



Coletânea da Jurisprudência

DESPACHO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção)

26 de novembro de 2020*

«Reenvio prejudicial — Artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça — Adjudicação de contratos de concessão — Diretiva 2014/23/UE — Artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo — Artigo 30.º — Liberdade das autoridades adjudicantes de definir e de organizar o procedimento conducente à escolha do concessionário — Legislação nacional que proíbe o recurso ao financiamento de projetos para os contratos de concessão de autoestrada»

No processo C-835/19,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), por Decisão de 13 de junho de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 18 de novembro de 2019, no processo

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta — Ativa SpA

contra

Presidenza del Consiglio dei Ministri,

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,

Ministero dell'Economia e delle Finanze,

Autorità di regolazione dei trasporti,

sendo intervenientes:

Autorità di bacino del Po,

Regione Piemonte,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção),

composto por: D. Šváby (relator), exercendo funções de presidente da Nona Secção, S. Rodin e K. Jürimäe, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de decidir por despacho fundamentado, nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça,

* Língua do processo: italiano.

profere o presente

Despacho

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 30.º da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1), conjugado com o considerando 68 desta diretiva.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Autostrada Torino Ivrea Valle d'Aosta — Ativa SpA (a seguir «Ativa») à Presidenza del Consiglio dei Ministri (Presidência do Conselho de Ministros, Itália), ao Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, Itália) (a seguir «MIT»), ao Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministério da Economia e das Finanças, Itália) e à Autorità di regolazione dei trasporti (Autoridade Reguladora dos Transportes, Itália), a propósito da rejeição pelo MIT de duas propostas de financiamento de projetos apresentados pela Ativa.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 Os considerandos 5, 8 e 68 da Diretiva 2014/23 enunciam:
 - «(5) A presente diretiva reconhece e reafirma o direito dos Estados-Membros e das autoridades públicas de determinar os meios administrativos que considerem mais adequados para executarem as obras e prestarem os serviços. Mais concretamente, a presente diretiva não deverá afetar de modo algum a liberdade dos Estados-Membros e das autoridades públicas de disponibilizar diretamente os bens ou serviços ao público ou de subcontratar essa prestação, delegando-a a terceiros. Os Estados-Membros ou as autoridades públicas deverão continuar a poder definir e especificar as características dos serviços a prestar, incluindo as condições relativas à qualidade ou ao preço dos serviços, de acordo com o direito da União, para garantir a realização dos seus objetivos em matéria de políticas públicas.
- [...]
- (8) Para as concessões iguais a um determinado valor ou acima dele, importa prever uma coordenação mínima dos procedimentos nacionais para a adjudicação de tais contratos com base nos princípios do TFUE, a fim de garantir a abertura das concessões à concorrência e a segurança jurídica adequada. As disposições de coordenação não deverão ultrapassar o necessário para alcançar os objetivos acima mencionados e para garantir um certo grau de flexibilidade. Os Estados-Membros deverão ser autorizados a completar e a alargar essas disposições se o considerarem oportuno, nomeadamente para melhor garantir a observância dos referidos princípios.
- [...]
- (68) Por norma, as concessões são contratos complexos, a longo prazo, nos quais o concessionário assume responsabilidades e riscos tradicionalmente assumidos pelas autoridades adjudicantes e pelas entidades adjudicantes e que normalmente seriam da responsabilidade destas. Por este motivo, e sem prejuízo do cumprimento da presente diretiva e dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, deverá ser reservada às autoridades adjudicantes e às entidades adjudicantes um amplo poder de apreciação para definir o procedimento conducente à escolha do concessionário. Contudo, de modo a assegurar a igualdade de tratamento e a transparência

durante o processo de adjudicação, convém prever garantias básicas em relação a esse processo, incluindo informações sobre a natureza e o âmbito da concessão, a limitação do número de candidatos, a divulgação de informações aos candidatos e proponentes e a conservação dos registos adequados. É também necessário estipular que os termos iniciais do anúncio de concessão se mantêm inalterados, de modo a evitar desigualdades de tratamento entre potenciais candidatos.»

