



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

18 de dezembro de 2014*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos de serviços — Diretiva 92/50/CEE — Artigos 1.º, alínea c), e 37.º — Diretiva 2004/18/CE — Artigos 1.º, n.º 8, primeiro parágrafo, e 55.º — Conceitos de ‘prestador de serviços’ e de ‘operador económico’ — Estabelecimento hospitalar universitário público — Estabelecimento dotado de personalidade jurídica e de autonomia empresarial e organizacional — Atividade principalmente sem fins lucrativos — Finalidade institucional de prestar serviços de saúde — Possibilidade de prestar serviços análogos no mercado — Admissão a participar num processo de adjudicação de um contrato público»

No processo C-568/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Itália), por decisão de 28 de junho de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de novembro de 2013, no processo

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze

contra

Data Medical Service Srl,

sendo intervenientes:

Regione Lombardia,

Bio-Development Srl,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

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

advogado-geral: J. Kokott,

secretário: V. Tourrès, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 15 de outubro de 2014,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, por P. Stolzi, avvocato,

* Língua do processo: italiano.

- em representação de Data Medical Service Srl, por T. Ugoccioni, avvocato,
 - em representação da Bio-Development Srl, por E. D’Amico e T. Ugoccioni, avvocati,
 - em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Varone, avvocato dello Stato,
 - em representação da Comissão Europeia, por G. Conte e A. Tokár, na qualidade de agentes,
- vista a decisão tomada, ouvida a advogada-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,
profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 1.º, alínea c), e 37.º da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), e dos artigos 1.º, n.º 8, primeiro parágrafo, e 55.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (estabelecimento hospitalar universitário de Careggi, a seguir «Azienda») à Data Medical Service Srl (a seguir «Data Medical Service»), a propósito da regularidade da exclusão da participação da primeira entidade num processo de adjudicação de um contrato público de serviços.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O artigo 1.º, alínea c), da Diretiva 92/50 dispunha:
«Os prestadores de serviços são qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo organismos de direito público, que ofereçam serviços [...]»
- 4 Nos termos do artigo 37.º desta diretiva:
«Se em relação a um determinado contrato as propostas parecerem anormalmente baixas face à prestação em causa, a entidade adjudicante solicitará por escrito, antes de rejeitar essas propostas, esclarecimentos sobre os elementos constitutivos da proposta em questão que considere relevantes e verificará esses elementos constitutivos tendo em conta as explicações recebidas.
A entidade adjudicante pode tomar em consideração explicações que se justifiquem por motivos objetivos, incluindo a economia do método do serviço, as soluções técnicas escolhidas, as condições excecionalmente favoráveis de que o proponente dispõe para a prestação do serviço ou a originalidade do serviço proposto pelo proponente.
Caso os documentos relativos ao concurso prevejam a adjudicação do contrato pelo preço mais baixo, a entidade adjudicante deve comunicar à Comissão a rejeição de propostas consideradas demasiado baixas.»

5 O considerando 1 da Diretiva 2004/18 enuncia que esta diretiva procede, por razões de clareza, à reformulação, num só texto, das diretivas anteriores aplicáveis em matéria de contratos públicos de serviços, de fornecimento e de empreitadas, e baseia-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

6 Nos termos do considerando 4 da referida diretiva:

«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.»

7 O artigo 1.º, n.º 8, primeiro e segundo parágrafos, desta mesma diretiva prevê:

«Os termos ‘empreiteiro’, ‘fornecedor’ e ‘prestador de serviços’ designam qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos que, respetivamente, 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.»

8 O artigo 55.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Propostas anormalmente baixas», tem a seguinte redação:

«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 excecionalmente 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 proteção 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.»

