

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

24 de Novembro de 2005*

No processo C-331/04,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Consiglio di Stato (Itália), por decisão de 6 de Abril de 2004, entrado no Tribunal de Justiça em 29 de Julho de 2004, no processo

AIT EAC Srl e Viaggi di Maio Snc,

EAC Srl,

Viaggi di Maio Snc

contra

ACTV Venezia SpA,

Provincia di Venezia,

Comune di Venezia,

* Língua do processo: italiano.

sendo interveniente:

ATI La Linea SpA-CSSA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: C. W. A. Timmermans, presidente de secção, C. Gulmann (relator),
R. Schintgen, G. Arestis e J. Klučka, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 7 de Julho de 2005,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, por L. Visone, avvocato,
- em representação da ACTV Venezia SpA, por A. Bianchini e E. Romanelli, avvocati,

- em representação da ATI La Linea SpA-CSSA, por P. Zanardi e G. Fiore, avvocati,
- em representação do Governo neerlandês, por H. G. Sevenster, C. M. Wissels, bem como por D. J. M. de Grave, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por D. Recchia e X. Lewis, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 8 de Setembro de 2005,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 36.º da Directiva 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), e 34.º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84).

- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc e estas duas últimas sociedades à ACTV Venezia SpA (a seguir «ACTV»), à Provincia di Venezia e ao Comune di Venezia a propósito da adjudicação de um contrato de serviços públicos de transporte de passageiros.

Quadro jurídico

- 3 O artigo 36.º da Directiva 92/50, intitulado «Critérios de adjudicação dos contratos», dispõe:

«1. [...] os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos podem ser:

- a) Ou, quando a adjudicação contempla a proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato: por exemplo, qualidade, mérito técnico, características estéticas e funcionais, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega, prazos de entrega ou de execução, preço;

- b) [...]

2. Sempre que o contrato deva ser adjudicado ao prestador de serviços que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes devem indicar nos cadernos de encargos ou no anúncio de concurso quais os critérios de adjudicação que tencionam aplicar, se possível por ordem decrescente da importância que lhes é atribuída.»

4 O artigo 34.º da Directiva 93/38 dispõe:

«1. [...] os critérios em que as entidades adjudicantes se basearão para a adjudicação de contratos são:

a) Quer, quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa, diversos critérios variáveis consoante o contrato em causa: por exemplo, o prazo de entrega ou de execução, os custos de funcionamento, a rentabilidade, a qualidade, o carácter estético e funcional, o valor técnico, o serviço pós-venda e a assistência técnica, os compromissos em matéria de peças sobressalentes, a segurança de abastecimento e o preço;

b) [...]

2. No caso referido na alínea a) do n.º 1, as entidades adjudicantes indicarão no caderno de encargos ou no anúncio do concurso todos os critérios de adjudicação que tencionam aplicar, se possível por ordem decrescente de importância.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

5 Em 6 de Abril de 2002, a ACTV fez publicar no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* um anúncio relativo a um contrato público de transporte de pessoas

composto por três lotes. O litígio no processo principal refere-se ao lote n.º 1, relativo ao serviço urbano da cidade de Mestre, para o período compreendido entre 16 de Junho de 2002 e 31 de Dezembro de 2003.

- 6 Nesse anúncio de concurso, sob o título «Critérios de adjudicação», referia-se que a ACTV tinha decidido adjudicar o contrato ao proponente que apresentasse a proposta economicamente mais vantajosa.
- 7 As recorrentes no processo principal pediram para participar no processo de adjudicação. Por carta de 7 de Maio de 2002, a ACTV convidou-as a apresentarem as propostas para o lote n.º 1. As condições de participação («disciplina di gara», a seguir «caderno de encargos»), anexas a esse convite, previam os seguintes quatro critérios de adjudicação, com base nos quais a proposta economicamente mais vantajosa devia ser determinada:

«1) Preço ao quilómetro para os serviços indicados nos anexos A, B e C do caderno de encargos:

— máximo de 60 pontos atribuídos de acordo com a seguinte relação [...]

2) Preço ao quilómetro para os serviços prestados além dos previstos nos anexos A, B e C do caderno de encargos:

— máximo de 10 pontos atribuídos de acordo com a seguinte relação [...]

3) Modalidades de organização e estruturas de apoio utilizadas para a execução do serviço, conforme decorrem do documento referido no ponto 3.10 n.º 6, do presente caderno de encargos:

— máximo de 25 pontos atribuídos pela ACTV segundo o seu critério discricionário.

