação *ex post* de um método de avaliação das propostas, este devia ter sido previamente comunicado aos proponentes e o procedimento de adjudicação controvertido está ferido de ilegalidade.

52. Consequentemente, proponho que a primeira condição elencada no n.º 40 das presentes conclusões, decorrente da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao regime jurídico da adjudicação de contratos públicos anterior à adoção da Diretiva 2004/18, seja formulada de forma a incluir igualmente a ponderação dos critérios de adjudicação, a fim de tomar em consideração a evolução desse regime na sequência da entrada em vigor do artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18.

53. Competirá então ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no processo principal, o método de avaliação das propostas no que respeita ao critério da «qualidade», indicado no caderno de encargos do concurso controvertido, modificou *ex post* a ponderação dos critérios de adjudicação do contrato, caso em que deveria, por conseguinte, ter sido dado a conhecer aos potenciais proponentes no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

54. Suspeito, contudo, que, tendo em conta as circunstâncias e os elementos que foram comunicados pelo órgão jurisdicional de reenvio, tal possa ter sido o caso.

55. Com efeito, uma vez que três das quatro propostas, entre as quais a da Dimarso, obtiveram a classificação de «elevado» quanto ao cumprimento do critério da «qualidade», sem que tivessem sido atribuídas pontuações que permitissem diferenciar e classificar as propostas de acordo com as respetivas qualidades intrínsecas, o critério do «preço» foi, portanto, decisivo na adjudicação do contrato controvertido, como todas as partes interessadas reconheceram na audiência. Na medida em que o método escolhido pela comissão de avaliação teve como consequência nivelar a apreciação do

critério da «qualidade» a favor do critério do «preço», este último critério parece assim ter beneficiado de um peso relativo mais elevado na escolha do adjudicatário do que a ponderação de 50% anunciada no caderno de encargos permitia razoavelmente pensar. Por conseguinte, é plausível que, se os proponentes tivessem sido previamente informados da escolha desse método de avaliação das propostas quanto ao cumprimento do critério da «qualidade», teriam concentrado mais esforços na questão do preço das suas prestações.

56. Para ilustrar mais concretamente a minha tese, imaginemos que entre as propostas apresentadas uma era, em termos de qualidade, muito superior às outras três, incluindo as que obtiveram a classificação de «elevado». Por outras palavras, uma dessas propostas poderia ter sido classificada de «excelente» na apreciação do critério da «qualidade». O preço proposto por esse proponente teria refletido então a excelência da qualidade dos serviços propostos por esse proponente e, provavelmente, teria sido, portanto mais elevado que os preços propostos pelos outros proponentes. Todavia, na medida em que a classificação de «excelente» não constava da escala de avaliação («baixo — suficiente — elevado») escolhida pela comissão de avaliação, essa proposta de qualidade excelente deveria necessariamente obter, no máximo, a classificação de «elevado» no que respeita ao critério da «qualidade». Uma vez que o preço proposto por esse proponente era mais elevado do que os dos outros, eventualmente até algumas dezenas ou centenas de euros, essa proposta deveria, por isso, ser rejeitada.

57. Em última análise, nesse caso, que não é necessariamente o da Dimarso mas que poderia muito bem ser, a entidade adjudicante ter-se-ia eventualmente privado da proposta que representava a melhor relação qualidade/preço, contrariamente ao espírito que preside ao recurso à seleção de adjudicatários de acordo com a proposta economicamente mais vantajosa¹².

58. Assim, o método de avaliação escolhido *ex post* pela entidade adjudicante é, na minha opinião, suscetível de alterar a ponderação dos critérios de adjudicação, privilegiando o peso de um critério em relação a outro, ao passo que a informação de que os proponentes dispunham no momento da apresentação das suas propostas dava claramente a entender que esses critérios deviam ser apreciados de acordo com a mesma ponderação relativa, ou seja, 50% cada um.

59. Portanto, considero que, se um método de avaliação adotado após a apresentação das propostas é suscetível de conduzir a tal resultado, esse método deveria ter sido dado a conhecer aos proponentes no momento da publicação do anúncio de concurso ou da comunicação do caderno de encargos pela entidade adjudicante.

