



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

28 de novembro de 2018*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Recursos — Diretiva 89/665/CEE — Artigo 1.º, n.º 3 — Diretiva 92/13/CEE — Artigo 1.º, n.º 3 — Direito de recurso subordinado ao requisito de que tenha sido apresentada uma proposta no procedimento de adjudicação do contrato»

No processo C-328/17,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Tribunal Administrativo Regional da Ligúria, Itália), por decisão de 8 de fevereiro de 2017, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 31 de maio de 2017, no processo

Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,

Atc Esercizio SpA,

Atp Esercizio Srl,

Riviera Trasporti SpA,

Tpl Linea Srl

contra

Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,

Regione Liguria,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente da Quarta Secção, exercendo funções de presidente da Terceira Secção, J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan e D. Šváby (relator), juizes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: R. Schiano, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 26 de abril de 2018,

* Língua do processo: italiano.

vistas as observações apresentadas:

- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo checo, por M. Smolek, J. Vlácil e T. Müller, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo espanhol, por M. J. García-Valdecasas Dorrego, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara e P. Ondrůšek, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 5 de julho de 2018,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, e do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), 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 processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos (JO 1989, L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (a seguir «Diretiva 89/665»).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, a Atc Esercizio SpA, a Atp Esercizio Srl, a Riviera Trasporti SpA e a Tpl Linea Srl (a seguir «Amt e o.») à Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (Agência Regional para o Transporte Público Local, Itália, a seguir «Agência») a respeito da decisão desta última de iniciar um procedimento informal para a apresentação de propostas para a atribuição do serviço de transporte público no território da Regione Liguria (Região da Ligúria, Itália, a seguir «Região»).

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 89/665

- 3 O artigo 1.º da Diretiva 89/665, sob a epígrafe «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», dispõe:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a 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)], salvo os contratos excluídos nos termos dos artigos 10.º a 18.º da referida diretiva.

[...]

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, nos

termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito [da União] em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que não se verifique qualquer discriminação entre as empresas que aleguem um prejuízo no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato devido à distinção feita na presente diretiva entre as normas nacionais de execução do direito [da União] e as outras normas nacionais.

3. Os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.

[...]»

4 O artigo 2.º, n.º 1, desta diretiva, que prevê «os requisitos em matéria de recursos», dispõe:

«Os Estados-Membros asseguram que as medidas tomadas relativamente aos recursos a que se refere o artigo 1.º prevejam poderes para:

[...]

b) Anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa;

[...]»

Diretiva 92/13

5 Sob a epígrafe «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO 1992, L 76, p. 14), conforme alterada pela Diretiva 2007/66 (a seguir «Diretiva 92/13»), prevê:

«Os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.»

Diretiva 2004/17

6 O artigo 1.º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1), consagrado aos «[termos] de base», dispunha, no seu n.º 3, alínea b):

«“Concessão de serviços” é um contrato com as mesmas características que um contrato de serviços, com exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.»

7 Sob a epígrafe «Serviços de transporte», o artigo 5.º, n.º 1, desta diretiva previa, nomeadamente:

«A presente diretiva aplica-se às atividades que visam a disponibilização ou exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por caminho de ferro, sistemas automáticos, elétricos, tróleys, autocarros ou cabo.»

8 O artigo 18.º da referida diretiva, que tinha por epígrafe «Concessões de obras ou de serviços», dispunha:

«A presente diretiva não é aplicável às concessões de obras ou de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das atividades referidas nos artigos 3.º a 7.º sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas atividades.»

Regulamento n.º 1370/2007

9 O artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 1191/69 e (CEE) n.º 1107/70 do Conselho (JO 2007, L 315, p. 1), intitulado «Adjudicação de contratos de serviço público», tem a seguinte redação:

«1. Os contratos de serviço público devem ser adjudicados de acordo com as regras estabelecidas no presente regulamento. No entanto, os contratos de serviços ou os contratos públicos de serviços, tal como definidos nas Diretivas [2004/17] ou [2004/18], para o transporte público de passageiros por autocarro ou elétrico, devem ser adjudicados nos termos dessas diretivas na medida em que tais contratos não assumam a forma de contratos de concessão de serviços, tal como definidos nessas diretivas. Sempre que os contratos devam ser adjudicados nos termos das Diretivas [2004/17] ou [2004/18], não se aplica o disposto nos n.ºs 2 a 6 do presente artigo.

[...]

7. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas de acordo com os n.ºs 2 a 6 possam ser revistas de forma eficaz e célere, a pedido de uma pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um contrato particular, e que tenha sido ou corra o risco de ser prejudicada por uma alegada infração, em virtude de essas decisões terem infringido o direito [da União] ou as normas nacionais que transpõem esse direito.

[...]»

Direito italiano

10 O artigo 100.º do codice di procedura civile (Código de Processo Civil), na sua versão aplicável ao litígio no processo principal, dispõe que, «[p]ara proceder judicialmente, solicitando ou defendendo, é necessário haver um interesse».

11 Nos termos do artigo 39.º, n.º 1, do anexo 1 do decreto legislativo n.º 104 — Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo n.º 104, que aprova o Código de Processo Administrativo), de 2 de julho de 2010 (suplemento ordinário do GURI n.º 156, de 7 de julho de 2010), «[a]s disposições do Código de Processo Civil aplicam-se, *mutatis mutandis* ou enquanto forem a expressão de princípios gerais, às situações que forem regidas pelo presente código».

- 12 O artigo 3.º bis do decreto-legge n.º 138 (Decreto-Lei n.º 138), de 13 de agosto de 2011 (GURI n.º 188, de 13 de agosto de 2011), modificado e convertido em lei pela Lei n.º 148, de 14 de setembro de 2011 (a seguir «Decreto-Lei n.º 138/2011»), estabelece que, por princípio, os serviços públicos locais devem ser explorados à escala provincial.
- 13 Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, e do artigo 14.º, n.º 1, da Legge regionale n.º 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) [Lei regional n.º 33 (Reforma do sistema de transporte público regional e local)], de 7 de novembro de 2013 (a seguir «Lei regional n.º 33/2013»), o serviço de transporte público no território da Região devia ser adjudicado num único lote que cubra todo o território da Região e possa ser estendido ao transporte ferroviário.
- 14 Entrada em vigor em 12 de agosto de 2016, la legge regionale n.º 19 Modifiche alla [legge regionale n.º 33] (Lei regional n.º 19 relativa à alteração da Lei regional n.º 33), de 9 de agosto de 2016 (a seguir «Lei regional n.º 19/2016»), alterou os artigos 9.º e 14.º da Lei regional n.º 33/2013. Esta lei prevê que, doravante, os serviços de transporte terrestre e marítimo não deverão ser adjudicados num único lote que cubra todo o território da Região, mas em quatro lotes relativos a quatro âmbitos territoriais homogéneos.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 15 A Amt e o. interpuseram no Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Tribunal Administrativo Regional da Ligúria, Itália), um recurso destinado à anulação de diversos atos pelos quais a Agência iniciou um procedimento informal de concurso público para a adjudicação do serviço de transportes públicos no território da Região.
- 16 Estas sociedades, que até então eram gestoras de serviços de transportes públicos locais à escala provincial ou subprovincial, contestam, em princípio, as modalidades de abertura e de desenrolar do procedimento de concurso. O seu recurso visa especialmente o anúncio de seleção dos operadores económicos em que a Agência precisou que o serviço de transporte público regional seria adjudicado num único lote que cubra todo o território da Região.
- 17 Considerando-se impossibilitadas de assegurar individualmente o serviço de transporte público à escala da Região, a Amt e o. não apresentaram propostas. Apesar disso, interpuseram recurso no órgão jurisdicional de reenvio para contestar a decisão da Agência de atribuir, na sua qualidade de entidade adjudicante, o contrato em causa no processo principal num único lote que cobre todo o território regional. Com efeito, consideram que essa decisão infringe o artigo 3.º bis do Decreto-Lei n.º 138/2011, segundo o qual, por princípio, os serviços públicos locais devem ser explorados à escala provincial, mas igualmente diversos artigos da Constituição italiana, bem como os artigos 49.º e 56.º TFUE.
- 18 Em apoio do seu recurso, a Amt e o. sustentam que um operador económico que contesta, em princípio, os termos de um procedimento de concurso no qual não participou dispõe do direito de recorrer ao abrigo do artigo 1.º, n.º 3, e do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 89/665 quando, à luz da regulamentação relativa ao concurso, é certo ou altamente provável que lhe será impossível obter a adjudicação do contrato.
- 19 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, num âmbito territorial fixado à escala provincial, a Amt e o. teriam tido grandes possibilidades de obter a adjudicação do contrato em causa, uma vez que asseguravam o serviço de transporte público regional quando, anteriormente ao lançamento do procedimento de concurso em causa no processo principal, o mesmo era organizado à escala provincial. Em contrapartida, ao estabelecer que esse procedimento comportava um único lote que cobre todo o território regional, o aviso de concurso reduziu quase a zero a probabilidade de ser selecionada a proposta de uma das recorrentes no processo principal.

