



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

11 de dezembro de 2014*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos de serviços — Diretiva 2004/18/CE — Diretiva 89/665/CEE — Situação pessoal do candidato ou do proponente — Adjudicação do contrato a título provisório — Inquérito penal contra o representante legal do adjudicatário — Decisão da entidade adjudicante de não proceder à adjudicação definitiva do contrato e de anular o concurso — Fiscalização jurisdicional»

No processo C-440/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália), por decisão de 10 de julho de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 2 de agosto de 2013, no processo

Croce Amica One Italia Srl

contra

Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU),

estando presente:

Consorzio Lombardia Sanità,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

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

advogado-geral: P. Cruz Villalón,

secretário: L. Carrasco Marco, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 4 de setembro de 2014,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Croce Amica One Italia Srl, por M. Sica e M. Protto, avvocati,
- em representação da Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU), por V. Avolio e V. Luciano, avvocati,

* Língua do processo: italiano.

- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli e L. D’Ascia, avvocati dello Stato,
 - em representação do Governo norueguês, por M. Emberland, H. Røstum e I. Jansen, na qualidade de agentes,
 - em representação da Comissão Europeia, por G. Conte e A. Tokár, na qualidade de agentes,
- vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,
profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação das disposições dos artigos 41.º, n.º 1, 43.º e 45.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Croce Amica One Italia Srl (a seguir «Croce Amica One») à Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) (Serviço Regional de Emergência Sanitária), a respeito da legalidade da decisão desta última, na sua qualidade de entidade adjudicante, de não proceder à adjudicação definitiva do contrato em causa à Croce Amica One, que tinha sido declarada adjudicatária a título provisório, e de anular o concurso.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O artigo 41.º da Diretiva 2004/18, com a epígrafe «Informação dos candidatos e dos proponentes», prevê no seu n.º 1:

«As entidades adjudicantes informarão no mais breve prazo os candidatos e os proponentes das decisões tomadas relativamente [...] à adjudicação de um contrato [...], incluindo os motivos pelos quais tenham decidido renunciar [...] à adjudicação de um contrato para o qual fora aberto concurso [...]; esta informação será dada por escrito se for feito um pedido nesse sentido às entidades adjudicantes.»
- 4 Nos termos do artigo 43.º desta diretiva, com a epígrafe «Conteúdo dos relatórios»:

«Em relação a cada contrato [...], as entidades adjudicantes elaborarão por escrito um relatório que inclua, pelo menos, o seguinte:

[...]

h) Se necessário, as razões pelas quais a entidade adjudicante decidiu não celebrar o contrato [...]

[...]»

- 5 O artigo 45.º da referida diretiva, com a epígrafe «Situação pessoal do candidato ou do proponente», dispõe:

«1. Fica excluído de participar num procedimento de contratação pública o candidato ou proponente que tenha sido condenado por decisão final transitada em julgado de que a entidade adjudicante tenha conhecimento, com fundamento num ou mais dos motivos a seguir enunciados:

- a) Participação em atividades de uma organização criminosa, tal como definida no n.º 1 do artigo 2.º da Ação Comum 98/773/JAI do Conselho [(JO 1998, L 351, p. 1)];
- b) Corrupção, na aceção do artigo 3.º do Ato do Conselho de 26 de maio de 1997 [(JO C 195, p. 1)] e do n.º 1 do artigo 3.º da Ação Comum 98/742/JAI do Conselho [(JO 1998, L 358, p. 2)];
- c) Fraude, na aceção do artigo 1.º da Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias [(JO 1995, C 316, p. 48)];
- d) Branqueamento de capitais, na aceção do artigo 1.º da Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais [(JO L 166, p. 77), conforme alterada pela Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001 (JO L 344, p. 76)].

Em conformidade com a sua legislação nacional e na observância do direito comunitário, os Estados-Membros especificarão as condições de aplicação do presente número.

[...]

2. Pode ser excluído do procedimento de contratação [o operador económico que]:

[...]

- c) Tenha sido condenado por sentença com força de caso julgado nos termos da lei do país, por delito que afete a sua honorabilidade profissional;
- d) Tenha cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar;

[...]

