

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

23 de Dezembro de 2009*

No processo C-305/08,

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 23 de Junho de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 4 de Julho de 2008, no processo

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

contra

Regione Marche,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente da Terceira Secção, exercendo funções de presidente da Quarta Secção, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (relator), G. Arestis e J. Malenovský, juízes,

* Língua do processo: italiano.

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 3 de Setembro de 2009,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 8, primeiro e segundo parágrafos, da Directiva 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 o Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (Agrupamento Nacional Interuniversitário para as Ciências do Mar, a seguir «CoNISMa») à Regione Marche, a respeito da decisão desta última de não admitir a participação do referido agrupamento num processo de adjudicação de um contrato público de serviços.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

3 O quarto considerando da Directiva 2004/18 enuncia:

«Os Estados-Membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público num processo de adjudicação de contratos públicos não cause distorções de concorrência relativamente a proponentes privados.»

4 Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), desta directiva:

«‘Contratos públicos’ são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva.»

5 O artigo 1.º, n.º 8, da referida directiva dispõe:

«Os termos ‘empreiteiro’, ‘fornecedor’ e ‘prestador de serviços’ designam qualquer pessoa singular ou colectiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos que, respectivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.

O termo ‘operador económico’ abrange simultaneamente as noções de empreiteiro, fornecedor e prestador de serviços e é usado unicamente por motivos de simplificação do texto.

[...]»

6 O artigo 1.º, n.º 9, da mesma directiva tem a seguinte redacção:

«Por ‘entidades adjudicantes’ entende-se o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público.

Por ‘organismo de direito público’ entende-se qualquer organismo:

- a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial;

- b) Dotado de personalidade jurídica; e

- c) Cujas actividades sejam financiadas maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de

administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

[...]»

7 O artigo 4.º da Directiva 2004/18, sob a epígrafe «Operadores económicos», prevê:

«1. Os candidatos ou proponentes que, por força da legislação do Estado-Membro em que se encontram estabelecidos, estejam habilitados a fornecer a prestação em questão não podem ser rejeitados pelo simples facto de, ao abrigo da legislação do Estado-Membro em que se efectua a adjudicação, serem uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva.

[...]

2. Os agrupamentos de operadores económicos podem apresentar propostas ou constituir-se candidatos. Para efeitos de apresentação da proposta ou do pedido de participação, as entidades adjudicantes não podem exigir que os agrupamentos de operadores económicos adoptem uma forma jurídica determinada, mas o agrupamento seleccionado pode ser obrigado a adoptar uma forma jurídica determinada uma vez que lhe seja adjudicado o contrato, na medida em que tal seja necessário para a boa execução do mesmo.»

- 8 O artigo 44.º desta directiva, intitulado «Verificação da aptidão, selecção dos participantes e adjudicação dos contratos», dispõe, no n.º 1:

«Os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos nos artigos 53.º e 55.º, tendo em conta o artigo 24.º, após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.º e 46.º, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.º a 52.º e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no n.º 3.»

- 9 O artigo 55.º da Directiva 2004/18, sob a epígrafe «Propostas anormalmente baixas», enuncia:

«1. Se, para um determinado contrato, houver propostas que se revelem anormalmente baixas em relação à prestação em causa, antes de as poder rejeitar, a entidade adjudicante solicitará por escrito os esclarecimentos que considere oportunos sobre os elementos constitutivos da proposta.

Esses esclarecimentos referir-se-ão, designadamente:

- a) À economia do processo de construção, do processo de fabrico dos produtos ou da prestação dos serviços;
- b) Às soluções técnicas escolhidas e/ou às condições excepcionalmente favoráveis de que o proponente disponha para a execução das obras, para o fornecimento dos produtos ou para a prestação dos serviços;

- c) À originalidade das obras, dos produtos ou dos serviços propostos pelo proponente;

- d) Ao respeito das condições relativas à protecção e às condições de trabalho em vigor no local de execução das prestações;

- e) À possibilidade de obtenção de um auxílio estatal pelo proponente.

2. A entidade adjudicante verificará os referidos elementos, consultando o proponente e tendo em conta as justificações fornecidas.