- 4 Sob a epígrafe «Objeto e âmbito de aplicação», o artigo 1.º desta diretiva prevê, no seu n.º 1:

«A presente diretiva estabelece regras aplicáveis aos procedimentos de contratação levados a cabo por autoridades e entidades adjudicantes por meio de uma concessão, cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 8.º»

- 5 Sob a epígrafe «Princípio da livre administração das autoridades públicas», o artigo 2.º desta diretiva dispõe, no seu n.º 1:

«A presente diretiva reconhece o princípio da livre administração das autoridades nacionais, regionais e locais, em conformidade com a legislação nacional e da União em vigor. Estas autoridades têm a liberdade de decidir sobre a melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços, de modo a garantir um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores dos serviços públicos.

[...]»

- 6 Nos termos do artigo 3.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Princípio da igualdade de tratamento, não discriminação e transparência»:

«1. As autoridades e entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os procedimentos de adjudicação de concessões, incluindo a estimativa do valor, não devem ser concebidos no intuito de serem excluídos do âmbito de aplicação da presente diretiva ou de favorecerem ou desfavorecerem indevidamente determinados operadores económicos ou determinadas obras, fornecimentos ou serviços.

2. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes garantem a transparência do procedimento de adjudicação e da execução do contrato, sem prejuízo do cumprimento das disposições do artigo 28.º»

- 7 Sob a epígrafe «Limiar e métodos de cálculo do valor estimado das concessões», o artigo 8.º da Diretiva 2014/23 prevê, no seu n.º 1:

«A presente diretiva aplica-se às concessões cujo valor seja igual ou superior a 5 186 000 [euros].»

- 8 O título II da Diretiva 2014/23, que expõe os princípios gerais e as garantias processuais relativos à adjudicação de concessões, é composto pelos artigos 30.º a 41.º

- 9 Sob a epígrafe «Princípios gerais», o artigo 30.º desta diretiva dispõe, nos seus n.ºs 1 e 2:

«1. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes têm a liberdade de organizar o procedimento conducente à escolha do concessionário sujeito ao cumprimento da presente diretiva.

2. Os procedimentos de adjudicação de concessões devem ser concebidos no respeito dos princípios estabelecidos no artigo 3.º Mais concretamente, ao longo do procedimento de adjudicação de concessões, a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante não faculta de forma discriminatória informações que possam conferir vantagens a um candidato ou proponente relativamente a outros.»

10 Sob a epígrafe «Garantias processuais», o artigo 37.º da referida diretiva enuncia, no seu n.º 6:

«A autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante pode estabelecer negociações com os candidatos e proponentes. O objeto da concessão, os critérios de adjudicação e os requisitos mínimos não são alterados durante as negociações.»

Direito italiano

Lei n.º 11, de 28 de janeiro de 2016

11 O artigo 1.º, n.º 1, alínea III), da legge n.º 11 — Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio di 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Lei n.º 11, relativa à Delegação ao Governo para Transpor as Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativas à adjudicação de contratos de concessão, aos contratos públicos e aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e reformulação do regime em matéria de contratos públicos de empreitada, de prestações de serviços e de fornecimentos), de 28 de janeiro de 2016 (GURI n.º 23, de 29 de janeiro de 2016), impunha ao legislador delegado o estabelecimento das regras que regulem «a abertura dos processos de concurso para a adjudicação das novas concessões de autoestrada o mais tardar vinte e quatro meses antes do vencimento do prazo das concessões em vigor, com a revisão do sistema das concessões de autoestradas, no que respeita em particular à introdução de uma proibição de cláusulas e disposições de prorrogação, em conformidade com o novo regime geral de contratos de adjudicação».

12 Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea mmm), desta lei, o legislador delegado devia prever «um regime transitório especial para a adjudicação de concessões de autoestradas que, à data da entrada em vigor do decreto que transpõe as diretivas, já caducaram ou se encontram em vias de caducar, a fim de assegurar o maior respeito do princípio da abertura à concorrência e dos princípios decorrentes do artigo 17.º da Diretiva [2014/23] quanto às concessões sobre as quais a autoridade ou entidade adjudicante exerça sobre o concessionário um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços».

