



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

7 de novembro de 2024*

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2014/23/UE — Procedimento de adjudicação dos contratos de concessão — Artigo 43.º — Modificação introduzida numa concessão durante a sua vigência sem abertura à concorrência — Concessão de autoestradas — Queda da ponte Morandi em Génova (Itália) — Processo de inquérito nacional por incumprimento grave das obrigações de manutenção e conservação da rede de autoestradas — Novas obrigações do concessionário — Obrigação da autoridade adjudicante de se pronunciar previamente sobre a necessidade de organizar um novo procedimento de adjudicação — Obrigação da autoridade adjudicante de examinar previamente a fiabilidade do concessionário»

No processo C-683/22,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), por Decisão de 19 de outubro de 2022, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de novembro de 2022, no processo

Adusbef — Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari,

contra

Presidenza del Consiglio dei ministri,

Ministero dell'Economia e delle Finanze,

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili,

DIPE — Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,

Autorità di regolazione dei trasporti,

Corte dei Conti,

Avvocatura generale dello Stato,

sendo intervenientes:

Mundys SpA, anteriormente designada Atlantia SpA,

* Língua do processo: italiano.

Autostrade per l'Italia SpA,

Holding Reti Autostradali SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: I. Jarukaitis, presidente da Quarta Secção, exercendo funções de presidente da Quinta Secção, D. Gratsias e E. Regan (relator), juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: C. Di Bella, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 28 de fevereiro de 2024,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Adusbef — Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari, por D. Granara e D. Mazzola, avvocati,
- em representação da Mundys SpA, por D. Gallo, G. Vercillo e A. Zoppini, avvocati,
- em representação da Autostrade per l'Italia SpA, por F. Anglani, M. Annoni, A. Cogoni, M. Merola e L. Torchia, avvocati,
- em representação da Holding Reti Autostradali SpA, por A. Parini, I. Perego, A. Police, e G. M. Roberti, avvocati,
- em representação do Governo Italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por G. Caselli, S. Fiorentino e G. Galluzzo, avvocati dello Stato,
- em representação do Governo Alemão, por J. Möller e P.-L. Krüger, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo Estónio, por N. Grünberg, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara e G. Wils, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 30 de abril de 2024,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 38.º, 43.º e 44.º da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Adusbef — Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (Associação para a Defesa dos Clientes de Serviços Bancários e Financeiros) à Presidenza del Consiglio dei ministri (Presidência do Conselho de Ministros,

Itália), ao Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministério da Economia e das Finanças, Itália), ao Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili (Ministério das Infraestruturas e Mobilidade Sustentáveis, Itália), ao DIPE — Dipartimento programmazione e coordinamento della politica Economica (Departamento para a Programação e a Coordenação das Políticas Económicas, Itália), à Autorità di regolazione dei trasporti (Autoridade Reguladora dos Transportes, Itália), à Corte dei Conti (Tribunal de Contas, Itália) e à Avvocatura generale dello Stato (Procuradoria-Geral, Itália) a respeito da legalidade das alterações à concessão de autoestrada da qual a Autostrade per l'Italia SpA (a seguir «ASPI») é titular, na sequência da queda da ponte Morandi, em Génova (Itália), em 14 de agosto de 2018.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 75 e 76 da Diretiva 2014/23 enunciam:

«(75) Os contratos de concessão normalmente envolvem complexos mecanismos técnicos e financeiros a longo prazo que estão muitas vezes sujeitos a circunstâncias variáveis. É, por conseguinte, necessário clarificar as condições em que as modificações de uma concessão durante a sua execução exigem um novo procedimento de adjudicação da concessão, tendo em conta a jurisprudência pertinente do [Tribunal de Justiça]. É obrigatório um novo procedimento de concessão em caso de alterações materiais à concessão inicial, em particular do âmbito de aplicação e do teor dos direitos e obrigações recíprocos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais dessa concessão. [...]

(76) As autoridades e entidades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias sem um novo procedimento de adjudicação. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação d[a concessão] e o seu valor previsível. [...]

4 Nos termos do artigo 3.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Princípio da igualdade de tratamento, não discriminação e transparência»:

«1. As autoridades e entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

[...]

2. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes garantem a transparência do procedimento de adjudicação e da execução do contrato, sem prejuízo do cumprimento das disposições do artigo 28.º.»

5 O artigo 38.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Seleção e avaliação qualitativa dos candidatos», prevê:

«1. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes verificam as condições de participação relacionadas com as capacidades profissionais e técnicas dos candidatos ou proponentes e a situação económica e financeira dos candidatos ou proponentes, com base em declarações feitas pelos próprios ou em referências a apresentar como prova em de acordo com os requisitos especificados no anúncio de concessão, que devem ser não discriminatórios e proporcionados ao objeto da concessão. As condições de participação devem ser proporcionadas e estar relacionadas com a necessidade de assegurar a capacidade do concessionário para executar a concessão, tendo em conta o objeto da concessão e o objetivo de assegurar uma genuína concorrência.

[...]

7. As autoridades ou entidades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelo Estado-Membro a excluir qualquer operador económico da participação num procedimento de adjudicação de concessão, numa das seguintes situações:

[...]

c) Caso a autoridade adjudicante possa demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu uma falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade;

[...]

f) Caso o operador económico tenha revelado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de uma concessão ou de um contrato anterior com uma autoridade ou entidade adjudicante tal como definida na presente diretiva ou na Diretiva 2014/25/UE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243),] tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse contrato, à condenação em danos ou a outras sanções comparáveis;

[...]

9. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.ºs 4 e 7 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar que é fiável, não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento.

[...]»

