

CAPÍTULO 15

CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO E REGIME DO PREÇO ANORMALMENTE BAIXO.

Processo 76/81 (Transporoute)

Acórdão de 10 de fevereiro de 1982

Coletânea, 1982, página 417

ECLI:EU:C:1982:49

“(…).

Lorsque de l’avis de l’adjudicateur publie les offres d’un sousmissionnaire présentent manifestement un caractère anormalement bas par rapport aux prestations à accomplir, l’article 29, paragraphe 5, de la directive 71/305/CEE, oblige cet adjudicateur, avant de décider l’attribution du marché, à inviter le soumissionnaire à fournir une justification de ses offres de prix ou à informer ce soumissionnaire de celles de ses offres qui présentent un caractère anormal, et à lui donner un délai raisonnable pour présenter des précisions complémentaires.”

COMENTÁRIO :

Neste acórdão, e pela primeira vez, o Tribunal pronuncia-se sobre o regime do preço anormalmente baixo (aqui resumido a um caso de preço manifesta, e não só aparentemente, baixo), frisando a necessidade de aplicar o processo contraditório para colher explicações complementares à proposta em si mesma, nos termos do nº 5, do artigo 29, da diretiva 71/305/CEE. A situação concreta ocorreu no Luxemburgo, no contexto de um concurso desencadeado em 1979, e a proposta da sociedade belga Transporoute et travaux não mereceu a adjudicação, por vários motivos, entre os quais ter apresentado um preço que a entidade adjudicante considerou como anormalmente baixo. O contrato foi adjudicado a um empreiteiro luxemburguês, cuja proposta foi considerada como a economicamente mais vantajosa, depois da exclusão da da Transporoute. O comentário ao primeiro parágrafo (não numerado no original) consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).

Processo C-31/87 (Beentjes)

Acórdão de 20 de setembro de 1988

Coletânea, 1988, página 4635

ECLI:EU:C:1988:422

“1) (...).

2) – O critério da experiência específica para o trabalho a realizar é um critério legítimo de capacidade técnica com vista à verificação da aptidão dos empreiteiros. Quando tal critério não resulte de uma disposição da legislação nacional para a qual remete o anúncio do concurso, tal critério não está sujeito, por força da directiva, a exigências particulares de publicidade no anúncio a exigências particulares de publicidade no anúncio ou no caderno de encargos ;

- O critério da ‘proposta economicamente mais favorável’, tal como resulta de uma disposição nacional pode ser compatível com a directiva se exprimir poder de apreciação reconhecido às entidades adjudicantes com vista a identificar a proposta economicamente mais vantajosa com base em critérios objetivos e se não comportar, portanto, qualquer elemento arbitrário de escolha. Resulta dos n.ºs 1 e 2 do artigo 29.º da directiva que quando as entidades adjudicantes não utilizam como único critério de adjudicação da obra o preço mais baixo, mas se baseiam em diversos elementos com vista a adjudicar a obra à proposta economicamente mais vantajosa, devem mencionar esses critérios ou no anúncio do concurso ou no caderno de encargos.

- A condição do emprego de desempregados de longa duração é compatível com a directiva se não tiver incidência discriminatória directa ou indirecta perante os proponentes de outros Estados-membros da Comunidade. Tal condição particular suplementar deve ser obrigatoriamente mencionada no anúncio do concurso.

3. (...).”

COMENTÁRIO :

Como se pode comprovar o enunciado da segunda conclusão, a liberdade (relativa, como todas) de estabelecimento de fatores integrantes do critério de adjudicação da “proposta economicamente mais vantajosa” era razoavelmente pacífica. O que o Tribunal afirma, sem margem para dúvidas, é que se a entidade adjudicante trabalhar para a valorização de fatores mais imaginativos, terá, como sucede com os outros, de os divulgar previamente à apresentação das propostas, e pelos meios adequados. No

anúncio, ou no convite. A terceira conclusão lida com outro tema, muito concreto face ao pedido prejudicial, que era o de saber se o emprego de empregados de longa duração seria aceitável, como fator integrante da “proposta economicamente mais vantajosa”. Aqui, para além de ter de ser também publicitada, terá de responder quanto a não ser um instrumento de discriminação em função da nacionalidade. Como o Tribunal aponta, no acórdão : **“A exigência de empregar desempregados de longa duração poderia violar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade consagrado no nº 2, do artigo 7º, do Tratado no caso de se verificar que essa condição apenas poderia ser preenchida pelos proponentes nacionais ou que seria mais dificilmente preenchida por proponentes de outros Estado-membros. Cabe ao juiz nacional verificar, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto, se a exigência dessa condição tem ou não uma incidência discriminatória directa ou indirecta”**. Esta fundamentação tem de ser contextualizado para uma época em que não se havia ainda banalizado o recurso aos chamados critérios sociais ou ambientais para preencher os fatores de definição da “proposta económica mais vantajosa”. Este reenvio prejudicial gerou-se a partir de um litígio ocorrido na Holanda, em 1976, opondo a sociedade Beentjes e o Ministério da Agricultura e da Pesca dos Países Baixos, a propósito da adjudicação de uma empreitada por parte de uma comissão de emparcelamento. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).

Processo C-103/88 (Fratelli Costanzo)

Acórdão de 22 de junho de 1989

Coletânea, 1989, página I-1839

ECLI:EU:C:1989:256

“1) O nº 5 do artigo 29º da Directiva 71/305 do Conselho proíbe aos Estados-membros a aplicação de disposições que prevejam a exclusão oficiosa dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas de determinadas propostas, com base num critério matemático, em vez de impor à entidade adjudicante a aplicação do processo de análise contraditório previsto na directiva.

2) Ao transpor a Directiva 71/305 do Conselho, os Estados-membros não podem afastar-se substancialmente do disposto no nº 3 do seu artigo 29º.

3) O nº 5, do artigo 29º, da Directiva 71/305 do Conselho permite aos estados-membros que imponham a análise das propostas que lhes pareçam anormalmente baixas e não apenas das que o sejam manifestamente.

4) (...).”

COMENTÁRIO :

O litígio de onde emergiu a questão prejudicial gerou-se quando a empresa Fratelli Costanzo viu a sua proposta ser excluída com base no resultado de um simples cálculo matemático incluído nas normas concursais (que, por sua vez, reproduziam normas legais) num procedimento de adjudicação de uma empreitada em Milão, pela respetiva comuna. Sobre a segunda conclusão, há que notar que, no contexto do processo C-31/87 (Beentjes) todo o artigo 29, da diretiva 71/305/CEE tinha visto reconhecido o efeito direto pelo Tribunal de Justiça. Na sequência do acórdão dado no processo 76/81 (Transporoute), continuou a posição exigente do recurso ao instrumento de contraditório para uma entidade adjudicante poder desconsiderar uma proposta por ser o preço anormalmente baixo. Tema que não só veio a ser objeto de alterações legislativas posteriores, como de abundante jurisprudência, o que não evita, como se verá, permanentes dúvidas sobre como aplicar o conjunto de normas pertinente à proteção contra este tipo de prática de dumping na contratação pública (em Portugal assim acontece com o Código dos Contratos Públicos, e as modificações de 2017 e 2021). A terceira conclusão, neste acórdão, mostra que o Tribunal de Justiça interpretou extensivamente a possibilidade das entidades adjudicantes aplicarem esse regime específico. Isto porque no primeiro

*parágrafo do nº 5, do artigo 29, da diretiva 71/305/CEE se menciona **propostas manifesta e anormalmente baixas** enquanto que o **acórdão se contenta com uma aparência** de se estar perante uma proposta com preço anormalmente baixo. O comentário à quarta conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).*

Processo C-295/89 (Donà Alfonso)

Acórdão de 18 de junho de 1991

Coletânea, 1991, página I-2967

ECLI:EU:C:1991:255

“1) O artigo 29º, nº 5, da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras pública, proíbe a adopção pelos Estados-membros de disposições que prevejam a exclusão automática nos concursos de empreitadas de obras públicas de certas propostas determinadas segundo um critério matemático, em vez de obrigar a entidade adjudicante a aplicar o processo de verificação contraditório previsto na directiva.

2) Ao transpor a Directiva 71/305/CEE do Conselho, os Estados-membros não podem afastar-se de modo substancial do disposto no artigo 24º, nº 5, dessa directiva.