60. Em todo o caso, se o Tribunal de Justiça considerar que a primeira condição jurisprudencial referida no n.º 40 das presentes conclusões não é extensível à ponderação dos critérios de adjudicação, é verosímil, na minha opinião, que, se os potenciais proponentes tivessem tido antecipadamente conhecimento do método de avaliação das propostas, fixado pela entidade adjudicante, no que respeita ao critério da «qualidade», tal método seria suscetível de influenciar a preparação das respetivas propostas, na aceção da segunda condição elencada no n.º 40 das presentes conclusões.

61. Com efeito, como já referido, se os proponentes tivessem compreendido, antes de apresentarem as suas propostas, que o segundo critério de adjudicação, ou seja, o critério do «preço», podia ser decisivo na escolha da proposta economicamente mais vantajosa, como admitiram na audiência todas as partes interessadas, as suas propostas teriam certamente sido preparadas de forma diferente, a fim de responder melhor a essa orientação da entidade adjudicante.

12 — No acórdão *Ambisig* (C-601/13, EU:C:2015:204, n.º 29), o Tribunal de Justiça recordou, em substância, que a adjudicação de um contrato em função da proposta economicamente mais vantajosa, que favorece a procura pela entidade adjudicante da melhor relação qualidade/preço, reforça o peso da qualidade nos critérios de adjudicação dos contratos públicos.

62. De forma geral, é verdade que tal limite imposto à liberdade da entidade adjudicante de fixar um método de avaliação após a apresentação das propostas parece afinal obrigá-la, em todos os casos, a identificar muito cedo o ou os métodos de avaliação dos critérios de adjudicação que pretende escolher, a fim de garantir, preventivamente, que os mesmos não poderão ter impacto na preparação das propostas dos potenciais proponentes, caso contrário, dever-se-á concluir que esses métodos têm de ser divulgados no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

63. Portanto, esta exigência parece, em última análise, implicar que a entidade adjudicante (que deverá diligenciar no sentido de garantir a maior segurança jurídica do procedimento de adjudicação e de se precaver contra ações judiciais que visem a anulação desse procedimento) determine o mais cedo possível o ou os métodos de avaliação das propostas no que respeita aos critérios de adjudicação. Pode então sugerir-se que, assim sendo, nenhuma razão imperiosa parece justificar que a entidade adjudicante recuse dar a conhecer aos potenciais proponentes os métodos de avaliação em questão, que, de qualquer forma, já teve de determinar antes do concurso público.

64. Na prática, tal orientação parece inverter a regra teórica «princípio-exceção» que resulta da aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de acordo com a qual a entidade adjudicante não está, em princípio, obrigada a comunicar previamente o método de avaliação das propostas aos potenciais proponentes, salvo se esse método contiver elementos que, se tivessem sido conhecidos com antecedência, teriam podido influenciar a preparação das propostas.

65. Contudo, parece-me que esse risco pode, em larga medida, ser afastado se as entidades adjudicantes optarem por divulgar não apenas os critérios de adjudicação e a sua ponderação relativa, como exige a Diretiva 2004/18, mas também os subcritérios respeitantes a esses critérios, bem como a ponderação relativa desses subcritérios, como tende a incentivar fortemente a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

66. Por outras palavras, quanto mais claras, compreensíveis e pormenorizadas forem as informações facultadas aos proponentes no anúncio de concurso ou no caderno de encargos relativamente a todos esses elementos, menor é, na minha opinião, o risco de que o método de análise das propostas escolhido pela comissão de avaliação possa alterar os critérios ou os subcritérios de adjudicação, bem como a sua ponderação, ou originar uma desigualdade de tratamento entre os proponentes. No meu entendimento, evitar esse risco faz parte do «papel ativo» que a Diretiva 2004/18 atribui, na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça, às entidades adjudicantes na aplicação dos princípios essenciais que regem a adjudicação dos contratos públicos, que são o respeito pela transparência do procedimento e o respeito pela igualdade de tratamento entre os proponentes¹³.

67. Também em tal caso, todos os proponentes poderão conhecer com antecedência o peso relativo de todos os elementos tomados em consideração pela entidade adjudicante, o que, regra geral, permite excluir que o método específico de análise das propostas adotado pela entidade adjudicante possa conter elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação.