3. Quando a entidade adjudicante verificar que uma proposta é anormalmente baixa por o proponente ter obtido um auxílio estatal, a proposta só poderá ser rejeitada unicamente com esse fundamento se, uma vez consultado, o proponente não puder provar, num prazo suficiente fixado pela entidade adjudicante, que o auxílio em questão foi legalmente concedido. Quando a entidade adjudicante rejeitar uma proposta nestas circunstâncias deve informar do facto a Comissão.»

Legislação nacional

- 10 O artigo 3.º, n.ºs 19 e 22, do 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 em aplicação das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in

attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de Abril de 2006 (suplemento ordinário do GURI n.º 100, de 2 de Maio de 2006, a seguir «Decreto Legislativo n.º 163/2006»), dispõe:

«19. Os termos ‘empreiteiro’, ‘fornecedor’ e ‘prestador de serviços’ designam qualquer pessoa singular ou colectiva, ou uma entidade sem personalidade jurídica, incluindo os agrupamentos europeus de interesse económico (AEIE) constituídos nos termos do Decreto Legislativo n.º 240, de 23 de Julho de 1991, que, respectivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.

[...]

22. O termo ‘operador económico’ abrange os conceitos de empreiteiro, fornecedor e prestador de serviços, ou de um agrupamento ou consórcio dos mesmos.»

11 O artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006, intitulado «Sujeitos de direito aos quais podem ser adjudicados contratos públicos» (artigos 4.º e 5.º da Directiva 2004/18), prevê:

«1. Sem prejuízo das restrições expressamente previstas, podem participar nos processos de adjudicação de contratos públicos os seguintes sujeitos de direito:

a) empresários em nome individual, incluindo artesãos, sociedades e associações comerciais e cooperativas;

- b) consórcios entre cooperativas de produção e cooperativas de trabalho [...] e consórcios entre empresas de artesãos [...];

- c) consórcios com carácter estável, constituídos, nomeadamente, por empresas comuns na acepção do artigo 2615.º-B do Código Civil, entre empresários em nome individual, incluindo artesãos, sociedades comerciais ou cooperativas de produção e cooperativas de trabalho, em conformidade com o disposto no artigo 36.º;

- d) agrupamentos temporários de concorrentes, constituídos pelos sujeitos referidos nas alíneas a), b) e c) [...];

- e) consórcios ordinários de concorrentes mencionados no artigo 2602.º do Código Civil, constituídos pelos sujeitos referidos nas alíneas a), b) e c) do presente número, mesmo sob a forma de sociedades ou associações [...];

- f) sujeitos que tenham constituído um agrupamento europeu de interesse económico (AEIE) [...];

[...]»

- 12 Posteriormente aos factos do processo principal, foi adicionada ao elenco acima mencionado, pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de Setembro de 2008 (GURI n.º 231, de 2 de Outubro de 2008), a seguinte alínea:

«f bis)operadores económicos, na acepção do artigo 3.º, n.º 22, estabelecidos noutros Estados-Membros e constituídos de acordo com a legislação aplicável do Estado-Membro em causa.»

- 13 Por último, o artigo 2082.º do Código Civil italiano dispõe que «empresário» é a pessoa que exerce profissionalmente uma actividade económica organizada com a finalidade de produzir ou de trocar bens ou serviços.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 14 Resulta da decisão de reenvio que a Regione Marche abriu um concurso público para a adjudicação de um contrato de serviços que consistia na elaboração de um levantamento marinho-sísmico estratigráfico, composto pela extracção e recolha de amostras no mar no troço da costa entre a zona de Pesaro e a zona de Civitanova Marche.
- 15 O CoNISMa candidatou-se a esse concurso. A entidade adjudicante, após ter formulado reservas quanto à admissão do CoNISMa ao processo de adjudicação do contrato em questão, decidiu excluí-lo deste por decisões de 4, 18 e 23 de Abril de 2007.

