Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 15 de dezembro de 2011 [1]

Processo C-368/10

Comissão Europeia
contra

Reino dos Países Baixos

«Contratos públicos de fornecimento — Produtos biológicos — Comércio equitativo — Compatibilidade ecológica e social dos produtos — Atividade económica sustentável — Rótulos 'Max Havelaar' e 'EKO' — Princípios da adjudicação — Especificações técnicas — Características ambientais — Adequação e escolha dos participantes — Capacidade técnica e profissional — Critérios de adjudicação — Proposta economicamente mais vantajosa — Artigos 2.°, 23.°, 26.°, 44.°, 48.° e 53.° da Diretiva 2004/18/CE»

Índice

I — Introdução 3

II — Quadro jurídico 3

III — Matéria de facto e procedimento pré-contencioso 6

A — O processo de adjudicação 6

1. O anúncio do processo de adjudicação 6

2. O caderno de encargos 7

3. A prestação de informações 7

4. A adjudicação 8

B — Os rótulos referidos nos requisitos da adjudicação 8

C — Procedimento pré-contencioso 8

IV — Pedidos das partes e tramitação processual no Tribunal de Justiça 9

1 — Língua original: alemão.

V — Apreciação 9

A — Primeiro fundamento: referência aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO» nas especificações técnicas do café e do chá a fornecer 10

1. Primeira parte do primeiro fundamento: referência ao rótulo «EKO» para o café e o chá a fornecer (artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18) 10

a) Aplicabilidade do artigo 23.º da Diretiva 2004/18 11

b) Não existe uma proibição geral de referência a símbolos de qualidade ambiental no quadro da definição das características ambientais de um produto 11

c) Proibição de impor um determinado rótulo ecológico 13

d) Conclusão provisória 14

2. Segunda parte do primeiro fundamento: referência ao rótulo «Max Havelaar» para o café e o chá a fornecer (artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18) 14

a) Quanto à aplicabilidade do artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 14

b) Subsidiariamente: quanto à compatibilidade da referência ao rótulo «Max Havelaar» com a Diretiva 2004/18 16

i) Disposição aplicável: artigo 26.º da Diretiva 2004/18 16

ii) Análise da referência ao rótulo «Max Havelaar» à luz do artigo 26.º da Diretiva 2004/18 16

3. Resumo do primeiro fundamento 18

B — Terceiro fundamento: referência feita nos critérios de adjudicação aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO», tendo em vista os ingredientes a fornecer 18

1. Nota prévia 18

2. Primeiro argumento no âmbito do terceiro fundamento: alegada falta de ligação entre o objeto do contrato e os dois rótulos 19

3. Segundo argumento no âmbito do terceiro fundamento: referência aos rótulos e não aos critérios nos quais estes se baseiam 20

C — Segundo fundamento: alegada referência à durabilidade das compras e à responsabilidade social como critério de seleção 22

1. Primeira parte do segundo fundamento: exigências alegadamente inadmissíveis de prova da capacidade técnica dos proponentes (artigo 48.º, n.º 1, em conjugação com o n.º 2, da Diretiva 2004/18) 22

2. Segunda parte do segundo fundamento: alegada falta de referência das exigências à adequação dos proponentes ao objeto do contrato (artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18) 23

3. Terceira parte do segundo fundamento: alegada violação das exigências de transparência (artigo 2.º da Diretiva 2004/18) 24

D — Resumo 25

VI — Despesas 25

VII— Conclusão 26

I — Introdução

1. Não são apenas os consumidores, mas também as empresas e os organismos públicos que atribuem cada vez mais importância à sustentabilidade do seu comportamento de consumo. No cerne da presente ação por incumprimento está a questão de saber em que medida as entidades adjudicantes podem, nos procedimentos de adjudicação, estabelecer como critério de adjudicação a compatibilidade ecológica e social dos produtos a fornecer.

2. Em 2008, uma autarquia neerlandesa, no quadro do processo de adjudicação de um contrato público para o fornecimento e a manutenção de máquinas de café, fez referência aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO» pretendendo, assim, assegurar que o proponente vencedor fornecesse produtos «sustentáveis» que se caracterizassem sobretudo pela sua compatibilidade ecológica e social. A Comissão Europeia acusa agora o Reino dos Países Baixos de violar as exigências do direito da União relativas aos contratos públicos ao utilizar os dois rótulos e diversas formulações nos documentos do concurso.

3. A questão de saber se e em que medida é admissível que se tenham em conta exigências económicas e sociais e, em particular, uma referência a rótulos do domínio do ambiente e do comércio equitativo é uma questão de importância fundamental para o desenvolvimento futuro do direito dos contratos públicos. Ao responder a esta questão, o Tribunal de Justiça depara-se com a difícil tarefa de encontrar um equilíbrio justo entre as exigências do mercado interno e os interesses de política ambiental e social, sem, contudo, descurar as exigências práticas dos procedimentos de adjudicação. Por um lado, não pode haver uma discriminação entre os potenciais proponentes nem um encerramento do mercado. Por outro, deve permitir-se às entidades adjudicantes obter produtos ecológicos, biológicos e provenientes do comércio equitativo, com encargos administrativos razoáveis.

II — Quadro jurídico

4. O quadro jurídico do presente caso é definido pela Diretiva2004/18/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 [2].

5. No título I desta diretiva, sob a epígrafe «Definições e princípios gerais», o artigo 2.º estabelece os seguintes «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.»

6. Sob o título II «Regras aplicáveis aos contratos públicos», da Diretiva 2004/18, o capítulo IV contém uma série de «regras específicas relativas ao caderno de encargos e aos documentos do concurso», entre as quais o artigo 23.º, em conjugação com o anexo VI, por um lado e o artigo 26.º, por outro, são importantes para o caso vertente.