- g) Tenha prestado, com culpa grave, falsas declarações ao fornecer as informações que possam ser exigidas nos termos da presente secção ou não tenha prestado essas informações.

Em conformidade com a sua legislação nacional e na observância do direito comunitário, os Estados-Membros especificarão as condições de aplicação do presente número.

[...]»

- 6 O artigo 1.º da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras

(JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO L 335, p. 31, a seguir «Diretiva 89/665»), com a epígrafe «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», enuncia no seu n.º 1, terceiro parágrafo:

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

Direito italiano

7 A Diretiva 2004/18 foi transposta para o ordenamento jurídico italiano pelo Decreto Legislativo n.º 163/200, de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinário do GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006), que codifica as normas em matéria de contratos públicos.

8 O artigo 38.º deste decreto legislativo prevê:

«1. Estão excluídos de participar em procedimentos de contratação [...] de obras, fornecimentos ou serviços públicos [...] e não podem celebrar os respetivos contratos as pessoas:

[...]

c) que tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado ou por uma decisão penal condenatória irrevogável, por delito grave cometido em prejuízo do Estado ou da Comunidade que afete a sua honorabilidade profissional; [...]

[...]

f) que, segundo a apreciação fundamentada da entidade adjudicante, tenham sido consideradas culpadas de negligência grave ou má-fé na execução das prestações que lhes foram atribuídas pela entidade adjudicante que publicou o aviso de concurso; ou que tenham cometido uma falta grave no exercício da sua atividade profissional, comprovada por qualquer meio de prova pelas entidades adjudicantes;

[...]»

9 O artigo 78.º, n.º 1, do referido decreto legislativo prevê:

«Em relação a cada contrato [...], as entidades adjudicantes elaborarão por escrito um relatório que inclua, pelo menos, o seguinte:

[...]

h) Se necessário, as razões pelas quais a Administração decidiu não adjudicar o contrato [...]»

10 O artigo 79.º, n.º 1, do mesmo decreto legislativo dispõe:

«As entidades adjudicantes informarão rapidamente os candidatos e os proponentes das decisões tomadas relativamente [...] à adjudicação de um contrato [...], incluindo os motivos da decisão [...] de não adjudicar um contrato para o qual fora aberto concurso [...]»

- 11 O artigo 11.º, n.º 9, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 refere expressamente o poder da Administração de revogar, suspender e alterar os seus próprios atos nos seguintes termos:

«Tendo a adjudicação definitiva produzido efeitos, e sem prejuízo do exercício do poder da Administração de revogar, suspender ou alterar os seus próprios atos nos casos autorizados pelas disposições em vigor, a celebração do contrato público [...] ocorre no prazo de 60 dias.»

- 12 O poder da Administração de revogar os seus próprios atos está previsto, enquanto princípio geral aplicável a todos os processos administrativos, no artigo 21.º *quinquies* da Lei n.º 241, que introduz novas regras em matéria de procedimento administrativo e do direito de acesso a documentos administrativos (legge n.º 241 — Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), de 7 de agosto de 1990 (GURI n.º 192, de 18 de agosto de 1990, p. 7). Este artigo tem a seguinte redação:

«Por motivos supervenientes de interesse público, ou no caso de alteração da situação de facto ou de nova apreciação do interesse público originário, o ato administrativo de eficácia duradoura pode ser revogado pelo órgão que o emitiu ou por outro órgão previsto na lei; a revogação implica que o ato revogado deixa de produzir efeitos para o futuro.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 13 Por decisão de 28 de dezembro de 2010, a AREU abriu um concurso público para a adjudicação de um contrato relativo a «serviços de transporte de órgãos, tecidos e amostras biológicas, de equipas cirúrgicas e de pacientes para o exercício de transplantes». Este contrato devia ser celebrado por um período de dois anos, podendo ser prorrogado por doze meses, e ser adjudicado segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa.
- 14 Das quatro sociedades que participaram no processo de concurso desse contrato, três foram excluídas pelo comité de seleção na avaliação das propostas técnicas. A única sociedade que continuou no concurso, a saber, a Croce Amica One, foi declarada adjudicatária a título provisório, por decisão transcrita num relatório de 10 de maio de 2011. No entanto, dado que as condições previstas na regulamentação nacional para efeitos da «verificação dita 'obrigatória' da anomalia da proposta» estavam reunidas no caso em apreço, uma vez que as pontuações atribuídas em relação ao preço e para os outros elementos de apreciação eram iguais ou superiores a quatro quintos dos respetivos limites máximos previstos no caderno de encargos, a entidade adjudicadora pediu justificativos relativamente à proposta técnica apresentada pela Croce Amica One. Em resultado dessa verificação, o comité de seleção, por decisão transcrita num relatório de 23 de junho de 2011, declarou a anomalia da proposta.
- 15 Ao mesmo tempo, no quadro de inquéritos penais preliminares iniciados, designadamente, contra o representante legal da Croce Amica One, por crimes de burla e de falsas declarações, os serviços competentes apreenderam documentos relativos a essa sociedade para efeitos de prova.
- 16 Por nota de 21 de julho de 2011, a AREU informou a Croce Amica One e uma outra sociedade que tinha participado no procedimento de concurso em causa no processo principal de que tinha iniciado, ao abrigo do poder de que dispõe a Administração de revogar, suspender ou alterar os seus próprios atos, um processo com vista à anulação do concurso.
- 17 Por deliberação de 8 de setembro de 2011, o diretor-geral da AREU decidiu não proceder à adjudicação definitiva do contrato à Croce Amica One e, em simultâneo, anular totalmente o concurso. Nesta deliberação, a entidade adjudicante «consider[ou] que, no contexto descrito, independentemente da anomalia da proposta, a AREU não [podia] proceder à adjudicação dos serviços a favor da concorrente Croce Amica One [...], por razões de oportunidade e motivos ligados

aos princípios da boa administração, e, dado os mesmos serviços serem indispensáveis, não [podia] esperar, para efeitos da adjudicação, pelo resultado do processo penal nem pela conclusão das investigações em curso».

- 18 A entidade adjudicante não lançou um novo concurso para a adjudicação do contrato público em causa e prorrogou a adjudicação dos serviços objeto desse concurso a duas associações.
- 19 Por recurso interposto em 2 de novembro de 2011, a Croce Amica One impugnou, no tribunal de reenvio, a deliberação da entidade adjudicante de 8 de setembro de 2011, referida no n.º 17 do presente acórdão, pedindo a anulação e a suspensão provisória da mesma. Além disso, intentou uma ação de indemnização para ressarcimento do prejuízo alegadamente resultante dessa deliberação.
- 20 Por decisão do Tribunale di Milano (Tribunal de Milão) de 14 de maio de 2013, o representante legal da Croce Amica One, juntamente com outra pessoa, foram constituídos arguidos, designadamente, pelo delito de obstrução aos procedimentos de concursos públicos, porquanto, para obter a adjudicação do contrato, o interessado apresentou quinze atestados falsos de frequência do curso de condução segura de ambulâncias.
- 21 O tribunal de reenvio considera que, de uma maneira geral, sem prejuízo do exercício do poder de que dispõe a Administração de revogar, suspender ou alterar os seus próprios atos no âmbito dos contratos públicos, a entidade em causa, embora agindo aparentemente por razões de oportunidade administrativa ligadas à pendência de um inquérito penal contra o representante legal da sociedade que tinha sido declarada adjudicatária a título provisório, violou o disposto no artigo 45.º da Diretiva 2004/18, tendo em conta, em especial, a «situação pessoal do candidato ou do proponente», evocada nessa disposição.
- 22 Assim, o tribunal de reenvio entende que, por força da referida disposição, um proponente só pode ser excluído em caso de sentença condenatória transitada em julgado.
- 23 O tribunal de reenvio interroga-se também, na perspetiva do direito da União, acerca do alcance da sua própria competência a esse respeito, considerando que tal competência não pode ser limitada à fiscalização dos vícios externos que enfermam o exercício do poder da Administração. Considera que o não reconhecimento ao juiz administrativo de um poder amplo de fiscalização sobre os factos ou sobre os conceitos jurídicos como, no caso em apreço, a falta de apuramento definitivo da responsabilidade penal do representante legal da sociedade que tinha sido declarada provisionalmente adjudicatária está em contradição total com a letra e a *ratio legis* do artigo 45.º da Diretiva 2004/18.
- 24 Tendo em conta estas considerações, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Tribunal Administrativo Regional da Lombardia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «[1]] É conforme com o direito comunitário que a entidade adjudicante, no exercício de um poder de revogação em matéria de contratos públicos em aplicação do artigo 21.º *quinquies* da Lei [n.º 241, de 7 de agosto de 1990], possa decidir não proceder à adjudicação definitiva de um contrato com base na mera pendência de uma investigação penal contra o representante legal da sociedade que é adjudicatária a título provisório?
- [2]] É conforme com o direito comunitário a derrogação ao princípio de que o apuramento da responsabilidade penal é feito por sentença transitada em julgado, enunciado no artigo 45.º da Diretiva [2004/18], por motivos de oportunidade administrativa, suscetíveis de serem reconduzidos a uma área de reserva de competência administrativa?