- 16 O CoNISMA interpôs um recurso extraordinário dirigido ao Presidente da República Italiana, processo especial previsto na ordem jurídica italiana, contra a respectiva exclusão, alegando que a interpretação do artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006 no sentido de que contém uma lista exaustiva que não inclui as universidades nem os institutos de investigação e que, por isso, estes não podem ser admitidos a participar num processo de adjudicação de um contrato público é incompatível com as disposições da Directiva 2004/18. No âmbito desse recurso extraordinário, o Ministério do Ambiente e da Protecção do Território solicitou o parecer do Consiglio di Stato, conforme se encontra previsto na legislação nacional pertinente.
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio observa que, para emitir o seu parecer, deve determinar se um agrupamento interuniversitário como o CoNISMa pode ser considerado um «operador económico» na acepção da Directiva 2004/18 e, por conseguinte, se pode participar num processo de adjudicação de um contrato público de serviços como o que está em causa no processo principal. O órgão jurisdicional de reenvio manifesta reservas a este respeito, com base nas seguintes considerações.
- 18 O Consiglio di Stato observa, a título preliminar, que o CoNISMa é um agrupamento («consorzio») constituído por vinte e quatro universidades italianas e três ministérios. Nos termos dos seus estatutos, o agrupamento não tem fins lucrativos e propõe-se promover e coordenar a investigação e outras actividades científicas e aplicadas no domínio das ciências do mar entre as universidades nele participantes. Pode participar em concursos públicos e noutros processos de adjudicação de contratos públicos abertos pelos organismos da Administração Pública e pelas sociedades que operam nas esferas pública e privada. As suas actividades são financiadas principalmente por subvenções concedidas pelo Ministério das Universidades e da Investigação e por outros organismos da Administração Pública assim como por entidades públicas ou privadas, italianas ou estrangeiras.
- 19 O Consiglio di Stato refere, em primeiro lugar, o artigo 1.º, alínea c), 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), à qual se seguiu a Directiva 2004/18, nos termos do qual «[o]s prestadores de serviços são qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo organismos de direito público, que ofereçam serviços», e observa que esta formulação parece indicar a intenção de reservar a possibilidade de contratar com as entidades adjudicantes às pessoas que exercem

«institucionalmente» a actividade correspondente à prestação que deverá ser realizada no âmbito do contrato em causa. De acordo com esta abordagem, fora os operadores económicos privados, apenas podem participar num contrato público os organismos de direito público que realizem as prestações objecto desse contrato com fins lucrativos, em conformidade com a missão que lhes tiver sido confiada pela ordem jurídica, com exclusão, assim, dos organismos universitários. O Tribunal de Justiça parece confirmar esta abordagem no acórdão de 18 de Janeiro de 2007, Auroux e o. (C-220/05, Colect., p. I-385, n.º 44), nos termos do qual a regulamentação comunitária em matéria de contratação pública se aplicava ao interessado «enquanto operador económico activo no mercado». Esta mesma abordagem parece ser seguida igualmente no artigo 3.º, n.º 19, do Decreto Legislativo n.º 163/2006, de acordo com o qual o prestador de serviços é um operador económico «que [...] prest[a] serviços no mercado».

20 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio refere que a posição da jurisprudência italiana não é unívoca nesta questão. Alguns tribunais consideram que podem participar num contrato público as pessoas singulares ou colectivas que exercem uma actividade empresarial assim como os organismos de direito público institucionalmente vocacionados para a realização do tipo de serviços objecto do concurso. Nesta perspectiva, as universidades não podem ser incluídas nas mencionadas categorias de empresas privadas e públicas, pelo facto de estarem institucionalmente vocacionadas para o exercício das actividades de ensino e de investigação. Segundo outra abordagem, as universidades públicas e os agrupamentos constituídos entre si podem participar em contratos públicos de serviços sempre que a prestação de serviços em causa seja compatível com os seus fins institucionais e as suas disposições estatutárias.

21 O Consiglio di Stato refere, em terceiro lugar, a posição do Serviço de Controlo das Adjudicações, que estabelece uma distinção entre os operadores económicos e os sujeitos, como os organismos de direito público sem carácter económico, as universidades e os departamentos universitários, não abrangidos na primeira categoria, na medida em que prosseguem uma finalidade diversa da actividade económica, que se caracteriza pela produção de riqueza. Por conseguinte, estas entidades não podem participar em contratos públicos, sem prejuízo da possibilidade de constituírem sociedades para o efeito, com base na autonomia reconhecida às universidades pela legislação nacional. Esta posição é confirmada pelo artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006, que contém um elenco taxativo dos sujeitos que podem participar nos processos de adjudicação de contratos públicos.

