Coletânea da Jurisprudência

DESPACHO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção)

25 de maio de 2020*

«Reenvio prejudicial — Artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça — Diretiva 2014/24/UE — Contratos públicos — Diretiva 2014/23/UE — Concessões de serviços — Falta de elementos de facto e de direito que permitam dar uma resposta útil à questão prejudicial — Inadmissibilidade»

No processo C-643/19,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal), por Decisão de 26 de julho de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 30 de agosto de 2019, no processo

Resopre — Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, SA,

contra

Município de Peso da Régua,

sendo intervenientes:

Datarede — Sistemas de Dados e Comunicações, SA,

Alexandre Barbosa Borges, SA,

Fernando L. Gaspar — Sinalização e Equipamentos Rodoviários, SA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção),

composto por: S. Rodin, presidente de secção, D. Šváby (juiz-relator) e K. Jürimäe, juízes,

advogado-geral: M. Szpunar,

secretário: A. Calot Escobar,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de decidir por despacho fundamentado, em conformidade com o artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça,

profere o presente

* Língua do processo: português.

Despacho

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 56.º, n.º 1, e do artigo 60.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/2365 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017 (JO 2017, L 337, p. 19) (a seguir «Diretiva 2014/24»), bem como do princípio da concorrência.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Resopre — Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, SA (a seguir «Resopre»), ao Município de Peso da Régua (Portugal) a propósito da adjudicação, por contrato celebrado por este último, da exploração de solo para instalação e exploração de parquímetros.

Quadro jurídico

Diretiva 2014/23

3 O artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1), conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/2366 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017 (JO 2017, L 337, p. 21) (a seguir «Diretiva 2014/23»), dispõe:

«A presente diretiva estabelece regras aplicáveis aos procedimentos de contratação levados a cabo por autoridades e entidades adjudicantes por meio de uma concessão, cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 8.º»

4 O artigo 5.º da Diretiva 2014/23, com a epígrafe «Definições», prevê:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

1) "Concessões", a concessão de obras públicas ou serviços, tal como definidas nas alíneas a) e b):

[...]

b) "Concessão de serviços", um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras referida na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.»

5 O artigo 8.º desta diretiva, que estabelece os limiares e os métodos de cálculo do valor estimado das concessões, dispõe, nos seus n.os 1 e 2:

«1. A presente diretiva aplica-se às concessões cujo valor seja igual ou superior a 5 548 000 [euros].

2. O valor de uma concessão é o total do volume de negócios do concessionário gerado ao longo da duração do contrato, sem IVA, conforme estimado pela autoridade ou entidade contratante, em contrapartida das obras e dos serviços que foram objeto da concessão, bem como dos fornecimentos relacionados com tais obras e serviços.»

Diretiva 2014/24

6 O artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 dispõe:

«A presente diretiva estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de conce[ss]ão cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 4.º»

7 O artigo 2.º, n.º 1, desta diretiva, com a epígrafe «Definições», prevê:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

5) "Contratos públicos", contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços;

[...]»

8 O artigo 3.º, n.º 4, terceiro parágrafo, da referida diretiva estabelece:

«Assim, no caso de contratos mistos que contenham elementos de contratos públicos de fornecimentos, obras e serviços e de concessões, o contrato misto é adjudicado em conformidade com a presente diretiva, na condição de o valor estimado da parte do contrato que constitui um contrato abrangido pela presente diretiva, calculada em conformidade com o disposto no artigo 5.º, ser igual ou superior ao limiar pertinente estabelecido no artigo 4.º»

9 O artigo 4.º da mesma diretiva tem a seguinte redação:

«A presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[...]

c) 221 000 [euros] para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de conce[ss]ão organizados por essas autoridades; [...]

[...]»