Novo Código dos Contratos Públicos

13 Resulta do artigo 180.º do decreto legislativo n.º 50 — Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n.º 50, que Aprova o Código dos Contratos Públicos), de 18 de abril de 2016 (GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016, a seguir «novo Código dos Contratos Públicos»), que os contratos de parceria público-privada incluem, nomeadamente, o financiamento de projetos.

14 Nos termos do artigo 183.º deste código, sob a epígrafe «Financiamento de projetos»:

«1. Para a realização de obras públicas ou de utilidade pública, incluindo as obras relativas a estruturas destinadas à navegação de recreio, inscritas nos instrumentos de programação oficialmente adotados pela administração adjudicante com base na regulamentação em vigor, incluindo os planos portuários,

que podem ser financiados, no todo ou em parte, por capitais privados, as administrações adjudicantes podem, em vez de adjudicar contratos através de uma concessão nos termos da parte III, adjudicar uma concessão através de um concurso baseado no projeto de viabilidade, publicando um anúncio de concurso com vista à apresentação de propostas sujeitas à utilização de recursos total ou parcialmente da responsabilidade dos autores das propostas. Em todo o caso, para as infraestruturas relativas às obras lineares, é necessário que as respetivas propostas estejam inscritas nos instrumentos de programação adotados pelo Ministério das Infraestruturas e dos Transportes.

2. O anúncio de concurso deve ser publicado segundo as modalidades previstas no artigo 72.º ou no artigo 36.º, n.º 9, em função do valor das obras, sendo o anúncio de concurso baseado no projeto de viabilidade preparado pela entidade adjudicante. O projeto de viabilidade na base do concurso é elaborado pelo pessoal das administrações adjudicantes que cumpra os requisitos subjetivos necessários à preparação do referido projeto, que dependem das diferentes profissões que fazem parte da abordagem pluridisciplinar inerente ao projeto de viabilidade. Em caso de escassez de pessoal suficientemente qualificado, as administrações adjudicantes podem confiar a redação do projeto de viabilidade a terceiros, escolhidos de acordo com os procedimentos previstos no presente código. As despesas efetuadas para confiar atividades a terceiros podem ser incluídas no quadro económico da obra.

[...]

15. Os operadores económicos podem apresentar às administrações adjudicantes propostas relativas à realização de obras públicas ou de utilidade pública sob concessão, incluindo as obras relativas a estruturas destinadas à navegação de recreio, não inscritas nos instrumentos de programação adotados pela administração adjudicante com base na regulamentação em vigor. A proposta contém um projeto de viabilidade, uma proposta de contrato, o plano económico e financeiro certificado por uma das entidades referidas no n.º 9, primeiro período, bem como a especificação das características do serviço e da gestão. No caso das estruturas destinadas à navegação de recreio, o projeto de viabilidade deve descrever as características qualitativas e funcionais das obras, bem como o quadro das necessidades a cumprir e as prestações específicas a fornecer, conter um estudo que inclua a descrição do projeto e os dados necessários para determinar e avaliar os principais impactos que o projeto pode ter no ambiente, e ser completado segundo os pedidos específicos do Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, adotados através dos seus próprios decretos. O plano económico e financeiro inclui o montante das despesas efetuadas com a preparação da proposta, incluindo os direitos sobre as obras intelectuais nos termos do artigo 2578.º do Código Civil. A proposta deve ser acompanhada das declarações sob compromisso de honra relativas ao cumprimento dos requisitos previstos no n.º 17, da caução referida no artigo 93.º e do compromisso de constituir uma caução no montante indicado no n.º 9, terceiro período, em caso de abertura de concurso. A administração adjudicante avalia a viabilidade da proposta no prazo imperativo de três meses. Para o efeito, a administração adjudicante pode convidar o autor da proposta a introduzir no projeto de viabilidade as alterações necessárias à sua aprovação. Se o autor da proposta não acrescentar as alterações pedidas, a proposta não pode ser avaliada favoravelmente. O projeto de viabilidade eventualmente alterado é inscrito nos instrumentos de programação adotados pela administração adjudicante com base na regulamentação em vigor e é aprovado de acordo com as modalidades aplicáveis à aprovação dos projetos; o autor da proposta deve integrar as alterações adicionais eventualmente pedidas na fase da aprovação do projeto, sem o que o projeto é considerado não aprovado. O projeto de viabilidade aprovado serve de base ao concurso, para o qual o autor da proposta é convidado. No anúncio de concurso, a administração adjudicante pode pedir aos concorrentes, incluindo ao autor da proposta, que apresentem variantes do projeto. O anúncio de concurso esclarece que o promotor pode exercer o seu direito de preferência. Os concorrentes, incluindo o promotor, devem preencher os requisitos referidos no n.º 8 e apresentar uma proposta que contenha uma proposta de contrato, o plano económico e financeiro certificado por uma das entidades referidas no n.º 9, primeiro período, bem como a especificação das características do serviço e da gestão e qualquer variante do projeto de viabilidade; são aplicáveis os n.ºs 4, 5, 6, 7 e 13. Se o promotor não for o adjudicatário, pode exercer, no prazo de quinze dias a

