Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

16 de abril de 2015*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Fornecimentos — Especificações técnicas — Princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação — Obrigação de transparência — Referência a um produto de uma marca comercial — Apreciação do caráter equivalente do produto proposto por um proponente — Cessação de fabrico do produto de referência»

No processo C-278/14,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Curtea de Apel Alba Iulia (Roménia), por decisão de 21 de março de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de junho de 2014, no processo

SC Enterprise Focused Solutions SRL

contra

Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

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

advogado-geral: M. Szpunar,

secretário: A. Calot Escobar,

vistas as observações apresentadas:

— em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão Europeia, por L. Nicolae e A. Tokár, na qualidade de agentes,

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

profere o presente

* Língua do processo: romeno.

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114; retificação no JO 2004, L 351, p. 44), conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011 (JO L 319, p. 43, a seguir «Diretiva 2004/18»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a SC Enterprise Focused Solutions SRL (a seguir «EFS») ao Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia (Hospital distrital para as urgências de Alba Iulia), a propósito de uma decisão deste último que rejeita a proposta apresentada pela EFS no âmbito de um processo de adjudicação de contratos públicos.

Quadro jurídico

3 O considerando 2 da Diretiva 2004/18 tem a seguinte redação:

«[…] A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Todavia, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, é aconselhável estabelecer disposições que instituam uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiem nesses princípios por forma a garantir os seus efeitos e a abertura à concorrência dos contratos públicos. Por conseguinte, tais disposições de coordenação devem ser interpretadas em conformidade com as regras e princípios atrás referidos, bem como com as restantes regras do Tratado.»

4 Nos termos do artigo 2.º desta diretiva, intitulado «Princípios de adjudicação dos contratos»:

«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.»

5 Em conformidade com o artigo 7.º, alínea b), primeiro travessão, da Diretiva 2004/18, esta aplica-se nomeadamente aos contratos públicos de fornecimento de valor, sem imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «IVA»), igual ou superior a 200 000 euros quando se trate de contratos adjudicados por entidades adjudicantes que não sejam as autoridades governamentais centrais referidas no anexo IV dessa diretiva.

6 O conceito de «especificações técnicas» é definido no ponto 1, alínea b), do anexo VI da Diretiva 2004/18 da forma seguinte:

«‘Especificação técnica’, no caso de contratos públicos de fornecimento ou de serviços: uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto ou a um serviço, tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental, a conceção que preencha todos os requisitos (incluindo a acessibilidade para os deficientes) e a avaliação da conformidade, a adequação de utilização, a utilização do produto, a segurança ou as dimensões, incluindo as exigências importantes aplicáveis ao produto no que se refere ao nome sob o qual é vendido, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, os processos e métodos de produção e os procedimentos de avaliação da conformidade;».

7 Nos termos do artigo 23.º desta diretiva:

«[...]

2. As especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

3. Sem prejuízo das regras técnicas nacionais vinculativas, desde que compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas devem ser formuladas:

a) Seja por referência a especificações técnicas definidas no anexo VI e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais, a qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização ou, caso aquele não exista, a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, cálculo e execução de obras, bem como de utilização de materiais. Cada referência será acompanhada da menção 'ou equivalente';

b) Seja em termos de desempenho ou de exigências funcionais, podendo estas últimas incluir características ambientais. Devem, todavia, ser suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objeto do contrato e às entidades adjudicantes escolher o adjudicatário;

c) Seja em termos do desempenho ou das exigências funcionais a que se refere a alínea b), remetendo, como meio de presunção de conformidade com esse desempenho ou essas exigências funcionais, para as especificações a que se refere a alínea a);

d) Seja por referência às especificações a que se refere a alínea a) para determinadas características e por referência ao desempenho ou às exigências funcionais a que se refere a alínea b) para outras características.

[...]