68. Em contrapartida, sempre que, como no processo principal, os critérios de adjudicação sejam ponderados de forma idêntica no caderno de encargos, os eventuais subcritérios elencados neste último documento não sejam objeto de tal ponderação e o método de avaliação adotado, após a apresentação das propostas, para apreciar o grau de cumprimento de um dos dois critérios de adjudicação seja particularmente genérico, não permitindo uma diferenciação suficientemente precisa da qualidade das propostas apresentadas, o risco de o método de avaliação conter elementos que, se tivessem sido dados a conhecer aos proponentes no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, teriam podido influenciar a preparação das suas propostas é significativamente mais elevado.

13 — V., neste sentido, noutra contexto, acórdão eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 42).

69. É verdade que a segunda condição referida no n.º 40 das presentes conclusões parece especialmente flexível ou fácil de respeitar, uma vez que se afigura sempre possível argumentar que cada elemento tomado em consideração pela entidade adjudicante teria *podido* ter uma influência ou um impacto na preparação das propostas, se tivesse sido previamente comunicado aos proponentes.

70. Foi porventura por estar consciente desta flexibilidade que o Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697, n.º 48), subordinou tal influência na preparação das propostas à sua natureza «significativa», o que lhe permitiu julgar parcialmente improcedente a ação por incumprimento intentada pela Comissão.

71. Embora o n.º 48 do acórdão Comissão/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697) evoque jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça, referindo expressamente o n.º 32 do acórdão ATI EAC e Viaggi di maio e o. (C-331/04, EU:C:2005:718), nem este nem os outros acórdãos posteriores já referidos contêm a precisão de que a influência na preparação das propostas deveria ser «significativa». Assim sendo, o critério introduzido pelo Tribunal de Justiça no n.º 48 do acórdão Comissão/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697) pode, no entanto, ter origem, quanto a mim, no facto de o concurso público de serviços em questão não ser plenamente regulado pelas disposições da Diretiva 2004/18, em especial pelo seu artigo 53.º, n.º 2.

72. Se for realmente esse o sentido a dar ao n.º 48 do acórdão Comissão/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697), não existe, a meu ver, nenhum motivo especial, no presente processo, para adotar o critério da natureza «significativa» da influência na preparação das propostas constante desse número do referido acórdão e, portanto, para alterar o alcance da segunda condição da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida no n.º 40 das presentes conclusões.

73. Em todo o caso, considero que a flexibilidade que caracteriza essa segunda condição pode claramente ser atenuada pela obrigação de o proponente eliminado, sobre quem recai o ónus da prova, demonstrar, em concreto, na sua ação judicial, as diferenças, de natureza substancial e não meramente formal, que a sua proposta teria apresentado se os elementos do método de avaliação em questão, ou o próprio método, cuja comunicação prévia tenha sido omitida pela entidade adjudicante, tivessem sido objeto de divulgação adequada antes da preparação das propostas.

74. Antes de concluir, acrescento que todas as considerações precedentes se baseiam no pressuposto, que resulta implicitamente da decisão de reenvio, de que o método de avaliação das propostas no que respeita ao critério da «qualidade», adotado pela comissão de avaliação no processo principal, foi determinado *após* o termo do prazo de apresentação das propostas, mas *antes* da abertura destas.

75. Na jurisprudência já referida, relativa à fixação da ponderação de subcritérios respeitantes aos critérios de adjudicação, o Tribunal de Justiça considerou, em substância, que tal fixação *após a abertura das propostas* ou das manifestações de interesse, consoante o caso, era contrária, nomeadamente, ao princípio da igualdade de tratamento e à obrigação de transparência¹⁴. De igual modo, o Tribunal de Justiça condenou a modificação efetuada por uma comissão de avaliação do valor ponderado dos critérios de adjudicação após uma primeira análise das propostas, num caso em que o artigo 53.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 não se aplicava ao concurso público de serviços em questão, sem exigir que os efeitos discriminatórios dessa prática relativamente a um dos proponentes fossem demonstrados, tendo o Tribunal de Justiça acrescentado, a este respeito, que bastava precisar que, quando se procedeu à referida modificação, não era de excluir que pudesse ter esse efeito¹⁵.

14 — V., em especial, acórdão Lianakis e o. (C-532/06, EU:C:2008:40, n.º 44).

