



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 28 de fevereiro de 2018¹

Processo C-14/17

VAR, Srl
contra
Iveco Orecchia SpA,
com intervenção da:
Azienda de Trasporti Milanesi SpA - (ATM)

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos de transporte — Fornecimento de peças sobressalentes para autocarros, tróleys e elétricos — Especificações técnicas — Produtos equivalentes aos de uma determinada marca — Prova da equivalência — Lei nacional que permite fazer prova da equivalência após a adjudicação do contrato»

1. Nos cadernos de encargos que publicam, as entidades adjudicantes são obrigadas a definir as características das obras, dos serviços ou dos fornecimentos que se propõem adquirir no âmbito da contratação pública. Entre essas características encontram-se as correspondentes às «especificações técnicas» dos respetivos produtos ou serviços.
2. A descrição deturpada dessas especificações técnicas pode, no mínimo, constituir uma importante «barreira de entrada» a certos concorrentes e, em casos extremos, predeterminar (mesmo fraudulentamente) a escolha final do adjudicatário, caso se consignem características de produtos ou serviços que só este esteja em condições de oferecer.
3. A preocupação de evitar estas práticas irregulares e o desejo de «permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência»² levaram o legislador da União a estabelecer normas quanto a esta matéria. Entre elas figura o artigo 34.º, n.º 8, da Diretiva 2004/17/CE³, aplicável no caso vertente, segundo o qual só a título excecional é possível «fazer referência a uma marca, a uma patente ou a um tipo, a uma origem ou a uma produção determinados», e desde que seja acompanhada da menção «ou equivalente».
4. No litígio que o órgão jurisdicional italiano tem de dirimir, o caderno de encargos utilizou essa disposição excecional, indicando que o contrato tinha por objeto o «fornecimento de peças sobressalentes originais e/ou de fábrica e/ou equivalentes, para autocarros e tróleys fabricados pela Iveco».

¹ Língua original: espanhol.

² Considerando 29 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).

³ Diretiva 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).

5. A controvérsia não gira à volta da validade desta especificação técnica em si mesma (pois respeita a possibilidade de fornecer peças equivalentes), mas sim sobre o momento em que o proponente tem que disponibilizar o certificado da equivalência das peças sobressalentes.

6. De acordo com o caderno de encargos, a prova da equivalência podia ser entregue à entidade adjudicante, após adjudicação do contrato, «aquando da primeira entrega de uma peça sobressalente equivalente». Todavia, o tribunal de reenvio tem dúvidas sobre a conformidade dessa cláusula com o artigo 34.º da Diretiva 2004/17. Seria esse o caso se, de acordo com este preceito, a prova da equivalência acompanhasse obrigatoriamente a proposta ou, de qualquer forma, fosse entregue antes da adjudicação do contrato.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União Europeia. Diretiva 2004/17

7. O artigo 34.º estabelece:

«1. As especificações técnicas definidas no ponto 1 do anexo XXI devem constar dos documentos do concurso, tal como o anúncio, o caderno de encargos ou os documentos complementares. Sempre que possível, essas especificações técnicas devem ser estabelecidas por forma a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou da conceção para todos os utilizadores.

2. As especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

3. Sem prejuízo das regras técnicas nacionais vinculativas, desde que compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas devem ser formuladas:

- a) seja por referência a especificações técnicas definidas no anexo XXI e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais, a qualquer outro referencial técnico estabelecido pelos organismos europeus de normalização ou, caso aquele não exista, a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, cálculo e execução de obras, bem como de utilização de materiais. Cada referência será acompanhada da menção “ou equivalente”;
- b) seja em termos de desempenho ou de exigências funcionais, podendo estas últimas incluir características ambientais. Devem, todavia, ser suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objeto do contrato e às entidades adjudicantes escolher o adjudicatário;
- c) seja em termos do desempenho ou das exigências funcionais a que se refere a alínea b), remetendo, como meio de presunção de conformidade com esse desempenho ou essas exigências funcionais, para as especificações a que se refere a alínea a);
- d) seja por referência às especificações a que se refere a alínea a) para determinadas características e por referência ao desempenho ou às exigências funcionais a que se refere a alínea b) para outras características.

4. Sempre que as entidades adjudicantes recorrerem à possibilidade de remeter para as especificações mencionadas na alínea a) do n.º 3, não poderão rejeitar uma proposta com o fundamento de que os produtos e serviços dela constantes não estão em conformidade com as suas especificações técnicas de referência, se o proponente demonstrar, na sua proposta, por qualquer meio adequado e suficiente para a entidade adjudicante, que as soluções apresentadas satisfazem de modo equivalente as exigências definidas nas especificações técnicas.

Um meio adequado pode ser um dossiê técnico do fabricante ou um relatório de ensaio de um organismo aprovado.

[...]

8. A menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinados operadores económicos ou determinados produtos. Tal referência será autorizada, a título excecional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos dos n.ºs 3 e 4; essa menção ou referência deve ser acompanhada dos termos “ou equivalente”».

8. O artigo 54.º, 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 [...]».

B. Direito italiano

9. Segundo o artigo 68.º, n.º 13, do Decreto Legislativo n.º 163 de 2006⁴:

«A menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinados operadores económicos ou determinados produtos. Tal referência será autorizada, a título excecional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos dos n.ºs 3 e 4; essa menção ou referência deve ser acompanhada dos termos “ou equivalente”».