4) Posse de um certificado de conformidade [...]: 5 pontos.»

8 Relativamente ao terceiro destes quatro critérios de adjudicação do contrato, o caderno de encargos previa no seu ponto 3.10 n.º 6 que a proposta devia incluir uma relação descritiva da organização e das estruturas logísticas e de apoio que seriam utilizadas, em caso de adjudicação, na gestão dos serviços que são objecto do contrato; essa relação devia conter obrigatoriamente, pelo menos, as seguintes indicações:

— «depósitos e/ou áreas para o estacionamento dos autocarros de que a empresa disponha ou de que seja proprietária no território da Provincia di Venezia [...];

— modalidades de controlo do serviço assegurado e número de pessoas afectas aos referidos controlos;

— número de motoristas de linha e tipo de carta de condução que possuem;

— número de estabelecimentos (que não sejam depósitos) de que a empresa disponha ou de que seja proprietária no território da Provincia di Venezia [...];

— número de pessoas afectas à organização dos turnos dos motoristas».

- 9 Em seguida, em 29 de Maio de 2002, isto é, depois de terminado o prazo para a apresentação de propostas e antes da abertura dos envelopes, quando já dispunha de uma lista com indicação dos nomes das três empresas que tinham apresentado propostas para o lote em causa no processo principal, a comissão de adjudicação, na sua acta n.º 1, ponderou os 25 pontos susceptíveis de serem atribuídos a este terceiro critério, repartindo-os por cinco subcritérios correspondentes a cada uma das indicações que deviam ser mencionadas na relação incluída na proposta apresentada pelos proponentes. O número de pontos susceptível de ser atribuído para cada um desses subcritérios foi repartido do seguinte modo: 8, 7 e 6 pontos, respectivamente, aos primeiro, segundo e terceiros subcritérios e 2 pontos para cada um dos quarto e quinto subcritérios.
- 10 Em 30 de Maio de 2002, depois de ter excluído uma das três propostas apresentadas, a comissão de adjudicação procedeu à avaliação das propostas apresentadas pelas recorrentes no processo principal e pela ATI La Linea SpA-CSSA (a seguir «La Linea»). O contrato foi adjudicado a esta última com 86,53 pontos, tendo as recorrentes no processo principal obtido 83,50 pontos.
- 11 Considerando que o contrato só tinha sido adjudicado à La Linea devido à ponderação *a posteriori* do número de pontos susceptíveis de serem atribuídos para o terceiro critério, as recorrentes no processo principal recorreram das medidas e

das decisões tomadas pela comissão de adjudicação para o Tribunale amministrativo regionale invocando, entre outros, fundamentos relativos à violação do artigo 36.º, n.º 2, da Directiva 92/50.

- 12 O Tribunale amministrativo regionale negou provimento ao recurso interposto declarando, designadamente, que os critérios de adjudicação e os elementos a tomar em consideração com vista à adjudicação do contrato em causa no processo principal constavam do caderno de encargos.
- 13 As recorrentes no processo principal interpuseram recurso dessa decisão para o Consiglio di Stato que decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) Estas disposições [artigo 36.º da Directiva 92/50 e artigo 34.º da Directiva 93/38] podem ser interpretadas no sentido de que contêm normas flexíveis que permitem à entidade adjudicante, em caso de adjudicação segundo o método da proposta economicamente mais vantajosa, fixar os critérios de forma genérica no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, permitindo depois à comissão de adjudicação especificar e/ou completar esses critérios, quando necessário, desde que o faça antes da abertura dos envelopes que contêm as propostas e sem modificar os critérios estabelecidos no anúncio do concurso, ou, pelo contrário, a referida norma deve ser interpretada como norma rígida que impõe à entidade adjudicante a fixação analítica dos critérios de adjudicação no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, antes da pré-qualificação ou do convite, e exclui que a comissão de adjudicação possa intervir posteriormente, seja sob que forma for, especificando e/ou completando os mencionados critérios ou estabelecendo sub-rubricas ou pontuações parcelares, na medida em que toda e qualquer indicação dos critérios de adjudicação, por razões de transparência, deve ser feita no anúncio de concurso ou no caderno de encargos?

Consequentemente, será, em conclusão, legal, à luz do direito comunitário, a orientação interpretativa tradicional, desenvolvida na jurisprudência do Consiglio di Stato, que admite a intervenção da comissão de adjudicação, antes da abertura dos envelopes que contêm as propostas, no sentido de completar os critérios de adjudicação?