6 O artigo 43.º da Diretiva 2014/23, sob a epígrafe «Modificação de contratos durante o seu período de vigência», tem a seguinte redação:

«1. As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de concessão, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

[...]

c) Se se verificarem todas as seguintes condições:

- i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante ou entidade adjudicante diligente não podia prever,
- ii) a modificação não altera o carácter global da concessão,
- iii) no caso de concessões adjudicadas pela autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no anexo II, o aumento dos valores não pode ultrapassar 50 % do valor da concessão original. Caso sejam realizadas diversas modificações, esta limitação aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações não podem ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente diretiva;

d) Se o concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribui inicialmente a concessão for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:

- i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da com a alínea a),
- ii) transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou
- iii) assunção pela própria autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional;

e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4.

Depois de modificarem um[a concessão] nos casos previstos nas alíneas b) e c) do presente número, as autoridades adjudicantes ou as entidades adjudicantes publicam um anúncio para o efeito no *Jornal Oficial da União Europeia*. Este anúncio inclui as informações previstas no anexo XI e é publicado nos termos do artigo 33.º.

2. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), as concessões podem igualmente ser modificadas sem necessidade de novo procedimento de concessão, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores:

- i) o limiar estabelecido no artigo 8.º, e
- ii) 10 % do valor da concessão inicial.

Todavia, a modificação não pode alterar a natureza global da concessão. No caso de várias modificações, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das várias modificações.

[...]

4. A modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial na aceção do n.º 1, alínea e), caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma das seguintes condições:

- a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito da concessão;
- d) Um concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão é substituído por um novo concessionário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

5. As modificações das disposições de uma concessão durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de concessão nos termos da presente diretiva.»

7 O artigo 44.º desta diretiva, sob a epígrafe «Rescisão de concessões», prevê:

«Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes tenham a possibilidade, nas condições determinadas pelas normas de direito nacional aplicáveis, de rescindir uma concessão durante a sua vigência, caso se verifique uma ou mais das seguintes condições:

- a) A concessão foi objeto de uma modificação que exigiria um novo processo de adjudicação da concessão nos termos do artigo 43.º;
- b) O concessionário, à data da adjudicação do contrato, se encontre numa das situações referidas no artigo 38.º, n.º 4, pelo que deveria ter sido excluído do processo de adjudicação da concessão;
- c) O Tribunal de Justiça [...] considera, no quadro de um procedimento nos termos do artigo 258.º [TFUE], que um Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe são impostas pelos Tratados devido ao facto de a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante pertencente a esse Estado-Membro ter adjudicado a concessão em causa sem cumprir as obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados e da presente diretiva.»

8 Nos termos do artigo 54.º, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/23, esta última não é aplicável à adjudicação de concessões que tenham sido objeto de proposta ou adjudicadas antes de 17 de abril de 2014.

- 9 O anexo XI desta diretiva, sob a epígrafe «Informações a incluir nos anúncios de modificação de uma concessão durante o seu período de vigência em conformidade com o artigo 43.º», tem a seguinte redação:

«[...]

4. Descrição da concessão antes e depois da modificação: natureza e extensão das obras, natureza e extensão dos serviços.

5. Se aplicável, modificação do valor da concessão, incluindo os aumentos dos preços ou taxas resultantes da modificação.

6. Descrição das circunstâncias que tornaram necessária a modificação.

[...]»

Direito italiano

- 10 O artigo 43.º do decreto-legge n.º 201 — Disposizioni urgenti per la crescita, a equità e il consolidamento dei conti pubblici (Decreto-Lei n.º 201, que aprova Disposições Urgentes para o Crescimento, a Equidade e a Consolidação das Contas Públicas), de 6 de dezembro de 2011 (suplemento ordinário n.º 251 da GURI n.º 284, de 6 de dezembro de 2011), convertido, com alterações, na legge n. 214 (Lei n.º 214) de 22 de dezembro de 2011, conforme alterado pelo artigo 16.º do decreto-legge n. 109 (Decreto-Lei n.º 109) de 28 de setembro de 2018, convertido, com alterações, na legge n. 130 (Lei n.º 130) de 16 de novembro de 2018, dispõe:

«1. As atualizações ou revisões das convenções de autoestrada vigentes à data da entrada em vigor do presente decreto, quando impliquem alterações ou modificações do plano de investimento ou de aspetos de natureza regulamentar destinados a proteger as finanças públicas, são transmitidas, após ter ouvido a Autoridade Reguladora dos Transportes para as competências referidas no artigo 37.º, n.º 2, alínea g), no que respeita à identificação dos sistemas tarifários, pelo [Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, Itália)] ao CIPE [Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Comité Interministerial de Planeamento Económico e Desenvolvimento Sustentável, Itália)], que, após consulta do [Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Conselho Consultivo para a Aplicação das Orientações para a Regulamentação dos Serviços de Interesse Público, Itália)], se pronuncia no prazo de 30 dias e, subsequentemente, aprovada por decreto do Ministro das Infraestruturas e dos Transportes, com o acordo do Ministro da Economia e das Finanças, a publicar no prazo de 30 dias a contar da transmissão da convenção pela Administração concedente.

2. As atualizações ou revisões das convenções de autoestrada vigentes à data da entrada em vigor do presente decreto que não impliquem as alterações ou modificações referidas no n.º 1 são aprovadas por decreto do Ministro das Infraestruturas e dos Transportes, adotado de acordo com o Ministro da Economia e das Finanças, no prazo de 30 dias a contar da transmissão da convenção pela Administração concedente.

2-A. Nos casos referidos nos n.ºs 1 e 2, após ter ouvido a Autoridade Reguladora dos Transportes, o concedente controlará a aplicação dos critérios de fixação das tarifas, tendo também em conta a evolução efetiva da realização dos investimentos já incluídos nas tarifas.

