ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

18 de Outubro de 2001 *

No processo C-19/00,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE, pela Supreme Court (Irlanda), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

SIAC Construction Ltd

e

County Council of the County of Mayo,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 29.° 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 (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9), conforme alterada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1),

* Língua do processo: inglês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: P. Jann (relator), presidente de secção, A. La Pergola, L. Sevón, M. Wathelet e C. W. A. Timmermans, juízes,

advogado-geral: F. G. Jacobs,
secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação da SIAC Construction Ltd, por B. Shipsey, SC, mandatado por McCann Fitzgerald e Philip Lee, solicitors,

— em representação do County Council of the County of Mayo, por M. Finlay, SC, M. Boyce e N. Hyland, BL, mandatados por King & McEllin, solicitors,

— em representação do Governo irlandês, por L. A. Farrell, na qualidade de agente, assistido por A. O'Brolchain, SC, e A. M. Collins, BL,

— em representação do Governo austríaco, por C. Pesendorfer, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por R. B. Wainwright, na qualidade de agente,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da SIAC Construction Ltd, representada por B. Shipsey, do County Council of the County of Mayo, representado por M. Finlay e N. Hyland, do Governo irlandês, representado por D. J. O'Hagan, na qualidade de agente, assistido por A. O'Brolchain, do Governo francês, representado por S. Pailler, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por R. B. Wainwright, na audiência de 8 de Março de 2001,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 10 de Maio de 2001,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 30 de Julho de 1999, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 24 de Janeiro de 2000, a Supreme Court colocou, nos termos do artigo 234.° CE, uma questão prejudicial sobre a interpretação do artigo 29.° 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 (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9), conforme alterada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1, a seguir «Directiva 71/305 alterada»).

2 Esta questão foi suscitada no quadro de um litígio que opõe a SIAC Construction Ltd (a seguir «SIAC») ao County Council of the County of Mayo (a seguir «County Council»), a propósito de um processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas.

Enquadramento jurídico

3 O artigo 29.°, n.os 1 e 2, da Directiva 71/305 alterada prevê:

«1. Os critérios nos quais as entidades adjudicantes se basearão para adjudicar as obras são:

— ou unicamente o preço mais baixo;

— ou, quando a adjudicação se faz à proposta economicamente mais vantajosa, diversos critérios variáveis consoante as obras, por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rendibilidade, o valor técnico.

2. Neste último caso, as entidades adjudicantes mencionarão, no caderno de encargos ou no anúncio do concurso, todos os critérios de adjudicação cuja aplicação prevêem, se possível na ordem decrescente da importância que lhes é atribuída.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

4 Em 20 de Fevereiro de 1992, o County Council publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* um anúncio de concurso relativo a uma empreitada de obras públicas que devia ser adjudicada por concurso público e que tinha por objecto, nomeadamente, a instalação de canos de esgoto, de válvulas de

segurança contra tempestades, de colunas de ventilação, de drenos de água pluvial, de tubagens de fornecimento e de condutas de água.

5 Esta empreitada pertencia à categoria das empreitadas por medição, em que as quantidades calculadas de cada elemento da obra são indicadas numa lista de quantidades. Para este tipo de empreitadas, o proponente completa a lista de quantidades, mencionando 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 indicados na proposta.

6 No anúncio de concurso, indicava-se, sob o título «[C]ritérios de adjudicação (para além do preço»):

«A empreitada será adjudicada ao proponente que apresente a proposta que for julgada mais vantajosa para o Council em termos de custo e valor técnico, após aprovação do Ministério do Ambiente.»

7 A documentação do concurso enviada aos proponentes incluía, nomeadamente, as instruções aos proponentes, a lista de quantidades e a tabela dos preços-base, o caderno de encargos, bem como os termos e as condições do contrato.

8 Vinte e quatro proponentes apresentaram propostas. Os três proponentes que apresentaram as propostas mais baixas eram a SIAC, a Mulcair e a Pierce Contracting Ltd. Após averiguações aritméticas e correcções, os preços totais das propostas eram de 5 378 528 IEP para a SIAC, 5 508 919 IEP para a Mulcair e de 5 623 966 IEP para a Pierce Contracting Ltd.