- [3]] É conforme com o direito comunitário a derrogação [ao] princípio de que o apuramento da responsabilidade penal é feito por sentença transitada em julgado, enunciado no artigo 45.º da Diretiva [2004/18], no caso de a investigação penal pendente dizer respeito a crimes relativos ao concurso objeto da decisão tomada ao abrigo do livre poder de apreciação da entidade adjudicante?
- [4]] É conforme com o direito comunitário que as decisões tomadas por uma entidade adjudicante em matéria de contratos públicos possam ser plenamente apreciadas pelos tribunais administrativos nacionais, no exercício das suas competências em matéria de contratos públicos, também do ponto de vista da credibilidade e da congruência da proposta e, portanto, para além dos casos limitados de manifesta falta de lógica, irracionalidade, fundamentação insuficiente ou erro de facto?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira a terceira questões

- 25 Com estas questões, que importa examinar em conjunto, pergunta-se, no essencial, se o artigo 45.º da Diretiva 2004/18, quando não estão preenchidas as condições para a aplicação das causas de exclusão previstas nesse artigo, obsta à adoção, por uma entidade adjudicante, de uma decisão de renunciar à adjudicação de um contrato público para o qual fora aberto concurso e de não proceder à adjudicação definitiva do contrato ao único proponente que continuou no concurso e foi declarado adjudicatário a título provisório.
- 26 A formulação destas questões e a referência ao artigo 45.º da Diretiva 2004/18 decorre do facto de, em 8 de setembro de 2011, o diretor-geral da AREU ter decidido, por um lado, não proceder à adjudicação definitiva do contrato em causa no processo principal à Croce Amica One e, por outro, anular o respetivo processo de concurso.
- 27 Antes de mais, importa salientar que, não obstante a referência, no pedido de decisão prejudicial, ao artigo 45.º da Diretiva 2004/18, resulta dos documentos dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que o ato controvertido no processo principal constitui uma decisão da entidade adjudicante de anulação do concurso e do procedimento de adjudicação. Esta decisão é distinta da relativa à exclusão de um proponente nos termos do artigo 45.º desta diretiva.
- 28 Neste contexto, há que observar que, embora os motivos exatos da anulação do concurso em causa no processo principal não tenham sido comunicados ao Tribunal de Justiça, o tribunal de reenvio parece ligar o comportamento do representante legal da Croce Amica One unicamente às causas de exclusão relacionadas com o direito penal e que implicam uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, as previstas no artigo 45.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), da Diretiva 2004/18. A este respeito, é útil precisar que as causas de exclusão previstas no artigo 45.º, n.º 2, alíneas d) e g), desta diretiva também conferem às entidades adjudicantes o poder de excluir qualquer operador económico que tenha cometido uma falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar, ou tenha prestado, com culpa grave, falsas declarações ou não tenha prestado as informações exigíveis para efeitos da seleção qualitativa das propostas, sem que seja necessário que o operador económico tenha sido condenado por sentença transitada em julgado.
- 29 Quanto à decisão de anulação de um concurso para um contrato público, esta deve respeitar os artigos 41.º, n.º 1, e 43.º da Diretiva 2004/18.

