

CAPÍTULO 14

ADJUDICAÇÃO E NÃO ADJUDICAÇÃO.

Processo C-27/98 (Fracasso e Leitschutz)

Acórdão de 16 de setembro de 1999

Coletânea, 1999, página 5697

ECLI:EU:C:1999:420

“1) O artigo 18º, nº 1, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, na versão que resulta da Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante não está obrigada a atribuir o concurso ao único proponente considerado apto a participar no concurso.

2) (...).”

COMENTÁRIO :

O caso desenvolveu-se em Salzburg, na Áustria, onde, por uma entidade adjudicante, foi anulado um concurso, aplicando uma norma nacional que tal permitia quando restasse um único concorrente em competição. Isso ocorreu em 1997, e, em simultâneo com o atrás apontado, subsistiam algumas hesitações, por parte da mesma entidade adjudicante, quanto à solução técnica a executar na obra. Essa entidade mudou a solução técnica durante o procedimento, e também fundamentou a anulação nessa alteração. A decisão de anulação do concurso foi, após uma fase de conciliação parcialmente frustrada, impugnada pelo agrupamento de empresas Fracasso e Leitschutz, que fora o único a ultrapassar o crivo da avaliação do conteúdo total das várias propostas apresentadas. O Tribunal de Justiça preferiu uma interpretação que acaba por ter consequências muito além deste caso. Assim, depois de muitas considerações de índole diversa, no ponto 32, do acórdão, afirmou : “(...) quando, no termo de um dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas

definidos na Directiva 93/37, resta uma única proposta, a entidade adjudicante não está em condições de comparar os preços ou as outras características de diferentes propostas a fim de adjudicar o contrato de acordo com os critérios referidos no título IV, capítulo 3, da Directiva 93/37". Portanto, adjudicar supõe escolher entre propostas, Se não puder comparar ofertas, não deve haver adjudicação. Aparenta, assim, que o Tribunal de Justiça, questionado sobre a licitude da anulação de um procedimento pré-contratual, acabou por não só responder que sim, mas que adjudicar ao único proponente seria ofender o disposto na diretiva 93/37/CEE. É isto que torna esta aresto tão polémico quanto importante. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas das diretivas sobre contratação pública).

Processo C-92/00 (HI II)

Acórdão de 18 de junho de 2001

O comentário a este acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso). Nele se aprecia a abrangência dos meios de recurso previstos, em geral, na diretiva 89/665/CEE, concluindo pela inclusão nela de uma decisão de revogar um convite para participação num procedimento pré-contratual.

Processo C-448/01 (EVN e Wienstrom)

Acórdão de 4 de dezembro de 2003

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo) e 28 (meios de recurso). Inclui uma eventual obrigação de anular o procedimento pré-contratual, se bem que dependente de decisão anulatória da instância nacional de recurso.

Processo C-244/02 (Kauppatalo Hansel)

Despacho de 16 de outubro de 2003

Coletânea, 2003, página I-12139

ECLI:EU:C:2003:560

“A directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, tal como alterada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretada no sentido de que a entidade adjudicante que tenha iniciado um processo de adjudicação com base no critério do preço mais baixo pode interromper esse processo sem adjudicar o contrato quando, após exame e comparação das propostas, se aperceber de que, em virtude de erros cometidos por ela própria na sua avaliação prévia, o conteúdo do anúncio de concurso não lhe permite optar pela oferta economicamente mais vantajosa, desde que, ao adoptar essa decisão, respeite as regras fundamentais do direito comunitário em matéria de contratos públicos, tais como o princípio da igualdade de tratamento.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Kauppatalo Hansel e a cidade de Imatra, na Finlândia, a propósito da adjudicação de um contrato de fornecimento de eletricidade. A cidade de Imatra dirigiu um convite a 20 companhias de eletricidade para participarem num concurso relativo a um contrato de fornecimento para certas zonas da cidade, no período de 1 de julho de 2000 a 30 de junho de 2001. No convite o critério de adjudicação era o do preço mais baixo. A Hansel apresentou o preço mais baixo. A comissão técnica de análise de propostas, quando procedeu às respetivas tarefas, apercebeu-se que a simples mudança de fornecedor implicaria um conjunto de encargos suplementares, não computados até aí. Por isso, sugeriu para adjudicatário não a Hansel, mas a empresa que já era fornecedora. O que não foi seguido pelo órgão decisório. De modo diverso, foi aprovado um novo anúncio de concurso, no qual foi estimado um valor de fornecimento mais elevado, o que permitiria uma avaliação global das vantagens e desvantagens de cada proposta, no interesse da entidade adjudicante. O novo concurso foi ganho por uma