contar da comunicação da adjudicação, o seu direito de preferência e ser nomeado adjudicatário se declarar comprometer-se a respeitar as obrigações contratuais nas mesmas condições que as propostas pelo adjudicatário. Se o promotor não for o adjudicatário e não exercer o seu direito de preferência, tem direito ao reembolso, pelo adjudicatário, do montante das despesas feitas com a preparação da proposta nos limites referidos no n.º 9. Se o promotor exercer o seu direito de preferência, o adjudicatário inicial tem o direito ao reembolso, pelo promotor, do montante das despesas feitas com a preparação da proposta nos limites referidos no n.º 9.

16. As propostas referidas no n.º 15, primeiro período, podem dizer respeito, em vez da concessão, a todos os contratos em parceria público-privada.

[...]»

15 O artigo 216.º do novo Código dos Contratos Públicos prevê, nos seus n.ºs 1 e 23:

«1. Sem prejuízo do disposto no presente artigo ou noutras disposições deste código, este é aplicável aos procedimentos e contratos relativamente aos quais os anúncios que dão início ao processo de seleção do contratante são publicados após a data da sua entrada em vigor e, no caso de contratos sem publicação de anúncio, aos procedimentos e contratos relativamente aos quais, à data da entrada em vigor do presente código, os convites para apresentação de propostas ainda não tenham sido enviados.

[...]

23. Os projetos preliminares relativos à realização de obras públicas ou de obras de utilidade pública respeitantes a propostas de concessão formuladas nos termos do artigo 153.º ou do artigo 175.º do [decreto legislativo n.º 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, que Aprova o Código dos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, dos Contratos Públicos de Serviços e dos Contratos Públicos de Fornecimento, por transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006)], que já foram declarados de interesse público, mas que, à data da entrada em vigor do presente código, ainda não foram aprovados, são objeto de uma avaliação de viabilidade económica e financeira e aprovados pela administração em conformidade com as regras do presente código. A não aprovação implica a extinção dos processos abertos e a exoneração de eventuais promotores que têm direito ao reembolso das despesas que apresentaram e que são fixadas para constituir o projeto em que se baseou o concurso se essas despesas eram obrigatórias para realizar um estudo de impacto ambiental e de localização urbanística.»

Decreto corretivo

16 O decreto legislativo n.º 56 — Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.º 50 (Decreto Legislativo n.º 56, que Estabelece Disposições Complementares e Corretivas do Decreto Legislativo de 18 de abril de 2016 n.º 50), de 19 de abril de 2017 (GURI n.º 103, de 5 de maio de 2017, a seguir «decreto corretivo») introduziu, nomeadamente, no artigo 178.º do novo Código dos Contratos Públicos, um n.º 8-*bis*, com a seguinte redação:

«As administrações não podem adjudicar as concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao procedimento previsto no artigo 183.º»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 17 A Ativa, uma sociedade concessionária da gestão de autoestradas, geria, no território do Piemonte (Itália), um troço da autoestrada A5 de cerca de 220 quilómetros, na sequência de diversas concessões, das quais a última expirou em 2016.
- 18 Em 25 de setembro de 2015, a Ativa apresentou ao MIT, em conformidade com o artigo 153.º, n.º 19, do decreto legislativo n.º 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, que Aprova o Código dos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, dos Contratos Públicos de Serviços e dos Contratos Públicos de Fornecimento, por transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006, a seguir «antigo Código dos Contratos Públicos»), uma proposta de financiamento de projetos para a concessão da gestão da autoestrada A5, da junção das autoestradas A4/A5, da rede de autoestradas e periférica de Turim (Itália), da execução de obras de segurança no nó hidráulico de Ivrea (Itália), de redução do risco sísmico e de renovação de infraestruturas (a seguir «primeira proposta).
- 19 Por Decisão de 29 de julho de 2016 (a seguir «primeira decisão de rejeição»), o MIT rejeitou essa proposta alegando, nomeadamente, por um lado, que o procedimento de financiamento de projetos não era aplicável à concessão de gestão de uma autoestrada e, por outro, que a referida proposta não estava em conformidade com as prescrições do antigo Código dos Contratos Públicos nem com o artigo 178.º e com o artigo 183.º, n.º 15, do novo Código dos Contratos Públicos.
- 20 A Ativa interpôs no Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte, Itália) um recurso destinado, por um lado, a anular a primeira decisão de rejeição e, por outro, a impor ao MIT que se pronuncie sobre o interesse público ou sobre a viabilidade da primeira proposta.
- 21 Em apoio desse recurso, a Ativa alegava que o MIT não tinha respeitado o prazo de três meses imposto às administrações adjudicantes, pelo artigo 153.º, n.º 19, do antigo Código dos Contratos Públicos, para avaliar as propostas apresentadas. Assim, a sua primeira proposta, que tinha sido apresentada em setembro de 2015, deveria ter sido avaliada, por um lado, antes do fim de 2015 e não, como o foi, em junho de 2016 e, por outro, ter por fundamento disposições do antigo Código dos Contratos Públicos e não as do novo Código dos Contratos Públicos.
- 22 Em 20 de setembro de 2016, a Ativa apresentou ao MIT uma segunda proposta de financiamento dos projetos referidos no n.º 18 do presente despacho, baseada, desta vez, no artigo 183.º, n.º 15, do novo Código dos Contratos Públicos. Por Decisão de 22 de maio de 2017 e por motivos semelhantes aos que fundamentaram a primeira decisão de rejeição, o MIT rejeitou a segunda proposta (a seguir «segunda decisão de rejeição»). O MIT baseou-se, nomeadamente, no artigo 178.º, n.º 8-bis, do novo Código dos Contratos Públicos, introduzido pelo decreto corretivo e entrado em vigor em 20 de maio de 2017. Segundo esta disposição, as administrações não podem adjudicar as concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao processo de financiamento de projetos.
- 23 A Ativa interpôs no Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte) um recurso de anulação da segunda decisão de rejeição.
- 24 Por dois Acórdãos de 31 de agosto de 2018, esse órgão jurisdicional negou provimento aos recursos da Ativa.
- 25 No seu primeiro acórdão, o referido órgão jurisdicional considerou que a inobservância pelo MIT do prazo de três meses, previsto no artigo 153.º, n.º 19, do antigo Código dos Contratos Públicos, não podia, por si só, ferir de ilegalidade a primeira decisão de rejeição. Além disso, rejeitou o fundamento

resultante da violação desta disposição pelo facto de esta prever que a proposta de financiamento de projetos deve consistir num projeto preliminar com base no qual se organizará a seleção do concessionário. O Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte) concluiu, assim, que uma proposta que, à semelhança da da Ativa, contém um projeto definitivo é inadmissível, uma vez que tal projeto só é exigido numa fase posterior do processo.