9 O engenheiro consultor a quem o County Council tinha confiado a avaliação das propostas indicou, no seu relatório, nomeadamente, que as propostas dos três proponentes que tinham apresentado propostas mais baixas eram equivalentes do ponto de vista do seu valor técnico.

10 Em contrapartida, manifestou reservas sérias no que respeita à proposta apresentada pela SIAC e assinalou que o sistema de preços utilizado por esta «reduzia, sem dúvida, em muito, a liberdade de o engenheiro consultor administrar integral e correctamente o contrato, de uma forma que, em seu entender, seja a mais vantajosa, em termos económicos, para o County Council».

11 Fez notar igualmente que, sob o título «Materiais», estava previsto um montante provisório de 90 000 IEP e que os proponentes tinham sido convidados a acrescentar a este montante uma percentagem para as despesas gerais, a margem de lucro, etc. Em vez disso, a SIAC deduziu 100% desse montante provisório. O engenheiro consultor considerou que a SIAC não podia proceder a esta dedução.

12 O relatório do engenheiro consultor prosseguiu afirmando que a metodologia seguida pela SIAC reduzia significativamente o controlo de todos os elementos da lista de quantidades, que variariam num sentido ou noutro depois da avaliação final. Mais especialmente, a SIAC tinha atribuído um preço unitário zero a 27,5% dos elementos, ao passo que, por exemplo, a Mulcair atribuiu um preço unitário zero unicamente a 18% dos elementos e fixou o preço de todos os elementos principais da obra.

13 O relatório do engenheiro consultor concluiu daí que, em relação à SIAC, a Mulcair tinha apresentado uma proposta «mais equilibrada», cuja relação qualidade/preço poderia ser superior e que poderia revelar-se mesmo menos onerosa.

14 Nas suas recomendações, o engenheiro consultor considerou que a proposta da Pierce Contracting Ltd devia ser rejeitada pelo simples facto de que o seu preço corrigido era superior em 115 047,33 IEP ao da proposta da Mulcair. Recomendou que fosse rejeitada a proposta da SIAC, nomeadamente, pelas seguintes razões:

— a SIAC não indicou um «prazo para conclusão», à data da proposta,

— a SIAC subtraiu, através de uma redução de 100%, um montante provisório de 90 000 IEP, em relação ao qual apenas estava autorizada a acrescentar uma percentagem para as despesas gerais, a margem de lucro, etc.,

— a SIAC não fixou preços em relação a elementos importantes da obra avaliados no conjunto das diferentes listas de quantidades, o que falsearia a sua lista de quantidades e tornaria a gestão e o controlo extremamente difíceis, se não impossíveis.

15 Consequentemente, o engenheiro consultor recomendou que fosse aceite a proposta corrigida da Mulcair.

16 Assim, o County Council celebrou o contrato com a Mulcair e este contrato foi executado.

17 Em resposta a um pedido da SIAC, o County Council comunicou a esta última, por carta de 30 de Abril de 1993, os motivos pelos quais não tinha aceite a sua proposta.

18 Consequentemente, a SIAC intentou na High Court (Irlanda) duas acções contra a decisão do County Council que adjudicava a empreitada em causa à Mulcair.

19 Por sentença e despacho da High Court, proferidos em 17 de Junho de 1997, as duas acções da SIAC foram julgadas improcedentes.

20 A High Court indicou que, ao escolher os critérios que figuravam no anúncio de concurso e que foram desenvolvidos noutros documentos, o County Council tinha exercido, com razão, um poder discricionário de selecção que assentava amplamente no exercício de uma apreciação profissional.

21 A High Court considerou dever limitar-se a examinar se a decisão do County Council não era razoável. Chegou à conclusão de que não era esse o caso.

22 A SIAC recorreu da sentença e do despacho da High Court para a Supreme Court.

23 No quadro do seu recurso, a SIAC sustenta que o County Council era obrigado a aceitar a proposta do proponente que fosse mais baixa, isto é, a proposta por ela mesma apresentada. Uma vez que tinha sido admitido que todos os proponentes possuíam o valor técnico exigido, o único critério relevante teria sido o custo, que deveria ser entendido como sinónimo do preço da proposta. O critério do custo ou do preço não teria podido, em caso nenhum, fazer referência ao custo final para o County Council.