10 O artigo 56.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 dispõe:

«Os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos em conformidade com os artigos 67.° a 69.°, desde que a autoridade adjudicante tenha verificado, em conformidade com os artigos 59.° a 61.°, que estão preenchidas todas as seguintes condições:

a) A proposta cumpre os requisitos, condições e critérios estabelecidos no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, assim como nos documentos do concurso, tendo em conta, se for caso disso, o artigo 45.º;

b) A proposta foi apresentada por um proponente que não se encontra excluído em conformidade com o artigo 57.º e que cumpre os critérios de seleção estabelecidos pela autoridade adjudicante nos termos do artigo 58.º e, se for o caso, as regras e os critérios não discriminatórios a que se refere o artigo 65.º

As autoridades adjudicantes podem decidir não adjudicar um contrato ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, se tiverem determinado que a proposta não cumpre as obrigações aplicáveis a que se refere o artigo 18.º, n.º 2.»

11 O artigo 60.º, n.º 4, desta diretiva prevê:

«A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios enunciados no anexo XII, parte II, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, fornecimentos ou serviços.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

12 Resulta da decisão de reenvio que a questão prejudicial foi submetida no âmbito de um litígio relativo a um contrato celebrado pelo Município de Peso da Régua, com vista à exploração de solo para a instalação e exploração de parquímetros. Este contrato é qualificado pelo órgão jurisdicional de reenvio de «concurso público para a atribuição da concessão de exploração de solo».

13 Para efeitos da adjudicação do referido contrato, o caderno de encargos previa um fator «adequação técnica e funcional da solução» composto por 86 «subfatores elementares». Para demonstrar a «adequação técnica e funcional da solução», o concorrente foi convidado a participar numa sessão de demonstração. Nessa sessão, o concorrente devia apresentar o *software* e o equipamento a fornecer, de modo a demonstrar, por um lado, o cumprimento dos termos e condições exigidos no caderno de encargos e, por outro, os atributos da sua proposta. Se, nessa sessão de demonstração, a entidade adjudicante constatasse que o concorrente cumpria os requisitos de um desses 86 subfatores, este obtinha dez pontos por esse subfator. Se o concorrente não demonstrasse cumprir os requisitos exigidos ou não pudesse apresentar o *software* e o equipamento a fornecer, era-lhe atribuído apenas um ponto por esse subfator.

14 A Resopre, que não participou na sessão de demonstração, obteve um ponto por cada um dos 86 subfatores do fator «adequação técnica e funcional da solução». O Município de Peso da Régua designou como adjudicatária a Datarede — Sistemas de Dados e Comunicações, SA, que tinha participado na sessão de demonstração.

15 A Resopre contestou a validade do critério de adjudicação do contrato no Tribunal Administrativo e Fiscal de Mirandela (Portugal). Sustentou, a este respeito, que o facto de exigir uma sessão de demonstração equivalia à fixação de um requisito mínimo de capacidade técnica, que a demonstração do *software* e dos equipamentos não se destinava a identificar a proposta economicamente mais vantajosa e que a exigência em questão violava os princípios da proporcionalidade e da concorrência. Esta empresa precisou, nomeadamente, que teria sido oneroso para ela desenvolver um protótipo do parquímetro a fornecer. O Tribunal Administrativo e Fiscal de Mirandela considerou que a demonstração do *software* e equipamentos em causa implicava um investimento de valor entre 9 148 euros e 9 648 euros para os operadores que não possuíssem de antemão esse *software* e esses equipamentos e que havia que julgar improcedente a ação da Resopre. Esta recorreu da decisão que julgou a sua ação improcedente para o órgão jurisdicional de reenvio.

16 Nestas condições, o Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O Direito da União Europeia (em especial [o artigo] 56°, n.º 1 e [o artigo] 60°, n.º 4 da Directiva 2014/24/UE, bem como o princípio da concorrência), admite que o Programa de Concurso referente a um procedimento pré-contratual de concurso público cujo objecto é a concessão de exploração de parcelas de solo com vista à instalação [e] exploração [de parquímetros] e fiscalização das normas constantes do Regulamento Municipal das zonas de estacionamento tarifado de duração limitada em vigor no Município, determine a apresentação pelos concorrentes do *software* e do equipamento (parquímetro) a fornecer, de forma a demonstrarem o cumprimento dos termos e condições exigidos no caderno de encargos, bem como os atributos das propostas e estabeleça um critério de adjudicação relacionado com o factor "adequação técnica e funcional da solução" a ser apreciado em função de tal demonstração (cfr. pontos 16 e 17 do Programa de Concurso)?»