- 26 Esse órgão jurisdicional considerou igualmente que era irrelevante o argumento de que o MIT não podia basear a sua decisão no artigo 183.º do novo Código dos Contratos Públicos. Com efeito, esta disposição, embora adotada posteriormente à apresentação da primeira proposta, estava em vigor no momento da adoção da primeira decisão de rejeição.
- 27 No seu segundo acórdão, esse órgão jurisdicional negou provimento ao recurso interposto da segunda decisão de rejeição por motivos análogos aos expostos nos n.ºs 25 e 26 do presente despacho. Além disso, segundo o mesmo órgão jurisdicional, a segunda proposta não estava em conformidade com o artigo 183.º, n.º 15, do novo Código dos Contratos Públicos.
- 28 A Ativa interpôs recurso destes dois acórdãos para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália). Alega que o artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do novo Código dos Contratos Públicos, que proíbe as administrações de adjudicar as concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao procedimento previsto no artigo 183.º deste código, foi introduzido depois de ter apresentado as duas propostas em causa no processo principal, pelo que as suas duas propostas deviam ser regidas pelas disposições do antigo Código dos Contratos Públicos. Além disso, na medida em que o MIT não se referiu de forma alguma às disposições do decreto corretivo, a Ativa não tinha tido a possibilidade de alegar as razões pelas quais as novas regras introduzidas não se aplicavam ao litígio no processo principal, o que viola o seu direito de participar no processo.
- 29 O MIT considera, pelo contrário, que o artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do novo Código dos Contratos Públicos é aplicável *ratione temporis* no processo principal, uma vez que esta disposição diz respeito às concessões «que já caducaram ou se encontram em vias de caducar». A aplicação desta disposição contribui, aliás, para uma maior abertura à concorrência e para evitar reforçar a posição dos antigos gestores, que são titulares de concessões que venham a caducar e que foram adjudicadas sem processo de concurso. Além disso, decorre do princípio *tempus regit actum* que, sem prejuízo de disposições transitórias específicas, cada fase ou ato do processo é abrangido pelo regime previsto pelas disposições nacionais em vigor na data em que esta fase decorre ou na data da adoção do ato que conclui a fase autónoma do processo em que se inscreve. No caso em apreço, o litígio no processo principal diz respeito a uma fase preparatória do processo de concurso que teve lugar após a entrada em vigor do novo Código dos Contratos Públicos.
- 30 Além disso, na fase preliminar, não se trata de escolher a melhor proposta com base em critérios técnicos e económicos predeterminados, mas de avaliar previamente a viabilidade de uma proposta de projeto e de aprovar um projeto que deve servir de base ao concurso. O autor da proposta só é qualificado de «promotor» e é convidado a apresentar propostas em caso de aprovação do projeto e de abertura do concurso.
- 31 Uma vez aprovado o projeto, a adjudicação da concessão só ocorrerá no termo do processo de concurso, com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa. Esta fase é independente da precedente e deve desenrolar-se segundo as regras do concurso, sem prejuízo do direito de preferência reconhecido ao promotor pelo artigo 183.º, n.º 15, do novo Código dos Contratos Públicos.
- 32 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) considera, à semelhança do MIT, que o princípio geral da legalidade exige que a administração se conforme com a lei em vigor quando manifesta a sua vontade de organizar o processo que conduzirá à escolha do concessionário. Assim, se

uma proposta de concessão apresentada com base em disposições da lei antiga ainda não tiver sido aprovada no momento da entrada em vigor da nova lei, a administração só pode, sem prejuízo da aplicação de regras transitórias previstas pela legislação entrada em vigor durante o processo, aprovar esse projeto e organizar o concurso com base no novo regime.