- 20 Considerando, por conseguinte, que deve ser reconhecido o direito de recurso, o órgão jurisdicional de reenvio, pelo Despacho n.º 95, de 21 de janeiro de 2016, interrogou a Corte costituzionale (Tribunal Constitucional, Itália) quanto à constitucionalidade do artigo 9.º, n.º 1, e do artigo 14.º, n.º 1, da Lei regional n.º 33/2013.
- 21 Contudo, antes de a Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) se pronunciar, a Região adotou a Lei regional n.º 19/2016. Esta lei alterou as disposições cuja constitucionalidade era contestada e prevê que os serviços de transporte terrestre e marítimo não deverão ser adjudicados num único lote que cubra todo o território da Região, mas em quatro lotes correspondentes a quatro âmbitos territoriais homogéneos. Além disso, os lotes a adjudicar devem ser definidos de forma a assegurar uma participação tão alargada quanto possível no concurso. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, através da adoção da Lei n.º 19/2016, o legislador regional respondeu às objeções expressas pela Amt e o.
- 22 Apesar da alteração dos artigos 9.º e 14.º da Lei regional n.º 33/2013, a Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) analisou a sua constitucionalidade, de acordo com o princípio *tempus regit actum*.
- 23 No seu Acórdão n.º 245, de 22 de novembro de 2016, declarou as questões de constitucionalidade inadmissíveis após ter nomeadamente referido que «[a] jurisprudência administrativa constante considera que uma empresa que não participa num concurso não pode contestar o procedimento a ele ligado nem a adjudicação a uma empresa terceira, porque a sua situação jurídica não é suficientemente caracterizada e baseia-se apenas num mero interesse fáctico [...]»
- 24 Constituem exceções a esta regra situações em que a empresa recorrente contesta, em especial, cláusulas do anúncio de concurso que a excluem diretamente ou cláusulas que imponham obrigações manifestamente ilógicas ou totalmente desproporcionados ou que tornam impossível a própria formulação de uma proposta.
- 25 No seu Acórdão n.º 245, a Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) considerou que «o caso em apreço no presente processo não está abrangido por estas situações excecionais, como se depreende da própria fundamentação do despacho de reenvio, que afirma que as cláusulas impugnadas dizem respeito às probabilidades de adjudicação às recorrentes, que “estavam reduzidas quase a zero”, ao passo que, se o concurso fosse organizado com base no âmbito provincial e subdividido em lotes, estas “teriam consideráveis probabilidades de obter a adjudicação do serviço, nem que fosse em resultado da vantagem de terem sido os anteriores operadores do mesmo serviço”. Dessa fundamentação não decorre a existência de um impedimento real e efetivo à participação no concurso, mas apenas a hipótese de um eventual prejuízo, que pode ser impugnado por quem tenha participado no procedimento, exclusivamente no termo do mesmo, caso não lhe tenha sido adjudicado o contrato.»
- 26 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, segundo a interpretação do requisito processual do interesse em agir feita nesse acórdão da Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), um recurso interposto por uma empresa que não participou no concurso é inadmissível se for muito provável, mas não com certeza absoluta, que, devido à forma como a entidade adjudicante apresentou e organizou o concurso, nomeadamente recorrendo à divisão em lotes, ou à regulamentação que lhe é aplicável, esta empresa não poderia obter a adjudicação do contrato em causa. Daí deduz que a possibilidade de aceder à proteção jurisdicional é assim, quase sistematicamente, subordinada à participação no concurso, o que acarreta, por si só, encargos consideráveis, mesmo no caso em que a empresa pretende contestar a legalidade do concurso propriamente dito por provocar uma restrição excessiva da concorrência.
- 27 Não obstante a decisão da Agência de não dar seguimento ao concurso após a adoção da Lei n.º 19/2016, o órgão jurisdicional de reenvio entendeu perguntar ao Tribunal de Justiça se o artigo 1.º, n.º 3, e o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 89/665 devem ser interpretados no sentido de que

conferem, nas circunstâncias do processo principal, o direito de recurso a um operador económico que não formulou uma proposta porque era certo ou muito provável que não poderia obter a adjudicação do contrato em causa.