II. Factos do litígio e questão prejudicial

10. A Azienda Trasporti Milanese (a seguir «ATM») abriu um concurso público⁵ para adjudicação do «fornecimento de peças sobressalentes originais e/ou de fábrica e/ou equivalentes para autocarros, tróleys e elétricos fabricados pela Iveco».

11. O valor do contrato ascendia a 3 350 000,00 euros, acrescido de IVA, correspondente ao fornecimento de 2 195 peças sobressalentes da marca IVECO/FIAT, ou equivalentes. O critério de adjudicação era o preço mais baixo, com possibilidade de apresentação de novas versões das propostas iniciais para os concorrentes melhor classificados.

⁴ Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006, que transpõe as Diretivas 2004/17 e 2004/18 (GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006).

⁵ O anúncio foi publicado no suplemento do *Jornal Oficial da União Europeia* de 25 de fevereiro de 2015 (2015/S 039-067523).

12. O caderno de encargos estabelecia que:

- Por «peças sobressalentes originais» se deviam entender quer as peças «produzidas pelo próprio fabricante do veículo», quer as «produzidas pelos fornecedores do fabricante do veículo [...] relativamente aos quais o fabricante certifique que foram produzidas em conformidade com as especificações e as normas de produção definidas pelo fabricante do veículo».
- As «peças sobressalentes equivalentes» eram definidas como as peças «produzidas por qualquer empresa que certifique que a sua qualidade é equivalente à dos componentes utilizados para a montagem do veículo e das peças sobressalentes fornecidas pelo fabricante do veículo»⁶.

13. O caderno de encargos precisava que, «aquando da primeira entrega de peças sobressalentes equivalentes, o fornecedor deve entregar a certificação de equivalência ao original, como condição necessária à aceitação do produto»⁷.

14. Apresentaram-se ao concurso apenas a VAR, s.r.l., com peças sobressalentes equivalentes, e a Iveco Orecchia, s.p.a., com peças sobressalentes originais. O contrato foi adjudicado à VAR.

15. A Iveco Orecchia recorreu desta decisão para o Tribunal Amministrativo Regionale della Lombardia — Milano (Tribunal Administrativo Regional da Lombardia — Milão, Itália) que, por sentença (n.º 679), de 11 de abril de 2016, julgou o recurso procedente.

16. Segundo esse tribunal, nos termos do artigo 68.º do Decreto Legislativo n.º 163 de 2006, incumbia ao proponente provar, no âmbito do processo de concurso, que as peças propostas eram equivalentes às originais. Por conseguinte, a VAR deveria ter sido excluída, uma vez que tinha proposto fornecer peças sobressalentes equivalentes às originais (como permitia a *lex specialis*) sem apresentar, nem juntamente com a proposta nem durante o desenrolar do concurso, os certificados de equivalência aos produtos originais, ou qualquer outra prova.

17. No recurso dessa sentença para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), este órgão jurisdicional salienta que o caderno de encargos não obrigava o proponente a demonstrar a equivalência antes da adjudicação do contrato, mas apenas aquando da primeira entrega das peças sobressalentes.

18. Aquele órgão jurisdicional considera que, sendo a norma italiana de transposição da Diretiva 2004/17 uma cópia literal do artigo 34.º, n.º 8, desta diretiva, se pode excluir, à partida, qualquer fricção entre o direito interno e o da União. Não obstante, tem dúvidas sobre se há que fazer uma interpretação sistemática da Diretiva 2004/17, nos termos da qual a prova da equivalência deveria ter sido produzida obrigatoriamente aquando da apresentação da proposta.

19. Neste contexto, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «a) A título principal, deve o artigo 34.º, n.º 8, da Diretiva ser interpretado no sentido de que impõe a prova da equivalência [dos produtos a fornecer] ao[s] [produtos] origina[is] logo com a apresentação da proposta?

⁶ Documento «Especificações técnicas», n.ºs 2.1 e 2.2.

⁷ *Ibidem*, n.º 5.

- b) A título subsidiário relativamente à primeira questão, em caso de resposta negativa à questão de interpretação colocada na alínea a), em que termos deve ser assegurado o respeito dos princípios da igualdade de tratamento e da imparcialidade, da plena concorrência e da boa administração, bem como do direito de defesa e ao contraditório dos outros concorrentes?»

III. Síntese dos argumentos das partes

20. A VAR e a ATM entendem que se deve dar uma resposta negativa à primeira questão prejudicial. Partindo do pressuposto de que a interpretação das disposições do direito da União tem de atender não só ao seu sentido literal mas também ao contexto e aos fins que prosseguem, argumentam que:

- O n.º 8 do artigo 34.º, da Diretiva 2004/17 não dispõe no sentido de que os proponentes devam apresentar a prova da equivalência juntamente com as propostas.
- Os n.ºs 3 e 4 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17 descrevem a qualidade dos produtos solicitados. Consequentemente, o concorrente que apresente uma proposta relativa a produtos contemplados no n.º 4 cujas características técnicas não sejam conformes às apresentadas nas especificações técnicas do caderno de encargos terá de provar que as alternativas que oferece são funcionalmente equivalentes para satisfazer as necessidades da entidade adjudicante.
- No caso do n.º 8 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17, pelo contrário, não se descrevem as características, as funções e o desempenho do produto solicitado; apenas se exige o fornecimento do produto definido no caderno de encargos, mesmo que de procedência distinta do fabricante originário, porque se trata de casos em que não é possível fazer a descrição do produto sem fazer referência a uma marca.
- Nesta situação, para proteger a livre concorrência, permite-se aos proponentes oferecer produtos equivalentes, ainda que de outra marca, sem que tenham de apresentar prova da equivalência de acordo com o artigo 34.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2004/17. Uma interpretação em sentido contrário conduziria a resultados injustos quando a entidade adjudicante remetesse para uma marca apenas com o intuito de simplificar o concurso, e não se compreenderia por que motivo o proponente tinha de se deparar com uma situação mais desfavorável do que se as características técnicas tivessem sido descritas da forma clássica.
- Exigir que a prova da equivalência seja apresentada juntamente com a proposta colide com o objetivo de facilitar a abertura dos contratos públicos à concorrência, pois implica dispor dela antecipadamente em relação a um grande número de produtos (por vezes, milhares) que, no fim, a Administração pode não adquirir. É, pois, um ónus inútil e dispendioso, que torna excessivamente difícil a participação dos fornecedores de «produtos equivalentes» nos concursos, em benefício dos distribuidores de peças sobressalentes originais e dos fabricantes de veículos.
- A Comunicação da Comissão, de 28 de maio de 2010, sobre as Orientações complementares relativas às restrições verticais nos acordos de venda e reparação de veículos a motor e de distribuição de peças sobressalentes para veículos a motor⁸, confirma, no que respeita à política de concorrência no setor automóvel, a necessidade de proteger o acesso dos fabricantes de peças sobressalentes ao mercado dos serviços pós-venda. Garante-se assim que as peças sobressalentes de marcas concorrentes estejam permanentemente acessíveis às oficinas de reparação, quer sejam independentes ou autorizadas, assim como aos distribuidores grossistas.

⁸ (JO 2010, C 138, p. 16; a seguir «Orientações Complementares»).

21. Quanto à segunda questão, a VAR e a ATM entendem que os mecanismos que garantem o respeito dos princípios a que alude o tribunal de reenvio resultam da documentação do concurso, tal como foi configurado pela entidade adjudicante.

22. A Iveco Orecchia, o Governo italiano e a Comissão sustentam que o n.º 8 do artigo 34 da Diretiva 2004/17 não exige a apresentação de uma prova de equivalência juntamente com a proposta, mas que, interpretado do ponto de vista sistemático, conduz a esta conclusão.

23. Segundo a Iveco Orecchia e o Governo italiano, a apresentação deve fazer-se juntamente com a proposta, enquanto para a Comissão basta que o seja no decorrer do concurso, mas sempre antes da adjudicação do contrato. Os respetivos argumentos podem sintetizar-se do seguinte modo:

- Embora o artigo 34.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2004/17 aponte a apresentação da proposta como sendo o momento em que o proponente deve entregar a prova da equivalência, o facto de nada se dizer a esse respeito no n.º 8 do mesmo artigo não significa que se pretenda revogar aquela regra.
- O n.º 8 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17 tem por objeto, por um lado, proibir a menção de especificações técnicas alusivas a determinado fabricante ou a uma procedência determinada no caderno de encargos, e, por outro, indicar as exceções em que esta menção é permitida. Trata-se de um conteúdo específico que o legislador da União dá a este preceito, de maneira que não admira não ter considerado necessário indicar também o momento em que a prova da equivalência se deve fazer.
- Independentemente do objeto do contrato, o objetivo da prova da equivalência é que a entidade adjudicante verifique se o proponente satisfaz as condições do contrato. Esta prova deve ser apresentada durante o concurso, já que, no seu termo, a entidade adjudicante terá de decidir sobre a adjudicação de acordo com a proposta mais adequada aos termos do concurso.
- Uma interpretação diferente conduziria a um conflito entre os n.ºs 4 e 5 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17, por um lado, e o seu n.º 8, por outro, em violação do princípio da igualdade de tratamento. Se fosse permitido aos proponentes fazer a prova da equivalência após a adjudicação do contrato, as propostas já não seriam comparáveis e alguns proponentes poderiam ter apresentado essas provas, enquanto outros poderiam decidir fazê-lo posteriormente.
- Ainda mais importante, a entidade adjudicante correria o risco de se comprometer a adquirir produtos não adequados para a satisfação das suas necessidades, restando-lhe como única opção declarar a nulidade do contrato, o que, afirmam, não era intenção do legislador da União ao redigir a Diretiva 2004/17.
- Esta interpretação é confirmada por outros preceitos da Diretiva 2004/17, como o artigo 49.º, n.º 2, no qual se prevê que «as entidades adjudicantes comunicarão [...] no mais breve prazo [...] os motivos da exclusão da [...] proposta [dos candidatos excluídos], incluindo [...] os motivos da sua decisão de não equivalência ou da sua decisão de que a obra, o produto ou o serviço não corresponde ao desempenho ou não cumpre as exigências formais». Isto implica, obviamente, que o exame da equivalência do produto proposto em relação às especificações técnicas constantes do caderno de encargos seja efetuado antes da adjudicação do contrato.
- O artigo 51.º, n.º 3, da Diretiva 2004/17 aponta no mesmo sentido. A prova da equivalência é imprescindível para verificar se a proposta se adapta às especificações técnicas, o que deverá fazer-se, em todo o caso, antes da adjudicação do contrato.

IV. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

24. O pedido de reenvio prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de janeiro de 2017.

25. Apresentaram observações escritas a VAR, a Iveco Orecchia, a ATM, o Governo italiano e a Comissão Europeia. Com exceção do Governo italiano, todas as partes compareceram na audiência realizada no dia 6 de dezembro de 2017.