3) O artigo 29º, nº 5, da Directiva 71/305/CEE do Conselho permite aos Estados-membros impor a verificação das propostas que se afigurem anormalmente baixas, e não apenas das que manifestamente o sejam.”

COMENTÁRIO :

*Vale, para o teor deste acórdão, integralmente o comentário feito à decisão no processo C-103/88 (Fratelli Costanzo). Mas há que salientar a confirmação da interpretação extensiva do nº 5, do artigo 29, da directiva 71/305/CEE, ao afirmar que não seria necessário que as propostas em causa fossem manifestamente baixas, **bastando que se afigurassem como tal.***

Processo C-324/93 (Evans Medical)

Acórdão de 28 de março de 1995

O comentário às três primeiras conclusões deste acórdão consta do capítulo 19 (liberdade de circulação de mercadorias) e à quarta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Neste último, parece manifesto um cruzamento (duvidoso, ou polémico) entre a matéria da seleção qualitativa e a da definição do critério de adjudicação.

Processo C-87/94 (Comissão versus Bélgica)

Acórdão de 25 de abril de 1996

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Estava em causa a aplicação do critério de adjudicação, em termos diversos dos divulgados, e com a consideração de um esclarecimento à proposta (vencedora) que trouxe elementos competitivos novos. E foi aceite pela entidade adjudicante.

Processo C-143/94 (Furlanis)

Acórdão de 26 de outubro de 1995

Coletânea, 1995, página I-3633

ECLI:EU:C:1995:354

“O artigo 29º, nº 5, último parágrafo, da Directiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1º, nº 20, da Directiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de Julho de 1989, deve ser interpretado no sentido de que apenas podem beneficiar da derrogação nele prevista os procedimentos em que a adjudicação definitiva se verificou o mais tardar em 31 de Dezembro de 1992.”

COMENTÁRIO :

*O último parágrafo, do nº 5, do artigo 29, da diretiva 71/305/CEE, na redacção dada pela diretiva 89/440/CEE tinha o seguinte texto : “**Todavia, até ao final de 1992 e sempre que a legislação nacional em vigor assim o permitir, as entidades adjudicantes podem, excepcionalmente e excluindo qualquer discriminação com base na nacionalidade, rejeitar propostas de carácter anormalmente baixo em relação às prestações a efectuar sem ter de se submeter ao processo previsto no primeiro parágrafo, no caso de o número dessas propostas para um determinado contrato ser de tal modo elevado que a aplicação desse processo conduziria a um atraso substancial e comprometeria o interesse público inerente ao cumprimento do contrato em questão. O recurso a este procedimento excepcional será objecto de referência no anúncio referido no nº 1, do artigo 12º**”. A empresa Furlanis havia processado a ANAS por esta ter adjudicado a 4 de fevereiro de 1993 um contrato de empreitada (aproveitando da derrogação em causa), finalizando um procedimento que tinha tido o seu início a 12 de dezembro de 1992. Estava em causa, portanto, a aplicação da lei no tempo, e a consideração ora do início, ora da conclusão, do procedimento, para interpretar o limite de 31 de dezembro de 1992. O Tribunal, em coerência com jurisprudência anterior de restringir a aplicação de normas excepcionais, optou por entender que só seria correto que a decisão de adjudicar teria de estar assumida até ao final de 1992.*

Processo C-304/96 (Hera)

Acórdão de 16 de outubro de 2007

Coletânea, 1997, página I-5685

ECLI:EU:C:1997:496

“O artigo 30º, nº 4, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que não permite à entidade adjudicante, após 31 de Dezembro de 1992, rejeitar propostas de carácter anormalmente baixo, sem respeitar o processo de verificação previsto no primeiro parágrafo dessa disposição.”

COMENTÁRIO :

*Aqui temos uma das mais cristalinas afirmações quanto à indispensabilidade do respeito pelo processo contraditório, quando uma entidade adjudicante pretenda excluir uma proposta por ela ser anormalmente baixo. Cristalina, mas não isenta de dificuldades de aplicação, como se pode constatar das ambíguas soluções que a este respeito, entre nós, trouxeram as duas versões completas do Código dos Contratos Públicos (2008 e 2017). Neste caso, a entidade adjudicante limitou-se à aplicação de um critério legalmente fixado em Itália, através da lei nº 109, de 19 de fevereiro de 1994, com a redacção dada pelo decreto-lei nº 101 e pela lei nº 216. O texto da disposição italiana era : **“até 1 de janeiro de 1997, são excluídas das empreitadas de obras públicas de montante superior e inferior ao limiar comunitário as propostas com uma percentagem de desconto superior em mais de um quinto à média dos descontos de todas as propostas admitidas”**. Como tinha sucedido no processo C-143/94 (Furlanis), o Tribunal reiterou que a possibilidade de não aplicar o processo contraditório, desde sempre previsto pela diretiva 71/305/CEE, era, após a alteração nesse documento produzido pela diretiva 89/440/CEE, só até 31 de dezembro de 1992. No contexto da diretiva 93/37/CEE, que aplicou, não havia qualquer nova exceção a este propósito.*

Processo C-27/98 (Fracasso e Leitschutz)

Acórdão de 16 de setembro de 1999

O comentário a este acórdão consta do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação). Tratou-se de um processo em que se discutiu se existindo só um concorrente em competição, a entidade adjudicante teria de lhe adjudicar obrigatoriamente o contrato.

Processos C-285/99 (Lombardini) e C-286/99 (Mantovani) apensos

Acórdão de 27 de novembro de 2001

Coletânea, 2001, página 9233

ECLI:EU:C:2001:640

“O artigo 30º, nº 4, 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 nos seguintes termos :

- Obsta a que uma regulamentação e uma prática administrativa de um Estado-Membro que autorizam a entidade adjudicante a não admitir, por anormalmente baixas, as propostas que apresentem uma rebaixa que ultrapasse o limiar de anomalia, tomando exclusivamente em conta as justificações dos preços propostos relativos a, pelo menos, 75% do preço-base indicado no anúncio de concurso com que os concorrentes estavam obrigados a instruir a proposta, sem dar a estes últimos oportunidade para defenderem os seus pontos de vista, depois da abertura dos invólucros, acerca dos elementos do preço propostos que levantaram suspeitas ;
- Opõe-se igualmente a uma regulamentação e a uma prática administrativa de um Estado-Membro que impõem à entidade adjudicante que tome em consideração, para efeitos de verificação das propostas anormalmente baixas, unicamente as justificações ligadas à economia do processo de construção ou das soluções técnicas adoptadas, ou às condições particularmente favoráveis de que goza o concorrente, excluindo todas as que digam respeito a qualquer outro elemento relativamente ao qual tenha sido estabelecido, por via legislativa, regulamentar ou administrativa, um valor mínimo ou que possa ser determinado com base em dados oficiais ;
- Em contrapartida, não obsta, em princípio, desde que todos os imperativos nele fixados tenham sido cumpridos e que os objectivos prosseguidos pela Directiva 93/37 não sejam postos em causa, a uma regulamentação e a uma prática administrativa de um Estado-Membro que, para efeitos de apuramento das propostas anormalmente baixas e de verificação destas, por um lado, impõem a todos os concorrentes, sob pena de exclusão de participação no

concurso, que instruem a sua proposta com notas justificativas dos preços correspondentes a, pelo menos, 75% do preço-base do concurso em causa e, por outro, que apliquem um método de cálculo do limiar da anomalia baseado na média da totalidade das propostas recebidas para a adjudicação em causa, de modo que os concorrentes não podem conhecer esse limiar no momento em que apresentam os seus *dossiers*, devendo, no entanto, o resultado a que se chega por aplicação deste método de cálculo poder ser reconsiderado pela entidade adjudicante.”