Direito italiano

- 9 Resulta do artigo 3.º do Decreto Legislativo n.º 502, relativo à reforma no domínio da saúde (decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria), de 30 de dezembro de 1992 (suplemento ordinário ao GURI n.º 305, de 30 de dezembro de 1992), conforme interpretado pela Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), que os estabelecimentos de saúde são entidades públicas empresariais que «executam as suas missões de natureza essencialmente técnica, sob a forma jurídica de estabelecimentos públicos dotados de autonomia empresarial, com base nas instruções gerais contidas nos planos de saúde regionais e nas instruções de aplicação que lhes são impostas pelas Giunte regionali [(Juntas Regionais)]».
- 10 Nos termos do artigo 3.º, n.º 1 bis, deste decreto:
- «Em função da prossecução das suas finalidades institucionais, as unidades de saúde locais constituem-se em estabelecimentos dotados de personalidade jurídica de direito público e de autonomia empresarial; a sua organização e o seu funcionamento são regulados por um atto aziendale [ato através do qual são definidas as responsabilidades na gestão do estabelecimento, designadamente no plano orçamental] de direito privado, na observância dos princípios e critérios previstos pelas disposições regionais. O atto aziendale define as estruturas operacionais dotadas de autonomia de gestão e técnico-profissional, que estão obrigadas a uma prestação de contas detalhada.»
- 11 A Diretiva 92/50 foi transposta para a ordem jurídica italiana pelo Decreto Legislativo n.º 157, de 17 de março de 1995 (suplemento ordinário ao GURI n.º 104, de 6 de maio de 1995).
- 12 Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, deste decreto:
- «São consideradas entidades adjudicantes as Administrações do Estado, as regiões, as províncias autónomas de Trento e de Bolzano, as entidades públicas territoriais, as outras entidades públicas sem fins lucrativos, os organismos de direito público seja qual for a sua designação.»
- 13 O artigo 5.º, n.º 2, alínea h), do referido decreto prevê que este não é aplicável aos «contratos públicos de serviços adjudicados a uma entidade pública que seja ela própria uma entidade adjudicante na aceção do artigo 2.º, com base num direito exclusivo de que beneficie por força de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, desde que essas medidas sejam compatíveis com o Tratado».
- 14 A Diretiva 2004/18 foi transposta para a ordem jurídica italiana pelo Decreto Legislativo n.º 163/2006, de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinário ao GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006), que codifica as regras em matéria de contratos públicos.
- 15 O artigo 19.º, n.º 2, desse decreto dispõe:
- «O presente código não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma entidade adjudicante ou por uma entidade pública adjudicante a outra entidade adjudicante ou a uma associação de entidades adjudicantes, com base num direito exclusivo de que estas beneficiem por força de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado.»

16 O artigo 34.º, n.º 1, do referido decreto designa as entidades habilitadas a participar nos processos de adjudicação de contratos públicos e tem a seguinte redação:

«São admitidas a participar nos processos de adjudicação de contratos públicos, sem prejuízo dos limites expressamente indicados, as seguintes entidades:

- a) empresários em nome individual, incluindo artesãos, sociedades comerciais e sociedades cooperativas;
- b) consórcios de sociedades cooperativas de produção e de trabalho [...] e consórcios de empresas de artesãos [...];
- c) consórcios constituídos, incluindo sob a forma de associação em participação na aceção do artigo 2615.º ter do Código Civil, entre empresários em nome individual — incluindo artesãos — sociedades comerciais ou sociedades cooperativas de produção e de trabalho, em conformidade com o disposto no artigo 36.º;
- d) agrupamentos temporários de concorrentes, constituídos pelas entidades referidas nas alíneas a), b) e c) [...];
- e) consórcios ordinários de concorrentes referidos no artigo 2602.º do Código Civil, constituídos entre as entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do presente número, incluindo sob a forma de sociedade na aceção do artigo 2615.º ter do Código Civil [...];
- e bis) agrupamentos de empresas que tenham celebrado um contrato de rede na aceção do artigo 3.º, n.º 4 ter, do Decreto-Lei n.º 5, de 10 de fevereiro de 2009 [...];
- f) entidades que tenham celebrado um contrato de agrupamento europeu de interesse económico (AEIE) na aceção do Decreto Legislativo n.º 240, de 23 de julho de 1991 [...];
- f bis) operadores económicos, na aceção do artigo 3.º, n.º 22, estabelecidos noutros Estados-Membros, constituídos de acordo com a legislação em vigor nos seus países respetivos.»