3. As atualizações ou revisões das convenções de autoestrada, cujos projetos de ato adicional já tenham sido submetidos ao parecer do CIPE à data da entrada em vigor do presente decreto, são aprovadas por decreto do Ministro das Infraestruturas e dos Transportes, adotado com o acordo do Ministro da Economia e das Finanças, a adotar no prazo de 30 dias a contar da transmissão da convenção pela Administração concedente.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 11 Em 12 de outubro de 2007, a ASPI e a Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Junta Nacional Autónoma de Estradas, Itália) celebraram uma «Convenção Única de Concessão de um Conjunto de Troços de Autoestradas», sendo que os troços em causa se estendem por mais de 2 800 quilómetros. Nos termos do artigo 4.º desta convenção, a concessão terminará em 31 de dezembro de 2038. Em 1 de outubro de 2012, o Ministério das Infraestruturas e Mobilidade Sustentáveis sucedeu à Junta Nacional Autónoma de Estradas enquanto autoridade adjudicante.
- 12 Em 14 de agosto de 2018, a ponte Morandi, situada em Génova, desabou provocando a morte de 43 pessoas. Esta ponte fazia parte do viaduto do Polcevera da autoestrada A10, cuja exploração é concedida à ASPI. Em 16 de agosto de 2018, o Ministério das Infraestruturas e dos Transportes instaurou um processo de inquérito contra a ASPI, por incumprimento grave das obrigações de manutenção e conservação da rede de autoestradas.
- 13 A partir de 10 de julho de 2019, realizaram-se várias reuniões entre a ASPI, a Presidência do Conselho de Ministros, o Ministério da Economia e das Finanças e o Ministério das Infraestruturas e Mobilidade Sustentáveis, com o objetivo de encontrar uma solução negociada para os litígios pendentes relativos à queda da ponte Morandi.
- 14 Em 11 de julho de 2020, a ASPI apresentou uma proposta de solução negociada, na qual se comprometia, primeiro, a pagar a título de intervenção financeira compensatória a quantia de 3 400 milhões de euros, segundo, a reforçar as normas de segurança da rede de autoestradas concessionada e, terceiro, a ceder, juntamente com a Mundys SpA, anteriormente designada Atantia SpA, a sua sociedade-mãe, o controlo da ASPI à Cassa Depositi e Prestiti SpA e a investidores aceites por esta última.
- 15 Em 14 de outubro de 2021, com base nesta proposta, a ASPI e o Ministério das Infraestruturas e Mobilidade Sustentáveis celebraram um acordo de transação (a seguir «acordo de transação»). Em conformidade com o procedimento estabelecido no artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 201 referido no n.º 10 do presente acórdão, esse acordo foi aprovado pela Decisão n.º 75, de 22 de dezembro de 2021, do CIPE e pelo Decreto n.º 37, de 22 de fevereiro de 2022, do Ministro das Infraestruturas e da Mobilidade Sustentáveis, adotado em concertação com o Ministro da Economia e das Finanças.
- 16 O acordo de transação pôs termo ao processo instaurado contra a ASPI por incumprimento grave das obrigações de manutenção e de conservação da rede de autoestradas, sem que fosse formalmente declarada a existência de um incumprimento por parte desta última.
- 17 A Adusbef interpôs no Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), que é o órgão jurisdicional de reenvio, um recurso de anulação dos dois atos referidos no n.º 15 do presente acórdão, que aprovaram o acordo de transação, bem como de vários atos conexos a esse acordo.

- 18 Na sua decisão de reenvio, esse órgão jurisdicional sublinhou que a autoridade adjudicante não procedeu formalmente a um exame da conformidade, com as disposições da Diretiva 2014/23, da modificação, pelo acordo de transação, da concessão de autoestrada adjudicada à ASPI.
- 19 Primeiro, a autoridade adjudicante não verificou formalmente se a modificação introduzida nessa concessão preenchia as condições estabelecidas no artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c), desta diretiva. O órgão jurisdicional de reenvio considera, a este respeito, que um incumprimento das obrigações de manutenção que incumbem ao concessionário, suscetível de afetar a segurança rodoviária, não pode ser considerado uma circunstância imprevisível na aceção dessa disposição.
- 20 Segundo, a autoridade adjudicante também não verificou se a modificação prevista era suscetível de alterar «a natureza global da concessão» na aceção do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c), ii), da referida diretiva.
- 21 Terceiro, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, em conformidade com o acordo de transação, a Mundys vendeu 88 % do capital da ASPI a uma sociedade *holding*, cujo acionista maioritário com 51 % do capital social é a Cassa Depositi e Prestiti Equity, e na qual dois fundos estrangeiros, a Macquarie e a Blackstone, detêm cada um 24,5 %. No entanto, a autoridade adjudicante não examinou formalmente se esta modificação da composição da estrutura acionista da ASPI necessitava da organização de um novo procedimento de adjudicação da concessão, nomeadamente à luz do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2014/23.
- 22 Quarto, esse órgão jurisdicional interroga-se, à luz do artigo 38.º, n.º 7, alínea f), e do artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23, sobre se o acordo de transação, que conduziu à prorrogação da concessão de autoestradas em causa no litígio no processo principal, deveria ter sido precedido de uma avaliação formal da fiabilidade da ASPI, na sequência da queda da ponte Morandi. A este respeito, o referido órgão jurisdicional observa que a reconstrução da ponte Morandi não foi confiada à ASPI, apesar de esta ser titular dessa concessão, incluindo a exploração dessa ponte, mas a empresas terceiras.
- 23 Quinto, caso devesse ter sido organizado um novo procedimento de adjudicação da concessão e/ou a autoridade adjudicante devesse ter avaliado a fiabilidade do concessionário previamente à celebração do acordo de transação, o órgão jurisdicional de reenvio pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a interpretação do artigo 44.º da Diretiva 2014/23, que rege a rescisão das concessões pela autoridade adjudicante. Em especial, esse órgão jurisdicional interroga-se sobre se essa disposição exige a revogação de uma concessão durante a sua vigência quando tenha sido introduzida uma modificação em violação das disposições dessa diretiva.
- 24 Nestas condições, o Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«[À luz dos artigos 38.º, 43.º e 44.º da Diretiva 2014/23:]

1) É ou não contrário ao direito [da União] a interpretação da legislação nacional no sentido de que a Administração concedente pode iniciar um procedimento de alteração subjetiva e objetiva ou de renegociação de uma concessão de autoestrada em vigor, sem avaliar nem se pronunciar sobre a obrigação de abrir um procedimento de concurso público?