- 28 Segundo o referido órgão jurisdicional de reenvio, a resposta do Tribunal de Justiça será decisiva para determinar a admissibilidade do recurso originário e, por conseguinte, a decisão quanto às despesas no processo principal.
- 29 Foi neste contexto que o Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Tribunal Administrativo Regional da Ligúria) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 1.º, [n.ºs 1 a 3], e o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva [89/665] opõem-se a uma regulamentação nacional que reconhece a possibilidade de impugnar os atos de um procedimento de concurso apenas aos operadores económicos que tenham apresentado um pedido de participação nesse concurso, mesmo quando a ação judicial visa a fiscalização do procedimento na origem, na medida em que do regulamento do concurso resulta uma probabilidade elevadíssima de não obter a adjudicação?»

Quanto à questão prejudicial

Quanto à admissibilidade

- 30 Nas suas observações escritas, os Governos italiano e espanhol, bem como a Comissão Europeia, sustentaram que o pedido de decisão prejudicial era inadmissível, pelo facto de a questão submetida ser hipotética, na medida em que o litígio no processo principal perdeu o objeto depois de a entidade adjudicante ter indicado que o concurso não prosseguiria. O Governo italiano suscitou igualmente uma exceção de inadmissibilidade do pedido de decisão prejudicial com o fundamento de que existem dúvidas quanto à natureza do contrato que a Agência pretendia celebrar com o seu cocontratante no final do concurso que finalmente não prosseguiu.

Quanto ao carácter hipotético da questão prejudicial

- 31 Cumpre recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, no âmbito da repartição das funções jurisdicionais, entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, estabelecida pelo artigo 267.º TFUE, o juiz nacional, que é o único a ter um conhecimento direto dos factos do processo que lhe é submetido assim como dos argumentos invocados pelas partes, e que deverá assumir a responsabilidade pela decisão judicial a proferir, está melhor colocado para apreciar, à luz das particularidades de cada processo e com pleno conhecimento de causa, tanto a necessidade de uma decisão a título prejudicial para o habilitar a proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça (v., designadamente, neste sentido, Acórdãos de 22 de junho de 2000, *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, n.º 21, e de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 28).
- 32 Consequentemente, desde que as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se (Acórdão de 17 de abril de 2007, *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, n.º 44).
- 33 Daqui resulta que a presunção de pertinência das questões prejudiciais submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais só pode ser ilidida em casos excecionais, nomeadamente quando é manifesto que a interpretação solicitada das disposições do direito da União mencionadas nessas questões não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal (v.,

designadamente, Acórdãos de 15 de dezembro de 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, n.º 61; de 7 de setembro de 1999, *Beck e Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, n.º 22; e de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 29).

- 34 Com efeito, a rejeição de um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional só é possível se se revelar que o processo do artigo 267.º TFUE foi desviado do seu objetivo e visa, na realidade, conduzir o Tribunal de Justiça a decidir através de um litígio inventado, ou no caso de ser manifesto que o direito da União não pode aplicar-se, nem direta nem indiretamente, às circunstâncias do caso concreto (v., neste sentido, Acórdãos de 18 de outubro de 1990, *Dzodzi*, C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, n.º 40, e de 17 de julho de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, n.º 26).
- 35 No presente caso, é incontestável que a questão de saber se as recorrentes no processo principal dispunham, ao abrigo do direito da União, do direito de interpor recurso contra o aviso de concurso publicado pela Agência devia condicionar a admissibilidade do recurso interposto para o órgão jurisdicional de reenvio. É certo que, devido à decisão da Agência de não dar seguimento ao concurso após a adoção da Lei n.º 19/2016, o objeto principal do recurso desapareceu.
- 36 Contudo, diversamente das circunstâncias do processo que deu origem ao Despacho do Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 2010, *Reinke* (C-336/08, não publicado, EU:C:2010:604), o litígio no processo principal não foi resolvido quanto ao mérito.
- 37 Por último, embora a análise da questão de saber se, nas circunstâncias do processo principal, os operadores económicos que haviam deliberadamente decidido não participar num processo de concurso dispunham de um direito de recurso, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 ou do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13, tenha unicamente como finalidade permitir ao órgão jurisdicional de reenvio pronunciar-se sobre a repartição das despesas no processo principal, trata-se, sem dúvida, de uma questão relativa à interpretação do direito da União, a que o Tribunal de Justiça deve responder, a fim de preservar a aplicação uniforme desse direito.
- 38 Assim, há que declarar que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

Quanto à falta de identificação da natureza do contrato em causa no processo principal