Quanto à admissibilidade da questão prejudicial

17 Em conformidade com o artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o reenvio prejudicial for manifestamente inadmissível, o Tribunal pode, ouvido o advogado-geral, pronunciar-se por despacho fundamentado, pondo assim termo à instância.

18 Há que aplicar esta disposição no presente processo.

19 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, as questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que define sob a sua responsabilidade, e cuja exatidão não cabe ao Tribunal de Justiça verificar, gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar responder a um pedido formulado por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas (Despacho de 7 de julho de 2016, Sá Machado & Filhos, C-214/15, não publicado, EU:C:2016:548, n.º 28).

20 Como resulta do artigo 94.º do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça 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 a questão. Assim, o apuramento dos elementos necessários que permitam a verificação da aplicabilidade de um ato de direito derivado ou do direito primário da União deve ser efetuado antes de se recorrer ao Tribunal de Justiça (v., neste sentido, Despacho de 7 de julho de 2016, Sá Machado & Filhos, C-214/15, não publicado, EU:C:2016:548, n.º 37).

21 Ora, no caso em apreço, a decisão de reenvio não contém elementos de facto e de direito que permitam ao Tribunal de Justiça constatar a aplicabilidade da Diretiva 2014/24, cuja interpretação é pedida.

22 A questão submetida diz respeito, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a um «concurso público para a atribuição da concessão de exploração de solo». Assim, não resulta claramente da decisão de reenvio que o contrato em causa no processo principal deva ser qualificado de «concessão de serviços» ou de «contrato público». Por um lado, o órgão jurisdicional submeteu a sua questão à luz da Diretiva 2014/24, apenas aplicável aos contratos públicos. Por outro lado, parece resultar dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça, designadamente do anúncio publicado pelo Município de Peso da Régua, que o contrato em causa é uma concessão de serviços, regulada pela Diretiva 2014/23.

23 A este respeito, importa recordar que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, os «contratos públicos» são definidos como contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.

24 Em contrapartida, ao abrigo do artigo 5.º, ponto 1, alínea b), da Diretiva 2014/23, deve entender-se por «concessão de serviços» um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

25 Daqui resulta que a adjudicação, por uma autoridade pública, a um prestador de serviços, da gestão de um parque de estacionamento público tarifado, em contrapartida da qual esse prestador é remunerado por montantes pagos por terceiros pela utilização desse parque de estacionamento, constitui uma concessão de serviços públicos à qual a Diretiva 2014/24 não é aplicável (v., neste sentido, Acórdão de 13 de outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, n.º 43).

26 Por conseguinte, se, no caso em apreço, o Município de Peso da Régua remunerar o adjudicatário pelo fornecimento dos parquímetros e pelos serviços de fiscalização do estacionamento, o contrato celebrado para o efeito deveria ser qualificado de contrato público. Em contrapartida, se esse município der em concessão o terreno, para efeitos da instalação e da exploração dos parquímetros pelo adjudicatário, por sua conta e risco, o contrato celebrado deveria ser qualificado de concessão de serviços.

27 Importa igualmente observar que um contrato que contenha elementos de contratos públicos de fornecimentos, obras e serviços e de concessões deve ser qualificado de «contrato misto», em conformidade com o artigo 3.º, n.º 4, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24. Seria nomeadamente o caso de um município que, por um lado, adquirisse parquímetros a um adjudicatário, através da adjudicação de um contrato público de fornecimento, e por outro, atribuísse a exploração destes ao mesmo adjudicatário, por meio de uma concessão.