- 2) Poderá a entidade adjudicante, à luz de uma interpretação flexível de tal norma, tendo em conta a locução 'se possível', elaborar um caderno de encargos que, relativamente a um critério de adjudicação (no caso concreto, as modalidades de organização e de apoio), preveja a atribuição de pontos segundo o juízo discricionário da entidade adjudicante, com base num conjunto complexo de critérios cuja graduação não está prevista no anúncio, sendo este, assim, parcialmente indeterminado, ou a referida norma impõe uma exaustividade de princípio na formulação dos critérios incompatível com a sua não indicação no anúncio? Caso essa fixação seja legal, por efeito da flexibilidade da norma e da não obrigatoriedade da graduação de todos os elementos, pode admitir-se, na falta de uma expressa atribuição de poderes à comissão de adjudicação, que esta intervenha para completar e especificar os critérios de adjudicação (intervenção que se traduz simplesmente na atribuição de uma relevância autónoma e um peso relativo a todos os elementos individuais que o anúncio de concurso pretendia que fossem avaliados pela atribuição, no seu conjunto, de um máximo de 25 pontos) ou, pelo contrário, deve aplicar-se literalmente o caderno de encargos, atribuindo a pontuação global relativa aos vários elementos complexos considerados na *lex specialis*?

- 3) Em qualquer caso, será legal, à luz desta disposição, reconhecer genericamente à comissão de adjudicação, encarregada de avaliar as propostas, independentemente da formulação do anúncio de concurso, num processo de adjudicação segundo a proposta economicamente mais vantajosa, o poder — mas só em caso de complexidade dos elementos a avaliar — de auto-limitar genericamente a sua própria actuação, especificando os parâmetros de aplicação dos critérios

preestabelecidos no anúncio? Esse poder da comissão de adjudicação pode ser exercido através da fixação, naturalmente sempre antes de se proceder à abertura dos envelopes, de sub-rubricas, pontuações parcelares ou simplesmente estabelecendo critérios mais específicos tendo em vista a aplicação dos critérios indicados genericamente no anúncio de concurso ou no caderno de encargos?»

Quanto ao pedido de reabertura da fase oral do processo

- 14 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de Setembro de 2005, a ACTV pediu ao Tribunal de Justiça que ordenasse a reabertura da fase oral, nos termos do artigo 61.º do Regulamento de Processo.
- 15 Para fundamentar o seu pedido, a ACTV alegou essencialmente que, nas conclusões, o advogado-geral não respondeu às principais questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Por este motivo e com vista a uma boa compreensão das questões prejudiciais à luz da especificidade do litígio do processo principal, pretendia formular novas observações.
- 16 A este respeito, recorde-se que o Tribunal de Justiça pode, oficiosamente ou sob proposta do advogado-geral, ou ainda a pedido das partes, ordenar a reabertura da fase oral, em conformidade com o artigo 61.º do seu Regulamento de Processo, se considerar que não está suficientemente esclarecido ou que o processo deve ser decidido com base num argumento que não foi debatido entre as partes (v. despacho de 4 de Fevereiro de 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, p. I-665, n.º 18, e acórdão de 30 de Março de 2004, *Alabaster*, C-147/02, *Colect.*, p. I-3103, n.º 35).

- 17 No presente caso, o Tribunal de Justiça, ouvido o advogado-geral, considera que dispõe de todos os elementos necessários para responder às questões colocadas e que esses elementos foram objecto de discussão perante o Tribunal. Consequentemente, há que indeferir o pedido de reabertura da fase oral do processo.

Quanto às questões prejudiciais

- 18 A título preliminar, há que referir, como fez o órgão jurisdicional de reenvio, que, através da decisão em causa no processo principal, a comissão de adjudicação determinou simplesmente de que modo os 25 pontos previstos para o terceiro critério de adjudicação deviam ser repartidos pelos cinco subcritérios já definidos no caderno de encargos.
- 19 Nestas condições, deve entender-se que as questões prejudiciais se referem, essencialmente, à questão de saber se os artigos 36.º da Directiva 92/50 e 34.º da Directiva 93/38 devem ser interpretados no sentido de que o direito comunitário se opõe a que uma comissão de adjudicação atribua um peso específico aos subelementos de um critério de atribuição previamente estabelecidos, procedendo a uma repartição, por entre estes últimos, dos pontos previstos para esse critério pela entidade adjudicante no momento da elaboração do caderno de encargos ou do anúncio de concurso.
- 20 Há que referir, em primeiro lugar, como fez correctamente o Governo austríaco, que as disposições dos artigos 36.º da Directiva 92/50 e 34.º da Directiva 93/38 não