COMENTÁRIO :

Este acórdão, como se comprova das várias referências a ele em decisões posteriores, é dos que mereceram mais extensas conclusões, em matéria do preço anormalmente baixo (justificadas pela enunciação das questões, mas que acabam por ser particularmente úteis, pelo detalhe da resposta). São processos apensos, que resultam de dois principais, que punha dois empreiteiros (Lombardini e Mantovani) à ANAS, sobre a sua exclusão de propostas em dois concursos limitados, com fundamento no facto de essas propostas serem anormalmente baixas. A lei-quadro em matéria de obras públicas (de 1994, alterada logo em 1995) continha a seguinte disposição : “(...) a administração pública pode tomar em consideração exclusivamente justificações baseadas na economia do processo de construção ou das soluções técnicas adoptadas, ou nas condições excepcionalmente favoráveis de que o concorrente disponha, com exclusão, todavia, das justificações relativas a todos os elementos cujos valores mínimos estejam estabelecidos por via legislativa, regulamentar ou administrativa, ou em relação aos quais os valores mínimos resultem de dados oficiais. As propostas devem ser instruídas, aquando da sua apresentação, com notas justificativas dos preços propostos mais significativos indicados no anúncio de concurso ou na carta de convite e que concorram para a formação de, pelo menos, 75% do preço-base do concurso”. Veja-se a importância do acórdão quanto aos elementos que devem ser levados em conta para aferir se uma proposta é, ou não, economicamente mais vantajosa. E a indispensabilidade do contraditório antes da exclusão.

Processo C-513/99 (Concordia Bus)

Acórdão de 17 de setembro de 2002

Coletânea, 2002, página I-7213

ECLI:EU:C:2002:495

“1) O artigo 36º, nº 1, alínea a), 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, deve ser interpretado no sentido de que, quando, no quadro de um concurso público referente à prestação de serviços de transportes urbanos por autocarro, a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos, como o nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objecto do concurso, não confirmem à referida entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio do concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação.

2) O princípio da igualdade de tratamento não se opõe à tomada em consideração de critérios relacionados com a protecção do ambiente, como os em questão na causa principal, apenas pelo facto de a própria empresa de transportes da entidade adjudicante figurar entre as raras empresas que têm a possibilidade de propor um material que satisfaça os referidos critérios.

3) A resposta à segunda e à terceira questão não seria diferente caso o processo de adjudicação em questão na causa principal se inserisse no âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.”

COMENTÁRIO :

O reenvio prejudicial resultou de um litígio estabelecido entre a empresa Concordia Bus ao município de Helsínquia (Finlândia) a propósito de uma decisão da comissão de serviços comerciais do município (competente de acordo com a regulamentação local), que adjudicou um contrato relativo à gestão de uma linha de rede de autocarros urbanos à HKL. Por anúncio publicado no JOCE a 4 de setembro de 1997, foi aberto concurso sobre serviços de transporte urbano. O critério de adjudicação era o da proposta

economicamente mais vantajosa, considerando o preço global da operação, a qualidade do material (autocarros) e a gestão da qualidade e do ambiente. Foram recebidas oito propostas, sendo que a Concordia Bus apresentou duas alternativas, identificadas por A e B. A Comissão preferiu a proposta da HKL, o que foi impugnado pela Concordia Bus. A comissão valorizou especialmente qualidades técnicas do equipamento, nomeadamente a redução das emissões de óxido de azoto e o nível sonoro. E a impugnação visou contestar o recurso a fatores do critério de adjudicação que não eram de índole económica ou financeira. O Tribunal de Justiça foi muito claro : **“64. (...) quando a entidade adjudicante decida adjudicar um contrato ao proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa, em conformidade com o artigo 36º, nº 1, alínea a), da Directiva 92/50, pode tomar em consideração critérios relativos à preservação do ambiente, desde que estes critérios se relacionem com o objecto do contrato, não confiram à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional e estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio do concurso e respeitem todos os princípios fundamentais do direito comunitário designadamente o princípio da não discriminação”**. Todos estes requisitos estavam cumpridos no caso em concreto. Havia uma segunda questão, que a Concordia Bus resumia no seguinte : **“71. A Concordia alega que a possibilidade de utilizar autocarros funcionando a gás natural, que eram, na prática, os únicos que podiam preencher o critério suplementar de redução das emissões de óxido de azoto e do nível sonoro, era muito reduzida. Com efeito, na data da abertura do concurso, apenas existia em todo o território da Finlândia uma única estação de serviço para abastecimento de gás natural. A sua capacidade permitia abastecer cerca de quinze autocarros funcionando a gás. Ora, precisamente antes da abertura do concurso litigioso, o HKL encomendou onze autocarros novos a gás, o que significava que a capacidade da estação estava totalmente utilizada e que não era possível ali abastecer outros veículos. Além disso, esta estação de serviço teve apenas carácter provisório”**. O Tribunal, apreciando a matéria à luz do respeito pelo princípio da igualdade de tratamento dos interessados, concluiu : **“85. (...) o facto de um dos critérios fixados pela entidade adjudicante a fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa só poder ser satisfeito por um reduzido número de empresas, entre as quais figurava uma empresa pertencente à referida entidade, não é por si só susceptível de constituir uma violação do princípio da igualdade de tratamento**

Processo C-19/00 (SIAC Construction)

Acórdão de 18 de outubro de 2001

Coletânea, 2001, página I-7725

ECLI:EU:C:2001:553

“O artigo 29º, nº 1, da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, conforme alterada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, deve ser interpretado no sentido de permitir que uma autoridade adjudicante que tenha optado por adjudicar uma empreitada à proposta economicamente mais vantajosa a adjudique ao proponente que apresentou a proposta cujo custo final é susceptível de ser o menos elevado, com base no relatório profissional de um perito, na condição de o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes ter sido respeitado, o que supõe que a transparência e a objectividade do processo tenham sido asseguradas, e em especial :

- que este critério de adjudicação tenha sido claramente mencionado no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, e
- que o relatório profissional assente, em todos os pontos essenciais, em factores objetivos considerados, de acordo com as regras da arte, pertinentes e adequados à apreciação operada.”

COMENTÁRIO :

O litígio de onde emergiu o reenvio prejudicial opunha a SIAC Construction ao County Council of the County of Mayo (Irlanda) a propósito de um processo de adjudicação de uma empreitada de obra pública. O Country Council desencadeou um concurso público em 20 de fevereiro de 1992, concurso esse que foi muito participado, com a apresentação de vinte e quatro propostas. A mais baixa era a da SIAC, em relação à qual o engenheiro consultor que o County Council havia contratado para analisar as propostas suscitou dúvidas, especificamente quanto ao modo como estava composto o preço. A entidade adjudicante aceitou tais reparos, e, em resultado desse exercício, adjudicou o contrato a outra empresa, a Mulcair. A SIAC impugnou essa adjudicação. Existiam diversas características do processo principal (melhor, do próprio regime do procedimento pré-contratual, em especial, do regime de cômputo do preço da proposto e, concomitantemente, do pagamento ao empreiteiro) que

estavam totalmente dependentes de interpretação ao nível nacional ("5. Esta empreitada pertencia à categoria das empreitadas sob medição, em que as quantidades calculadas de cada elemento da obra são indicadas numa lista de quantidades. Para esse tipo de empreitadas, o proponente completa a lista de quantidades, mencionados um preço unitário para cada elemento e um preço total para a quantidade calculada. O preço a pagar é determinado medindo as quantidades reais depois da execução da obra e avaliando-as aos preços indicadas na proposta"). O Tribunal acabou por situar a sua pronúncia na reafirmação do indeclinável respeito pelos princípios gerais, independentemente das particularidades de cada procedimento, ou de cada contrato. E não entrou, por motivos atinentes à própria natureza do processo no Tribunal de Justiça, na interpretação de termos técnicos usados na documentação do concurso. Por exemplo, a de saber se os vocábulos "preço" e "custo" tinham de ser considerados de modo diverso, o que, no contexto de um reenvio prejudicial, foi mantido na competência do juiz nacional.

Processo C-315/01(GAT)

Acórdão de 19 de junho de 2003

Coletânea, 2003, página I-6351

ECLI:EU:C:2003:360

“1) (...).

2) A Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento, opõe-se a que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público de fornecimento, a entidade adjudicante tenha em conta o número de referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes não como critério de verificação da aptidão destes últimos para executar o contrato em causa, mas como critério de adjudicação do referido contrato.

3) A Directiva 93/36 opõe-se a que, no âmbito de um contrato público de fornecimento a exigência de que os produtos objecto das propostas possam ser examinados visualmente pela entidade adjudicante, num raio de 300Km do local da sede desta última, constitua o critério de adjudicação do referido contrato.”