15 — Acórdão Comissão/Irlanda (C-226/09, EU:C:2010:697, n.ºs 57 a 63).

76. Efetivamente, se a entidade adjudicante tiver conhecimento da identidade dos proponentes e do conteúdo das propostas quando altera a ponderação dos critérios de adjudicação e/ou dos subcritérios, existe um risco bem real de dar a impressão de que essa alteração visa favorecer um dos proponentes e, portanto, quebrar a igualdade de tratamento entre eles.

77. Em tal situação, a alteração assim efetuada é pura e simplesmente ilegal, nomeadamente por presunção de favorecimento. Afigura-se evidente que a ponderação realmente aplicada e que gerou a ilegalidade do procedimento de adjudicação devia ter sido dada a conhecer aos proponentes na documentação do concurso. Todavia, tal constatação não é necessária para resolver o litígio.

78. Nas suas observações, o Governo belga referiu que existem situações, sem, contudo, especificar de que tipo, nas quais o método de avaliação das propostas apenas pode ser fixado posteriormente à abertura destas. Consequentemente, o Governo belga sustenta, em substância, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça que condena a fixação *ex post* da ponderação dos critérios de adjudicação e a dos subcritérios relativos aos critérios de adjudicação *após* a abertura das propostas não deve ser aplicada no caso de adoção de um método de avaliação das propostas por uma comissão de avaliação após a referida abertura.

79. A questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio não diz respeito *stricto sensu* a tal situação.

80. Todavia, os elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio não permitem afastar completamente a hipótese de o método de avaliação em causa no processo principal ter sido adotado posteriormente à abertura das propostas.

81. Ora, nesse caso, coloca-se, na minha opinião, a questão complementar de saber se é sempre necessário que o órgão jurisdicional de reenvio verifique o cumprimento das três condições estabelecidos pela jurisprudência e elencadas no n.º 40 das presentes conclusões para poder concluir que a entidade adjudicante devia ter dado a conhecer aos proponentes esse método de avaliação das propostas ou se o órgão jurisdicional de reenvio se pode limitar a concluir que tal prática implica, em qualquer caso, uma presunção de favorecimento de um ou de vários proponentes, que acarreta a ilegalidade do procedimento de adjudicação.

82. Sem tomar posição de forma geral sobre as situações evocadas mas não especificadas pelo Governo belga, tenho dúvidas de que, no processo principal, o método de avaliação do critério da «qualidade», atendendo à sua natureza muito básica e particularmente genérica, ou mesmo imprecisa, apenas pudesse ser fixado posteriormente à abertura das propostas apresentadas.

83. Com efeito, não vejo qualquer obstáculo, nomeadamente de natureza técnica ou financeira, a que uma entidade adjudicante possa dar a conhecer aos proponentes um método que se limita a indicar que a «qualidade» das propostas será apreciada em função de uma escala ordinal «baixo — suficiente — elevado» ou adotar esse método, o mais tardar, antes da abertura das propostas, desde que sejam respeitadas as condições que já analisei, ou seja, em especial, sem alterar os critérios de adjudicação do contrato nem a sua ponderação.

84. Por conseguinte, considero que, se o método de avaliação controvertido no processo principal tiver sido adotado após a abertura das propostas, o que o órgão jurisdicional de reenvio deve verificar, há que presumir que foi fixado tomando em consideração elementos suscetíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um ou a vários proponentes eliminados, presunção essa que cabe, se for o caso, à entidade adjudicante ilidir.

III – Conclusão

85. Tendo em conta todas as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão submetida pelo Raad van State van België da seguinte forma:

O artigo 53.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, conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011, lido à luz do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência, deve ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante não está obrigada a dar a conhecer aos potenciais proponentes, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, o método de avaliação das propostas para apreciar o grau de cumprimento dos critérios de adjudicação previamente divulgados no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, desde que tal método, adotado posteriormente ao termo do prazo de apresentação das propostas, mas previamente à abertura destas, a) não altere os critérios de adjudicação do contrato nem a ponderação relativa desses critérios, tal como definidos no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, b) não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação e c) não tenha sido adotado tomando em consideração elementos suscetíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se estas condições foram respeitadas no processo principal.