- 2) É ou não contrário ao direito [da União] a interpretação da legislação nacional no sentido de que a Administração concedente pode iniciar um procedimento de alteração subjetiva e objetiva ou de renegociação de uma concessão de autoestrada em vigor, sem avaliar a fiabilidade de um concessionário que incorreu em incumprimento grave?
- 3) Em caso de constatação de violação do princípio da publicidade e/ou de constatação de falta de fiabilidade do titular de uma concessão de autoestrada, a legislação [da União] impõe a obrigação de rescisão da relação contratual?»

Tramitação processual no Tribunal de Justiça

- 25 Invocando a importância do processo principal a nível nacional, o órgão jurisdicional de reenvio pediu ao Tribunal de Justiça que aplicasse a tramitação prejudicial acelerada prevista no artigo 105.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.
- 26 Por Decisão de 15 de dezembro de 2022, o presidente do Tribunal de Justiça, ouvidos o juiz-relator e o advogado-geral, indeferiu esse pedido.
- 27 A este respeito, importa recordar que a tramitação acelerada prevista no artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo constitui um instrumento processual destinado a responder a uma situação de urgência extraordinária (Acórdão de 28 de abril de 2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, n.º 21 e jurisprudência referida).
- 28 No caso vertente, não resulta dos elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial, nomeadamente em apoio do seu pedido de tramitação acelerada, que a natureza do presente processo exija, a título excecional, o seu tratamento em prazos curtos, em aplicação do artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.
- 29 Em especial, a necessidade de um tratamento dentro de prazos curtos, em aplicação desta disposição, não pode ser deduzida apenas do carácter económico ou socialmente sensível do processo principal [v., neste sentido, Acórdão de 10 de março de 2022, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Cobertura extensa de seguro de doença), C-247/20, EU:C:2022:177, n.º 45].

Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

- 30 A Mundys, a ASPI, a Holding Reti Autostradali SpA e o Governo Italiano alegaram que o pedido de decisão prejudicial é, no seu conjunto, inadmissível.
- 31 Em primeiro lugar, a Mundys alegou que a Diretiva 2014/23 não é aplicável *ratione temporis* à concessão em causa no litígio no processo principal, que foi adjudicada em 11 de outubro de 2007, uma vez que, nos termos do artigo 54.º, segundo parágrafo, desta diretiva, esta não se aplica à adjudicação de concessões que tenham sido objeto de uma proposta ou adjudicadas antes de 17 de abril de 2014.
- 32 A este respeito, há que recordar que, em caso de modificação substancial de um contrato de concessão, a legislação da União à luz da qual essa modificação deve ser apreciada é a que está em vigor à data dessa modificação, não obstante o facto de a data de celebração do contrato de

concessão inicial ser anterior à entrada em vigor das disposições pertinentes do direito da União (v., neste sentido, Acórdão de 2 de setembro de 2021, *Sisal e o.*, C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, n.º 28).

- 33 No caso vertente, o órgão jurisdicional de reenvio é chamado a determinar, nomeadamente, se as modificações introduzidas pelo acordo de transação, celebrado em 14 de outubro de 2021, ou seja, posteriormente à entrada em vigor da Diretiva 2014/23, devem ser consideradas substanciais em relação ao contrato de concessão inicial.
- 34 Daqui resulta que, no litígio no processo principal, a questão de saber se foram introduzidas modificações substanciais no contrato de concessão inicial pelo acordo de transação deve ser apreciada à luz das disposições da Diretiva 2014/23.
- 35 Em segundo lugar, a Mundys, a ASPI, a Holding Reti Autostradali, a Mundys e o Governo Italiano sustentaram, em substância, que o pedido de decisão prejudicial deve ser declarado inadmissível devido, por um lado, ao caráter hipotético das questões submetidas e, por outro, à falta de precisões suficientes sobre o contexto factual do litígio no processo principal e sobre as disposições nacionais aplicáveis.
- 36 A este respeito, recorde-se que, segundo jurisprudência constante, no âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais instituída pelo artigo 267.º TFUE, cabe exclusivamente ao juiz nacional que conhece do litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional, apreciar, tendo em conta as particularidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal. Consequentemente, desde que as questões submetidas tenham por objeto a interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se [Acórdão de 21 de março de 2023, *Mercedes-Benz Group (Responsabilidade dos fabricantes de veículos munidos de dispositivos manipuladores)*, C-100/21, EU:C:2023:229, n.º 52 e jurisprudência referida].
- 37 Daqui se conclui que as questões relativas ao direito da União gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional se for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas [Acórdão de 21 de março de 2023, *Mercedes-Benz Group (Responsabilidade dos fabricantes de veículos munidos de dispositivos manipuladores)*, C-100/21, EU:C:2023:229, n.º 53 e jurisprudência referida].
- 38 A este respeito, o Tribunal de Justiça tem sublinhado reiteradamente que o processo instituído pelo artigo 267.º TFUE constitui um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a resolução dos litígios que lhes cabe decidir e que a justificação do reenvio prejudicial não se baseia na formulação de opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas, mas na necessidade inerente à resolução efetiva de um litígio [Acórdão de 9 de janeiro de 2024, *G. e o. (Nomeação dos juízes de direito comum na Polónia)*, C-181/21 e C-269/21, EU:C:2024:1, n.º 62 e jurisprudência referida].