COMENTÁRIO :

Trata-se do mais importante acórdão sobre o encadeamento da fase de verificação da aptidão, e da definição e aplicação do critério de adjudicação. Por isso, não só é aqui reproduzida e sucintamente comentada a segunda conclusão, como se remete para uma análise mais desenvolvida no conjunto do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). _O litígio no processo principal era entre a empresa GAT, e a sociedade pública OeSAG, gestora das autoestradas austríacas, num concurso público para o fornecimento de um veículo especial, uma varredoura mecânica para utilização nas vias. A GAT concorreu e a sua proposta foi recusada, com vários fundamentos, entre os quais ao de não ter cumprido a obrigação de colocar o veículo num raio de 300KM, para poder ser examinado visualmente pela entidade adjudicante. Este acórdão é muito importante porque reconhece a estrutura do processo pré-contratual, no contexto de um sistema que vigora desde 1971. “39. (...) importa sublinhar que, no sistema da Directiva 93/36, nomeadamente do seu título IV, a verificação da aptidão dos fornecedores para entregar os produtos objecto do contrato a adjudicar e a adjudicação são duas operações diferentes no âmbito da adjudicação de um contrato público (...).

Sobre as consequências concretas do fator que a entidade adjudicante previu nos documentos pré-contratuais, a posição do Tribunal foi muito clara : *“66. (...) uma simples lista de referências, como a exigida no anúncio do concurso em causa no processo principal, que contenha unicamente a identidade e o número de clientes anteriores dos proponentes, sem outras precisões relativamente aos fornecimentos efectuados a esses clientes, não dá qualquer indicação que permita identificar a proposta economicamente mais vantajosa, na acepção do artigo 26º, nº 1, da Directiva 93/36, e não pode, portanto, em caso algum, constituir um critério de adjudicação na acepção desta disposição”*. O mesmo juízo censório é expresso quanto ao fator de localização a 300KM do produto em causa para ser visualmente examinado pela entidade adjudicante : *70. (...) um critério deste tipo não pode constituir um critério de adjudicação do contrato. 71. Por um lado, com efeito, resulta do artigo 23º, nº 1, alínea d), da Directiva 93/36 que, no âmbito de um contrato público de fornecimento, as entidades adjudicantes podem exigir a apresentação de amostras, de descrições e/ou de fotografias dos produtos a fornecer enquanto elementos de referência ou meios de prova da capacidade técnica dos fornecedores para executarem o contrato em causa” ; 72. Por outro lado, um critério como o que é objecto da quarta questão (referência às questões colocadas no reenvio, nota nossa) não é susceptível de permitir a identificação da proposta economicamente mais vantajosa, na acepção do artigo 26º, nº 1, alínea b), da Directiva 93/36, e não pode, portanto, em caso algum, constituir um critério de adjudicação na acepção desta disposição. 73, Nestas condições, não é necessário examinar se este critério é igualmente contrário ao princípio da igualdade de tratamento que, como o Tribuna de Justiça reiteradamente declarou, constitui a base das directivas relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos (v. designadamente, acórdãos, já referidos, HI, nº 45, e Universale-Bau, e o., nº 91”*. _O comentário à primeira conclusão está colocado no capítulo 28 (meios de recurso) e especificamente quanto à segunda conclusão no capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados, a apreciação das suas propostas).

Processo C-421/01 (Traunfellner)

Acórdão de 16 de outubro de 2003

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Parte substancial da sua matéria incide sobre os elementos a disponibilizar sobre o critério de adjudicação, na eventualidade de apresentação de propostas variantes.

Processo C- 448/01 (EVN e Wienstrom)

Acórdão de 4 de dezembro de 2003

Coletânea, 2003, página I-4527

ECLI:EU:C:2003:651

“1) A legislação comunitária em matéria de concursos públicos não se opõe a que uma entidade adjudicante tome em consideração, no âmbito da apreciação da proposta economicamente mais vantajosa para adjudicação de um contrato de fornecimento de electricidade, um critério de adjudicação que impõe o fornecimento de electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis, ao qual é atribuído o coeficiente de 45%, sendo irrelevante, a este respeito, a circunstância de o referido critério não permitir necessariamente atingir o objectivo visado.

Em contrapartida, a referida legislação opõe-se a um critério desse tipo na medida em que :

- o mesmo não seja acompanhado de exigências que permitam assegurar um controlo efectivo da exactidão das informações contidas nas propostas ;
- exija que os concorrentes indiquem a quantidade de electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis que estão em condições de fornecer a uma clientela não definida e atribua o número máximo de pontos ao concorrente que indique a quantidade mais elevada, sendo certo que só é tomada em conta a fracção que exceda o consumo previsível no quadro do concurso.

Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se, apesar da omissão por parte da entidade adjudicante da fixação de uma data de fornecimento determinada, o critério de adjudicação foi formulado de modo suficientemente claro para satisfazer as exigências de igualdade de tratamento e de transparência dos processos de adjudicação de contratos públicos.

2) (...)”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre o agrupamento temporário de empresas, composto pelas empresas EVN e Wienstrom, a respeito da adjudicação de um contrato público de fornecimento de electricidade, composto de um acordo-quadro e de contratos de execução para todos os serviços da Administração no Land da Caríntia. A duração foi fixada para o período de 1 de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2003,

e o anúncio foi publicado no JOCE a 27 de março de 2001. A primeira questão relacionava-se, antes do mais, com a possibilidade de considerar fatores do critério de adjudicação que não fossem de índole exclusivamente económica, ou financeira, mas tivessem, por exemplo, a ver com a proteção do ambiente. O Tribunal recorreu à decisão dada no processo C-513/99 (Concordia Bus), replicando aqui tal jurisprudência. Depois, era arguido que a ponderação concreta dada à origem da energia produzida era desproporcionada, transformando-se em dominante na escolha. Aqui, o Tribunal afirmou : **“39. (...) as entidades adjudicantes têm liberdade não apenas para escolher os critérios de adjudicação do contrato, mas também para determinar a ponderação dos mesmos, desde que esta permita uma avaliação sintética dos critérios tidos em conta a fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa”**. E não viu que a ponderação concreta, de 45%, fosse ilícita (número 42, do acórdão). Mais delicado era o ponto seguinte : **“44. O órgão jurisdicional de reenvio tem, por outro lado, dúvidas quanto à legalidade do critério de adjudicação em causa no processo principal à luz do direito comunitário devido à circunstância de a própria entidade adjudicante ter admitido não poder controlar, do ponto de vista técnico, se a electricidade fornecida é efectivamente produzida a partir de fontes de energia renováveis e de não ter sido exigido aos concorrentes que apresentassem justificativos das suas obrigações concretas de fornecimento ou contratos de fornecimento de electricidade já celebrados”**. Aqui, o Tribunal recorreu ao princípio da igualdade de tratamento e à consequente obrigação de transparência. E remata de modo censório, se bem que sem retirar todas as consequências que o poderiam ter sido. Vejamos : **“52. Deve, assim, concluir-se que um critério de adjudicação que não é acompanhado de exigências que permitam o controlo efectivo da exactidão das informações prestadas pelos proponentes é contrário aos princípios do direito comunitário em matéria de concursos públicos. 53. No que respeita à dúvida do órgão jurisdicional nacional quanto à questão de saber se o critério de adjudicação em causa no processo principal viola a legislação comunitária na medida em que não é necessariamente apto para contribuir para o aumento das quantidades de electricidade produzidas a partir de fontes de energias renováveis, basta referir que, mesmo pressupondo que seja esse efectivamente o caso, um critério deste tipo não pode ser considerado incompatível com as disposições comunitárias em matéria de contratos públicos pelo simples facto de não permitir necessariamente alcançar o objectivo visado”**. Incompreensível este raciocínio, realmente ! Porém,

quanto a outro elemento, que dizia respeito a omissão de informação, nos documentos pré-contratuais, quanto à data de fornecimento determinada relativamente à qual tivesse de ser indicada a quantidade a ser fornecida (que poderia colidir como princípio da comparabilidade das propostas, decorrente do princípio da transparência), a posição foi a seguinte : “58. (...) a circunstância de a entidade adjudicante não ter esclarecido, no anúncio de concurso, relativamente a qual período os proponentes deviam indicar a quantidade de eletricidade proveniente de fontes renováveis que podiam fornecer pode constituir uma violação aos princípios da igualdade de tratamento e de transparência, caso se revele que essa omissão tornou difícil ou mesmo impossível que os proponentes conhecessem o alcance exacto do critério em questão e estivessem em condições, por esse motivo, de o interpretar da mesma maneira”. Quanto a uma questão final, o Tribunal de Justiça declarou : “68. (...) um critério de adjudicação que se refere unicamente à quantidade de electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis que ultrapassa o consumo previsível fixado no anúncio de concurso não pode ser considerado como relacionado com o objecto do concurso”. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-244/02 (Kauppatalo Hansel)

Acórdão de 16 de outubro de 2003

O comentário a este acórdão consta do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação). Trata-se de um caso muito interessante, em que a entidade adjudicante não levou o procedimento até à adjudicação.