V. apreciação

A. Observações preliminares

26. Como já se referiu, a formulação de especificações técnicas nas cláusulas que regem os concursos públicos pode exercer uma influência significativa (eventualmente, negativa) na concorrência, criando barreiras injustificadas à participação dos agentes económicos.

27. A preocupação do legislador da União nesta matéria é patente, pelo que incluiu no n.º 2 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17 a regra de que «[a]s especificações técnicas [...] não [devem] criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência»⁹.

28. Como o contrato controvertido tem por objeto o fornecimento de peças sobressalentes de veículos a motor, julgo conveniente recordar, antes de analisar a Diretiva 2004/17, que, neste setor, o legislador da União combinou a defesa da concorrência com um regime de isenções por categoria, refletido no Regulamento (CE) n.º 1400/2002¹⁰. Neste Regulamento, pretendeu, precisamente, preservar a concorrência¹¹ entre as peças sobressalentes originais e as peças sobressalentes de qualidade equivalente¹².

29. A Comissão partilha deste mesmo objetivo, o que a levou a aprovar, em 2010, as Orientações Complementares ao Regulamento n.º 461/2010. No seu ponto 18 sublinha que, com elas, pretende «a proteção do acesso dos fabricantes de peças sobressalentes ao mercado do serviço pós-venda dos veículos a motor, garantindo assim que continuam a existir marcas concorrentes de peças sobressalentes à disposição das oficinas independentes e autorizadas, assim como dos grossistas de peças sobressalentes».

9 O artigo 60.º, n.º 2, da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17 (JO 2014, L 94, p. 243), expressa-se em termos idênticos.

10 Regulamento da Comissão, de 31 de julho de 2002, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor automóvel (conhecido como «Regulamento Monti»; JO 2002, L 203, p. 30), substituído, após caducar em 31 de maio de 2010, pelo Regulamento (UE) n.º 461/2010 da Comissão, de 27 de maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor dos veículos automóveis (JO 2010, L 129, p. 52).

11 No considerando 23 do Regulamento n.º 1400/2002 refere-se que, «[a] fim de garantir a concorrência efetiva nos mercados de reparação e da manutenção e permitir que as oficinas de reparação ofereçam aos utilizadores finais peças sobressalentes concorrentes, tais como peças sobressalentes originais e peças sobressalentes de qualidade equivalente, a isenção não deve abranger os acordos verticais que restrinjam a possibilidade das oficinas de reparação autorizada no âmbito do sistema de distribuição de um construtor de veículos, os distribuidores independentes de peças sobressalentes, as oficinas de reparação ou os utilizadores finais adquirirem as peças sobressalentes ao fabricante dessas peças ou a um terceiro à sua escolha». O considerando 17 do Regulamento n.º 461/2010 expressa-se em termos semelhantes, se bem que da ótica da restrição da capacidade de venda do fabricante de peças sobressalentes, e não da capacidade de aquisição.

12 Segundo o artigo 1.º, n.º 1, alínea u), do Regulamento n.º 1400/2002, «entende-se por “peças sobressalentes de qualidade equivalente”, as peças sobressalentes exclusivamente fabricadas por qualquer empresa que possa comprovar a qualquer momento que as peças em questão correspondem à qualidade dos componentes que são ou foram utilizados para a montagem dos veículos a motor em causa».

30. Nestas mesmas Orientações, a Comissão destaca que «[a] disponibilidade dessas [peças sobressalentes] representa grandes benefícios para os consumidores, em especial porque muitas vezes existem grandes diferenças de preço entre as peças vendidas ou revendidas pelo construtor de veículos a motor e as peças alternativas»¹³. A restrição da concorrência pode ser bastante lesiva para os consumidores «limitando a escolha de produtos, baixando a sua qualidade ou reduzindo o nível de inovação do produto»¹⁴.

31. É certo que, enquanto a defesa da concorrência em relação aos acordos verticais centra a sua atenção no poder dos produtores sobre o mercado e na sua influência para controlar a oferta, a contratação pública se desenvolve mais no âmbito da procura. Porém, o mesmo efeito de limitação da proposta pode partir da entidade adjudicante que procura produtos ou serviços, se estabelecer especificações técnicas que reduzam injustificadamente o círculo de potenciais concorrentes. Nesta base, os benefícios da concorrência no âmbito da contratação privada são transponíveis para o âmbito da contratação pública.

32. Destas intervenções legislativas pode inferir-se que, no setor da contratação privada de peças sobressalentes de veículos a motor, o princípio da abertura à concorrência deve promover, tendencialmente, a possibilidade de oferecer em paridade de condições as peças originais e as de qualidade equivalente. Esta mesma tendência deve estender-se, por maioria de razão, à contratação pública.

B. Quanto à primeira questão prejudicial

33. A inclusão, nos anúncios dos concursos públicos ou no caderno de encargos, de especificações técnicas que remetam para uma determinada marca já tinha sido apreciada pelo Tribunal de Justiça, antes da aprovação das Diretivas de 2004 relativas aos contratos públicos.

34. Sob a vigência da Diretiva 77/62/CEE¹⁵, o Tribunal de Justiça analisou, no Acórdão Comissão/Países Baixos¹⁶, a cláusula de um contrato público que designava o sistema operativo «UNIX» sem incorporar a menção «ou equivalente». A sua decisão foi no sentido de que «o facto de não juntar a menção “ou equivalente” depois do termo UNIX pode [...] dissuadir os operadores económicos que utilizem sistemas análogos à UNIX de participar no concurso».