- 39 Como resulta dos próprios termos do artigo 267.º TFUE, a decisão prejudicial solicitada deve ser «necessária ao julgamento da causa» pelo órgão jurisdicional de reenvio no processo que lhe foi submetido [Acórdão de 9 de janeiro de 2024, G. e o. (Nomeação de juízes de direito comum na Polónia), C-181/21 e C-269/21, EU:C:2024:1, n.º 63 e jurisprudência referida].
- 40 No caso vertente, as questões primeira e segunda submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio não estão abrangidas pelas situações enumeradas no n.º 37 do presente acórdão, nas quais a presunção de pertinência de uma questão prejudicial pode ser ilidida. Com efeito, a interpretação solicitada do direito da União no âmbito destas questões, que visa determinar se a modificação da concessão de autoestradas adjudicada à ASPI na sequência da queda da ponte Morandi é compatível com as disposições da Diretiva 2014/23, tem uma relação direta com o objeto do litígio no processo principal, tendo o órgão jurisdicional de reenvio sido chamado a pronunciar-se sobre um recurso de anulação do acordo de transação.
- 41 Em contrapartida, não é esse o caso da terceira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, como sublinhou o advogado-geral nos n.ºs 89 e 90 das suas conclusões.
- 42 Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 44.º da Diretiva 2014/23 estabelece uma obrigação de rescindir uma concessão durante a sua vigência quando a modificação foi introduzida em violação da obrigação de organizar um novo procedimento de adjudicação ou da eventual obrigação de examinar a fiabilidade do concessionário.
- 43 Por força do artigo 44.º desta diretiva, os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades adjudicantes tenham a possibilidade de rescindir uma concessão durante a sua vigência, se tiver ocorrido uma modificação da concessão sem ter sido organizado um novo procedimento de adjudicação em violação do artigo 43.º, n.º 5, da referida diretiva, ou ainda quando o concessionário devesse ter sido excluído do procedimento de adjudicação de uma concessão nos termos do artigo 38.º, n.º 4, da mesma diretiva.
- 44 No caso vertente, resulta do pedido de decisão prejudicial e das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça que o órgão jurisdicional de reenvio é chamado a pronunciar-se sobre um recurso de anulação interposto pela Adusbef, uma associação de consumidores, dos atos que aprovaram o acordo de transação e contra vários atos conexos a esse acordo.
- 45 Assim, nenhum elemento dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça indica que o órgão jurisdicional de reenvio seja chamado a examinar uma eventual rescisão da concessão de autoestradas detida pela ASPI pela autoridade adjudicante, em aplicação do artigo 44.º da Diretiva 2014/23.
- 46 Por outro lado, o Tribunal de Justiça declara que, por um lado, a decisão de reenvio não contém nenhuma referência à Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO 1989, L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO 2007, L 335, p. 31), e, por outro, as explicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio não permitem identificar com a precisão requerida as disposições desta diretiva cuja interpretação poderia, eventualmente, revelar-se pertinente para responder à terceira questão.

- 47 Daqui resulta que, em aplicação da jurisprudência constante recordada nos n.ºs 38 e 39 do presente acórdão, a terceira questão deve ser declarada inadmissível.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

- 48 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2014/23 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação subjetiva e objetiva de uma concessão, durante a sua vigência, sem organizar um novo procedimento de adjudicação da concessão e sem ter exposto os motivos pelos quais considerou que não estava obrigada a organizar esse procedimento.
- 49 Há que salientar que a modificação dos contratos de concessão durante a sua vigência é regida pelo artigo 43.º da Diretiva 2014/23.
- 50 Por conseguinte, é à luz das disposições deste artigo que há que responder à primeira questão.
- 51 O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de precisar que o referido artigo procedeu a uma harmonização exaustiva das situações em que, por um lado, as concessões podem ser modificadas sem que seja necessário organizar para o efeito um novo procedimento de adjudicação da concessão em conformidade com as regras estabelecidas pela referida diretiva e aquelas em que, por outro, tal procedimento de concessão é necessário no caso de modificação das condições da concessão (Acórdão de 2 de setembro de 2021, *Sisal e o.*, C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, n.º 31).
- 52 Por força do artigo 43.º, n.º 5, da Diretiva 2014/23, qualquer modificação das disposições de uma concessão durante a sua vigência requer, em princípio, a organização de um novo procedimento de adjudicação, com exceção das modificações referidas nos n.ºs 1 e 2 deste artigo.
- 53 Resulta do que precede que o artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, desta diretiva enumera de forma exaustiva as situações em que uma concessão durante a sua vigência pode ser modificada sem organizar um novo processo de adjudicação.
- 54 No caso vertente, é consensual que, na sequência da queda da ponte Morandi em 14 de agosto de 2018, a concessão de autoestradas adjudicada à ASPI foi modificada em 14 de outubro de 2021 pelo acordo de transação sem que tivesse sido organizado um novo processo de adjudicação da concessão.
- 55 No entanto, importa recordar que, no âmbito do processo nos termos do artigo 267.º TFUE, que se baseia numa nítida separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, o juiz nacional tem competência exclusiva para apurar e apreciar os factos do litígio no processo principal, assim como para interpretar e aplicar o direito nacional (Acórdão de 24 de julho de 2023, *Lin*, C-107/23 PPU, EU:C:2023:606, n.º 76).
- 56 Por conseguinte, não compete ao Tribunal de Justiça, mas apenas ao juiz nacional, apreciar, à luz de todas as circunstâncias pertinentes, se cada uma das modificações introduzidas pelo acordo de transação à concessão de autoestrada detida pela ASPI se enquadra num dos casos previstos no

artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/23. Se fosse caso disso, daí resultaria que as referidas modificações podiam ser introduzidas sem organizar um novo processo de adjudicação da concessão.