8. A menos que o objeto de contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinados operadores económicos ou determinados produtos. Tal referência será autorizada, a título excecional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos dos n.os 3 e 4; essa referência deve ser acompanhada da menção 'ou equivalente'.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

8 Em 20 de novembro de 2013, o Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia abriu um processo de concurso público em linha com vista a celebrar um contrato público de fornecimento de sistemas e de materiais informáticos. O valor estimado desse contrato público ascendia a 259 750 leus romenos (RON), IVA não incluído. Esta quantia equivale a cerca de 58 600 euros.

9 Os documentos do contrato especificavam, no que respeita à unidade central do sistema informático, que o processador devia corresponder, «no mínimo», a um processador «Intel Core i5 3,2 GHz ou equivalente».

10 A proposta apresentada pela EFS incluía um processador da marca AMD e do tipo Quad Core A8-5600k, que dispunha de seis núcleos, de uma frequência *standard* de 3,6 GHz e de uma frequência «turbo» de 3,9 GHz.

11 Esta proposta foi rejeitada por não ser conforme com as especificações técnicas do contrato. A entidade adjudicante chegou a esta conclusão depois de ter constatado, na sequência de uma consulta da página Internet da marca *Intel*, que os processadores do tipo Core i5 com uma frequência de 3,2 GHz de primeira e de segunda geração (Core i5-650) já não eram produzidos por este fabricante, o qual também já não assegurava a sua manutenção, embora ainda estivessem disponíveis no comércio, e que o processador do mesmo tipo que o referido fabricante produz e que tem uma frequência de, no mínimo, 3,2 GHz era o processador de terceira geração. Foi em relação a este processador de terceira geração, de desempenho superior ao do processador proposto pela EFS, que este último foi declarado não conforme com as especificações técnicas do contrato.

12 A EFS apresentou uma reclamação no Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Conselho nacional para a decisão das reclamações) contra a decisão que rejeitou a sua proposta, alegando que o desempenho do processador previsto nesta proposta é superior ao processador designado no quadro das especificações técnicas do contrato, nomeadamente, o Intel Core i5-650, de 3,2 GHz. É pacífico que o processador proposto pela EFS é efetivamente superior ao da marca *Intel* do tipo Core i5-650. Uma vez que esta reclamação foi indeferida por decisão de 11 de fevereiro de 2014, a recorrente no processo principal interpôs recurso dessa decisão para a Curtea de Apel Alba Iulia (Tribunal de Recurso de Alba Iulia).

13 Neste contexto, a Curtea de Apel Alba Iulia decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte:

«O artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 […], pode ser interpretado no sentido de que, quando a entidade adjudicante define as especificações técnicas do produto objeto do contrato público através da remissão para uma determinada marca, as caraterísticas do produto […] proposto [por um proponente e apresentado como equivalente] devem referir-se apenas às [características] dos produtos que se encontram em produção [pelo fabricante cujo produto serviu de referência para a especificação técnica em causa] ou [essas características] podem também referir-se aos produtos [desse fabricante] existentes no mercado mas cuja produção cessou?»

Quanto à questão prejudicial

14 A título preliminar, há que salientar que o órgão jurisdicional de reenvio parte da hipótese segundo a qual a Diretiva 2004/18 é aplicável no quadro do litígio no processo principal, sem, todavia, fornecer elementos dos quais resulte a aplicabilidade desse ato de direito derivado.

15 Ora, há que referir que os procedimentos específicos e rigorosos previstos pelas diretivas da União relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos se aplicam unicamente aos contratos cujo valor ultrapassa o limiar previsto expressamente em cada uma das referidas diretivas. Assim, as normas dessas diretivas não se aplicam aos contratos cujo valor não atinja o limiar por elas fixado (acórdão SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, n.º 19 e jurisprudência referida). Portanto, o artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18, cuja interpretação é pedida ao Tribunal de Justiça, não é aplicável no quadro do litígio no processo principal. Com efeito, o valor, sem IVA, do contrato público em causa é da ordem dos 58 600 euros, ao passo que o limiar pertinente de aplicação desta diretiva, conforme fixado no artigo 7.º, alínea b), da mesma, é de 200 000 euros.

