



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

6 de outubro de 2016*

«Reenvio prejudicial — Empreitadas de obras públicas — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 7.º, alínea c) — Montante dos limiares dos contratos de empreitada de obras públicas — Limite não atingido — Propostas anormalmente baixas — Exclusão automática — Faculdade da entidade adjudicante — Deveres da entidade adjudicante resultantes da liberdade de estabelecimento, da livre prestação de serviços e do princípio geral da não discriminação — Empreitadas que podem ter um real interesse transfronteiriço»

No processo C-318/15,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte, Itália), por decisão de 29 de abril de 2015, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 26 de junho de 2015, no processo

Tecnoedi Costruzioni Srl

contra

Comune di Fossano,

estando presente:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente de secção, C. Lycourgos, E. Juhász (relator), C. Vajda e K. Jürimäe, juizes,

advogado-geral: Y. Bot,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

* Língua do processo: italiano.

vistas as observações apresentadas:

- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli, avvocato dello Stato,
 - em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara e A. Tokár, na qualidade de agentes,
- profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE que dizem respeito, respetivamente, à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, bem como aos princípios gerais da igualdade de tratamento, da não discriminação e da proporcionalidade.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Tecnoedi Costruzioni Srl à Comune di Fossano (município de Fossano, Itália), a respeito da regularidade da adjudicação definitiva, por parte desse município, de uma empreitada de obras públicas à Ge.Co. Italia SpA.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O considerando 2 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 2004, L 134, p. 114), enuncia:

«A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público deve respeitar os princípios do Tratado [FUE], nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência [...]»
- 4 Em conformidade com o artigo 7.º, alínea c), da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Montantes dos limiares para contratos públicos», conforme alterado pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011 (JO 2011, L 319, p. 43), aplicável *ratione temporis* ao processo principal, esta diretiva aplica-se às empreitadas de obras públicas cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «IVA») seja igual ou superior a 5 000 000 euros.

Direito italiano

- 5 O Decreto Legislativo n.º 163/2006, de 12 de abril de 2006, relativo a criação do código dos contratos de empreitada de obras públicas, de serviços e de fornecimentos, por aplicação da Diretiva 2004/18 (suplemento ordinário ao GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006), dispõe, no seu artigo 122.º, n.º 9, sob a epígrafe «Regime específico para os contratos de empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior ao limiar»:
- «Para as obras de montante inferior ou igual a 1 milhão de euros, quando o critério de adjudicação for o do preço mais baixo, a entidade adjudicante pode prever no anúncio a exclusão automática das propostas que apresentem uma redução igual ou superior ao limiar de anomalia determinado em conformidade com o artigo 86.º, caso em que o artigo 87.º, n.º 1, não se aplica. No entanto, a faculdade de exclusão automática não pode ser exercida quando o número de propostas admitidas for inferior a dez, caso em que se aplicará o artigo 86.º»
- 6 Nos termos do artigo 86.º, n.º 3, deste decreto legislativo:
- «De qualquer forma, as entidades adjudicantes podem avaliar a idoneidade de qualquer proposta que, com base em elementos específicos, pareça anormalmente baixa.»
- 7 O artigo 87.º, n.º 1, do referido decreto legislativo prevê:
- «Quando uma proposta pareça anormalmente baixa, a entidade adjudicante pedirá ao proponente as justificações relativas aos componentes do preço que contribuem para formar o valor global de base do contrato e, no caso de adjudicação com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, as justificações relativas aos outros elementos de apreciação da proposta, em conformidade com o artigo 88.º A exclusão apenas pode ser decidida no final dessa verificação suplementar, depois de debate contraditório.»
- 8 O limiar de anomalia ao qual faz referência o artigo 122.º, n.º 9, do Decreto Legislativo n.º 163/2006, que concede às entidades adjudicantes a faculdade de excluir determinadas propostas consideradas anormalmente baixas, é determinado em conformidade com o cálculo matemático previsto no artigo 86.º, n.º 1, deste decreto legislativo.
- 9 O artigo 253.º, n.º 20-*bis*, do mesmo decreto legislativo dispõe:
- «As entidades adjudicantes podem aplicar até 31 de dezembro de 2015 as disposições previstas no artigo 122.º, n.º 9, e no artigo 124.º, n.º 8, relativas aos contratos de montante inferior aos limiares fixados no artigo 28.º [os limiares previstos no artigo 7.º da Diretiva 2004/18 para efeitos da aplicação desta].»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 10 Por anúncio publicado em 26 de junho de 2013, o município de Fossano (província de Cuneo, Itália) lançou um concurso para a adjudicação do contrato de empreitada de obras para a extensão e a renovação energética do jardim de infância «Gianni Rodari», no montante global de base de 1 158 899,97 euros. O critério de adjudicação deste contrato foi o do preço mais baixo. O caderno de encargos do referido concurso previa que «as propostas anormais serão identificadas de forma automática», em conformidade com o artigo 122.º, n.º 9, do Decreto Legislativo n.º 163/2006, quando o número de propostas válidas for igual ou superior a dez.