- 57 Em contrapartida, se o juiz nacional concluir que uma ou várias dessas modificações não estão abrangidas por nenhuma das hipóteses previstas no artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, desta diretiva, deve deduzir-se daí que a ou as alterações em causa foram realizadas em violação da obrigação, estabelecida no artigo 43.º, n.º 5, da referida diretiva, de organizar um novo procedimento de adjudicação da concessão.
- 58 No caso vertente, o órgão jurisdicional de reenvio e as partes que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça evocaram a possibilidade de as modificações introduzidas pelo acordo de transação estarem abrangidas pelas disposições do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alíneas c) a e), da Diretiva 2014/23. A este respeito, importa fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio os elementos de interpretação do direito da União pertinentes para a resolução do litígio no processo principal.
- 59 Antes de mais, por força do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c), desta diretiva, durante a sua vigência, uma concessão pode ser modificada sem novo procedimento de adjudicação, desde que, nomeadamente, a modificação se torne necessária em virtude das circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não podia prever e que não altera a natureza global da concessão.
- 60 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a aplicabilidade desta disposição em circunstâncias em que a modificação à concessão durante a sua vigência se torna necessária devido a um incumprimento contratual por parte do concessionário, que consiste, no caso vertente, num incumprimento grave das obrigações de manutenção da rede de autoestradas cuja exploração foi concedida à ASPI.
- 61 Compete exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional apreciar a existência de tal incumprimento contratual por parte do concessionário nas circunstâncias do litígio no processo principal, bem como, sendo caso disso, a existência de uma relação de causalidade entre esse incumprimento e a modificação introduzida na concessão durante a sua vigência.
- 62 Assim sendo, por um lado, resulta do considerando 75 da Diretiva 2014/23 que os contratos de concessão utilizam geralmente mecanismos técnicos e financeiros complexos e de longo prazo que estão frequentemente sujeitos a um contexto evolutivo, pelo que o legislador da União considerou necessário clarificar as condições em que as modificações de uma concessão durante a sua execução exigem um novo procedimento de adjudicação da concessão, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça.
- 63 Por outro lado, resulta do considerando 76 da Diretiva 2014/23 que o artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c), desta diretiva tem por objeto conferir às autoridades e às entidades adjudicantes alguma flexibilidade para adaptar a concessão a circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando a adjudicaram.
- 64 Ora, um incumprimento contratual por parte do concessionário não pode, por si só, ser considerado uma circunstância que uma autoridade adjudicante diligente não podia prever, na aceção do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c), da Diretiva 2014/23. Por conseguinte, tendo em conta a finalidade desta disposição, conforme resulta do considerando 76 desta

diretiva, um incumprimento por parte do concessionário das suas obrigações contratuais não é suscetível de justificar a modificação de uma concessão durante o seu período de vigência sem abertura à concorrência.

- 65 Em seguida, relativamente ao artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2014/23, esta disposição estabelece as condições em que um novo concessionário pode substituir o concessionário inicial sem que seja necessário organizar um novo procedimento de adjudicação.
- 66 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a aplicabilidade desta disposição nas circunstâncias do litígio no processo principal, uma vez que o acordo de transação implicou uma alteração da composição da estrutura acionista do concessionário, a saber, a ASPI, descrita no n.º 21 do presente acórdão, e que implicou uma mudança sustentável no controlo da ASPI.
- 67 A este respeito, não se afigura que uma modificação da composição da estrutura acionista do concessionário possa, enquanto tal, ser considerada uma modificação da própria concessão, na aceção do artigo 43.º, n.º 5, da Diretiva 2014/23.
- 68 De forma mais específica, as cessões de partes do capital social do concessionário, tanto em benefício de novos acionistas como de acionistas já existentes, não implicam a substituição do concessionário inicial por um novo concessionário, hipótese prevista no artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), desta diretiva, mas apenas modificações na composição ou na repartição do capital social desse concessionário.
- 69 Visto que as modificações que afetam o capital social do concessionário não modificam a concessão na aceção do artigo 43.º, n.º 5, da Diretiva 2014/23, não exigem a organização de um novo procedimento de adjudicação.
- 70 Por último, resulta do artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea e), da Diretiva 2014/23, lido em conjugação com o artigo 43.º, n.º 4, desta diretiva, que as modificações que não sejam «substanciais» não devem ser objeto de um novo procedimento de adjudicação. Uma modificação é considerada «substancial» quando torna as características da concessão substancialmente diferentes das previstas inicialmente. O considerando 75 dessa diretiva precisa, a este respeito, que tais modificações demonstram a intenção das partes de renegociar as condições essenciais da concessão.
- 71 Em conformidade com a jurisprudência constante recordada no n.º 55 do presente acórdão, cabe exclusivamente ao juiz nacional apreciar se as modificações introduzidas pelo acordo de transação, cujo teor foi resumido no n.º 14 do presente acórdão, revestem uma natureza «substancial» na aceção das disposições acima referidas.
- 72 Importa precisar, a este respeito, que as novas obrigações impostas ao concessionário, como o pagamento de uma compensação financeira ou o reforço das normas de segurança da rede de autoestradas concessionada, não são abrangidas pela presunção estabelecida no artigo 43.º, n.º 4, alínea b), desta diretiva, por força da qual as modificações que alterem o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário devem ser sempre consideradas substanciais.
- 73 Resulta das explicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio que este também se interroga sobre os requerimentos formais que a autoridade adjudicante deve cumprir em caso de modificação introduzida a uma concessão durante a sua vigência, à semelhança das modificações previstas no acordo de transação que são objeto do litígio no processo principal. A este respeito,

há que distinguir duas situações consoante as modificações em questão devam ou não ser objeto de um novo procedimento de adjudicação em aplicação do artigo 43.º da Diretiva 2014/23, o que cabe a este órgão jurisdicional determinar.