- 39 É certo que, como o Governo italiano alegou nas suas observações escritas, a decisão de reenvio não permite determinar com certeza se o concurso lançado pela Agência tinha por objetivo a adjudicação de uma concessão de serviços de transporte ou de um contrato público de serviços. No primeiro caso, o interesse em agir das recorrentes no processo principal deveria ser apreciado à luz do artigo 5.º, n.º 7, do Regulamento n.º 1370/2007, ao passo que, no segundo, deveria ser avaliado à luz do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13.
- 40 No entanto, sem que seja necessário procurar determinar a natureza do referido contrato, que compete oficiosamente ao órgão jurisdicional de reenvio, basta observar, à semelhança do advogado-geral no n.º 63 das suas conclusões, que o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 e o artigo 5.º, n.º 7, do Regulamento n.º 1370/2007 estabelecem regimes de recursos análogos ao regime correspondente da Diretiva 89/665, à qual se refere a questão do juiz de reenvio.
- 41 Nestas circunstâncias, uma vez que o direito à proteção jurisdicional beneficia de uma proteção equivalente nos três diplomas de direito derivado referidos no número anterior, a resposta do Tribunal de Justiça à questão colocada não pode variar em função da qualificação do contrato em causa no processo principal.
- 42 Por conseguinte, também nesta medida, há que declarar o pedido de decisão prejudicial admissível.

Quanto ao mérito

- 43 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se tanto o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 como o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não permite a operadores económicos interporem recurso contra as decisões da entidade adjudicante relativas a um procedimento de concurso no qual decidiram não participar pelo facto de a regulamentação aplicável a este procedimento tornar muito improvável a adjudicação do contrato público em causa a seu favor.
- 44 Por força do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, os Estados-Membros são obrigados a assegurar que os processos de recurso previstos pela referida diretiva sejam acessíveis «pelo menos» a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato público e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação do direito da União em matéria de contratos públicos ou de normas nacionais que transponham este direito (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, n.º 25, e de 5 de abril de 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 23).
- 45 Os Estados-Membros não são obrigados a tornar os referidos processos de recurso acessíveis a qualquer pessoa que pretenda obter a adjudicação de um contrato público, sendo-lhes lícito exigir que a pessoa em causa tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada pela violação que invoca (v., neste sentido, Acórdãos de 19 de junho de 2003, *Hackermüller*, C-249/01, EU:C:2003:359, n.º 18, e de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, n.º 26).
- 46 À luz do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, a participação num procedimento de adjudicação de concurso público pode, em princípio, validamente constituir uma condição cuja satisfação é exigida para que a pessoa em causa possua interesse na obtenção do contrato público ou possa vir a sofrer danos em consequência da natureza alegadamente ilegal da decisão de adjudicação. Se não tiver apresentado uma proposta, essa pessoa dificilmente pode demonstrar que dispõe de um interesse em opor-se à referida decisão ou que é ou pode vir a ser lesada pela adjudicação (Acórdão de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, n.º 27).
- 47 Todavia, no caso de uma empresa não ter apresentado uma proposta devido à presença de especificações alegadamente discriminatórias na documentação relativa ao concurso ou no caderno de encargos, as quais estariam precisamente na origem da impossibilidade de prestar todos os serviços solicitados, seria excessivo exigir-lhe que apresentasse, antes de poder utilizar os processos de recurso previstos pela Diretiva 89/665 contra tais especificações, uma proposta no âmbito do referido concurso público, quando as suas possibilidades de lhe ser adjudicado esse contrato forem nulas devido à existência de tais especificações (v., neste sentido, Acórdão de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, n.ºs 28 e 29).
- 48 No Acórdão de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, EU:C:2004:93), a consideração segundo a qual as oportunidades para a *Grossmann Air Service* de obter a adjudicação do contrato serem nulas estava ligada à circunstância, recordada no n.º 17 do referido acórdão, de que a mesma não dispunha de aviões de grandes dimensões, de modo que, por definição, não podia prestar todos os serviços solicitados pela entidade adjudicante.
- 49 As conclusões decorrentes do Acórdão de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, EU:C:2004:93), são aplicáveis, *mutatis mutandis*, no presente processo.
- 50 Com efeito, resulta tanto da jurisprudência do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) como do Acórdão n.º 245/2016 da Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) que o interesse em agir pode, excecionalmente, ser reconhecido a um operador económico que não apresentou propostas «nos casos em que as objeções da empresa recorrente são relativas à própria

ausência do concurso ou ao seu início, a cláusulas do anúncio de concurso que a excluem diretamente ou, por último, a cláusulas que impõem obrigações manifestamente incompreensíveis ou totalmente desproporcionadas, ou que tornam impossível a formulação de uma proposta».