- 22 Para fundamentar as próprias reservas, o Consiglio di Stato refere, em último lugar, a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual as disposições do direito comunitário em matéria de contratos públicos devem ser interpretadas de acordo com um critério funcional que permita evitar que se contorne o princípio fundamental da concorrência efectiva (acórdão de 13 de Dezembro de 2007, Bayerischer Rundfunk e o., C-337/06, Colect., p. I-11173). No que diz respeito mais concretamente aos contratos públicos de serviços, o Tribunal de Justiça sublinhou o objectivo principal da regulamentação comunitária nesta matéria, a saber, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada e o mais ampla possível em todos os Estados-Membros (acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Colect., p. I-1, n.ºs 44 e 47).
- 23 À luz dessa jurisprudência, o Consiglio di Stato afirma que o facto de se admitir a participação das universidades, dos institutos de investigação e dos seus agrupamentos nos contratos públicos pode violar o princípio da livre concorrência sob um duplo aspecto. Com efeito, por um lado, essa participação poderia potencialmente subtrair ao mercado livre alguns tipos de contratos públicos, contratos estes aos quais uma parte não despendendo de empresas comuns passaria a ter, no mínimo, dificuldades em aceder. Por outro lado, essa mesma participação colocaria injustamente o adjudicatário numa posição privilegiada que lhe garantiria uma segurança económica proporcionada pelos financiamentos públicos constantes e previsíveis de que os outros operadores económicos não beneficiam. Todavia, o Consiglio di Stato observa que uma interpretação restritiva do conceito de «operador económico», ligada à presença estável deste «no mercado» e que impedisse assim as universidades, os institutos de investigação e os seus agrupamentos de participarem em concursos públicos, seria gravemente prejudicial para as actividades de colaboração entre entidades públicas e privadas assim como entre investigadores e empresários, e constituiria, em última análise, uma restrição da concorrência.
- 24 Tendo em conta estas considerações, o Consiglio di Stato decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) As disposições da Directiva 2004/18[...] devem ser interpretadas no sentido de que proibem a participação de um [agrupamento ('consorzio')] constituído exclusivamente por universidades italianas e organismos da [A]dministração [Pública] num concurso público de prestação de serviços, como o concurso para a [realização] de levantamentos geofísicos e recolha de amostras no mar?

- 2) As disposições da ordem jurídica italiana, concretamente os artigos 3.º, n.ºs 22 e 19, e 34.º do [...] Decreto Legislativo n.º 163/2006 — segundo os quais, respectivamente, «[o termo] ‘operador económico’ [abrange os conceitos de] empreiteiro, [...] fornecedor e [...] prestador de serviços, ou [de] um agrupamento ou consórcio dos mesmos» e os termos ‘empreiteiro’, ‘fornecedor’ e ‘prestador de serviços’ designam qualquer pessoa singular ou colectiva, ou uma entidade sem personalidade jurídica, incluindo [os agrupamentos europeus de interesse económico (AEIE)] [...], que[, respectivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços ‘no mercado’] —, são contrárias à Directiva 2004/18[...], se forem interpretadas no sentido de que limitam a participação aos prestadores de serviços profissionais dessas actividades, excluindo entidades cujas finalidades prioritárias não sejam a obtenção de lucro, como as entidades que se dedicam à investigação?»

Quanto às questões prejudiciais

- 25 A título preliminar, importa recordar que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quando o Consiglio di Stato emite um parecer no âmbito de um recurso extraordinário como o do processo principal, é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º CE (acórdão de 16 de Outubro de 1997, Garofalo e o., C-69/96 a C-79/96, Colect., p. I-5603, n.º 27).

Quanto à primeira questão

- 26 Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se as disposições da Directiva 2004/18 devem ser interpretadas no sentido de que se opõem à participação num contrato público de serviços de um agrupamento constituído exclusivamente por universidades e organismos da Administração Pública.