16 Importa, todavia, considerar que a adjudicação dos contratos públicos que, tendo em conta o seu valor, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da referida diretiva está, no entanto, sujeita às regras fundamentais e aos princípios gerais do Tratado FUE, em particular aos princípios da igualdade de

tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade e à obrigação de transparência deles decorrente, desde que esses contratos revistam um interesse transfronteiriço certo, tendo em conta certos critérios objetivos (v., neste sentido, acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., C-159/11, EU:C:2012:817, n.º 23 e jurisprudência referida).

17 Ora, embora o órgão jurisdicional de reenvio não faça uma referência direta às regras fundamentais e aos princípios gerais do direito da União na sua decisão de reenvio, resulta de jurisprudência constante que o Tribunal, para fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional que submeteu a questão prejudicial, pode ser levado a tomar em consideração normas do direito da União às quais o juiz nacional não fez referência no seu pedido de decisão prejudicial (v., neste sentido, acórdão Medipac — Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, n.º 34).

18 A este respeito, há que referir que órgão jurisdicional de reenvio não apurou os elementos necessários que permitam ao Tribunal de Justiça verificar se, no processo principal, existe um interesse transfronteiriço certo. Ora, há que recordar que, como resulta do artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, este deve poder encontrar num pedido de decisão prejudicial uma exposição dos dados factuais em que as questões assentam e o nexo existente nomeadamente entre esses dados e essas questões. Assim, o apuramento dos elementos necessários que permitam a verificação da existência de um interesse transfronteiriço certo, do mesmo modo que, em geral, todas as constatações que incumbe realizar aos órgãos jurisdicionais nacionais e das quais depende a aplicabilidade de um ato de direito derivado ou do direito primário da União, deve ser efetuado antes de recorrer ao Tribunal de Justiça (v. acórdão Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o., C-113/13, EU:C:2014:2440, n.º 47).

19 No entanto, devido ao espírito de cooperação que preside às relações entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça no âmbito do processo prejudicial, a falta dessas constatações prévias pelo órgão jurisdicional de reenvio relativas à existência de um eventual interesse transfronteiriço certo não leva necessariamente à inadmissibilidade do pedido se o Tribunal de Justiça, face aos elementos dos autos, considerar que está em condições de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio. É esse nomeadamente o caso quando a decisão de reenvio contém elementos suficientes pertinentes para apreciar a eventual existência desse interesse. Contudo, a resposta pelo Tribunal de Justiça só é dada desde que um interesse transfronteiriço certo no processo principal possa, com base numa apreciação circunstanciada de todos os elementos pertinentes relativos ao processo principal, ser declarado pelo órgão jurisdicional de reenvio (v., neste sentido, acórdão Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o., C-113/13, EU:C:2014:2440, n.º 48 e jurisprudência referida).

20 Quanto aos critérios objetivos suscetíveis de indicar a existência de um interesse transfronteiriço certo, o Tribunal de Justiça já declarou que esses critérios podem ser, nomeadamente, a importância económica do contrato em causa, conjugada com o local de execução dos trabalhos ou ainda as características técnicas do contrato. O órgão jurisdicional de reenvio pode, na sua apreciação global da existência de um interesse transfronteiriço certo, ter também em conta a existência de denúncias apresentadas por operadores situados noutros Estados-Membros, na condição de que seja verificado que estas são reais e não fictícias (v. acórdão Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o., C-113/13, EU:C:2014:2440, n.º 49 e jurisprudência referida).

21 No caso em apreço, apesar do baixo valor do contrato e da falta de explicação por parte do órgão jurisdicional de reenvio, há que constatar que o contrato em causa no processo principal pode apresentar um interesse transfronteiriço certo, tendo em conta os elementos de facto do processo principal, em particular o de este processo ter por objeto o fornecimento de sistemas e de materiais informáticos com um processador de referência de uma marca internacional.