- 30 O artigo 41.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18 prevê a obrigação de informar dessa decisão, no mais breve prazo, os candidatos e os proponentes, incluindo os respetivos motivos, e o artigo 43.º desta diretiva impõe a obrigação de mencionar esses motivos no relatório que deve ser elaborado em relação a cada contrato público. Ora, a Diretiva 2004/18 não contém nenhuma disposição relativa às condições substanciais ou de forma dessa decisão.
- 31 A este respeito, importa recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54), disposição análoga à do artigo 41.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18, não prevê que a renúncia da entidade adjudicante à adjudicação de um contrato público seja limitada aos casos excecionais ou seja necessariamente fundada em razões graves (acórdão *Fracasso e Leitschutz*, C-27/98, EU:C:1999:420, n.ºs 23 e 25).
- 32 Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça salientou que o artigo 12.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 serviços (JO L 209, p. 1), disposição também análoga à do artigo 41.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18, embora imponha à entidade adjudicante, quando decida anular o concurso relativo a um contrato público, a comunicação das razões da sua decisão aos candidatos e aos proponentes, não implica, para esta entidade adjudicante, a obrigação de conduzir a seu termo o processo de adjudicação (v. acórdão *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, n.º 41).
- 33 Todavia, o Tribunal de Justiça teve o cuidado de sublinhar que a exigência da comunicação das razões subjacentes à decisão de anulação de um concurso é precisamente ditada pela preocupação de assegurar um nível mínimo de transparência nos processos de adjudicação dos contratos públicos a que se aplicam as normas do direito da União e, portanto, o respeito do princípio da igualdade de tratamento, que constitui a base dessas normas (v., neste sentido, acórdão *HI*, EU:C:2002:379, n.ºs 45, 46 e jurisprudência referida).
- 34 O Tribunal de Justiça também declarou que o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 exige que a decisão da entidade adjudicante de anular o concurso para um contrato público possa ser objeto de um processo de recurso e ser eventualmente anulada com base na violação do direito da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais que transpõem esse direito. Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que, mesmo nos casos em que as entidades adjudicantes beneficiam, por força da regulamentação nacional aplicável, de um amplo poder de apreciação quanto à anulação de concursos, os órgãos jurisdicionais nacionais devem poder, por força da Diretiva 89/665, verificar a compatibilidade de uma decisão de anulação com as normas do direito da União pertinentes (v. acórdão *HI*, EU:C:2002:379, n.ºs 55 e 62).
- 35 Deste modo, o direito da União não se opõe a que os Estados-Membros prevejam, na sua legislação, a possibilidade de adotar uma decisão de anulação de um concurso. Assim, os motivos dessa decisão de anulação podem fundar-se em razões relacionadas, designadamente, com a apreciação da oportunidade, do ponto de vista do interesse público, de levar a termo um procedimento de adjudicação, tendo em conta, entre outros, a eventual alteração do contexto económico ou das circunstâncias factuais, ou ainda as necessidades da entidade adjudicante em causa. Tal decisão pode também ser motivada pelo nível insuficiente de concorrência, devido ao facto de, no termo do procedimento de adjudicação do contrato em causa, só ficar um proponente apto a executar esse contrato.
- 36 Consequentemente, sem prejuízo do respeito dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, uma entidade adjudicante não pode ser obrigada a levar a termo um procedimento de adjudicação iniciado e adjudicar o contrato em causa, mesmo com o único proponente que continuou no concurso.

37 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira a terceira questões que os artigos 41.º, n.º 1, 43.º e 45.º da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que, quando não estão preenchidas as condições para a aplicação das causas de exclusão previstas no referido artigo 45.º, este artigo não obsta à adoção, por uma entidade adjudicante, de uma decisão de renunciar à adjudicação de um contrato público para o qual fora aberto concurso e de não proceder à adjudicação definitiva do contrato ao único proponente que continuou no concurso e foi declarado adjudicatário a título provisório.

Quanto à quarta questão

38 Com a sua quarta questão, o tribunal de reenvio pergunta, no essencial, se, em conformidade com o direito da União, o órgão jurisdicional nacional competente pode exercer uma fiscalização plena da decisão de uma entidade adjudicante, a saber, uma fiscalização que lhe permita ter em conta a credibilidade e a congruência das propostas e substituir pela sua própria apreciação a avaliação da entidade adjudicante relativamente à oportunidade de proceder à anulação do concurso.