- 74 Quando a modificação pretendida não se enquadre numa das situações previstas no artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, desta diretiva, o que implica que essa modificação deve ser objeto de um novo procedimento de adjudicação, devem ser cumpridos todos os requisitos formais estabelecidos no título II da referida diretiva, em especial, a publicação de um anúncio de concessão em conformidade com o artigo 31.º da mesma diretiva.
- 75 Caso contrário, ou seja, quando a modificação de uma concessão durante a sua vigência não requer a organização de um novo procedimento de adjudicação, os requisitos formais estabelecidos no título II da referida diretiva não são aplicáveis.
- 76 Nesta hipótese, o artigo 43.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/23 prevê, no entanto, em certos casos, a publicação de um anúncio de modificação no *Jornal Oficial da União Europeia* em conformidade com o artigo 33.º desta diretiva, devendo esse anúncio conter as informações previstas no anexo XI da referida diretiva.
- 77 Em conformidade com o artigo 43.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/23, esta obrigação de publicar um anúncio de modificação não abrange todas as modificações que possam ser efetuadas sem organizar um novo procedimento de adjudicação, mas apenas as referidas no artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alíneas b) e c), desta diretiva.
- 78 Além disso, este anúncio de modificação deve ser publicado depois da modificação pretendida, e não previamente a esta. Com efeito, a redação do artigo 43.º, n.º 1, segundo parágrafo, da referida diretiva visa inequivocamente as autoridades adjudicantes que «modificar[a]m» uma concessão durante a sua vigência.
- 79 Feita esta precisão, há ainda que recordar que, em conformidade com jurisprudência constante, a autoridade adjudicante deve cumprir o princípio geral do direito da União relativo a uma boa administração, devendo este princípio ser respeitado pelos Estados-Membros quando aplicam o direito da União. Entre as exigências que decorrem do referido princípio, o dever de fundamentação das decisões adotadas pelas autoridades nacionais reveste uma importância especial, uma vez que permite que os destinatários dessas decisões defendam os seus direitos e decidam com pleno conhecimento de causa se delas devem interpor recurso jurisdicional (Acórdão de 21 de dezembro de 2023, *Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias*, C-66/22, EU:C:2023:1016, n.º 87).
- 80 Este dever de fundamentação, que incumbe às autoridades adjudicantes, também decorre do seu dever de garantir a transparência tanto do procedimento de adjudicação como da execução do contrato de concessão, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2014/23.
- 81 No contexto das disposições do artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, desta diretiva, este dever de fundamentação deve permitir, em especial, às pessoas que não sejam o concessionário tomar conhecimento dos motivos pelos quais a autoridade adjudicante considerou que, durante a sua vigência, a concessão podia ser modificada sem organizar um novo procedimento de adjudicação.

- 82 Na prática, esta fundamentação deve permitir a qualquer interessado identificar, sem dificuldade, os motivos pelos quais a autoridade adjudicante considerou que não era obrigada a organizar um novo procedimento de adjudicação da concessão em aplicação das disposições pertinentes do artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/23 e/ou das medidas nacionais que transpuseram essas disposições.
- 83 Com efeito, na falta dessa fundamentação, as pessoas que sejam suscetíveis de terem interesse em agir contra essa decisão, nomeadamente as potencialmente lesadas por esta, não estariam em condições de apreciar, com pleno conhecimento de causa, a oportunidade de interpor recurso da referida decisão.
- 84 Nas circunstâncias do litígio no processo principal, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se as decisões que registaram a modificação da concessão de autoestradas adjudicada à ASPI cumpriram esse dever de fundamentação.
- 85 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira questão que o artigo 43.º da Diretiva 2014/23, lido em conjugação com o princípio geral da boa administração, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação subjetiva e objetiva de uma concessão, durante a sua vigência, sem organizar um novo procedimento de adjudicação da concessão, desde que essa modificação não esteja abrangida pelo artigo 43.º, n.º 5, desta diretiva e que a autoridade adjudicante tenha exposto os motivos pelos quais considerou que não estava obrigada a organizar esse procedimento.

Quanto à segunda questão

- 86 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2014/23 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação de uma concessão durante a sua vigência sem ter avaliado a fiabilidade do concessionário em circunstâncias em que este último cometeu ou é suspeito de ter cometido um incumprimento contratual grave.
- 87 A título preliminar, no que respeita às declarações da ASPI, da Mundys e do Governo Italiano segundo as quais não foi oficialmente declarado nenhum incumprimento contratual do concessionário no caso vertente, importa recordar que o juiz nacional tem competência exclusiva para apurar e apreciar os factos do litígio no processo principal.
- 88 A segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio visa explicitamente a avaliação da fiabilidade «de um concessionário que incorreu em incumprimento grave». Por conseguinte, o Tribunal de Justiça examinará esta questão com base nessa premissa factual.
- 89 Em conformidade com o que foi clarificado no n.º 73 do presente acórdão, há que distinguir entre duas situações consoante as modificações à concessão durante a sua vigência devam ou não ser objeto de um novo procedimento de adjudicação em aplicação do artigo 43.º da Diretiva 2014/23, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar.
- 90 Em primeiro lugar, embora a modificação em causa não esteja abrangida por uma das situações previstas no artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/23, o que implica que, em conformidade com o artigo 43.º, n.º 5, desta diretiva, essa modificação deve ser objeto de um novo procedimento de adjudicação, devem ser cumpridos todos os requisitos estabelecidos no título II da mesma diretiva.