podem ser aplicadas simultaneamente aos mesmos factos. No entanto, as disposições referidas pelas questões prejudiciais estão redigidas de maneira substancialmente idêntica e devem ser interpretadas da mesma forma (v. acórdão de 17 de Setembro de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 91). Consequentemente, o Tribunal de Justiça pode dar uma resposta útil à questão tal como foi reformulada sem que seja necessário que se pronuncie sobre a questão de saber qual destas duas directivas é aplicável no processo principal.

- 21 Em seguida, há que recordar que os critérios de adjudicação definidos por uma entidade adjudicante devem estar ligados ao objecto do contrato, não devem conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, devem estar expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso e devem respeitar, designadamente, os princípios fundamentais da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (v., neste sentido, acórdão *Concordia Bus Finland*, já referido, n.º 64).
- 22 No contexto do presente processo, há que referir mais concretamente que o dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento corresponde à própria essência das directivas em matéria de contratos públicos (v. acórdão *Concordia Bus Finland*, já referido, n.º 81) e que os proponentes se devem encontrar em pé de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas como no momento em que estas são avaliadas (v. acórdão de 18 de Outubro de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Colect., p. I-7725, n.º 34).
- 23 Seguidamente, há que recordar que, em conformidade com os artigos 36.º da Directiva 92/50 e 34.º da Directiva 93/38, todos os critérios de selecção devem ser expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso, se possível por ordem decrescente quanto à importância que lhes é atribuída, de modo a que os proponentes possam ter conhecimento da sua existência e do seu alcance (v. acórdão *Concordia Bus Finland*, já referido, n.º 62).

- 24 Da mesma forma, a fim de garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, é necessário que todos os elementos tomados em consideração pela entidade adjudicante para identificar a proposta economicamente mais vantajosa e, se possível, a sua importância relativa sejam do conhecimento dos potenciais proponentes no momento da preparação das respectivas propostas (v., neste sentido, acórdãos de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica, C-87/94, Colect., p. I-2043, n.º 88, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 98).
- 25 Por último, cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, à luz destas regras e princípios, se, no processo principal, a comissão de adjudicação infringiu o direito comunitário ao prever uma ponderação dos diferentes subelementos do terceiro critério de adjudicação do contrato.
- 26 A este propósito, em primeiro lugar, há que verificar se, tendo em conta todos os elementos pertinentes do processo principal, a decisão que prevê essa ponderação altera os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso.
- 27 Se tal for o caso, essa decisão é contrária ao direito comunitário.
- 28 Em segundo lugar, há que apreciar se a referida decisão contém elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação.

29 Se tal for o caso, essa mesma decisão é contrária ao direito comunitário.

30 Em terceiro lugar, há que verificar se a comissão de adjudicação adoptou a decisão que prevê uma ponderação tomando em consideração elementos susceptíveis de produzirem efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes.

31 Se tal for o caso, essa decisão é contrária ao direito comunitário.

32 Assim, há que responder às questões prejudiciais que os artigos 36.º da Directiva 92/50 e 34.º da Directiva 93/38 devem ser interpretados no sentido de que o direito comunitário não se opõe a que uma comissão de adjudicação atribua um peso específico aos subelementos de um critério de adjudicação previamente estabelecidos, procedendo a uma repartição, entre estes últimos, do número de pontos previstos para esse critério pela entidade adjudicante no momento da elaboração do caderno de encargos ou do anúncio de concurso, desde que essa decisão:

— não altere os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso;

— não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação;

- não tenha sido adoptada tomando em consideração elementos susceptíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes.

Quanto às despesas

- 33 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 efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

Os artigos 36.º da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, e 34.º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, devem ser interpretados no sentido de que o direito comunitário não se opõe a que uma comissão de adjudicação atribua um peso específico aos subelementos de um critério de adjudicação previamente estabelecidos, procedendo a uma repartição, entre estes últimos, do número de pontos previstos para esse critério pela entidade adjudicante no momento da elaboração do caderno de encargos ou do anúncio de concurso, desde que essa decisão:

- não altere os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso;

- **não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação;**
- **não tenha sido adoptada tomando em consideração elementos susceptíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes.**

Assinaturas