39 Há que sublinhar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a decisão de anulação de um concurso para um contrato público faz parte das «decisões das entidades adjudicantes» relativamente às quais os Estados-Membros estão obrigados, por força do artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, a instituir, no direito nacional, processos de recurso destinados a assegurar o respeito das normas substantivas pertinentes do direito da União em matéria de contratos públicos ou das disposições nacionais de transposição dessas normas (v., neste sentido, acórdãos HI, EU:C:2002:379, n.ºs 53 a 55, e Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, n.º 29).

40 Limitando-se a Diretiva 89/665 a coordenar os mecanismos existentes nos Estados-Membros a fim de assegurar a aplicação plena e efetiva das diretivas que fixam as normas substantivas referentes aos contratos públicos, não define expressamente o alcance das vias de recurso que os Estados-Membros devem instituir para esse efeito. Por conseguinte, a questão do alcance da fiscalização jurisdicional exercida no âmbito dos processos de recurso a que se refere a Diretiva 89/665 deve ser examinada à luz da sua finalidade e zelando para que não seja posta em causa a sua eficácia (acórdão HI, EU:C:2002:379, n.ºs 58 e 59).

41 A este respeito, importa recordar que a função do sistema de recurso está regulada no artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, segundo o qual os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

42 Daqui se conclui que os processos de recurso previstos nessa disposição se destinam a assegurar o respeito das normas pertinentes do direito da União, em especial, as da Diretiva 2004/18, ou das disposições nacionais de transposição dessas normas.

43 Importa sublinhar que esta fiscalização da legalidade não pode ser limitada ao exame do caráter arbitrário das decisões da entidade adjudicante (v., neste sentido, acórdão HI, EU:C:2002:379, n.º 63).

44 Por conseguinte, esses recursos abrangem o exercício de uma fiscalização de legalidade e não uma fiscalização de oportunidade.

- 45 Na falta de regulamentação da União específica na matéria, as modalidades da fiscalização jurisdicional devem ser estabelecidas por normas processuais internas, sem prejuízo do respeito dos princípios da equivalência e da efetividade (v., neste sentido, acórdão HI, EU:C:2002:379, n.º 68). Assim, o legislador nacional pode conferir aos órgãos jurisdicionais nacionais competentes poderes mais amplos, para efeitos de exercer uma fiscalização de oportunidade.
- 46 Por conseguinte, importa responder à quarta questão que o direito da União em matéria de contratos públicos e, designadamente, o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665 devem ser interpretados no sentido de que a fiscalização prevista nessa disposição constitui uma fiscalização de legalidade das decisões das entidades adjudicantes, que visa assegurar o respeito das normas pertinentes do direito da União ou das disposições nacionais de transposição dessas normas, não podendo essa fiscalização ser limitada ao exame do carácter arbitrário das decisões da entidade adjudicante. Todavia, isto não exclui a faculdade de o legislador nacional conferir aos órgãos jurisdicionais nacionais competentes o poder de exercer uma fiscalização de oportunidade.

Quanto às despesas

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

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

- 1) **Os artigos 41.º, n.º 1, 43.º e 45.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que, quando não estão preenchidas as condições para a aplicação das causas de exclusão previstas no referido artigo 45.º, este artigo não obsta à adoção, por uma entidade adjudicante, de uma decisão de renunciar à adjudicação de um contrato público para o qual fora aberto concurso e de não proceder à adjudicação definitiva do contrato ao único proponente que continuou no concurso e foi declarado adjudicatário a título provisório.**
- 2) **O direito da União em matéria de contratos públicos e, designadamente, o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, devem ser interpretados no sentido de que a fiscalização prevista nessa disposição constitui uma fiscalização de legalidade das decisões das entidades adjudicantes, que visa assegurar o respeito das normas pertinentes do direito da União ou das disposições nacionais de transposição dessas normas, não podendo essa fiscalização ser limitada ao exame do carácter arbitrário das decisões da entidade adjudicante. Todavia, isto não exclui a faculdade de o legislador nacional conferir aos órgãos jurisdicionais nacionais competentes o poder de exercer uma fiscalização de oportunidade.**

Assinaturas