- 91 Entre estes requisitos figuram, nomeadamente, os relativos à seleção e à avaliação qualitativa do candidato, enumerados no artigo 38.º da Diretiva 2014/23.
- 92 Nos termos do artigo 38.º, n.º 1, desta diretiva, as condições de participação, que visam, nomeadamente, as capacidades profissionais e técnicas, devem ser proporcionadas e estar relacionadas com a necessidade de assegurar a capacidade do concessionário para executar a concessão, tendo em conta o objeto da concessão e o objetivo de assegurar uma genuína concorrência.
- 93 À semelhança do artigo 57.º, n.º 4, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), cujas disposições correspondem, em substância, às do artigo 38.º, n.º 7, da Diretiva 2014/23, a faculdade, ou mesmo a obrigação, de a autoridade adjudicante aplicar os motivos de exclusão enunciados nesta última disposição destina-se especialmente a permitir-lhe apreciar a idoneidade e a fiabilidade de cada operador económico que participe num procedimento de adjudicação da concessão (v., por analogia, Acórdão de 21 de dezembro de 2023, Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, n.º 56).
- 94 Assim, o legislador da União pretendeu assegurar-se de que as autoridades adjudicantes dispõem, em todos os Estados-Membros, da possibilidade de excluir os operadores económicos que considerem ser pouco fiáveis (v., por analogia, Acórdão de 21 de dezembro de 2023, Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, n.º 57).
- 95 Em especial, o artigo 38.º, n.º 7, alínea c), da Diretiva 2014/23 prevê que as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelo Estado-Membro a excluir qualquer operador económico caso seja demonstrado, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu uma falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade. O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de precisar que o conceito de «falta profissional», que abrange qualquer comportamento culposos que afete a credibilidade, a idoneidade ou a fiabilidade profissional do operador económico em causa, deve ser objeto de uma interpretação ampla (v., por analogia, Acórdão de 15 de setembro de 2022, J. Sch.Omnibusunternehmen e K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, n.º 45).
- 96 Por outro lado, embora o artigo 38.º, n.º 7, desta diretiva enumere exhaustivamente os motivos facultativos de exclusão suscetíveis de justificar a exclusão de um operador económico da participação num procedimento de adjudicação de uma concessão por razões baseadas em elementos objetivos relativos às suas qualidades profissionais (v., por analogia, Acórdão de 15 de setembro de 2022, J. Sch.Omnibusunternehmen e K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, n.º 54), nada impede a autoridade adjudicante de impor exigências particularmente elevadas no que respeita à aptidão e à fiabilidade dos concessionários (v., por analogia, Acórdão de 7 de setembro de 2023, Comissão/Polónia, C-601/21, EU:C:2023:629, n.º 92).
- 97 Daqui resulta que a autoridade adjudicante está obrigada, previamente à modificação de uma concessão que requer a organização de um novo procedimento de adjudicação por força do artigo 43.º, n.º 5, da referida diretiva, a examinar a fiabilidade dos candidatos em conformidade com as disposições do artigo 38.º da mesma diretiva.

- 98 Em segundo lugar, na hipótese de a modificação não dever ser objeto de um novo procedimento de adjudicação, por estar abrangida por um dos casos previstos no artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/23, há que reconhecer que a única disposição que estabelece uma obrigação, para a autoridade adjudicante, de verificar a fiabilidade do concessionário se encontra no artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), ii), desta diretiva.
- 99 Nos termos desta última disposição, quando um novo concessionário substitui o concessionário inicial na sequência de uma transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação de sociedades, nomeadamente de OPA, de fusão, de aquisição ou de insolvência, o novo concessionário deve satisfazer os critérios de seleção qualitativos inicialmente estabelecidos.
- 100 No entanto, pelos motivos indicados nos n.ºs 65 a 69 do presente acórdão, e sem prejuízo das verificações de ordem factual que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, não se afigura que o artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2014/23 seja aplicável em circunstâncias como as do litígio no processo principal, que se caracterizam por uma modificação da composição da estrutura acionista do concessionário, a saber, a ASPI.
- 101 Nenhuma outra disposição do artigo 43.º desta diretiva, que rege de forma exaustiva as situações em que uma concessão pode ser modificada sem organizar um novo procedimento de adjudicação, prevê a obrigação de a autoridade adjudicante verificar a fiabilidade do concessionário.
- 102 Por outro lado, embora o artigo 44.º da Diretiva 2014/23 obrigue os Estados-Membros a prever a possibilidade de a autoridade adjudicante rescindir a concessão durante a sua vigência em três situações, nomeadamente, nos termos da alínea a) deste artigo, no caso em que a modificação da concessão deveria ter sido objeto de um novo procedimento de adjudicação, este artigo, tal como nenhuma outra disposição desta diretiva, não identifica as obrigações que os Estados-Membros devem prever, que recaem sobre a autoridade adjudicante, em caso de incumprimento pelo concessionário das obrigações que lhe são impostas pelo contrato de concessão.
- 103 Na falta de harmonização a nível da União, cabe a cada Estado-Membro determinar as regras que permitem à autoridade adjudicante reagir quando o concessionário tiver cometido ou for suspeito de ter cometido um incumprimento contratual grave, pondo em causa a sua fiabilidade, durante a execução da concessão.
- 104 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à segunda questão que o artigo 43.º da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação de uma concessão durante a sua vigência sem ter avaliado a fiabilidade do concessionário, quando essa modificação não esteja abrangida pelo artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), ii), nem pelo artigo 43.º, n.º 5, desta diretiva. Cabe a cada Estado-Membro determinar as regras que permitem à autoridade adjudicante reagir quando o concessionário tiver cometido ou for suspeito de ter cometido um incumprimento contratual grave, pondo em causa a sua fiabilidade, durante a execução da concessão.

Quanto às despesas

- 105 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 43.º da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, lido em conjugação com o princípio geral da boa administração,**

deve ser interpretado no sentido de que:

não se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação subjetiva e objetiva de uma concessão, durante a sua vigência, sem organizar um novo procedimento de adjudicação da concessão, desde que essa modificação não esteja abrangida pelo artigo 43.º, n.º 5, desta diretiva e que a autoridade adjudicante tenha exposto os motivos pelos quais considerou que não estava obrigada a organizar esse procedimento.

- 2) O artigo 43.º da Diretiva n.º 2014/23**

deve ser interpretado no sentido de que:

não se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante pode proceder à modificação de uma concessão durante a sua vigência sem ter avaliado a fiabilidade do concessionário, quando essa modificação não esteja abrangida pelo artigo 43.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea d), ii), nem pelo artigo 43.º, n.º 5, desta diretiva. Cabe a cada Estado-Membro determinar as regras que permitem à autoridade adjudicante reagir quando o concessionário tiver cometido ou for suspeito de ter cometido um incumprimento contratual grave, pondo em causa a sua fiabilidade, durante a execução da concessão.

Assinaturas