- 11 A comissão de adjudicação recebeu 101 propostas e admitiu 86. Na primeira sessão pública de 24 de julho de 2013, esta comissão excluiu de forma automática as propostas que continham uma redução superior ao limiar de anomalia calculado nos termos do artigo 86.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 163/2006.
- 12 A Tecnoedi Costruzioni foi declarada adjudicatária provisória, com uma redução de 25,397%. Depois, na segunda sessão pública, de 30 de julho de 2013, a comissão de adjudicação reexaminou oficiosamente a posição de dois operadores económicos concorrentes que tinham sido excluídos por erro, concretamente, os grupos temporários de empresas Niccoli Costruzioni Srl e Selva Mercurio Srl, decidindo admiti-los. Além disso, adjudicou provisoriamente o contrato à Ge.Co. Italia. Em seguida, por decisão de 5 de setembro de 2013, a comissão de adjudicação adjudicou definitivamente o contrato a esta última sociedade, que tinha apresentado uma proposta com uma redução de 25,427%.
- 13 No presente recurso, a Tecnoedi Costruzioni pediu a anulação da decisão de 5 de setembro de 2013 relativa à adjudicação do contrato à Ge.Co. Italia e a anulação da ata da sessão pública de 30 de julho de 2013, relativa à readmissão no processo de adjudicação dos grupos de temporários de empresas Selva Mercurio e Niccoli Costruzioni e à adjudicação provisória do contrato à Ge.Co. Italia. A título subsidiário, a recorrente no processo principal pediu a anulação do caderno de encargos por violação do artigo 122.º, n.º 9 do Decreto Legislativo n.º 163/2006, na medida em que, segundo este artigo, a exclusão automática das propostas anormalmente baixas não é permitida relativamente às empreitadas de valor superior a 1 milhão de euros como acontece com o contrato em causa no processo principal.
- 14 Tendo em conta este último fundamento suscitado pela Tecnoedi Costruzioni, o órgão jurisdicional de reenvio considerou dever submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Fazendo referência ao acórdão de 15 de maio de 2008, SECAP e Santorso (C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277), o órgão jurisdicional de reenvio observa que a legislação nacional permite que as entidades adjudicantes possam prever, no anúncio de concurso, o mecanismo de exclusão de forma automática das propostas anormalmente baixas, incluindo as propostas de valor próximo do limiar previsto nas regras do direito da União e, além disso, havendo um pequeno número de propostas admitidas, concretamente a partir de dez, sem tomar em consideração elementos concretos suscetíveis de demonstrar a existência de um verdadeiro interesse transfronteiriço.
- 15 Essa legislação nacional não impõe às entidades adjudicantes que apreciem concretamente a existência de um interesse transfronteiriço real de um contrato tendo em conta as suas características próprias. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a existência de um interesse transfronteiriço real de um contrato pode não resultar apenas da sua importância económica, mas também das características técnicas das obras em causa e da localização da sua execução.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, não obstante o facto de a empreitada de obras em causa no processo principal ter um valor estimado em 1 158 899,97 euros, a existência de um real interesse transfronteiriço não pode ser excluída na medida em que Fossano se situa a menos de 200 quilómetros da fronteira franco-italiana e que, entres os concorrentes admitidos no concurso, figuram várias empresas italianas estabelecidas em regiões que não são limítrofes, como o Lácio, situado a 600 quilómetros ou, a Campânia, situada a cerca de 800 quilómetros de Fossano. Além disso, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, existe um real interesse transfronteiriço sem que seja necessário que um operador económico tenha efetivamente manifestado o seu interesse (acórdão de 14 de novembro de 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, n.º 31 e jurisprudência referida).
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que o artigo 253.º, n.º 20-bis, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 permite a exclusão automática das propostas anormalmente baixas mesmo quando estejam em causa contratos cujo valor seja ligeiramente inferior ao limiar previsto nas regras do direito da União, sem nenhuma justificação plausível no que diz respeito à necessidade de uma legislação transitória tão prolongada.