terceira empresa. A Hansel impugnou esta decisão. Partindo do princípio, de que : ***“27. Deve dizer-se que a única disposição da Directiva 93/36 que se refere especificamente à decisão de renunciar à celebração de um contrato posto a concurso é o seu artigo 7º, nº 2, que prevê, nomeadamente, que as entidades adjudicantes devem, quando decidam renunciar à adjudicação de um contrato, informar, o mais rapidamente possível, os candidatos e os proponentes das razões da sua decisão”***, o Tribunal não censura o comportamento da entidade adjudicante. Recordando jurisprudência anterior (processo C-92/00, HI-II), afasta a ideia de que o processo, no formato inicial, teria forçosamente de ter a sua conclusão normal até ao fim. O que coloca algumas importantes questões para regimes jurídicos como o nosso, que tem uma visão completamente diferente desta temática (em Portugal, com o Código dos Contratos Públicos, é quase impossível não levar o procedimento até à adjudicação, sem que a entidade adjudicante entre em responsabilidade).

Processo C-247/02 (Sintesi)

Acórdão de 7 de outubro de 2004

Coletânea, 2004, página I-9215

ECLI:EU:C:2004:593

“O artigo 30º, nº 1, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que, com vista à adjudicação de empreitadas de obras públicas através de concursos públicos ou limitados, impõe, de modo abstracto e geral, às entidades adjudicantes, que recorram exclusivamente ao critério do preço mais baixo.”

COMENTÁRIO :

A legislação italiana vigente à data dos factos do processo afirmava : “1. A adjudicação dos contratos por concurso público ou limitado baseia-se no critério do preço mais baixo, inferior ao preço de base do anúncio do concurso, assim determinado : (...)”. 2. A adjudicação dos contratos por concurso público e a atribuição de concessões por concurso limitado são efectuadas com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os seguintes elementos, variáveis em função dos trabalhos a realizar : (...). Em fevereiro de 1991, a cidade de Brescia (Itália) confiou a construção e a gestão de um parque de estacionamento subterrâneo à Sintesi, por meio de um contrato de concessão. Este contrato previa a obrigação da Sintesi desencadear a um contrato limitado, a nível europeu, para adjudicação de trabalhos de construção. O que a Sintesi realmente fez, em 1999, mas colocando como critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa, considerando o preço, o valor técnico e o tempo de execução. A Sintesi adjudicou o contrato à proposta economicamente mais vantajosa, e uma outra empresa interessada apresentou uma queixa à Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, que decidiu, notificando a Sintesi, de que considerava ilegal esse critério de adjudicação. A Sintesi impugnou judicialmente esta decisão, de onde resultou o reenvio prejudicial. Os fundamentos finais do Tribunal foram : “39. Uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que restringe a liberdade de opção das entidades adjudicantes no quadro de concursos públicos ou limitados, impondo o recurso ao preço mais baixo como único critério de atribuição, não impede essas entidades de compararem diferentes propostas e de aprovarem a melhor com

base num critério objectivo previamente fixado, que, precisamente, é um dos enumerados no artigo 30º, nº 1, da directiva. 40. No entanto, a fixação pelo legislador nacional, de modo abstracto e geral, de um critério único de adjudicação de empreitadas de obras públicas, priva as entidades adjudicantes da possibilidade de terem em consideração a natureza e as especificidades de tais empreitadas, tomadas isoladamente, impedindo-as de optar, para cada empreitada, pelo critério mais apto para garantir a livre concorrência, e, assim, para assegurar que será escolhida a melhor proposta.”

Processo C-15/04 (Koppensteiner)

Acórdão de 2 de junho de 2005

O comentário a este acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso). Para além da relevância desta decisão em matéria de efeito direto (capítulo 4). Estava em causa a retirada de um convite para apresentação de proposta.

Processo C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur)

Acórdão de 19 de junho de 2008

Coletânea, 2008, página I-4401

ECLI:EU:C:2008:351

“1) O termo ‘adjudicação’ contido no artigo 3º, nº 1, e o termo ‘celebrados’ previsto nos artigos 8º e 9º da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma situação, como a do processo principal, em que serviços fornecidos à entidade adjudicante pelo prestador de serviços inicial são transferidos para outro prestador de serviços constituído sob a forma de uma sociedade de capitais, de que o prestador de serviços inicial é o único acionista, controlando o novo prestador de serviços e dando-lhe instruções, desde que o prestador de serviços inicial continue a assumir a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais.

2) O termo ‘adjudicação’ contido no artigo 3º, nº 1, e o termo ‘celebrados’ previsto nos artigos 8º e 9º da Directiva 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma adaptação do contrato inicial a circunstâncias exteriores modificados, como a conversão em euros dos preços inicialmente expressos em moeda nacional, a redução mínima destes preços com vista a arredondá-los a a referência a um novo índice de preços que o contrato inicial tinha previsto que viria a substituir o índice anteriormente fixado.