35. Esta linha jurisprudencial continuou com a Diretiva 93/37/CEE¹⁷. No Acórdão Comissão/Áustria¹⁸, o Tribunal de Justiça acolheu o argumento da Comissão segundo o qual a forma como esse Estado-Membro havia redigido a especificação técnica no caderno de encargos de um concurso público «tinha por efeito favorecer os “produtos Unix”», em violação do artigo 10.º, n.º 6, da Diretiva 93/37.

36. A ideia subjacente a esses acórdãos era que, quando se admite a título excecional a utilização de uma marca para definir as especificações técnicas, se deve ampliar o círculo de destinatários mediante a utilização da locução «ou equivalente». Possibilita-se assim a participação no concurso de outros proponentes que não os fabricantes dos artigos originais, o que contribui para impedir a criação de obstáculos injustificados à abertura dos concursos públicos à concorrência.

¹³ Orientações Complementares, ponto 18.

¹⁴ *Ibidem*, ponto 28.

¹⁵ Diretiva do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29).

¹⁶ Acórdão de 24 de janeiro de 1995, C-359/93, EU:C:1995:14, n.ºs 23 a 28. O posterior Despacho de 3 de dezembro de 2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, n.º 22, remete para aquele acórdão.

¹⁷ Diretiva do Conselho de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO 1993, L 199, p. 54).

¹⁸ Acórdão de 28 de outubro de 1999, C-328/96, EU:C:1999:526, n.º 68, em relação com o n.º 78.

37. O artigo 34.º, n.º 8, da Diretiva 2004/17 não contém nenhuma indicação regulamentar sobre o momento em que se deve demonstrar a equivalência das peças sobressalentes perante a entidade adjudicante. Essa omissão permite aos Estados-Membros regular a questão no direito interno segundo os seus próprios critérios, quer seja através de uma norma geral, quer deixando ao critério das entidades adjudicantes. Não obstante, têm de orientar-se pelos princípios básicos da contratação pública¹⁹.

38. A interpretação do n.º 8 do artigo 34.º, da Diretiva 2004/17 em conjugação com a dos seus n.ºs 3 e 4 deve implicar que o certificado de equivalência tenha que ser entregue, inevitavelmente, juntamente com a proposta do concorrente? Os argumentos aduzidos por quem opta por esta solução não são despicientes, na perspetiva da garantia da escolha da melhor proposta²⁰.

39. De facto, essa prova é um dos elementos através dos quais a entidade adjudicante pode avaliar se o concorrente se encontra em condições de satisfazer as suas obrigações contratuais. Deveria, pois, ser prévia à adjudicação do contrato. Caso contrário, a única saída da entidade adjudicante seria resolver o contrato por incumprimento.

40. Além disso, tendo em conta que o n.º 8, do artigo 34.º, da Diretiva 2004/17 se limita a definir a proibição geral de especificações técnicas que remetam para uma determinada marca e a definir em que casos excecionais o permite, é pertinente aplicar os mesmos critérios previstos nos seus n.ºs 3 e 4. Segundo estes, parece que a prova deve acompanhar a proposta.

41. Embora este raciocínio seja aceitável, talvez não tenha em consideração outras componentes do processo decisório. Em concreto, os n.ºs 3 e 4 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17 dão à entidade adjudicante uma importante margem de apreciação ao redigir as especificações técnicas para, do ponto de vista funcional, fazer face aos objetivos do contrato, de forma que os concorrentes possam apresentar alternativas que os satisfaçam, incluindo, obviamente, as soluções *equivalentes* às pedidas no caderno de encargos. É, por isso, lógico que, nestes casos, a entidade adjudicante tenha de dispor desde o início dos elementos de apreciação das diversas propostas, incluindo as provas.

42. A perspetiva muda ligeiramente quando as especificações técnicas aludem de modo direto a uma marca ou a um modelo de produto, como ocorre neste caso. A regra geral da obrigatoriedade de formular as especificações técnicas em termos abertos, de acordo com o n.º 4 do artigo 34.º, da Diretiva 2004/17, é reafirmada no n.º 8 desta disposição, que proíbe a limitação injustificada do âmbito de apreciação.

43. O que explica a menção singular a uma marca, uma patente ou a figuras similares (sempre acrescida da menção relativa aos seus «equivalentes») é que o espaço de indeterminação desaparece. Quando, por exemplo, só é possível o fornecimento de peças sobressalentes de veículos correspondentes a uma única marca (neste caso, IVECO), ou seus equivalentes, a entidade adjudicante já optou por fazer «uma descrição bastante precisa e inteligível do objeto do contrato». Esta é a diferença-chave relativamente aos n.ºs 3 e 4 do artigo 34.º da Diretiva 2004/17, que admite tratar de maneira díspar as exigências em matéria de certificados de equivalência²¹.

19 O considerando 9 da Diretiva 2004/17 destaca a abertura à concorrência dos contratos públicos, o respeito dos princípios da igualdade de tratamento, do qual o princípio da não discriminação é uma expressão concreta, do reconhecimento mútuo e da proporcionalidade, bem como o princípio da transparência.

20 A regulação das especificações técnicas na Diretiva 2014/25 (artigo 60.º) não foi alterada, já que, ao lado do regime geral (n.º 3), se mantém um regime excecional (n.º 4) que permite fazer referência a uma marca «no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos» da regra geral, exigindo que a dita referência seja acompanhada da menção «ou equivalente». Os n.ºs 5 e 6 exigem que a prova da equivalência seja entregue juntamente com a proposta nos casos previstos no n.º 3, mas não nos do n.º 4.