- 27 Resulta do pedido de decisão prejudicial que as disposições da Directiva 2004/18 a que o órgão jurisdicional nacional faz alusão são, concretamente, o artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 8, primeiro e segundo parágrafos, pelo facto de se referirem ao conceito de «operador económico». Além disso, nos termos do referido pedido, o agrupamento em causa não prossegue fins lucrativos a título principal, não tem a estrutura organizacional de uma empresa nem uma presença regular no mercado.
- 28 Para responder a esta questão, há que referir desde logo que, por um lado, as disposições da Directiva 2004/18 não incluem a definição do conceito de «operador económico» e que, por outro, não estabelecem uma distinção entre os proponentes, em função de prosseguirem ou não fins lucrativos a título principal, nem excluem expressamente entidades como as que estão em causa no processo principal. No entanto, estas disposições, consideradas à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, contêm elementos suficientes para que se possa dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio.
- 29 Assim, o quarto considerando da Directiva 2004/18 evoca possibilidade de um «organismo de direito público» participar como proponente num processo de adjudicação de contratos públicos.
- 30 De igual modo, o artigo 1.º, n.º 8, primeiro e segundo parágrafos, desta directiva reconhece a qualidade de «operador económico» não apenas a qualquer pessoa singular ou colectiva mas também, expressamente, a qualquer «entidade pública» ou agrupamento constituído por tais entidades que preste serviços no mercado. Ora, o conceito de «entidade pública» pode abranger igualmente organismos que não prossigam fins lucrativos a título principal, não tenham a estrutura de uma empresa nem uma presença contínua no mercado.
- 31 Além disso, o artigo 4.º da mesma directiva, sob a epígrafe «Operadores económicos», proíbe, no n.º 1, que os Estados-Membros prevejam a possibilidade de rejeitar os candidatos ou proponentes que, em conformidade com a legislação do seu Estado-Membro de estabelecimento, estejam habilitados a fornecer a prestação objecto de um concurso público, pelo simples facto de, ao abrigo da legislação do Estado-Membro em que se efectua a adjudicação, serem uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva. Esta

disposição também não estabelece uma distinção entre candidatos e proponentes em função de disporem de um estatuto de direito público ou de um estatuto de direito privado.

32 No que respeita à questão, suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de uma eventual distorção da concorrência devido à participação num contrato público de entidades, como o recorrente no processo principal, que beneficiam de uma posição privilegiada em comparação com as dos operadores privados, proporcionada pelos financiamentos públicos que lhes são atribuídos, importa sublinhar que o quarto considerando da Directiva 2004/18 estabelece a obrigação de os Estados-Membros velarem por que tal distorção não se produza pelo facto de um organismo de direito público participar num contrato público. Esta obrigação impõe-se também no que se refere a entidades como o mencionado recorrente.

33 Cumpre igualmente recordar a este respeito as obrigações e as possibilidades de que dispõe uma entidade adjudicante, em virtude do artigo 55.º, n.º 3, da Directiva 2004/18, em caso de propostas anormalmente baixas devido à obtenção de um auxílio de Estado por um proponente. O Tribunal de Justiça reconheceu, aliás, que, em determinadas circunstâncias especiais, a entidade adjudicante tem a obrigação, ou, no mínimo, a possibilidade, de ter em consideração a existência de subvenções, nomeadamente de auxílios não conformes com o Tratado, para, eventualmente, excluir os proponentes que deles beneficiem (v., neste sentido, acórdão de 7 de Dezembro de 2000, ARGE, C-94/99, Colect., p. I-11037, n.º 29).

34 Todavia, a eventualidade de uma posição privilegiada de um operador económico pelo facto de receber financiamentos públicos ou auxílios de Estado não pode justificar a exclusão da participação num contrato público, *a priori* e sem qualquer outro exame, de entidades como o recorrente no processo principal.