- 33 Ora, em matéria de concessões de autoestradas, o decreto corretivo aditou um n.º 8-*bis* ao artigo 178.º do novo Código dos Contratos Públicos, que proíbe a adjudicação de concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao processo de financiamento de projetos previsto no artigo 183.º desse código.
- 34 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio considera, primeiro, que a segunda decisão de rejeição é legal. Com efeito, o artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do novo Código dos Contratos Públicos tinha entrado em vigor durante a fase preliminar do processo e era, portanto, aplicável à decisão que encerrou definitivamente o procedimento, rejeitando a proposta do concessionário cessante.
- 35 Segundo, tendo a primeira decisão de rejeição sido adotada antes da entrada em vigor do decreto corretivo, a proibição de recorrer ao financiamento de projetos para uma concessão de autoestradas não era aplicável. No entanto, embora o MIT não se tenha podido basear no artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do novo Código dos Contratos Públicos para rejeitar a primeira proposta, a violação desta disposição é inoperante. Com efeito, a referida disposição também se opunha a que fossem inscritos, na programação da administração adjudicante, projetos de operadores privados que já tinham sido objeto de uma avaliação de viabilidade favorável, pelo que a Ativa não tinha interesse em obter a anulação da primeira decisão de rejeição.
- 36 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) considera, no entanto, necessário examinar o fundamento alegado pela Ativa relativo ao facto de que, ao proibir pura e simplesmente as administrações concedentes de recorrerem ao financiamento de projetos para a adjudicação de uma concessão, o artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do novo Código dos Contratos Públicos viola o princípio da «liberdade do processo» nos termos do qual a administração concedente dispõe de uma grande margem para definir e organizar o procedimento que conduz à escolha do concessionário, e cujo respeito se impõe ao legislador nacional nos termos do considerando 68, do artigo 30.º e do artigo 37.º, n.º 6, da Diretiva 2014/23.
- 37 Foi neste contexto que o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«No âmbito das adjudicações de concessões, opõe-se o direito [da União], em particular, os princípios estabelecidos na Diretiva [2014/23], concretamente a liberdade de escolha dos procedimentos de adjudicação, em cumprimento dos princípios da transparência e da [igualdade] de tratamento, formulados no considerando 68 e no artigo 30.º [desta diretiva], à disposição nacional constante do artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do [novo Código dos Contratos Públicos], que proíbe incondicionalmente as autoridades [adjudicantes] de procederem a adjudicações de concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar, recorrendo aos procedimentos previstos no artigo 183.º [do mesmo código], que regula o financiamento de projeto?»

Quanto à questão prejudicial

- 38 Nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, quando a resposta a uma questão submetida a título prejudicial possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta a essa questão não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal de Justiça pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado.

- 39 Há que aplicar esta disposição no âmbito do presente processo.
- 40 A título preliminar, há que salientar que o presente pedido de decisão prejudicial se destina não a saber se o processo de financiamento de projetos regulado pelo artigo 183.º do novo Código dos Contratos Públicos é compatível com a Diretiva 2014/23, mas a determinar se um Estado-Membro pode impor às suas autoridades adjudicantes que recorram a uma concessão para a exploração de autoestradas e, deste modo, proibi-las de optar pelo processo de financiamento de projetos.
- 41 Com a sua questão, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) pergunta, no essencial, se o artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23, conjugado com o artigo 30.º e os considerandos 5 e 68 desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que proíbe as autoridades adjudicantes de adjudicar concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao processo de financiamento de projetos previsto no artigo 183.º do novo Código dos Contratos Públicos.
- 42 Tendo em conta tanto a redação da Diretiva 2014/23 como da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça em matéria de contratos públicos, deve ser dada uma resposta negativa a esta questão.
- 43 Em primeiro lugar, como resulta do artigo 1.º da Diretiva 2014/23, conjugado com o seu considerando 8, esta diretiva tem apenas por objeto estabelecer regras aplicáveis aos procedimentos de contratação levados a cabo por autoridades e entidades adjudicantes por meio de uma concessão, cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 8.º da referida diretiva.
- 44 Assim, a Diretiva 2014/23 só é aplicável no caso de uma autoridade ou de uma entidade adjudicante ter iniciado um processo de contratação de uma concessão.
- 45 Em segundo lugar, o artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23 reconhece o princípio da livre administração das autoridades nacionais, regionais e locais, em conformidade com a legislação nacional e com o direito da União em vigor. É assim que essas «autoridades», consideradas na sua qualidade de autoridades investidas de um poder normativo e não enquanto autoridades ou entidades adjudicantes, têm a liberdade de decidir sobre a melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços, de modo a garantir um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores dos serviços públicos.
- 46 Em terceiro lugar, resulta do artigo 2.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/23, conjugado com o seu considerando 5, que as referidas autoridades podem optar por prosseguir as suas missões de interesse público, utilizando os respetivos recursos, ou em cooperação com outras autoridades ou confiando a sua execução a operadores económicos.
- 47 Afigura-se, assim, que a Diretiva 2014/23 não pode privar os Estados-Membros da liberdade de privilegiar uma forma de gestão em detrimento de outras. Com efeito, essa liberdade implica uma escolha que é feita numa fase anterior à do procedimento de adjudicação de um contrato público e que não pode, por conseguinte, ser abrangida pelo âmbito de aplicação dessa diretiva (v., por analogia, Acórdão de 3 de outubro de 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, n.º 44; e Despachos de 6 de fevereiro de 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, n.º 41, e de 6 de fevereiro de 2020, Rieco, C-89/19 a C-91/19, EU:C:2020:87, n.º 33).
- 48 Em quarto lugar, esta interpretação não pode ser infirmada pela afirmação, constante do artigo 30.º, n.º 1, da referida diretiva, e do seu considerando 68, de que a autoridade ou a entidade adjudicante tem liberdade para organizar o processo que conduz à escolha do concessionário sem prejuízo do cumprimento das disposições desta mesma diretiva.