21 Estas reflexões são, *mutatis mutandis*, aplicáveis aos artigos 49.º e 51.º da Diretiva 2004/17, invocados por algumas das partes no litígio.

44. A entidade adjudicante é quem se encontra em melhor posição para definir as suas necessidades através das especificações técnicas. Numa situação como a do litígio no principal, em que não existe outra alternativa senão a entrega de peças sobressalentes correspondentes a um tipo específico de veículos, a definição mediante remissão para uma marca parece adequada e indiscutível.

45. A Comissão sublinha que a falta de demonstração prévia da equivalência cria o risco, para a entidade adjudicante, de adquirir uma série de produtos inadequados e de se ver obrigada à resolução do contrato. Para reforçar a sua tese sobre a escolha do melhor candidato, cita o Acórdão CoNISMa²², no qual o Tribunal de Justiça sustentou que a harmonização das Diretivas de contratação se estabelece também no interesse da entidade adjudicante.

46. Esse acórdão destaca, sem dúvida, a perspetiva do adquirente público, que deve velar pelo interesse geral. Mas nele, como noutros acórdãos anteriores e posteriores, também se sublinha que «um dos objetivos das normas comunitárias em matéria de contratos públicos consiste na maior abertura possível à concorrência [...] e que é do interesse do direito comunitário que seja assegurada a maior participação possível num concurso público»²³. E se, repito, o interesse da entidade adjudicante está presente nesse acórdão é porque uma maior participação lhe permite dispor de «uma maior escolha quanto à oferta mais vantajosa e mais adaptada às necessidades do organismo público em causa»²⁴.

47. Contudo, nem esse acórdão nem os anteriormente citados respondem de forma direta ao dilema que se coloca neste reenvio, isto é, a questão de saber quando, segundo a Diretiva 2004/17, o concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes tem que provar documentalmente que são conformes às originais.

48. É legítima a preocupação de não frustrar o êxito do processo de concurso, o que poderia ocorrer se a entidade adjudicante que não tivesse exigido previamente a prova da equivalência das peças se deparasse, no final, com um adjudicatário incapaz de a fazer.

49. Esta preocupação, não pode, sem embargo, sobrepor-se aos princípios essenciais da contratação pública, em particular o de garantir aos concorrentes o acesso em condições de igualdade e o de não os confrontar com «obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência». Abordarei um e outro seguidamente.

50. O princípio da igualdade de tratamento não é violado se se conceder a todos os concorrentes a oportunidade de entregar os seus certificados de equivalência no momento da entrega das peças sobressalentes. Contrariamente ao alegado por uma das partes, esta possibilidade não *desequilibra* a posição dos concorrentes, que têm a opção de juntar essas provas com as suas propostas ou de esperar pelo resultado da adjudicação. Nesta ótica, a única coisa que se lhes pede é que respeitem a cláusula correspondente, que deve ser clara e aplicar-se sem exceções²⁵.

²² Acórdão de 23 de dezembro de 2009, C-305/08, EU:C:2009:807.

²³ *Ibidem*, n.º 37.

²⁴ *Ibidem*, n.º 37 *in fine*.

²⁵ No Acórdão de 13 de julho de 2017, *Ingsteel e Metrostav*, C-76/16, EU:C:2017:549, n.º 34, o Tribunal de Justiça reafirmou que «o princípio da igualdade de tratamento impõe que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica, portanto, que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes. Por outro lado, a obrigação de transparência, que constitui o seu corolário, tem por finalidade garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Esta obrigação implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio ou no caderno de encargos, de forma, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-los da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa (Acórdão de 2 de junho de 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 36 e jurisprudência referida)».

51. Não creio, pois, que a igualdade de tratamento dos concorrentes fique comprometida se a prova da equivalência puder ser apresentada na fase de execução do contrato. Pelo contrário, a sua exigência antecipada poderia discriminar os concorrentes ao dar vantagem ao fabricante de peças sobressalentes originais relativamente ao concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes, quando este último ainda não as tenha fabricado. É fácil perceber que, em muitos casos (este seria um deles), o concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes não possui, à partida, os certificados correspondentes a todos os modelos.

52. Na audiência discutiu-se de que forma a entidade adjudicante poderia apreciar a qualidade dos fornecimentos antes da adjudicação se não lhe for apresentada a prova de que são de «qualidade equivalente». Para clarificar este conceito, aplicado às peças sobressalentes para automóveis, é conveniente socorrer-nos das Orientações Complementares²⁶.

53. Nelas estabelece-se uma presunção *iuris tantum* de aptidão qualitativa, de acordo com a qual se permite ao recetor das peças sobressalentes (neste caso a entidade adjudicante) confiar que os produtos postos à sua disposição, ainda que sejam de qualidade equivalente, cumprirão as exigências necessárias para a função que lhes é atribuída. Esta presunção, aplicada no âmbito da contratação pública, contribui para pôr todos os fornecedores em plano de igualdade²⁷.

54. A análise, feita do ponto de vista da máxima abertura dos contratos à concorrência, apoia esta ideia: o dever de juntar os certificados de equivalência antes da adjudicação do contrato pode, segundo as circunstâncias de cada concurso, converter-se num obstáculo desproporcionado, que iniba a presença de operadores económicos interessados em oferecer os seus produtos²⁸.