3) O termo ‘adjudicação’ contido no artigo 3º, nº 1, e o termo ‘celebrados’ previsto nos artigos 8º e 9º da Directiva 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma situação, como a do processo principal, na qual uma entidade adjudicante, através de um aditamento, acorda com o adjudicatário, durante o período de vigência de um contrato de serviços com ele celebrado por termo indeterminado, renovar por um período de três anos uma cláusula de renúncia à rescisão, que já tinha caducado na data em que a nova cláusula foi celebrada, e acorda com o mesmo fixar descontos superiores aos inicialmente previstos sobre certos preços condicionados à quantidade num domínio específico.”

COMENTÁRIO:

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a a Presstext Nachrichtenagentur e a República Federal da Áustria, a APA-OTS e a

APA Austria, a propósito de um contrato relativo aos serviços de agência noticiosa. A APA foi constituída, na Áustria, sob a forma de cooperativa registada de responsabilidade limitada, após a Segunda Guerra Mundial. A quase totalidade dos jornais diários austríacos, a ORF, as rádios, eram membros dessa cooperativa. Juntamente com as suas filiais, a APA é o principal operador no mercado austríaco das agências noticiosas e fornece ao Estado diferentes prestações. A Pressetext Nachrichtenagentur está presente no mercado austríaco desde 1999, com uma expressão muito menor do que a APA. Em 1994, antes da sua adesão À União Europeia, o Estado celebrou com a APA um contrato que previa a prestação de serviços vários, contra retribuição. Tal contrato foi celebrado por tempo indeterminado, sob reserva de uma cláusula através da qual as partes renunciavam à rescisão do mesmo até 31 de dezembro de 1999. E o seu objeto constituía essencialmente em permitir às autoridades federais austríacas consultar e utilizações sobre a atualidade (denominado serviço de base), pedir informações e comunicados de imprensa de caráter histórico, provenientes da base de dados da APA designado “APADok” e também utilizar o serviço de textos originais da APA, designado “OTS” tanto para a sua informação como para a difusão dos seus próprios comunicados de imprensa. Em setembro de 2000, a APA constituiu, sob a forma de uma sociedade de responsabilidade limitada, a APA-OTS, uma filial que detém a 100%. Transferiu para ele o tipo de serviços referido atrás, informando desta alteração o Estado em outubro do mesmo ano. Com esta modificação foi alterado o contrato de base, em 2001, e efetuou-se uma segunda alteração em outubro de 2005. A renúncia à rescisão foi estendida para 31 de dezembro de 2008. Em 2004, a Pressetext Nachrichtenagentur propôs os seus serviços ao Estado, sem sucesso. O que estava em causa era saber se as modificações introduzidas na APA, com a criação da APA-OTS, e as consequências no contrato de base, em 2001 e 2005, deveriam ser qualificados de novas relações jurídicas, similares à que se estabelece após um procedimento de adjudicação. O Tribunal de Justiça começou por esclarecer que apesar do contrato em causa ter sido celebrado antes da República Federal da Áustria ter aderido à União Europeia, as normas europeias são impositivas a partir da data de adesão (nº 28, do acórdão). Não era nessa base que, face às questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Não tendo resposta direta nas normas da diretiva 92/50/CEE, o Tribunal de Justiça procurou a resposta nos objetivos da legislação sobre contratação pública, no respeito pelos princípios fundamentais e na efetividade das liberdades económicas. Mas sem deixar de observa : **“35. A alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no**

procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite". Quanto à primeira questão, a de saber se a alteração provocada pela criação da APA-OTS, e da transferência para esta de direitos e obrigações anteriormente assumidos pela APA, o Tribunal de Justiça considerou que apesar de, em geral, a alteração do prestador ser, por princípio, uma alteração substancial (nº 40, do acórdão), neste caso não o seria. Por ser, isso sim e no essencial, ***"uma reorganização interna do co-contratante (nº 45, do acórdão).*** Depois, era preciso saber da relevância da alteração contratual de 2001. A matéria é assim resumida no acórdão : ***"56. Esta questão prejudicial tem por objeto, em primeiro lugar, a conversão dos preços em euros sem modificação do seu montante intrínseco, em segundo lugar, a conversão dos preços em euros acompanhada de uma redução do seu montante intrínseco e, em terceiro lugar, a reformulação de uma cláusula de indexação dos preços".*** A mera conversão não foi, naturalmente, considerada uma alteração substancial (nº 57, do acórdão). Quanto à conversão com redução, o Tribunal de Justiça aceitou como compatível com o direito da União se o for em dimensão mínima (nº 61, do acórdão). E também aceitou a modificação da cláusula de indexação de preço, por ser possível de a justificar pelo teor do contrato inicial (nº 68, do acórdão). Quanto à terceira questão, sobre as alterações ao contrato feitas em 2005, entre as quais a extensão da cláusula de renúncia para 31 de dezembro de 2008, o Tribunal de Justiça lembrou que, no estágio de desenvolvimento do direito da União para os contratos públicos, não há qualquer proibição de celebrar contratos por tempo indeterminado (nº 74, do acórdão). E que a possibilidade da redução do preço estava prevista no contrato inicial (nº 81, do acórdão). Por todos estes motivos, não foi identificada uma nova relação jurídica, para efeitos de aplicação das normas sobre contratação pública. Logo, em nenhuma das situações tinha sido produzida uma nova adjudicação. Tema que era o nuclear em todas as questões colocadas.