17 A alínea f bis) foi aditada ao artigo 34.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 através da adoção do Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de setembro de 2008 (suplemento ordinário ao GURI n.º 231, de 2 de outubro de 2008), na sequência de um processo de infração instaurado contra a República Italiana pela Comissão, que tinha salientado que as diretivas em matéria de contratos públicos não permitem restringir a possibilidade de participar em concursos a determinadas categorias de operadores económicos.

18 Os artigos 86.º a 88.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006 preveem os mecanismos de verificação da anomalia da proposta, com base nos quais a entidade adjudicante pode decidir excluir um proponente do processo de adjudicação do contrato em causa.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

19 Por anúncio publicado em 5 de outubro de 2005, a Regione Lombardia (Região da Lombardia) lançou um concurso público para a adjudicação, segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, do serviço trienal de tratamento de dados para a avaliação externa da qualidade dos medicamentos. A Azienda, que tem sede e exerce as suas atividades na Região da Toscana, participou neste concurso e ficou classificada em primeiro lugar, tendo em conta principalmente o preço que propôs para os seus serviços, que é cerca de 59% inferior ao do segundo proponente melhor

qualificado, a Data Medical Service. Na sequência da verificação de uma eventual anomalia desta proposta, o contrato foi adjudicado à Azienda, por decisão da Regione Lombardia de 26 de maio de 2006.

- 20 A Data Medical Service impugnou a decisão de adjudicação do contrato no Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Tribunal Administrativo da Região da Lombardia), alegando que a adjudicatária deveria ter sido excluída com o fundamento de que, em conformidade com a regulamentação aplicável, um estabelecimento público não podia participar num concurso e de que, em todo o caso, a sua proposta financeira era anormalmente baixa, dada a amplitude da redução que oferecia.
- 21 Por acórdão de 24 de novembro de 2006, o Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia julgou procedente o primeiro fundamento invocado. Com base na leitura conjugada do artigo 5.º, n.º 2, alínea h), do Decreto Legislativo n.º 157/1995 e dos artigos 19.º e 34.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006, esse órgão jurisdicional considerou que, embora estas duas últimas disposições não fossem aplicáveis, *ratione temporis*, ao caso em apreço, os estabelecimentos públicos como a Azienda estavam formalmente proibidos de participar nos processos de adjudicação dos contratos públicos, uma vez que esses estabelecimentos só podem beneficiar da adjudicação direta de um contrato em determinadas condições. Com efeito, a Azienda, na qualidade de entidade pública exclusivamente vocacionada para a gestão do hospital público florentino, não podia atuar em condições de livre concorrência com pessoas de direito privado.
- 22 A Azienda interpôs recurso deste acórdão no Consiglio di Stato (Conselho de Estado), Supremo Tribunal Administrativo em Itália.
- 23 Esse órgão jurisdicional salienta, a título preliminar, que, não obstante o facto de o contrato em causa ter sido entretanto inteiramente executado, a Azienda continua interessada em que lhe seja reconhecido o direito de participar em concursos públicos.
- 24 O Consiglio di Stato observa, em seguida, que a primeira questão que se coloca no caso em apreço é a da definição exata do conceito de «operador económico», na aceção do direito da União, e a possibilidade de incluir nesse conceito um estabelecimento hospitalar universitário público. Quanto à natureza desses estabelecimentos no âmbito do processo de «aziendalizzazione», isto é, a passagem a um modelo empresarial, o Consiglio di Stato salienta que este processo conduziu à transformação das «unidades de saúde locais» existentes, que eram originariamente entidades administrativas que operavam a nível autárquico, em estabelecimentos dotados de personalidade jurídica e de autonomia empresarial, isto é, autonomia organizacional, patrimonial, contabilística e de gestão, o que levou parte da doutrina e da jurisprudência nacionais a qualificarem os estabelecimentos públicos de saúde, incluindo os hospitalares, de «entidades públicas empresariais». No entanto, a natureza pública desses estabelecimentos é indiscutível. A sua atividade não tem fins lucrativos a título principal e dispõem de poderes administrativos em sentido estrito, nomeadamente em matéria de inspeções e de sanções.
- 25 O Consiglio di Stato duvida que, nestas condições, ainda seja possível afirmar, como fez o Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, que, em direito italiano, existe uma proibição categórica de esses estabelecimentos participarem, enquanto entidades públicas empresariais, em concursos públicos, na qualidade de «simples concorrente». Refere, a este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente, os acórdãos ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o. (C-159/11, EU:C:2012:817), dos quais resulta que qualquer entidade que se considere apta a assegurar a execução de um contrato público tem direito a participar num concurso, independentemente do seu estatuto de direito privado ou de direito público.