- 35 Resulta das considerações precedentes que o legislador comunitário não pretendeu limitar o conceito de «operador económico que [...] prest[a] serviços no mercado» apenas aos operadores dotados de uma organização empresarial, nem impôs requisitos específicos que pudessem limitar, a montante, o acesso aos concursos com base na forma jurídica e na organização interna dos operadores económicos.
- 36 Esta interpretação é corroborada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 37 Assim, o Tribunal de Justiça declarou que um dos objectivos das normas comunitárias em matéria de contratos públicos consiste na maior abertura possível à concorrência (v., designadamente, neste sentido, acórdão Bayerischer Rundfunk e o., já referido, n.º 39) e que é do interesse do direito comunitário que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso público (acórdão de 19 de Maio de 2009, Assitur, C-538/07, Colect., p. I-4219, n.º 26). Importa acrescentar, a este respeito, que a maior abertura possível à concorrência é prevista não só atendendo ao interesse comunitário em matéria de livre circulação de produtos e serviços mas também ao próprio interesse da entidade adjudicante envolvida, que disporá assim de uma maior escolha quanto à oferta mais vantajosa e mais adaptada às necessidades do organismo público em causa (v., neste sentido, no que se refere às propostas anormalmente baixas, acórdão de 15 de Maio de 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, Colect., p. I-3565, n.º 29).
- 38 Neste espírito de abertura dos contratos públicos à maior concorrência possível, o Tribunal de Justiça declarou igualmente que as normas comunitárias que regem esta matéria são aplicáveis quando a entidade com a qual uma entidade adjudicante pretende celebrar um contrato oneroso seja ela própria também uma entidade adjudicante (v., neste sentido, acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, já referido, n.º 47 e jurisprudência aí referida). Ora, em conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/18, uma entidade adjudicante é uma entidade que preenche uma função de interesse geral com carácter não industrial ou comercial. Tal organismo não exerce, a título principal, uma actividade lucrativa no mercado.

- 39 De igual modo, o Tribunal de Justiça declarou que as normas comunitárias se opõem a toda a legislação nacional que exclua da adjudicação de contratos públicos de serviços cujo valor ultrapasse o limiar de aplicação das directivas candidatos ou proponentes habilitados, ao abrigo da legislação do Estado-Membro em que se encontram estabelecidos, a prestar o serviço em questão, pela simples razão de esses candidatos ou proponentes não revestirem a forma jurídica correspondente a uma determinada categoria de pessoa colectiva (v., neste sentido, acórdão de 18 de Dezembro de 2007, *Frigerio Luigi & C.*, C-357/06, *Colect.*, p. I-12311, n.º 22).
- 40 Além disso, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, importa recordar, por um lado, que o princípio da igualdade de tratamento não é desrespeitado apenas porque as entidades adjudicantes admitem a participação num processo de adjudicação de um contrato público de organismos beneficiários de subvenções que lhes permitem fazer ofertas a preços sensivelmente inferiores aos dos demais concorrentes não subvencionados e, por outro, que se o legislador comunitário pretendesse obrigar as entidades adjudicantes a excluir aqueles concorrentes, tê-lo-ia dito expressamente (acórdão ARGE, já referido, n.ºs 25 e 26).
- 41 Por último, de acordo também com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as normas comunitárias não exigem que a pessoa que celebra um contrato com uma entidade adjudicante esteja em condições de realizar directamente a prestação acordada com os seus próprios recursos para poder ser qualificada como empreiteiro, ou seja, como operador económico; é suficiente que seja capaz de fazer executar a prestação em causa, fornecendo as garantias necessárias para este efeito (v., neste sentido, acórdão de 12 de Julho de 2001, *Ordine degli Architetti e o.*, C-399/98, *Colect.*, p. I-5409, n.º 90).
- 42 Por conseguinte, resulta tanto das normas comunitárias como da jurisprudência do Tribunal de Justiça que pode apresentar uma proposta ou candidatar-se qualquer pessoa ou entidade que, tendo em conta os requisitos estabelecidos no anúncio de concurso público, se considere apta a assegurar a execução desse contrato, directamente ou recorrendo à subcontratação, independentemente do seu estatuto de direito privado ou de direito público e da questão de saber se é sistematicamente activa no mercado ou se apenas intervém ocasionalmente, ou se é subvencionada por fundos públicos ou não. A capacidade efectiva dessa entidade para preencher os requisitos estabelecidos no anúncio de concurso é apreciada, como observa

correctamente o Governo checo, numa fase ulterior do processo, de acordo com os critérios estabelecidos nos artigos 44.º a 52.º da Directiva 2004/18.

43 Cumpro acrescentar que uma interpretação restritiva do conceito de «operador económico» teria como consequência que os contratos celebrados entre entidades adjudicantes e organismos que não actuam principalmente com um fim lucrativo não seriam considerados «contratos públicos», que poderiam ser adjudicados por ajuste directo e que escapariam assim às normas comunitárias em matéria de igualdade de tratamento e de transparência, contrariamente à finalidade dessas normas.