Processo C-440/13 (Croce Amica)
Acórdão de 11 de dezembro de 2014
ECLI:EU:C:2014:2435

“1. Os artigos 41º, nº 1, 43º e 45º, 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 empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que, quando não estão preenchidas as condições para a aplicação das causas de exclusão previstas no referido artigo 45º, este artigo não obsta à adoção, por uma entidade adjudicante, de uma decisão de renunciar à adjudicação de um contrato público para o qual fora aberto concurso e de não proceder à adjudicação definitiva do contrato ao único proponente que continuou no concurso e foi declarado adjudicatário a título provisório.

2. (...).

COMENTÁRIO :

O litígio de onde resultou o reenvio prejudicial estabeleceu-se, no processo principal, entre a empresa Croce Amica One Italia Srl à Azienda Regionale Emergenza Urgenza, quanto à legalidade deste última em não proceder à adjudicação definitiva de um contrato público de serviço de transporte de órgãos, tecidos e amostras biológicas, de equipas cirúrgicas e de pacientes para o exercício de transplantes à citada empresa, e de anular o concurso. O procedimento pré-contratual tinha sido desencadeado no final de 2010, tendo concorrido quatro interessados, dos quais três foram excluídos. A entidade adjudicante pediu esclarecimentos à Croce Amica, nos termos da legislação italiana. Entretanto, foram desencadeados inquéritos penais preliminares contra o representante legal da empresa, por suspeita de burla e falsas declarações. Fundamentando a decisão em que não se podia esperar pela conclusão do processo criminal, a entidade adjudicante decidiu a anulação do concurso, tendo ficado sem efeito a adjudicação provisória, e não sendo praticado o acto de adjudicação definitiva. A entidade adjudicante não lançou um novo concurso e prorrogou a adjudicação dos serviços objeto do procedimento controvertido a duas associações. A questão essencial do reenvio residia na relevância que podia ser dada da mera pendência de processo criminal. Mas o Tribunal de Justiça centrou-se na possibilidade legal de não adjudicar ao único concorrente e anular o concurso. Existe um detalhe de grande importância, que é a da informação

que foi comunicada ao Tribunal de Justiça. Assim : “28. (...) há que observar que, embora os motivos exatos da anulação do concurso em causa no processo principal não tenham sido comunicados ao Tribunal de Justiça, o tribunal de reenvio parece ligar o comportamento do representante legal da Croce Amica One unicamente às causas de exclusão relacionadas com o direito penal e que implicam uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, as previstas no artigo 45º, nºs 1 e 2, alínea c), da Diretiva 2004/18. A este respeito, é útil precisar que as causas de exclusão previstas no artigo 45º, nº 2, alíneas d) e g), desta diretiva também conferem às entidades adjudicantes o poder de excluir qualquer operador económico que tenha cometido uma falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar, ou tenha prestado, com culpa grave, falsas declarações ou não tenha prestado as informações exigíveis para efeitos da seleção qualitativa das propostas, sem que seja necessário que o operador económico tenha sido condenado por sentença transitada em julgado”. E quanto à anulação, os fundamentos foram, entre outros : “35. (...) o direito da União não se opõe a que os Estados-Membros prevejam, na sua legislação, a possibilidade de adotar uma decisão de anulação de um concurso. Assim, os motivos dessa decisão de anulação podem fundar-se em razões relacionadas, designadamente, com a apreciação da oportunidade, do ponto de vista do interesse público, de levar a termo um procedimento de adjudicação, tendo em conta, entre outros, a eventual alteração do contexto económico ou das circunstâncias factuais, ou ainda as necessidades da entidade adjudicante em causa. Tal decisão pode também ser motivada pelo nível insuficiente de concorrência, devido ao facto de, no termo do procedimento de adjudicação do contrato em causa, só ficar um proponente apto a executar esse contrato”. O comentário à segunda conclusão está colocado no capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-769/21 (BTA)

Acórdão de 8 de dezembro de 2022

O comentário a esta decisão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico), e nela se discutiu um conjunto de normas da legislação da Letónia que obriga à anulação de um procedimento pré-contratual por existirem propostas com autores individualizados, mas pertencendo ao mesmo grupo económico.