- 26 Esta jurisprudência é aplicada por grande parte dos órgãos jurisdicionais italianos, que salientam, além disso, que a enumeração que consta do artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006 não pode ser considerada limitativa. O Consiglio di Stato entende que esta jurisprudência, comunitária e nacional, se opõe a que o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 157/1995 e o artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006 sejam interpretados no sentido de que excluem, *a priori*, um estabelecimento hospitalar da participação num concurso. Conclui que, com efeito, esta proibição de princípio já não tem razão de ser.
- 27 No entanto, o Consiglio di Stato considera que tal não equivale a autorizar, de forma incondicional, esses estabelecimentos a participarem em processos de adjudicação de contratos públicos. Segundo o Consiglio di Stato, a mesma jurisprudência identificou, a este respeito, dois limites: o primeiro é que a atividade objeto do concurso deve servir para a realização das finalidades institucionais da entidade pública em causa, e o segundo é que não haja uma disposição normativa específica nacional que proíba essa atividade, em particular, devido ao eventual efeito de distorção da concorrência.
- 28 No que diz respeito ao primeiro limite, o Consiglio di Stato considera que os estabelecimentos hospitalares públicos, *a fortiori* quando são universitários, desenvolvem também importantes atividades de ensino e de investigação, finalidades institucionais de que se pode afirmar corresponderem ao serviço objeto do concurso em causa no processo que lhe foi submetido, isto é, o tratamento de dados. Quanto ao segundo limite, o Consiglio di Stato considera que a faculdade de uma entidade que beneficia de financiamentos públicos participar livremente num concurso levanta o problema da igualdade de tratamento entre concorrentes heterogéneos, por um lado, os que devem operar no mercado e, por outro, os que podem contar também com financiamentos públicos e que assim, estão, em condições de apresentar propostas que uma pessoa de direito privado nunca poderia apresentar. Por conseguinte, há que procurar mecanismos de correção destinados a reequilibrar as condições iniciais entre os diferentes operadores económicos, mecanismos que devem ir além dos procedimentos de verificação do carácter eventualmente anormal das propostas.
- 29 Face a estas considerações, o Consiglio di Stato decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:
- «1) Considera o Tribunal de Justiça que o artigo 1.º da Diretiva [92/50], interpretado igualmente à luz do artigo 1.º, n.º 8, da Diretiva [2004/18], [obsta] a uma norma interna que seja interpretada no sentido de que exclui a [Azienda], na qualidade de estabelecimento hospitalar com a natureza de entidade pública [empresarial], da participação nos concursos?
- 2) O direito da União em matéria de contratos públicos, em especial os princípios gerais da livre concorrência, da não discriminação e da proporcionalidade, obsta a uma norma nacional que permite que uma entidade, do tipo [da Azienda], que beneficia, de modo estável, de recursos públicos e que é adjudicatária direta do serviço público de saúde, obtenha, graças a essa situação, uma vantagem concorrencial determinante perante outros operadores económicos — como demonstra o montante da redução proposta — sem que, simultaneamente, tenham sido previstas medidas de correção a fim de evitar um efeito de distorção da concorrência?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

- 30 Esta questão tem origem nas dúvidas suscitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto a saber se a regulamentação italiana aplicável, interpretada no sentido de que contém uma proibição geral que impede todos os estabelecimentos públicos, incluindo, conseqüentemente, os estabelecimentos

hospitalares universitários públicos, como a Azienda, de participarem nos processos de adjudicação de contratos públicos, pode ser considerada conforme com a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça em matéria de contratos públicos.