Processo C-247/02 (Síntesi)
Acórdão de 7 de outubro de 2004

O comentário a este acórdão consta do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação). Porém, só está colocado nesse capítulo porque se discute a licitude de uma condicionante geral à definição do critério de adjudicação. Logo, deve ser consultado em simultâneo com o conjunto deste capítulo 15.

Processo C-331/04 (ATI La Linea)

Acórdão de 24 de novembro de 2006

Coletânea, 2006, página I-10109

ECLI:EU:C:2005:718

“Os artigos 36º 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, e 34º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações, devem ser interpretados no sentido de que o direito comunitário não se opõe a que uma comissão de adjudicação atribua um peso específico aos subelementos de um critério de adjudicação previamente estabelecidos, procedendo a uma repartição, entre estes últimos, do número de pontos previstos para esse critério pela entidade adjudicante no momento da elaboração do caderno de encargos ou do anúncio do concurso, desde que essa decisão :

- não altere os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio do concurso ;
- não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação ;
- não tenha sido adoptada tomando em consideração elementos susceptíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs duas empresas (ATI e Viaggi di Maio) aos entes públicos ACTV Venezia, Província de Veneza e comuna de Veneza, quanto à adjudicação de um contrato de serviço público de transportes de passageiros. O anúncio do concurso foi colocado pela ACTV, e à comissão de adjudicação competia a análise e pontuação das propostas. Percorrendo aspetos determinantes atinentes à definição do critério de adjudicação, e à apreciação das propostas, o Tribunal de Justiça afirma, sequencialmente : que o critério de adjudicação tem de estar ligado ao objeto do contrato ; que sempre terá de ser respeitado o princípio da igualdade de tratamento ; que todos os critérios de seleção têm de estar mencionados no caderno de encargos ; que é necessário que todos os elementos tomados em consideração pela entidade adjudicante para identificar a proposta economicamente mais vantajosa e, se possível, a sua importância relativa,

sejam do conhecimento dos proponentes no momento da preparação das suas propostas. Finalmente, a pronúncia se relativa a normas de duas diretivas (92/50/CEE e 93/38/CEE) não significa que as duas possam ser aplicadas simultaneamente. Resulta tão só do enunciado das questões prejudiciais, como o explica o Tribunal de Justiça, no ponto 20, do acórdão. Apesar de ser uma afirmação de exigência, sempre há alguns aspetos que ficam ou desvalorizados, ou quase-omitidos. Por exemplo, a ponderação relativa dos fatores integrantes da proposta economicamente mais vantajosa, que foi tópico muito presente nesta decisão. É um facto que face à pouca exigência da lei comunitária quanto à ponderação relativa (no caso concreto, o nº 2, do artigo 36, da diretiva 92/50/CEE e o nº 2, do artigo 34, da diretiva 93/38/CEE, onde surge a expressão “se possível”, referida à organização dos fatores segundo a sua importância relativa), o Tribunal de Justiça “cerca” a matéria com um conjunto de regras e princípios que condicionam toda a atividade da comissão do concurso. Pouco mais poderia fazer.

**Processos C-147/06 (SECAP) e C-148/06 (Santorso)
apensos**

Acórdão de 15 de maio de 2008

O comentário a este acórdão consta do capítulo 6 (contratos cujo valor não atinja os limiares). É, contudo, também muito importante quanto à definição do critério de adjudicação, e do regime do preço anormalmente baixo. Nomeadamente porque o Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, invalida uma solução de exclusão automática, mas valida outra. Por motivos nunca até aí (nem depois daí) invocados, mas válida.

Processo C-532/06 (Lianakis)

Acórdão de 24 de janeiro de 2008

Coletânea, 2008, página I-251

ECLI:EU:C:2008:40

“O artigo 36º, nº 2, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de serviços, na redacção dada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, à luz do princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da obrigação de transparência que dele decorre, opõe-se a que, num processo de adjudicação, a entidade adjudicante fixe a *posteriori* coeficientes de ponderação e subcritérios reativos aos critérios de adjudicação mencionados no caderno de encargos ou no anúncio do concurso.”

COMENTÁRIO :

*O processo principal ocorreu na Grécia, e surgiu numa disputa para a adjudicação de um contrato de serviços de realização de um estudo sobre o registo cadastral, a urbanização e o acto de execução relativo a uma parte de Dimos Alexandropoulis, em 2004. O critério de adjudicação era decomposto nos seguintes fatores, por ordem de prioridade : a comprovada experiência do perito, adquirida durante estudos realizados nos últimos três anos ; o pessoal e equipamento do gabinete proponente ; a capacidade de realizar o estudo no prazo previsto. A comissão definiu ponderações, de 60%, 20% e 20%, respetivamente. Além disso, determinou que a experiência (primeiro fator) devia ser apreciada segundo o montante dos estudos realizados, com uma grelha valorativa própria. O pessoal e o equipamento (segundo fator) seriam apreciados em função do número dos efetivos do grupo de estudo. Também com uma grelha valorativa própria. Para o terceiro fator, a capacidade em realizar o estudo no prazo previsto, novamente elementos complementares aos anunciados, igualmente com uma grelha valorativa específica. Aplicando esta plêiade de novas regras, a comissão classificou o consórcio Loukatos em primeiro lugar, e o conselho municipal adjudicou-lhe o contrato, em 10 de maio de 2005. Entre outros interessados prejudicados, o consórcio Lianakis impugnou a decisão, num processo de onde emergiu o reenvio prejudicial. A Comissão Europeia sustentou que os primeiro e segundo fatores não podiam ser utilizados como parte do critério de adjudicação. O Tribunal, apreciando este aspeto, não começou por ser de uma total clareza, mas concluiu concordando com a citada posição da Comissão . Vejamos a sua argumentação : “**26. Resulta***

da jurisprudência que, embora a Directiva 92/50 não exclua, teoricamente, que a verificação da aptidão dos proponentes e a adjudicação do contrato possam ter lugar simultaneamente, não é menos verdade que essas duas operações distintas e são regidas por regras diferentes (v. neste sentido, quanto aos contratos de empreitada de obras públicas, acórdão de 20 de setembro de 1988, Beentjes, Collect. P. 4635, nºs 15 e 16)". Mas afirmando que o critério de adjudicação não podia escapar à regulação concreta em cada diretiva, afirmou conclusivamente – "30. (...) são excluídos como 'critérios de adjudicação' os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão". Como o fez no processo C-315/01 (GAT). Sobre a adição de elementos que decompõem cada fator e esclarecem sobre os meios pelos quais se valorizariam as propostas (se for o caso, o que, como vimos atrás, não é certo), colocando grelhas valorativas específicas, o Tribunal foi muitíssimo claro na sua censura. Assim : "37. (...) os potenciais concorrentes devem ter a possibilidade de conhecimento, no momento da preparação das suas propostas, da existência e do alcance desses elementos (v. neste sentido, quanto aos contratos públicos de serviços, acórdão já referidos, Concordia Bus Finland, nº 62, e ATI EAC e Viaggi di Maio e o, nº 23. 38. Portanto, uma entidade adjudicante não pode aplicar regras de ponderação ou subcritérios relativos aos critérios de adjudicação que não tenha levado previamente ao conhecimento dos proponentes (v. por analogia, quanto aos contratos de empreitada de obras públicas, acórdão Universale Bau e o, já referido, nº 99."

Processo C-199/07 (Comissão *versus* Grécia)

Acórdão de 12 de novembro de 2009

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Num concurso num dos setores especiais, foi identificada uma discriminação em função da nacionalidade, suficientemente relevante para condenar a República Helénica. Centrada na definição discriminatória das qualidades dos interessados.