28 No caso em apreço, embora o órgão jurisdicional de reenvio descreva pormenorizadamente as modalidades de aplicação do critério de adjudicação controvertido no âmbito do procedimento de adjudicação, não precisa, todavia, as modalidades de remuneração previstas no contrato e também não designa o operador que assume o risco associado à exploração dos parquímetros em causa.

29 Nestas condições, por um lado, o Tribunal de Justiça não está em condições de determinar com certeza se a interpretação da Diretiva 2014/24 solicitada pelo órgão jurisdicional de reenvio será útil a este último para decidir o litígio que lhe foi submetido.

30 Por outro lado, importa recordar que a decisão de reenvio é o único documento que será notificado aos interessados referidos no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Na medida em que a redação da questão submetida pode ser interpretada como estando relacionada tanto com uma concessão como com um contrato público, os governos dos Estados-Membros e as outras partes interessadas não poderão apresentar utilmente as suas observações em conformidade com o referido artigo 23.º (v., neste sentido, Despachos de 30 de junho de 2016, ERDF, C-669/15, não publicado, EU:C:2016:509, n.ºs 16 e 20, e de 23 de novembro de 2017, Cunha Martins, C-131/17, não publicado, EU:C:2017:902, n.º 12).

31 Cumpre, no entanto, recordar que o órgão jurisdicional de reenvio conserva a faculdade de submeter um novo pedido de decisão prejudicial, quando estiver em condições de fornecer ao Tribunal de Justiça todos os elementos que permitam a este último decidir (Despacho de 7 de junho de 2018, easyJet Airline, C-241/18, não publicado, EU:C:2018:421, n.º 20).

32 Para este efeito, é útil recordar ao órgão jurisdicional de reenvio que os procedimentos específicos previstos pelas diretivas da União relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos e das concessões se aplicam unicamente aos contratos cujo valor ultrapassa o limiar previsto expressamente em cada uma das diretivas em causa. Assim, as regras dessas diretivas não se aplicam aos contratos cujo valor não atinja o limiar por elas fixado (v., por analogia, Despacho de 7 de julho de 2016, Sá Machado & Filhos, C-214/15, não publicado, EU:C:2016:548, n.º 29). Por conseguinte, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio indicar, na decisão de reenvio, o valor estimado do contrato em causa no processo principal e verificar se aquele ultrapassa o limiar relevante previsto, no que respeita às concessões, no artigo 8.º da Diretiva 2014/23, ou, no que respeita aos contratos públicos, no artigo 4.º da Diretiva 2014/24.

33 A aplicabilidade da Diretiva 2014/24 poderia igualmente resultar da remissão direta e incondicional operada pelo direito português para as disposições desta diretiva. De igual modo, a adjudicação dos contratos públicos que 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 (v., neste sentido, Despacho de 7 de julho de 2016, Sá Machado & Filhos, C-214/15, não publicado, EU:C:2016:548, n.ºs 33, 35 e 37). A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio não se pode limitar a submeter ao Tribunal de Justiça elementos que permitam não excluir a existência de um interesse transfronteiriço certo, mas deve, pelo contrário, fornecer os dados suscetíveis de provar a sua existência (Acórdão de 6 de outubro de 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, n.º 22).

34 Ora, basta constatar que a decisão de reenvio não contém indicações sobre o valor estimado do contrato nem um quadro jurídico nacional do qual se possa deduzir uma remissão direta e incondicional para o direito da União, nem tão-pouco outros elementos dos quais o Tribunal de Justiça possa deduzir a existência de um interesse transfronteiriço certo. Admitindo que o contrato em causa é um contrato público, o Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para declarar a aplicabilidade do direito da União ao litígio no processo principal.

35 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que declarar que o presente pedido de decisão prejudicial é manifestamente inadmissível na aceção do artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.

Quanto às despesas

36 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.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Nona Secção) decide:

O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal), por Decisão de 26 de julho de 2019, é manifestamente inadmissível.

Feito no Luxemburgo, em 25 de maio de 2020.

O Secretário
A. Calot Escobar

O Presidente da Nona Secção
S. Rodin