- 31 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional pergunta, em substância, se o artigo 1.º, alínea c), da Diretiva 92/50 se opõe a uma legislação nacional que exclui a participação de um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, nos processos de adjudicação de contratos públicos, devido à sua qualidade de entidade pública empresarial.
- 32 Há que assinalar, a título preliminar, que, embora a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio se refira tanto ao artigo 1.º, alínea c), da Diretiva 92/50 como ao artigo 1.º, n.º 8, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18, o contrato em causa no processo principal é, todavia, regulado, *ratione temporis*, pela Diretiva 92/50. Com efeito, resulta do n.º 19 do presente acórdão que a Regione Lombardia lançou o concurso em causa no processo principal por anúncio publicado em 5 de outubro de 2005. Ora, por força dos artigos 80.º e 82.º da Diretiva 2004/18, esta diretiva só revogou a Diretiva 92/50 com efeitos a 31 de janeiro de 2006. Assim, o processo de adjudicação do contrato público em causa no processo principal é regulado pelas normas jurídicas em vigor à data da publicação do anúncio de concurso.
- 33 Em seguida, saliente-se que a possibilidade de participação de entidades públicas em contratos públicos, paralelamente à participação de operadores económicos privados, resulta já claramente da redação do artigo 1.º, alínea c), da Diretiva 92/50, segundo o qual o «prestador de serviços» é qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo organismos de direito público, que ofereça serviços. Além disso, esta possibilidade de participação foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, n.º 51) e reiterada nos acórdãos posteriores ARGE (EU:C:2000:677, n.º 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, n.º 38) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o. (EU:C:2012:817, n.º 26).
- 34 A este respeito, o Tribunal de Justiça salientou igualmente que um dos objetivos das normas da União em matéria de contratos públicos é a maior abertura possível à concorrência (v., neste sentido, acórdão Bayerischer Rundfunk e o., C-337/06, EU:C:2007:786, n.º 39), abertura que é também do próprio interesse da entidade adjudicante envolvida, que disporá assim de uma escolha mais alargada quanto à proposta mais vantajosa e mais adequada às necessidades da coletividade pública em causa. Uma interpretação restritiva do conceito de «operador económico» teria como consequência que os contratos celebrados entre entidades adjudicantes e organismos que não atuam principalmente com fins lucrativos não seriam considerados «contratos públicos» e, assim, poderiam ser adjudicados por ajuste direto, escapando à aplicação das regras do direito da União em matéria de igualdade de tratamento e de transparência, contrariamente à finalidade dessas regras (v., neste sentido, acórdão CoNISMa, EU:C:2009:807, n.ºs 37 e 43).
- 35 Deste modo, o Tribunal de Justiça concluiu que resulta tanto das regras da União como da jurisprudência que pode apresentar uma proposta ou candidatar-se qualquer pessoa ou entidade que, tendo em conta os requisitos estabelecidos no anúncio de concurso, se considere apta a assegurar a execução desse contrato, independentemente do seu estatuto de direito privado ou de direito público e da questão de saber se está sistematicamente ativa no mercado ou se apenas intervém ocasionalmente (v., neste sentido, acórdão CoNISMa, EU:C:2009:807, n.º 42).
- 36 Além disso, como resulta da redação do artigo 26.º, n.º 2, da Diretiva 92/50, os Estados-Membros têm, é verdade, a faculdade de habilitar ou não determinadas categorias de operadores económicos a fornecer determinadas prestações. Podem regular as atividades das entidades que, como as Universidades e os institutos de investigação, não prosseguem fins lucrativos e cujo objeto é orientado principalmente para o ensino e a investigação. Podem, nomeadamente, autorizar ou não essas entidades a operar no mercado em função da circunstância de a atividade em questão ser ou não compatível com os seus objetivos institucionais e estatutários. No entanto, se e na medida em que

essas entidades estejam habilitadas a prestar determinados serviços no mercado mediante remuneração, mesmo a título ocasional, os Estados-Membros não as podem proibir de participar em processos de adjudicação de contratos públicos relativos à prestação dos mesmos serviços. Com efeito, tal proibição não seria compatível com o artigo 1.º, alíneas a) e c), da Diretiva 92/50 (v., quanto às disposições correspondentes da Diretiva 2004/18, acórdãos CoNISMa, EU:C:2009:807, n.ºs 47 a 49, e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., EU:C:2012:817, n.º 27).