Processo C-226/09 (Comissão *versus* Irlanda)

Acórdão de 18 de novembro de 2010

Coletânea, 2020, página I-11807

ECLI:EU:C:2010:697

”1) Ao alterar a ponderação dos critérios de adjudicação de um contrato de prestação de serviços de interpretação e de tradução na sequência de um primeiro exame das propostas, submetidas, a Irlanda não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência que decorre desse princípio, conforme interpretados pelo Tribunal de Justiça.

2) A acção é julgada improcedente quanto ao restante.

3) A Comissão Europeia e a Irlanda suportarão as suas próprias despesas.”

COMENTÁRIO :

Em 16 de maio de 2006, o Ministério da Justiça, da Igualdade e da Reforma Legislativa da República da Irlanda, publicou um anúncio de concurso para adjudicação de um contrato de prestação de serviços de interpretação e tradução a diversas instituições competentes em matéria de asilo. O critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, com base em sete fatores dele integrantes, dizendo o anúncio que não estavam enumerados por ordem de importância. Doze empresas apresentaram propostas, e, no mesmo dia (9 de junho de 2006), os membros da comissão de avaliação receberam um esquema com a ponderação dos fatores integrantes do critério de adjudicação. A comissão alterou, posteriormente, a ponderação dos fatores, e, aplicando uma nova escala para a adjudicação. Esclarecendo que o objeto do contrato caía na previsão do anexo II B da diretiva 2014/18/CE, com as consequências daí advindas (nos termos conjugados nos artigos 21, 23 e 35, nº 4, dessa diretiva, as entidades adjudicantes apenas estão obrigados, em sede de procedimentos, a respeitar as normas relativas às especificações técnicas e a enviar um anúncio à comissão com os resultados do procedimento). Aqui, o Tribunal afirma : “31. (...) o regime instituído pelo legislador da União para os contratos de serviços abrangidos pelo anexo II B da directiva não pode ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação dos princípios que resultam dos artigos 49º TFUE e 56º TFUE, no caso de esses contratos apresentarem, não obstante, um interesse transfronteiriço certo (v., neste sentido acórdão Comissão/Irlanda, já referido, nº 29) e, por essa razão, das obrigações destinadas a

assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes (v., neste sentido, acórdão de 13 de Abril de 2010, Wall, C-91/08, Colet. P.I-0000, nº 37)”. Logo, a modificação a posteriori, de um elemento tão decisivo como o critério de adjudicação foi censurado.

Processo C-368/10 (Comissão *versus* Países Baixos)

Acórdão de 10 de maio de 2012

ECLI:EU:C:2012:284

“1) Em razão do facto de, no quadro da adjudicação de um contrato público para o fornecimento e a gestão de máquinas de café, que foi objeto de um anúncio publicado no Jornal Oficial da União Europeia, em 16 de agosto de 2008, a província de Noord-Holland :

- (...) ;
- ter estabelecido critérios de adjudicação incompatíveis com o artigo 53º, nº 1, alínea a), da referida diretiva, ao prever que o facto de certos produtos a fornecer ostentarem determinados rótulos daria lugar à concessão de um certo número de pontos no quadro da escolha da proposta economicamente mais vantajosa, sem ter enumerado os critérios subjacentes a esse rótulos nem autorizado que a prova de que um produto satisfazia esses critérios subjacentes fosse feita por qualquer meio adequado ;
- (...) ;
- (...),

O Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas disposições.

2) A ação deve ser julgada improcedente quanto ao restante.

3) O Reino dos Países Baixos é condenado nas despesas.”

COMENTÁRIO:

O comentário ao primeiro parágrafo, da primeira conclusão, consta do capítulo 19 (liberdade de circulação de mercadorias), ao terceiro parágrafo, do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas), e ao quarto parágrafo, do capítulo 5 (princípios gerais).

Processo C-599/10 (SAG)
Acórdão de 29 de março de 2012
ECLI:EU:C:2012:191

“O artigo 55º 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, deve ser interpretado no sentido de que exige que na legislação nacional exista uma disposição como o artigo 42º, nº 3, da Lei nº 25/2006, que regula os contratos públicos, na versão aplicável ao processo principal, que prevê, no essencial, que, caso o candidato proponha um preço anormalmente baixo, a entidade adjudicante lhe peça, por escrito, esclarecimento sobre o seu preço. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se, face a todos os elementos do processo nele pendente, o pedido de esclarecimento permitiu ao candidato em causa explicar suficientemente a composição da sua proposta.

O artigo 55º da Diretiva 2004/18 opõe-se à posição de uma entidade adjudicante que considere que não está obrigada a solicitar ao candidato que esclareça um preço anormalmente baixo.

O artigo 2º, da Diretiva 2004/18 não se opõe a uma disposição de direito nacional, como o artigo 42º, nº 2, da Lei nº 25/2006, de acordo com o qual, no essencial, a entidade adjudicante pode solicitar aos candidatos, por escrito, que clarifiquem as suas propostas, sem todavia solicitar ou aceitar uma modificação das mesmas. No exercício do poder de apreciação de que dispõe, a entidade adjudicante deve tratar todos os candidatos de forma igual e leal, de modo que o pedido de esclarecimentos não possa ser visto, no termo do processo de seleção das propostas e em face do seu resultado, com tendo sido indevidamente favorecido ou desfavorecido o candidato ou candidatos a quem tenha sido dirigido.”

COMENTÁRIO :

O reenvio prejudicial emergiu de um litígio entre o ÚRAD (Instituto dos Contratos Públicos da Eslováquia) e as empresas excluídas do concurso lançado em 2007 pela NDS, sociedade comercial controlada a 100% pelo Estado eslovaco, tendo em vista o fornecimento de serviços de cobrança de portagens das autoestradas e noutras vias rodoviárias. A NDS tinha, para tal, desencadeado um concurso limitado, por anúncio publicado em 27 de

setembro de 2007, com um valor potencial de adjudicação superior a € 600 milhões. No contexto desse procedimento, foram pedidos esclarecimentos a dois agrupamentos concorrentes (SAG e Slovakpass). Abrangendo tanto questões técnicas, como o preço apresentado. Depois de prestados os esclarecimentos, os dois agrupamentos foram excluídos. O Tribunal decidiu, como se depreende do conjunto das conclusões, sobretudo baseado na interpretação do artigo 2º, da diretiva 2004/18/CE, quanto aos princípios gerais. Sobre a necessidade de pedir esclarecimentos sobre o valor da proposta, a jurisprudência foi reiterada, de modo muito firme : **“29. (...) a existência de um debate contraditório efetivo entre a entidades adjudicante e o concorrente, num momento útil do procedimento de análise das propostas, para este poder provar a seriedade da sua proposta, constitui uma exigência fundamental da Diretiva 2004/18, com vista a evitar a arbitrariedade da entidade adjudicante e garantir uma sã concorrência entre as empresas (v. neste sentido, acórdão Lombardini e Mantovani, já referido, nº 57)”**. O Tribunal considerou ainda que a lista constante do artigo 55, desse documento legislativo, não é exaustiva, nem meramente indicativa. No que diz respeito às especificações técnicas, o Tribunal, reconhecendo que não existe disposição similar à que disciplina o processo contraditório para esclarecer o preço anormalmente baixo, e sendo lícito que a entidade adjudicante se dirija aos interessados para obter informação complementar, isso não pode conduzir à alteração da proposta apresentada, e resultar num tratamento não igualitário dos mesmos. E aduz : **42. A fim de dar resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, deve acrescentar-se que o pedido de esclarecimento da proposta só pode ser feito depois de a entidade adjudicante ter tomado conhecimento de todas as propostas (v. nesse sentido, acórdão Lombardini e Mantovani, já referido, nºs 51 e 53). 43. Por outro lado, o pedido deve ser feito de modo equivalente a todas as empresas que se encontrem na mesma situação, se não existir um motivo, objetivamente verificável, que possa justificar um tratamento diferenciado dos candidatos, sobretudo quando a propostas deva ser recusada por outras razões. 44. Além disso, o pedido deve incidir sobre todos os aspetos da proposta que sejam imprecisos ou não conformes com as especificações técnicas do caderno de encargos, não podendo a entidade adjudicante recusar a proposta por falta de clareza de um aspecto que não tenha sido objeto do pedido de esclarecimento”**.

Processo C-538/13 (eVigilo)
Acórdão de 12 de março de 2015
ECLI:EU:C:2015:166

“1) (...).

2) Os artigos 2º e 53º, nº 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que permitem, em princípio, a uma entidade adjudicante adotar como critério de avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes num concurso público o grau de conformidade das mesmas com as exigências constantes da documentação do concurso público.”