44 Além do mais, como sublinha o órgão jurisdicional de reenvio, tal interpretação seria prejudicial para a colaboração entre entidades públicas e privadas assim como entre investigadores e empresários, e constituiria uma restrição da concorrência.

45 À luz do exposto, deve responder-se à primeira questão que as disposições da Directiva 2004/18, concretamente o artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 8, primeiro e segundo parágrafos, que se referem ao conceito de «operador económico», devem ser interpretadas no sentido de que permitem a participação, num contrato público de serviços, de entidades que não prossigam fins lucrativos a título principal, não tenham a estrutura organizacional de uma empresa nem uma presença regular no mercado, como as universidades e os institutos de investigação, assim como os agrupamentos constituídos por universidades e organismos da Administração Pública.

Quanto à segunda questão

46 Através desta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se as disposições da Directiva 2004/18, concretamente o artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 8, primeiro e segundo parágrafos, se opõem a uma legislação nacional que transpõe esta directiva para a ordem jurídica interna se esta legislação for interpretada no sentido de

que limita a participação nos processos de adjudicação de contratos públicos aos prestadores que, sistematicamente e a título profissional, prestem serviços no mercado, excluindo entidades, como as universidades e os institutos de investigação, que não prossigam fins lucrativos a título principal.

47 A este respeito, cumpre referir que, como resulta da redacção do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2004/18, os Estados-Membros têm a faculdade de habilitar ou não certas categorias de operadores económicos a fornecer determinadas prestações.

48 Assim, como observa correctamente a Comissão, os Estados-Membros podem regular as actividades das entidades que, como as universidades e os institutos de investigação, não prosseguem um fim lucrativo e cujo objecto é orientado principalmente para o ensino e a investigação. Podem, nomeadamente, autorizar ou não essas entidades a operar no mercado em função de a actividade em questão ser ou não compatível com os seus objectivos institucionais e estatutários.

49 Todavia, na medida em que essas entidades estejam habilitadas a prestar determinados serviços no mercado, a legislação nacional que transpõe a Directiva 2004/18 para a ordem jurídica interna não as pode proibir de participar em processos de adjudicação de contratos públicos relativos à prestação dos mesmos serviços. Com efeito, esta proibição é incompatível com as disposições da Directiva 2004/18, conforme interpretadas no âmbito da análise da primeira questão prejudicial.

50 Numa tal hipótese, é ao órgão jurisdicional de reenvio que compete interpretar o direito interno, na medida do possível, à luz do teor literal e da finalidade da Directiva 2004/18, para alcançar os resultados por esta prosseguidos, privilegiando a interpretação das normas nacionais mais conforme com essa finalidade, de modo a chegar, assim, a uma solução compatível com as disposições da referida directiva e deixando de aplicar todas

as disposições contrárias da lei nacional (v. acórdão de 22 de Dezembro de 2008, Magoora, C-414/07, Colect., p. I-10921, n.º 44).

- 51 Por conseguinte, importa responder à segunda questão que a Directiva 2004/18 se opõe à interpretação de uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que proíbe as entidades que, como as universidades e os institutos de investigação, não prosseguem a título principal fins lucrativos de participarem num processo de adjudicação de um contrato público, mesmo que essas entidades estejam habilitadas pelo direito nacional a prestar os serviços referidos no contrato em questão.

Quanto às despesas

- 52 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, 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 (Quarta Secção) declara:

- 1) **As disposições da Directiva 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, concretamente o artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 8, primeiro e segundo parágrafos, que se referem ao conceito de «operador económico», devem ser interpretadas no sentido de que permitem a participação, num contrato público de serviços, de entidades que não prossigam fins lucrativos a título principal, não tenham a estrutura**

organizacional de uma empresa nem uma presença regular no mercado, como as universidades e os institutos de investigação, assim como os agrupamentos constituídos por universidades e organismos da Administração Pública.

- 2) A Directiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que se opõe à interpretação de uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que proíbe as entidades que, como as universidades e os institutos de investigação, não prosseguem a título principal fins lucrativos de participarem num processo de adjudicação de um contrato público, mesmo que essas entidades estejam habilitadas pelo direito nacional a prestar os serviços referidos no contrato em questão.**

Assinaturas