24 Ao pretender ter em conta o custo final, o County Council afastou-se, segundo a SIAC, dos critérios que tinham sido indicados como critérios de adjudicação. Violou, assim, os princípios da transparência e da previsibilidade do processo de adjudicação, bem como o princípio da igualdade dos proponentes.

25 O County Council, pelo contrário, considera que podia exercer um poder de apreciação discricionário e adjudicar a empreitada, com base numa recomendação do seu engenheiro consultor, à proposta que ele considerasse mais vantajosa do ponto de vista do custo e do valor técnico. Alega, além disso, que, no contexto de uma empreitada por medição, o critério do custo deve ser entendido como o do custo da empreitada para o County Council, isto é, o do preço do contrato.

26 Por outro lado, resulta, nomeadamente, do caderno de encargos que, ao examinar as listas de quantidades, o engenheiro consultor estava autorizado a efectuar comparações entre os preços indicados e as suas próprias estimativas de custo. De resto, a SIAC entendeu desde o início que o critério do custo se referia ao custo provável do contrato para o County Council.

27 Nestas condições, a Supreme Court decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte:

«Num caso em que uma autoridade adjudica uma empreitada nos termos do segundo travessão do artigo 29.°, n.° 1, da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, tal como transposta para o direito nacional de um Estado-Membro, em que essa autoridade especificou que os '*critérios de adjudicação (para além do preço)*' levariam a que a empreitada seria adjudicada ao '*competente proponente que apresentasse a proposta que fosse considerada mais vantajosa para a* [autoridade adjudicante] *em relação ao custo e qualidade técnica*', em que os três proponentes com propostas de mais baixos valores eram proponentes de reconhecida competência e apresentaram propostas válidas de

reconhecida qualidade técnica, e em que os preços das propostas dos três concorrentes com propostas mais baixas não divergiam grandemente, é a autoridade adjudicante obrigada a adjudicar a empreitada ao proponente que apresentou o preço mais baixo ou a autoridade adjudicante tem o direito de adjudicar a empreitada ao proponente com o segundo mais baixo preço, com base no relatório profissional do seu engenheiro consultor de que o custo final da empreitada para a autoridade adjudicante seria provavelmente menor se a empreitada fosse adjudicada ao proponente que apresentou o segundo preço mais baixo do que seria se a empreitada fosse adjudicada ao proponente que apresentou o preço mais baixo?»

Quanto à questão prejudicial

28 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o artigo 29.°, n.os 1 e 2, da Directiva 71/305 alterada 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.

29 A título liminar, há que salientar que as partes no processo principal estão em litígio sobre a questão de saber se os termos «preço» e «custo», usados na documentação do concurso, se referem ao preço total da proposta ou ao custo final da empreitada. A High Court, a este propósito, limitou-se a afirmar que os termos «preço» e «custo» tinham sido usados indistintamente.

30 Ora, há que reconhecer que, no quadro de um processo nos termos do artigo 234.° CE, o Tribunal de Justiça não pode resolver um diferendo relativo à interpretação dos termos usados na documentação de um concurso, interpretação que é da competência do juiz nacional.

31 É pacífico, em contrapartida, que as exigências do artigo 29.°, n.os 1 e 2, da Directiva 71/305 alterada devem ser examinadas à luz do facto de a empreitada em causa no processo principal ter sido adjudicada a um proponente em consideração do facto de que a sua proposta podia, segundo o parecer de um perito, representar o custo final menos elevado.

32 A este propósito, importa lembrar que o Tribunal de Justiça decidiu que a coordenação a nível comunitário dos processos de adjudicação das empreitadas públicas visa suprimir os entraves à livre circulação dos serviços e das mercadorias e, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro, que desejem propor bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro (v., nomeadamente, acórdão de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Colect., p. I-8035, n.° 16).