COMENTÁRIO :

O Tribunal de Justiça teve a habitual posição conservadora quanto à resposta à questão subjacente à conclusão acima reproduzida. Assim : “60. De acordo com o artigo 53º, nº 1, da Diretiva 2004/18, a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante é apreciada segundo diversos critérios ligados ao objeto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas ou funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda e prazo de entrega ou de execução. 61. Segundo a jurisprudência, esta enumeração não é taxativa, como resulta da utilização dos termos ‘como sejam’ (v. acórdão Comissão/Países Baixos, C-368/10, EU:C:2012:284, nº 84). 62. Assim, a entidade adjudicante tem a faculdade de estabelecer outros critérios de adjudicação, desde que os mesmos estejam ligados ao objeto do contrato, e respeitem os princípios fixados no artigo 2º da Diretiva 2004/18”. Com o devido respeito, a questão pode não se cingir a uma apreciação segundo esta limitada, e algo formal, perspectiva. Na verdade, uma proposta que não seja completamente conforme às exigências da documentação do procedimento, deverá ser excluída. Não classificada melhor ou pior. Aquilo que o Código dos Contratos Públicos afirma como “aspetos não sujeitos à concorrência” deveria ser integralmente respeitado, como sucede no nosso sistema jurídico. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-568/13 (Data Medical Service)

Acórdão de 18 de dezembro de 2014

O comentário a este acórdão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico). O Tribunal de Justiça entendeu como lícita a participação de um hospital público num concurso para adjudicação de um contrato público de serviços, mesmo se os financiamentos públicos de que beneficia lhe permitem apresentar uma proposta de preço imbatível. Porém, interpelado sobre se seria aplicável o regime do preço anormalmente baixo a uma situação desse tipo, o Tribunal de Justiça também respondeu afirmativamente. A parte final da segunda conclusão é muito clara nesse sentido : “2) (...) No entanto, no âmbito da análise do carácter anormalmente baixo de uma proposta, com base no artigo 37º desta diretiva, a entidade adjudicante pode tomar em consideração a existência de um financiamento público de que esse estabelecimento beneficia, tendo em conta a faculdade de rejeitar essa proposta.”

Processo C-6/15 (TNS)
Acórdão de 14 de julho de 2016
ECLI:EU:C:2016:555

“O artigo 53º, nº 2, da Diretiva 2008/18/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, lido à luz do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência que dele decorre, deve ser interpretado no sentido de que, no caso de um contrato de serviços que deva ser adjudicado nos termos do critério da proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, esta última não tem sempre de levar ao conhecimento dos potenciais proponentes, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos relativos ao contrato em causa, o método de avaliação aplicado pela entidade adjudicante para avaliar e classificar concretamente as propostas. Em contrapartida, o referido método não pode ter por efeito alterar o critério de adjudicação e a sua ponderação relativa.”

COMENTÁRIO :

Como se constata, sem qualquer dificuldade, aqui o Tribunal de justiça preferiu não aprofundar a aplicação dos grandes princípios. Na verdade, se bem que se não desconheça o teor exato das normas da diretiva 2004/18/CE, quanto à informação a providenciar aos interessados, é indiscutível que um procedimento em que se conheçam tanto o critério como tudo que possa ser relevante para a decisão será mais transparente (melhor, só assim será verdadeiramente transparente). A situação concreta desenvolveu-se na Bélgica. A Região da Flandres, em 2012, lançou um concurso destinado à adjudicação de um contrato público de serviços, com o objeto de realizar uma sondagem de opinião em grande escala sobre a habitação e habitantes dessa Região. A 11 de abril de 2012, o contrato foi adjudicado à Ipsos Belgium. A TNS impugnou a adjudicação, por ter a entidade adjudicante aplicado um método de avaliação que tornou a sua proposta menos competitiva. Em concreto, criando uma classificação das qualidades das propostas com elementos que não tinham sido disponibilizados a todos os interessados. O Tribunal de Justiça resumiu, do seguinte modo, a questão prejudicial : “19. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 53º, nº 2, da Diretiva 2004/18, lido à luz do princípio da igualdade de tratamento e do dever de

transparência que dele decorre, deve ser interpretado no sentido de que, no caso de um contrato público de serviços que deva ser adjudicado nos termos do critério da proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, esta última tem sempre de levar ao conhecimento dos potenciais proponentes, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos relativos aos contratos em causa, o método de aplicação ou as regras de ponderação com base nas quais as propostas serão apreciadas segundo os critérios de adjudicação publicados nestes documentos ou se, na falta de uma obrigação geral desta natureza, as circunstâncias específicas do contrato em causa podem impor essa obrigação". Para compreender a posição que o Tribunal de Justiça assumiu, é importante ter presente o texto do citado nº 2, do artigo 53, da diretiva 2004/18/CE. Que era o seguinte : "2. Sem prejuízo do disposto no terceiro parágrafo, no caso previsto na alínea a) do nº 1, a entidade adjudicante especificará, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos ou, no caso do diálogo concorrencial, na memória descritiva, a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa. Essas ponderações podem ser expressas por um intervalo de variação com uma abertura máxima adequada. Sempre que, no entender da entidade adjudicante, a ponderação não for possível por razões demonstráveis, a entidade adjudicante indicará, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos ou, no caso do diálogo concorrencial, na memória descritiva, a ordem decrescente da importância dos critérios". Portanto, é claro que a diretiva não foi particularmente exigente na disciplina da informação relevante. Restava saber se o Tribunal de Justiça iria mais além. Mas não foi : "26. (...) o Tribunal de Justiça reconheceu que é possível a uma entidade adjudicante determinar, após o termo do prazo para a apresentação das propostas, coeficientes de ponderação para os subcritérios que correspondam, em substância, aos critérios previamente levados ao conhecimento dos proponentes, sob três condições, a saber, que essa determinação ex post, em primeiro lugar, não altere os critérios de adjudicação do contrato definidos no caderno de encargos ou no anúncio do concurso, em segundo lugar, não contenha elementos que se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, poderiam ter influenciado essa preparação, e, em terceiro lugar, não tenha sido adotada tomando em consideração elementos suscetíveis de produzir efeitos discriminatórios

relativamente a um dos proponentes (v.acórdão de 21 de julho de 2017 Evropaiki Dynamik/EMSA, C-252/10 P, não publicado, EU:C:2011:512, nº 33 e jurisprudência referida. 27. No entanto, nem o artigo 53º, nº 2, da Diretiva 2004/18 nem outra disposição da mesma diretiva estabelecem a obrigação de a entidade adjudicante levar ao conhecimento dos potenciais proponentes, através da publicação do anúncio ou no caderno de encargos, o método de avaliação aplicado pela entidade adjudicante para avaliar e classificar concretamente as propostas à luz dos critérios de adjudicação do contrato e da sua ponderação relativa previamente estabelecidos na documentação relativa ao contrato em causa. 28. Essa obrigação geral também não resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça”. Na matéria em causa neste aresto, pode afirmar-se, sem qualquer margem para dúvida, que o legislador português foi bastante mais além do que o padrão mínimo estabelecido no direito da União, sufragado pelo Tribunal de Justiça. Na versão inicial do Código dos Contratos Públicos, basta a observação da alínea n), do nº 1, do artigo 132, para o confirmar. Muito mais claro que o que resultou da reforma produzida pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, conforme se constata do teor novo para a disposição atrás referida, agindo em conjunto com o artigo 139. Situação entretanto corrigida pela lei nº 30/2021, de 21 de maio, conforme o texto que levou para alínea n), do nº 1, do artigo 132 do CCP.

Processo C-546/16 (Montte)
Acórdão de 20 de setembro de 2018
ECLI:EU:C:2018:752

“1) A 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, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que permite às autoridades adjudicantes impor, no caderno de encargos que rege o procedimento de um concurso aberto, requisitos mínimos quanto à avaliação técnica, de forma que as propostas apresentadas que não atinjam um limiar mínimo de pontuação predeterminado no termo desta avaliação são excluídas da avaliação posterior, baseada tanto em critérios técnicos como no preço.