55. O contrato anunciado pela ATM é um bom exemplo de um concurso no qual se pode reconhecer à entidade adjudicante uma margem de liberdade suficiente para, razoavelmente, estabelecer o critério de prova *a posteriori* que fixou no caderno de encargos. Se tivesse instituído uma obrigação de entregar o certificado de equivalência juntamente com a proposta, o concorrente que tivesse proposto peças não originais teria sido submetido ao ónus de fabricar «preventivamente» cada uma das peças (2 195 no processo principal) ou de possuir, nesse mesmo número, os certificados de equivalência de todas as peças solicitadas. Pelo contrário, o fabricante de peças sobressalentes originais desfrutaria da vantagem de já as ter prontas.

56. De acordo com o caderno de encargos, o critério determinante da adjudicação publicada pela ATM era o da «proposta economicamente mais vantajosa», que foi examinado depois da licitação entre os dois proponentes que tinham apresentado as suas propostas. Antes daquele momento, a entidade adjudicante teve que sopesar a aptidão de ambos avaliando, entre outros fatores, a sua capacidade técnica para a realização do contrato.

57. As razões dos que sustentam que os certificados de equivalência deveriam, inevitavelmente, ser apresentados antes da adjudicação do contrato estão, na realidade, a converter aquela prova no elemento decisivo da avaliação da capacidade técnica.

26 Nos n.ºs 19 e 20 dessas Orientações faz-se uma distinção entre as peças sobressalentes «de origem» e as de «qualidade equivalente». Estas últimas são as que têm uma «qualidade suficientemente elevada para que a sua utilização não ponha em causa a reputação da rede autorizada em questão. Tal como em relação a qualquer outra norma de seleção, o construtor de veículos a motor pode apresentar elementos que provem que uma determinada peça sobressalente não cumpre este requisito».

27 O uso de «declarações sob compromisso de honra» ou de figuras similares, através das quais os operadores económicos manifestam, numa primeira fase, que estão em condições de efetuar determinados fornecimentos, sob reserva da posterior comprovação final pela Administração, é admitido em diversos artigos da Diretiva 2014/24.

28 Nesse sentido, v. considerando 84 da Diretiva 2014/24: «Muitos operadores económicos, e nomeadamente as PME, consideram que um dos maiores obstáculos à sua participação nos contratos públicos é a carga administrativa decorrente da necessidade de apresentar um número substancial de certificados ou outros documentos relacionados com critérios de exclusão e seleção. A limitação desses requisitos, por exemplo mediante a utilização de um Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), constituído por uma autodeclaração atualizada, poderá resultar numa simplificação considerável em benefício tanto das autoridades adjudicantes como dos operadores económicos.»

58. Creio, porém, que a entidade adjudicante pode utilizar outros elementos para avaliar a capacidade técnica dos candidatos²⁹, mesmo quando os certificados de equivalência de cada uma das peças pedidas no concurso não são apresentados inicialmente. Ou, por outras palavras, a prova de que o fabricante ou o fornecedor de peças sobressalentes não originais possuem a capacidade técnica indispensável para executar o contrato pode ser feita por outros meios (por exemplo, exigindo experiência anterior na fabricação ou no fornecimento de peças sobressalentes, ainda que sejam de outras marcas).

59. De facto, o caderno de encargos publicado pela ATM continha uma remissão para as «informações e formalidades necessárias para avaliar a conformidade com os requisitos» de capacidade técnica³⁰. Pedia-se aos candidatos, nomeadamente, a prova documental de que «tenham executado com bons resultados, durante o último triénio (2012-2013-2014), o fornecimento de peças sobressalentes originais [...] ou equivalentes para autocarros, tróleys e veículos industriais produzidos pela IVECO» e «ter celebrado, com bons resultados, no último triénio [...] pelo menos dois contratos para o fornecimento mencionado anteriormente, de valor superior a 750 000 euros»³¹.

60. Um caderno de encargos redigido nestes termos já é em si mesmo, pois circunscreve o círculo de destinatários aos que já tiverem fabricado peças sobressalentes da marca IVECO, fossem originais ou equivalentes, o que veda a participação de outros fabricantes. Na minha opinião, a entidade adjudicante, que já tinha imposto estas condições rigorosas, poderia razoavelmente limitar-se a este critério para avaliar a capacidade técnica dos concorrentes, sem ter de lhes exigir, além disso, que levassem num primeiro momento os certificados de equivalência das 2 195 peças a que alude o contrato de fornecimento³².

61. Estas reflexões levam-me a propor uma resposta negativa à primeira questão do reenvio: após ter limitado a dúvida do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) à questão de saber se o artigo 34.º, n.º 8, da Diretiva 2004/17 *obriga* a provar a equivalência no momento da apresentação da proposta, a resposta tem que ser, necessariamente, não.

62. Aquele preceito não impõe essa obrigação, porque deixa liberdade ao Estado-Membro (ou, se a norma nacional o admitir, à entidade adjudicante) para determinar quando se devem entregar os certificados de equivalência. Não predetermina uma solução única, pois o legislador preferiu, prudentemente, que fossem os Estados-Membros e as suas entidades adjudicantes a sopesar as vantagens e os inconvenientes de optar por uma ou por outra solução.

63. Numa situação como a do processo principal, perante o número de peças cujo certificado de equivalência era necessário, parece-me adequado que se aceite a apresentação dos correspondentes certificados num momento ulterior ao das propostas iniciais ou, inclusivamente, ao da adjudicação do contrato, uma vez que o caderno de encargos já previa requisitos rigorosos para assegurar a capacidade técnica dos concorrentes.