33 Em conformidade com este objectivo, o dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes corresponde à própria essência da Directiva 71/305 alterada (acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/ /Dinamarca, C-243/89, Colect., p. I-3353, n.° 33).

34 Mais precisamente, os proponentes devem encontrar-se em pé de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas como no momento em que estas são avaliadas pela entidade adjudicante (v., neste sentido, acórdão de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica, C-87/94, Colect., p. I-2043, n.° 54).

35 Quanto aos critérios que podem ser acolhidos a título de critérios de adjudicação de uma empreitada pública à proposta economicamente mais vantajosa, há que reconhecer que o artigo 29.°, n.° 1, segundo travessão, da Directiva 71/305 alterada não os enumera de modo taxativo.

36 Se esta disposição deixa, assim, às entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação da obra que entendam fixar, essa escolha só pode, no entanto, fazer-se entre critérios para identificação da proposta economicamente mais vantajosa (acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Colect., p. 4635, n.° 19).

37 Além disso, seria incompatível com o artigo 29.° da Directiva 71/305 alterada um critério de adjudicação que tivesse como resultado conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha sem restrições na adjudicação da empreitada a um proponente (acórdão Beentjes, já referido, n.° 26).

38 Não se pode considerar que o simples facto de um critério de adjudicação incidir sobre um dado que só será conhecido com precisão num momento posterior à adjudicação da empreitada atribui à entidade adjudicante essa liberdade sem restrições.

39 Com efeito, o Tribunal de Justiça já declarou que a segurança dos abastecimentos pode, em princípio, fazer parte dos critérios de adjudicação a ter em consideração para determinar a proposta economicamente mais vantajosa (acórdão de 28 de Março de 1995, Evans Medical e Macfarlan Smith, C-324/93, Colect., p. I-563, n.° 44).

40 No entanto, para que a utilização desse critério seja compatível com as exigências da igualdade de tratamento dos proponentes, é preciso, em primeiro lugar, como, aliás, prevê o artigo 29.°, n.° 2, da Directiva 71/305 alterada, que o mesmo conste do caderno de encargos ou do anúncio de concurso.

41 Depois, o princípio da igualdade de tratamento implica uma obrigação de transparência, a fim de permitir a sua observância (v., por analogia, acórdão de 18 de Novembro de 1999, Unitron Scandinavia e 3-S, C-275/98, Colect., p. I-8291, n.° 31).

42 Isto significa, mais especificamente, que os critérios de adjudicação devem ser formulados, no caderno de encargos ou no anúncio de concurso, de forma a permitir que todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes os interpretem da mesma maneira.

43 Esta obrigação de transparência implica igualmente que a entidade adjudicante se deve cingir à mesma interpretação dos critérios de adjudicação durante todo o processo (v., neste sentido, acórdão Comissão/Bélgica, já referido, n.os 88 e 89).

44 Finalmente, aquando da avaliação das propostas, os critérios de adjudicação devem ser aplicados de maneira objectiva e uniforme a todos os proponentes. O facto de uma entidade adjudicante recorrer ao parecer de um perito para avaliar um dado que só será conhecido com precisão mais tarde é, em princípio, apto a garantir o respeito desta condição.

45 À luz das considerações precedentes, há que responder à questão prejudicial que o artigo 29.°, n.os 1 e 2, da Directiva 71/305 alterada 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 de concurso ou no caderno de encargos, e

— que o relatório profissional assente, em todos os pontos essenciais, em factores objectivos considerados, de acordo com as regras da arte, pertinentes e adequados à apreciação operada.

Quanto às despesas

46 As despesas efectuadas pelos Governos irlandês, francês e austríaco, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pela Supreme Court, por despacho de 30 de Julho de 1999, declara:

O artigo 29.°, n.os 1 e 2, 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 de concurso ou no caderno de encargos, e

— que o relatório profissional assente, em todos os pontos essenciais, em factores objectivos considerados, de acordo com as regras da arte, pertinentes e adequados à apreciação operada.

Jann La Pergola Sevón

Wathelet Timmermans

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Outubro de 2001.

O secretário

R. Grass

O presidente da Quinta Secção

P. Jann