- 37 Como indicou o representante do Governo italiano na audiência que decorreu no Tribunal de Justiça, os estabelecimentos hospitalares universitários públicos como os que estão em causa no processo principal, enquanto «entidades públicas empresariais», segundo a sua qualificação a nível nacional, estão autorizados a operar no mercado mediante remuneração, em setores compatíveis com a sua missão institucional e estatutária. No processo principal, afigura-se, além disso, que as prestações objeto do contrato público em causa não são incompatíveis com os objetivos institucionais e estatutários da Azienda. Nestas circunstâncias, que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a Azienda, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça referida no n.º 36 do presente acórdão, não pode ser impedida de participar neste concurso.
- 38 Por conseguinte, há que responder à primeira questão que o artigo 1.º, alínea c), da Diretiva 92/50 se opõe a uma legislação nacional que exclui a participação de um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, nos processos de adjudicação de contratos públicos, devido à sua qualidade de entidade pública empresarial, se e na medida em que esse estabelecimento estiver autorizado a operar no mercado em conformidade com os seus objetivos institucionais e estatutários.

Quanto à segunda questão

- 39 Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se as disposições da Diretiva 92/50 e, em especial, os princípios gerais da livre concorrência, da não discriminação e da proporcionalidade subjacentes a esta diretiva devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que permite que um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, participe num concurso e apresente uma proposta com a qual nenhum concorrente pode competir, graças aos financiamentos públicos de que beneficia, sem que tenham sido previstas medidas de correção para evitar as eventuais distorções da concorrência daí resultantes.
- 40 No âmbito da fundamentação desta questão, o Consiglio di Stato tem dúvidas sobre se o procedimento de verificação das propostas anormalmente baixas, referido no artigo 37.º da Diretiva 92/50, pode ser considerado um meio suficiente para evitar essas distorções da concorrência.
- 41 A este respeito, embora o órgão jurisdicional de reenvio considere desejável procurar mecanismos de correção destinados a reequilibrar as condições iniciais entre operadores económicos heterogéneos e que devem ir além dos procedimentos de verificação do carácter eventualmente anormal das propostas, importa declarar que o legislador da União, estando consciente da natureza diferente dos concorrentes que participam num concurso, não previu outros mecanismos além do da verificação e da eventual rejeição das propostas anormalmente baixas.
- 42 Além disso, há que recordar que as entidades adjudicantes devem tratar os operadores económicos em pé de igualdade, de forma não discriminatória, e agir com transparência.
- 43 No entanto, as disposições da Diretiva 92/50 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça não permitem excluir um proponente, *a priori* e sem outra análise, da participação num processo de adjudicação de um contrato público, apenas porque, graças a subvenções públicas de que beneficia, está em condições de propor preços sensivelmente inferiores aos dos proponentes não subvencionados (v., neste sentido, acórdãos ARGE, EU:C:2000:677, n.ºs 25 a 27, e CoNISMa, EU:C:2009:807, n.ºs 34 e 40).