64. Na mesma linha do que fiz nas minhas conclusões no processo VSA Vilnius³³, devo acrescentar uma última precisão, sobre uma exigência «que não figura nas condições do concurso, não está previst[a] na lei nacional nem contid[a] na Diretiva 2004/18». Se um concorrente tivesse confiado nas cláusulas do caderno de encargos que lhe permitem expressamente apresentar os certificados de equivalência *a posteriori*, a recusa em recebê-los não satisfaria o critério da transparência exigido pelo Tribunal de Justiça quando declarou que «os princípios da transparência e da igualdade de tratamento

29 A Diretiva 2014/24 contém um anexo, com o número XII, dedicado aos «Meios de prova dos critérios de seleção», cuja parte II se refere, em particular, aos «meios que comprovam as capacidades técnicas dos operadores económicos, nos termos do artigo 58.º».

30 N.º III.2.3 do documento denominado «Aviso di gara- Settori speciale» (Anúncio de concurso — Setores especiais).

31 N.º 6.1. A., pontos III e IV, do documento «disciplinare di gara» (regulamento do concurso).

32 A Iveco Orecchia limitou-se a insistir na (suposta) obrigação de juntar os certificados de equivalência à proposta, sem pôr em causa a capacidade técnica do seu concorrente para executar o contrato.

33 C-531/16, EU:C:2017:883, n.ºs 47 e 48.

que regem todos os processos de adjudicação de contratos públicos exigem que as condições de fundo e de [forma] respeitantes a um concurso sejam claramente definidas previamente e tornadas públicas, em especial as obrigações dos proponentes, a fim de que estes possam conhecer exatamente as restrições do processo e certificar-se de que as mesmas exigências se aplicam a todos os concorrentes»³⁴.

65. Proponho, pois, que se responda negativamente à primeira questão prejudicial.

C. Quanto à segunda questão prejudicial

66. A segunda questão prejudicial suscita-se no caso de a resposta à primeira ser negativa, como sugiro. O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) interroga o Tribunal de Justiça sobre a maneira como se deve garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento e da imparcialidade, da plena concorrência e da boa administração, bem como o direito de defesa e ao exercício do contraditório dos outros concorrentes.

67. A questão é excessivamente genérica e no pedido de decisão prejudicial não se explica por que motivo estariam estes princípios comprometidos se se admitisse que o certificado de equivalência fosse apresentado depois da proposta.

68. O conteúdo da decisão de reenvio incide (corretamente) nas questões hermenêuticas relativas à conjugação dos diversos artigos da Diretiva 2004/17, mas, repito, não contém nenhuma alusão *própria* (do órgão jurisdicional)³⁵ àqueles princípios.

69. No âmbito dos reenvios prejudiciais, a função do Tribunal de Justiça não é fazer declarações abstratas sobre a forma de aplicação de determinados princípios gerais, mas sim proporcionar ao juiz nacional a interpretação do direito da União que lhe possa ser útil para resolver o litígio que lhe foi submetido.

70. Nesta perspetiva, as considerações que fiz ao recomendar a resposta à primeira questão já oferecem ao órgão jurisdicional de reenvio orientações interpretativas suficientes sobre a aplicação ao caso do processo principal de, pelo menos, alguns dos princípios a que se refere, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da promoção da concorrência e da imparcialidade da entidade adjudicante.

71. No que respeita aos demais princípios mencionados, não vislumbro em que medida o direito de defesa ou o princípio do contraditório entre os concorrentes (e, eventualmente, entre os litigantes) seriam afetados, seja qual for a resposta à primeira questão. A duas pessoas coletivas que participaram neste concurso puderam expor os seus argumentos, a favor ou contra a decisão da ATM, nos órgãos jurisdicionais nacionais sem que os seus direitos a um processo equitativo e a obter proteção jurisdicional (que, obviamente, não tem forçosamente que coincidir com o êxito das respetivas pretensões no processo) tenham sido desrespeitados.

³⁴ Acórdão de 2 de junho de 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), n.º 37).

³⁵ Na realidade, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) limita-se a reproduzir a proposta de formulação de algumas questões prejudiciais feita pela Iveco Orecchia. Em concreto, não explica por que motivo submete, como segunda questão prejudicial, a que figurava na alínea b1) daquela proposta.

72. Quanto ao direito a uma boa administração, é de supor que, no contexto do reenvio prejudicial, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) quis aludir ao direito consagrado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Basta dizer, a este respeito, que esse direito apenas pode ser exercido quando se trate de instituições, órgãos e organismos da União Europeia, não sendo oponível, por isso, a uma empresa de transportes de um Estado-Membro que atua sob a forma de sociedade por ações, como é a ATM (mesmo que fosse equiparada a uma entidade pública no direito interno).

73. Nestas condições, julgo desnecessário responder à segunda questão prejudicial.

VI. Conclusão

74. Em face do exposto, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda ao Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) do seguinte modo:

«O artigo 34.º, n.ºs 3, 4 e 8, 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, deve ser interpretado no sentido de que não impõe a um concorrente que apresente juntamente com a sua proposta os certificados de equivalência das peças sobressalentes de veículos a motor às peças originais, quando:

- no caderno de encargos, as especificações técnicas tenham sido formuladas, a título excecional, por referência a uma determinada marca “ou equivalente”; e
- nesse mesmo caderno de encargos, esteja indicado que a apresentação daqueles certificados pode ser feita aquando da primeira entrega de uma peça sobressalente equivalente.»