- 49 Com efeito, na hipótese de as autoridades nacionais, regionais ou locais terem pretendido privilegiar um modo de gestão em particular, as autoridades e as entidades adjudicantes só beneficiam de uma liberdade condicional que, por conseguinte, só se pode manifestar no âmbito das opções políticas previamente implementadas pelas referidas autoridades.
- 50 Em quinto lugar, a liberdade de que dispõem as autoridades nacionais, regionais ou locais, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23, quanto à escolha da melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços não pode, todavia, ser ilimitada. Deve, pelo contrário, ser exercida no respeito das regras fundamentais do Tratado FUE, designadamente as regras fundamentais da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como princípios delas decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência (v., por analogia, Acórdão de 3 de outubro de 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, n.º 48 e jurisprudência referida; e Despachos de 6 de fevereiro de 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, n.º 45, e de 6 de fevereiro de 2020, Rieco, C-89/19 a C-91/19, EU:C:2020:87, n.º 37).
- 51 Embora incumba ao órgão jurisdicional de reenvio, no processo principal, garantir que a proibição de as autoridades e as entidades adjudicantes recorrerem ao procedimento de financiamento de projetos, conforme enunciado no artigo 178.º, n.º 8-bis, do novo Código dos Contratos Públicos, não excedeu os limites referidos no número anterior do presente despacho, parece resultar tanto da decisão de reenvio como das observações escritas apresentadas no Tribunal de Justiça pelo Governo italiano e pela Comissão Europeia que esta disposição se destinava a assegurar a abertura à concorrência a mais ampla possível das concessões de autoestradas. Uma vez que o setor das concessões de autoestradas só recentemente foi aberto à concorrência, o legislador italiano tinha optado por um sistema de concurso público, proibindo a alternativa que constitui a adjudicação dessas concessões através do financiamento de projetos. Ao fazê-lo, o artigo 178.º, n.º 8-bis, do novo Código dos Contratos Públicos pretende evitar reconhecer uma qualquer vantagem, ainda que só de facto, aos concessionários cessantes.
- 52 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23, conjugado com o artigo 30.º e os considerandos 5 e 68 desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que proíbe as autoridades adjudicantes de adjudicar concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao processo de financiamento de projetos previsto no artigo 183.º do novo Código dos Contratos Públicos.

Quanto às despesas

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

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

O artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, conjugado com o artigo 30.º e os considerandos 5 e 68 desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que proíbe as autoridades adjudicantes de adjudicar concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao processo de financiamento de projetos previsto no artigo 183.º do decreto legislativo n.º 50 — Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n.º 50, que Aprova o Código dos Contratos Públicos), de 18 de abril de 2016.

Assinaturas