- 44 No entanto, em determinadas circunstâncias especiais, a entidade adjudicante tem a obrigação, ou, pelo menos, a possibilidade, de tomar em consideração a existência de subvenções, nomeadamente de auxílios não conformes com o Tratado, para, se for caso disso, excluir os proponentes que deles beneficiem (v., neste sentido, acórdãos ARGE, EU:C:2000:677, n.º 29, e CoNISMa, EU:C:2009:807, n.º 33).
- 45 A este respeito, como salientou a Comissão na audiência no Tribunal de Justiça, a circunstância de o estabelecimento público em causa dispor de uma contabilidade separada entre as suas atividades exercidas no mercado e as outras atividades pode permitir verificar se uma proposta é anormalmente baixa por efeito de um elemento de auxílio de Estado. Contudo, a entidade adjudicante não pode concluir da falta dessa separação contabilística que essa oferta foi possibilitada pela obtenção de uma subvenção ou de um auxílio de Estado não conforme com o Tratado.
- 46 Saliente-se ainda que resulta da redação do artigo 37.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 92/50 que a possibilidade de rejeitar uma proposta anormalmente baixa não se limita ao único caso em que a modicidade do preço proposto é justificada pela obtenção de um auxílio de Estado ilegal ou incompatível com o mercado interno. Com efeito, esta possibilidade tem um carácter mais geral.
- 47 Por um lado, decorre da redação desta disposição que a entidade adjudicante está sujeita, aquando da análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, à obrigação de pedir ao candidato para apresentar as justificações necessárias para provar a seriedade da sua proposta (v., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 28).
- 48 Por conseguinte, a existência de um debate contraditório efetivo entre a entidade adjudicante e o concorrente, num momento útil do procedimento de análise das propostas, para o concorrente poder provar a seriedade da sua proposta, constitui uma exigência da Diretiva 92/50, com vista a evitar a arbitrariedade da entidade adjudicante e garantir uma concorrência sã entre as empresas (v., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., EU:C:2012:191, n.º 29).
- 49 Por outro lado, há que observar que o artigo 37.º da Diretiva 92/50 não contém uma definição do conceito de «proposta anormalmente baixa». Cabe assim aos Estados-Membros e, nomeadamente, às entidades adjudicantes determinarem o modo de cálculo de um limiar de anomalia constitutivo de uma «proposta anormalmente baixa» na aceção deste artigo (v., neste sentido, acórdão Lombardini e Mantovani, C-285/99 e C-286/99, EU:C:2001:640, n.º 67).
- 50 Neste contexto, o legislador da União precisou nesta disposição que o carácter anormalmente baixo de uma proposta deve ser apreciado «face à prestação». Assim, a entidade adjudicante pode, no âmbito da sua análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, com vista a assegurar uma concorrência sã, tomar em consideração não só as circunstâncias enunciadas no artigo 37.º, n.º 2, da Diretiva 92/50 mas também todos os elementos pertinentes à luz da prestação em causa (v., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., EU:C:2012:191, n.ºs 29 e 30).
- 51 Por conseguinte, há que responder à segunda questão que as disposições da Diretiva 92/50 e, em especial, os princípios gerais da livre concorrência, da não discriminação e da proporcionalidade subjacentes a esta diretiva devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que permite a um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, que participa num concurso, apresentar uma proposta com a qual nenhum concorrente pode competir, graças aos financiamentos públicos de que beneficia. No entanto, no âmbito da análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, com base no artigo 37.º dessa diretiva, a entidade adjudicante pode tomar em consideração a existência de um financiamento público de que esse estabelecimento beneficia, tendo em conta a faculdade de rejeitar essa proposta.

Quanto às despesas

- 52 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 (Quinta Secção) declara:

- 1) O artigo 1.º, alínea c), da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, opõe-se a uma legislação nacional que exclui a participação de um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, nos processos de adjudicação de contratos públicos, devido à sua qualidade de entidade pública empresarial, se e na medida em que esse estabelecimento estiver autorizado a operar no mercado em conformidade com os seus objetivos institucionais e estatutários.
- 2) As disposições da Diretiva 92/50 e, em especial, os princípios gerais da livre concorrência, da não discriminação e da proporcionalidade subjacentes a esta diretiva devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que permite a um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, que participa num concurso, apresentar uma proposta com a qual nenhum concorrente pode competir, graças aos financiamentos públicos de que beneficia. No entanto, no âmbito da análise do caráter anormalmente baixo de uma proposta, com base no artigo 37.º dessa diretiva, a entidade adjudicante pode tomar em consideração a existência de um financiamento público de que esse estabelecimento beneficia, tendo em conta a faculdade de rejeitar essa proposta.

Assinaturas