2) O artigo 66º da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que permite às autoridades adjudicantes impor, no caderno de encargos que rege o procedimento de um concurso aberto, requisitos mínimos quanto à avaliação técnica, de forma que as propostas apresentadas que não atinjam um limiar mínimo de pontuação predeterminado no termo desta avaliação são excluídas das fases sucessivas da adjudicação do contrato, e isto independentemente do número de proponentes restantes.”

COMENTÁRIO :

Esta decisão tem tanto de importante, como de polémico, (e, mesmo, de potencialmente perigoso). Nomeadamente para a jurisprudência anterior sobre a proibição da exclusão automática em função do preço anormalmente baixo. O caso, no processo principal, decorre em Espanha, na Comunidade Autónoma do País Basco, com um litígio entre a empresa Montte SL e a Musikene (uma fundação de direito público da Comunidade Autónoma referida), a propósito da adjudicação de um contrato público de fornecimento de bens, com um valor estimado de € 1.157.430,95, em 2016. Para além de aferição se o órgão nacional de reenvio – o Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – seria, para efeitos do artigo 267 TFUE, um “órgão jurisdicional nacional”, com uma pronúncia positiva (considerado permanente e independente e capaz de emitir decisões definitivas), o Tribunal fundamentou, desenvolvidamente, assim, para a primeira questão colocada

: “32. (...) as autoridades adjudicantes dispõem, no respeito pelos requisitos enunciados no número anterior do presente acórdão, da liberdade de determinar, em conformidade com as suas necessidades, nomeadamente o nível de qualidade técnica que as propostas apresentadas devem assegurar em função das características e do objeto do contrato em causa e de estabelecer um limiar mínimo que essas propostas devem respeitar de um ponto de vista técnico. Para o efeito, como alegou a Comissão nas suas observações escritas, o artigo 67º da Diretiva 2014/24 não se opõe à possibilidade, na fase de adjudicação do contrato, de começar por excluir as propostas apresentadas que não atinjam um limiar mínimo de pontuação predeterminado quanto à avaliação técnica. A este respeito, é evidente que uma proposta que não atinge esse limiar não corresponde, em princípio, às necessidades da autoridade adjudicante e não deve ser tida em conta na determinação da proposta economicamente mais vantajosa. Desta forma, a autoridade adjudicante, nesse caso, não é obrigada a determinar se o preço dessa proposta é inferior ao das propostas não eliminadas, que atinjam o referido limiar e correspondam, por conseguinte, às necessidades da autoridade adjudicante. 33. Neste contexto, importa ainda precisar que, se uma adjudicação do contrato é feita na sequência da avaliação técnica, a autoridade adjudicante deverá necessariamente ter em conta o preço das propostas que atinjam o limite mínimo de um ponto de vista técnico”. Este entendimento não era prejudicado pelo facto de, ao contrário do que sucede o procedimento por negociação, no diálogo concorrencial ou nas parcerias para a inovação, não existirem fases distintas no procedimento aberto. Para a segunda questão (que corresponde à segunda conclusão), o Tribunal considerou, dada que existiu verdadeira concorrência, que não se aplicaria o disposto no artigo 66, da diretiva 2014/24/UE. Porque não se estava em causa nenhuma das situações previstas no nº 6, do seu artigo 29, ou do nº 4, do seu artigo 30. Esta decisão levanta um conjunto de problemas, todos complexos. Primeiro, parece ser lícita a divisão da fase de avaliação das propostas em duas (ou mais) fases, sendo, por exemplo, a primeira destinada só à avaliação técnica, e a segunda a esta, acrescida do preço. Segundo, se isto assim for, nada, mas rigorosamente nada, pode ser aproveitado quanto ao preço, na citada terceira fase. Terceiro, para que o sistema funcione, terão de ser estabelecidas regras no procedimento pré-contratual que diga expressamente que o percentual dedicado à qualidade técnica da proposta só será ponderado quanto a propostas que passem a primeira fase, com a

pontuação mínima. Quarto, de modo a que seja respeitado o princípio da igualdade de tratamento, duas propostas que sejam consideradas capazes, do ponto de vista técnico, mas que não tenham obtido a mesma pontuação nesse exclusivo âmbito, não podem ser avaliadas da mesma forma quanto ao preço, só por terem passado de uma a outra fase. É tudo isto que o Tribunal de Justiça acaba de viabilizar ? É que basta a consulta do acórdão (seu número 15.) para se perceber que as regras do procedimento que foram objeto do reenvio prejudicial não correspondem, necessariamente, às observações por nós colocadas.

Processo C-367/18 (Tax-Fin-Flex)

Acórdão de 10 de setembro de 2020

O comentário a este acórdão consta do capítulo 8 (contrato). Discutiu-se a licitude da apresentação de uma proposta a custo zero, e o Tribunal de Justiça lembrou a eventual aplicação das regras sobre o preço anormalmente baixo. Trata-se de uma decisão com capacidade para gerar uma considerável polémica.

Processo C-669/20 (Veridos)

Acórdão de 15 de setembro de 2022

ECLI:EU:C:2022:684

“1) Os artigos 38º e 49º da Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (JO 2009, L 216, p. 76), devem ser interpretadas no sentido de que :as entidades adjudicantes, em caso de suspeita de que uma proposta apresenta um caráter anormalmente baixo, são obrigadas a verificar se esse é efetivamente o caso, tendo em conta todos os elementos pertinentes do concurso e do caderno de encargos, sem que a impossibilidade de aplicar os critérios previstos para esse efeito por uma legislação nacional e o número de propostas apresentadas relevem a este respeito.

2) (...)”

COMENTÁRIO :

Este acórdão aplica a diretiva 2009/81, sobre a contratação pública nos domínios da segurança e defesa. O litígio no processo principal opunha a firma Veridos GmbH ao Ministério da Administração Interna da Bulgária, e ao consórcio Muehlbauer ID Services GmbH-S&T, a propósito de uma decisão que tem por objeto a classificação dos proponentes e a escolha do adjudicatário de um contrato público visando a planificação, o desenvolvimento e a gestão de um sistema de emissão de documentos búlgaros de geração 2019. O Ministro Adjunto da Administração Interna abriu esse procedimento a 15 de agosto de 2018, sob a forma de concurso limitado. Após a fase da pré-seleção, a firma e o consórcio atrás referidos foram convidados a apresentar proposta. Por despacho de 29 de abril de 2020, o contrato foi adjudicado ao consórcio. A Veridos impugnou administrativa e judicialmente esse ato, e desse contencioso emergiram as questões prejudiciais, apresentadas pelo Supremo Tribunal administrativo. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça dirigiu-se ao conceito de proposta anormalmente baixa, salientando que o direito da União não o define, cabendo aos Estados-Membros determinarem o modo de cálculo de um limiar de anomalia constitutivo de uma proposta anormalmente “baixa”. Mas a jurisprudência estabeleceu que “35. (...) precisou que o caráter anormalmente baixo de uma proposta deve ser apreciado em

relação à prestação em causa". Depois desse juízo, e se existirem proposta ou propostas suspeitas, há que promover um contraditório específico, para cabal esclarecimento da situação. Mais ainda, "38. O exame de todos os elementos relativos ao concurso, e ao caderno de encargos em causa deve permitir à entidade adjudicante determinar se, apesar da existência de uma divergência com as propostas apresentadas pelos outros proponentes, a proposta suspeita é suficientemente séria. A este propósito, a entidade adjudicante pode basear-se em regras nacionais que definem um método específico para identificar as propostas anormalmente baixas. 39. Todavia, tendo em conta as considerações precedentes, deve ser concluído que a Diretiva 2009/81 não exclui que o caráter anormalmente baixo de uma proposta seja apreciado quando só duas propostas forem apresentadas. Pelo contrário, a inaplicabilidade do critério previsto pelo direito nacional para efeitos de apreciação do caráter anormalmente baixo de uma proposta não é suscetível de dispensar a entidade adjudicante da sua obrigação (...) de identificar as propostas suspeitas de proceder, perante essas propostas, a uma verificação contraditória". Tenha-se em conta se o Tribunal de Justiça considera que se podem utilizar critérios previstos para legislação nacional para perceber se se está perante uma proposta anormalmente baixa, mas isso não significa que uma aplicação automática deles, sem aplicação do contraditório. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-54/21 (Antea Polska)
Acórdão de 17 de novembro de 2022

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas) e 28 (meios de recurso). Discutiu-se a questão da confidencialidade de documentos das propostas, e, ainda, um aspecto específico relativo a elementos integrantes do critério de adjudicação.