- 18 Tendo em conta estas considerações, o Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte, Itália) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem os artigos 49.º [TFUE] e 56.º [TFUE] e os princípios da liberdade de estabelecimento, da livre prestação de serviços, da igualdade de tratamento, da não discriminação e da proporcionalidade ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação como a atualmente vigente em Itália, constante do artigo 122.º, n.º 9, e do artigo 253.º, n.º 20-*bis*, do Decreto Legislativo n.º 163/2006, [que prevê a] exclusão automática das propostas anormalmente baixas, nos concursos para adjudicação de contratos de empreitada de obras de valor inferior ao montante do limiar [previsto no artigo 7.º, alínea c), da Diretiva 2004/18,] que apresentam um interesse transfronteiriço?»

Quanto à questão prejudicial

- 19 Em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a adjudicação dos contratos públicos que, tendo em conta o seu valor, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação das diretivas em matéria de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas está, no entanto, sujeita às regras fundamentais e aos princípios gerais do Tratado FUE, em particular aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade e à obrigação de transparência deles decorrente, desde que esses contratos revistam um real interesse transfronteiriço (v., neste sentido, acórdãos de 15 de maio de 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, n.ºs 20 e 21; de 11 de dezembro de 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o., C-113/13, EU:C:2014:2440, n.ºs 45 e 46; de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 32; e de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 16).
- 20 No que respeita aos critérios objetivos suscetíveis de indicar a existência de um real interesse transfronteiriço, o Tribunal de Justiça já declarou que esses critérios podem ser, nomeadamente, a importância económica do contrato em causa, conjugada com o local de execução das obras ou ainda as características técnicas do contrato e as características específicas dos produtos em causa. Neste contexto, pode igualmente ter em conta a existência de denúncias apresentadas por operadores situados noutros Estados-Membros, na condição de que seja verificado que estas são reais e não fictícias (v., neste sentido, acórdãos de 15 de maio de 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, n.º 31, e de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 20 e jurisprudência referida).
- 21 O órgão jurisdicional de reenvio parece considerar que, relativamente ao contrato em causa no processo principal, a existência de um real interesse transfronteiriço não pode ser excluída, sendo um indício a este respeito o facto de Fossano estar situado a menos de 200 quilómetros da fronteira franco-italiana e de entre os concorrentes admitidos a participar no concurso figurarem várias empresas italianas estabelecidas em regiões situadas a 600, e mesmo a 800 quilómetros do local de execução das obras.
- 22 A este respeito, importa sublinhar que a existência de um real interesse transfronteiriço não pode ser deduzida hipoteticamente de determinados elementos que, considerados de maneira abstrata, poderiam constituir indícios nesse sentido, mas deve decorrer de maneira positiva de uma apreciação concreta das circunstâncias do contrato em causa. Em especial, o órgão jurisdicional de reenvio não se pode limitar a submeter ao Tribunal de Justiça elementos que permitam não excluir a existência de um real interesse transfronteiriço, mas deve, pelo contrário, apresentar os dados suscetíveis de provar essa existência.
- 23 Há que constatar que, no seu pedido prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio não apresentou nenhum elemento que permita ao Tribunal de Justiça dispor de informações dessa natureza.

- 24 A este respeito, não se justifica considerar que um contrato de empreitada de obras como o que está em causa no processo principal, que tem um valor que nem sequer atinge um quarto do limiar previsto pelas regras do direito da União e cuja localização de execução está situada a 200 quilómetros da fronteira com outro Estado-Membro, possa ter um real interesse transfronteiriço apenas pelo facto de um determinado número de propostas ter sido apresentado por empresas estabelecidas no Estado-Membro considerado e situadas a uma distância considerável do local de execução das obras em causa.
- 25 Com efeito, este elemento é claramente insuficiente, vistas as circunstâncias do processo principal, e, de qualquer modo, não pode ser o único a ter em consideração, na medida em que os potenciais concorrentes oriundos de outros Estados-Membros podem fazer face a obrigações e a encargos suplementares respeitantes, nomeadamente, à obrigação de se adaptarem ao quadro jurídico e administrativo do Estado-Membro de execução bem como a exigências linguísticas.
- 26 Nestas circunstâncias, não é possível ao Tribunal de Justiça dar uma resposta útil à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio com vista à resolução do litígio sobre o qual esse órgão tem de se pronunciar, em conformidade com o objetivo da cooperação instituída pelo artigo 267.º TFUE.
- 27 Daqui decorre que o pedido de decisão prejudicial é inadmissível.

Quanto às despesas

- 28 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 (Quarta Secção) declara:

O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte) por decisão de 29 de abril de 2015 é inadmissível.

Assinaturas