- 51 Importa, por conseguinte, declarar que os requisitos decorrentes tanto do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 como do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 estão preenchidos quando um operador que não tenha formulado uma proposta dispõe, nomeadamente, de um direito de recurso quando considera que as especificações contidas nos documentos relativos ao concurso tornam impossível a formulação de uma proposta.
- 52 Contudo, há que declarar que esse recurso, sob pena de prejudicar os objetivos de rapidez e de eficácia visados tanto pela Diretiva 89/665 como pela Diretiva 92/13, não pode ser interposto depois de ter sido adotada a decisão de atribuição do contrato pela entidade adjudicante (v., neste sentido, Acórdão de 12 de fevereiro de 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, n.º 37).
- 53 Além disso, na medida em que é apenas a título excepcional que um direito de recurso pode ser reconhecido a um operador que não apresentou propostas, não pode ser considerado excessivo exigir-lhe que demonstre que as cláusulas do anúncio de concurso tornam impossível a formulação de uma proposta.
- 54 No entanto, embora este grau de exigência de prova não seja, por si só, contrário ao direito da União em matéria de contratos públicos, não se pode excluir que, atendendo às circunstâncias específicas do processo principal, a sua aplicação possa implicar uma violação do direito de recurso que as recorrentes no processo principal têm em virtude tanto do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 como do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13.
- 55 A este respeito, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar de forma circunstanciada, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caracterizam o contexto em que se inscreve o processo que lhe foi submetido, se a aplicação concreta da legislação italiana relativa à legitimidade processual, tal como interpretada pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) e pela Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), é suscetível de afetar o direito das recorrentes no processo principal a uma proteção jurisdicional efetiva.
- 56 Não obstante, com base nos elementos que figuram nos autos ao seu dispor, o Tribunal de Justiça pode fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio indicações úteis para a apreciação que lhe compete efetuar (Acórdão de 14 de janeiro de 2015, *Eventech*, C-518/13, EU:C:2015:9, n.º 58).
- 57 A este respeito, importa, antes de mais, ter em conta o facto de que a Amt e o. asseguravam o serviço de transporte público regional antes de a entidade adjudicante lançar o procedimento de concurso e posteriormente decidir não lhe dar seguimento. Em seguida, dado que a Lei regional n.º 33/2013 especificava que o serviço de transporte público regional é doravante atribuído num único lote que cubra todo o território da Região, enquanto o artigo 3.º bis do Decreto-Lei n.º 138/2011 prevê que, regra geral, os serviços públicos locais devem ser explorados a nível provincial, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se o legislador regional expôs as razões por que considerou preferível organizar o futuro serviço de transporte a nível regional e não a nível provincial. Por último, tendo em conta a liberdade da entidade adjudicante na apreciação das suas necessidades, não se pode excluir *a priori* que a escolha da Região de organizar os serviços de transporte a nível regional era legítima, porque, por exemplo, responde a considerações económicas, como a vontade de realizar economias de escala.
- 58 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que tanto o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 como o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não permite a operadores económicos interporem recurso contra as decisões da

entidade adjudicante relativas a um procedimento de concurso no qual decidiram não participar devido ao facto de a regulamentação aplicável a este procedimento tornar muito improvável obter a adjudicação do contrato em causa.

No entanto, incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente apreciar de forma circunstanciada, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caracterizam o contexto em que se inscreve o processo que lhe foi submetido, se a aplicação concreta desta legislação não é suscetível de afetar o direito dos operadores económicos em causa a uma proteção jurisdicional efetiva.

Quanto às despesas

- ⁵⁹ 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 (Terceira Secção) declara:

Tanto o artigo 1.º, n.º 3, 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 processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, como o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não permite a operadores económicos interporem recurso contra as decisões da entidade adjudicante relativas a um procedimento de concurso no qual decidiram não participar devido ao facto de a regulamentação aplicável a este procedimento tornar muito improvável obter a adjudicação do contrato em causa.

No entanto, incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente apreciar de forma circunstanciada, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caracterizam o contexto em que se inscreve o processo que lhe foi submetido, se a aplicação concreta desta legislação não é suscetível de afetar o direito dos operadores económicos em causa a uma proteção jurisdicional efetiva.

Assinaturas