22 Por conseguinte, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar de forma circunstanciada, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caracterizam o contexto em que o processo que lhe é submetido se insere, se o contrato em causa no processo principal apresenta efetivamente um interesse transfronteiriço certo. É sob esta reserva que são enunciadas as considerações que se seguem.

23 Consequentemente, há que entender a questão prejudicial no sentido de que diz respeito, no quadro de um contrato não sujeito à Diretiva 2004/18 mas que apresenta um interesse transfronteiriço certo, às implicações das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado, em particular dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e da obrigação de transparência que daí decorre.

24 Além disso, há que sublinhar que, no processo principal, a cessação da fabricação mantendo a disponibilidade no mercado diz respeito não ao produto apresentado por um proponente, mas ao produto a que se refere a especificação técnica controvertida. Por conseguinte, a questão pertinente não é a de saber se, na falta de qualquer precisão a este respeito nos documentos do contrato em causa no processo principal, a entidade adjudicante pode exigir que o produto proposto por um proponente ainda seja fabricado, mas a questão de saber se uma entidade adjudicante que definiu uma especificação técnica por referência a um produto de uma marca determinada pode, no caso de cessação da fabricação desse último produto, alterar essa especificação fazendo referência ao produto comparável da mesma marca que é fabricado, cujas características são diferentes.

25 No que respeita aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e à obrigação de transparência, há que reconhecer aos Estados-Membros uma determinada margem de apreciação para efeitos da adoção de medidas destinadas a garantir o respeito desses princípios, os quais se impõem às entidades adjudicantes em qualquer processo de adjudicação de um contrato público (v. acórdão Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, n.os 31 e 32).

26 A obrigação de transparência destina-se, nomeadamente, a garantir a ausência de risco de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante (v., quanto ao artigo 2.º da Diretiva 2004/18, acórdão SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 25 e jurisprudência referida).

27 Ora, esse objetivo não seria alcançado se a entidade adjudicante se pudesse libertar dos requisitos que ela própria fixou. Assim, está proibida de alterar os critérios de adjudicação no decurso do processo de adjudicação. Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência têm, a este respeito, o mesmo efeito quanto às especificações técnicas.

28 Portanto, o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência impedem a entidade adjudicante de recusar uma proposta que cumpra as exigências do anúncio de concurso, com fundamento em motivos não previstos no referido anúncio (acórdão Medipac — Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, n.º 54).

29 Por conseguinte, a entidade adjudicante não pode proceder, após a publicação de um anúncio de concurso, a uma alteração da especificação técnica relativa a um elemento de um contrato, em violação dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e da obrigação de transparência. A este respeito, é indiferente que o elemento a que se refere essa especificação continue ou não a ser fabricado ou esteja disponível no mercado.

30 Por conseguinte, há que responder à questão submetida que o artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 não é aplicável a um contrato público cujo valor não atinge o limiar de aplicação previsto por essa diretiva. No quadro de um contrato público não sujeito à referida diretiva, mas que apresenta um interesse transfronteiriço certo, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, as regras fundamentais e os princípios gerais do Tratado, em particular os princípios da igualdade de

tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência que daí decorre, devem ser interpretados no sentido de que a entidade adjudicante não pode recusar uma proposta que cumpre as exigências do anúncio de concurso, com fundamento em motivos não previstos nesse anúncio.

Quanto às despesas

31 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

O artigo 23.º, n.º 8, 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, conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011, não é aplicável a um contrato público cujo valor não atinge o limiar de aplicação previsto por essa diretiva. No quadro de um contrato público não sujeito à referida diretiva, mas que apresenta um interesse transfronteiriço certo, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, as regras fundamentais e os princípios gerais do Tratado FUE, em particular os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência que daí decorre, devem ser interpretados no sentido de que a entidade adjudicante não pode recusar uma proposta que cumpre as exigências do anúncio de concurso, com fundamento em motivos não previstos nesse anúncio.

Assinaturas