2 — JO L 134, p. 114.

7. Conforme resulta do artigo 23.º, em conjugação com o anexo VI, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18, a expressão «especificações técnicas», no caso de contratos públicos de fornecimento, significa

«uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto […], tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental, a conceção que preencha todos os requisitos […] 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».

8. O artigo 23.º da Diretiva 2004/18 contém uma regra relativa a especificações técnicas, baseada nesta definição legal, que tem a seguinte redação:

«1. As especificações técnicas definidas no ponto 1 do anexo VI devem constar dos documentos do concurso, como o anúncio, o caderno de encargos ou os documentos complementares. […]

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 […]. 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.

[…]

6. Sempre que as entidades adjudicantes impuserem características ambientais em termos de desempenho ou de exigências funcionais, tal como previstas na alínea b) do n.º 3, podem utilizar as especificações pormenorizadas ou, em caso de necessidade, partes destas, tal como definidas pelos rótulos ecológicos europeu ou (pluri) nacionais ou por qualquer outro rótulo ecológico, desde que:¾

— essas especificações sejam adequadas para definir as características dos fornecimentos ou serviços a que se refere o contrato, ¾

— os requisitos do rótulo sejam elaborados com base numa informação científica, ¾

— os rótulos ecológicos sejam adotados por um processo em que possam participar todas as partes interessadas, como os organismos governamentais, os consumidores, os fabricantes, os distribuidores e as organizações ambientais e¾

— sejam acessíveis a todas as partes interessadas.

As entidades adjudicantes podem indicar que se presume que os produtos ou serviços munidos do rótulo ecológico satisfazem as especificações técnicas definidas no caderno de encargos; devem aceitar qualquer outro meio de prova adequado, como um dossier técnico do fabricante ou um relatório de ensaio de um organismo aprovado.

[…]

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.º 3 e 4; essa referência deve ser acompanhada da menção 'ou equivalente'».

9. Além disso, o artigo 26.º da Diretiva 2004/18, determina o seguinte, em relação às «Condições de execução do contrato»:

«As entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. As condições de execução de um contrato podem, designadamente, visar considerações de índole social e ambiental.»

10. A Diretiva 2004/18 contém, no seu título II, capítulo VII, disposições relativas à «Evolução do processo», entre as quais são relevantes os artigos 44.°, 48.° e 53.°

11. O artigo 44.º da Diretiva 2004/18 faz parte das disposições gerais relativas à evolução do processo e, sob a epígrafe «Verificação da aptidão, seleção dos participantes e adjudicação dos contratos», dispõe, designadamente, o seguinte:

«1. Os contratos são adjudicados […] após verificada a aptidão dos operadores económicos […] pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.° a 52.° […]

2. As entidades adjudicantes poderão exigir níveis mínimos de capacidade que os candidatos e proponentes devem satisfazer nos termos dos artigos 47.° e 48.°

O âmbito das informações referidas nos artigos 47.° e 48.°, bem como os níveis mínimos de capacidades exigidos para um determinado concurso, devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato.

Tais níveis mínimos serão indicados no anúncio do concurso.

[…]»

12. O artigo 48.º da Diretiva 2004/18 contém disposições relativas à «capacidade técnica e/ou profissional» dos operadores económicos, que preveem o seguinte:

«1. A capacidade técnica e/ou profissional dos operadores económicos será avaliada e verificada de acordo com os n.º 2 e 3.

2. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, dos produtos ou dos serviços:

[…]

c) Descrição do equipamento técnico, das medidas adotadas pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços para garantir a qualidade e dos meios de estudo e de investigação da sua empresa;

[…]

6. A entidade adjudicante especificará no anúncio de concurso ou no convite à apresentação de propostas quais os elementos de referência previstos no n.º 2 que pretende obter.»

13. Por último, o artigo 53.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18 determina o seguinte, sob a epígrafe «Critérios de adjudicação»:

«Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas à remuneração de determinados serviços, os critérios em que as entidades adjudicantes se devem basear para a adjudicação são os seguintes:

a) Quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, diversos critérios ligados ao objeto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução; ou

b) Unicamente o preço mais baixo.»

III — Matéria de facto e procedimento pré-contencioso

A — *O processo de adjudicação*

14. Em 2008, a província neerlandesa de Noord-Holland realizou um processo de adjudicação relativo ao fornecimento e à manutenção de máquinas automáticas de café. O contrato deveria ser celebrado por um prazo de três anos, podendo ser prorrogado por mais um ano.

1. O anúncio do processo de adjudicação

15. O anúncio do processo de adjudicação, publicado em 16 de agosto de 2008 no *Jornal Oficial da União Europeia* [3], continha, designadamente, o seguinte texto, sob a epígrafe «Descrição resumida do contrato ou da(s) aquisição(ões)»:

«A província de Noord-Holland celebrou um contrato de manutenção de máquinas automáticas de café. Este contrato caduca em 1 de janeiro de 2009. A província pretende celebrar um novo contrato a partir de 1 de janeiro de 2009, através de um processo de concurso público europeu. Um elemento importante é o interesse da província de Noord-Holland utilizar produtos biológicos e provenientes do comércio equitativo nas máquinas automáticas de café.» [4]

16. Na rubrica «Condições especiais para a execução do contrato» podia ler-se no anúncio a menção «não» [5]. A adjudicação seria feita à proposta economicamente mais vantajosa [6].

3 — JO 2008, S 158-213630.

4 — Secção II.1.5 do anúncio.

5 — Secção III.1.4 do anúncio.

6 — Secção IV.2.1 do anúncio.

2. O caderno de encargos

17. No caderno de encargos[7], que os interessados podiam obter mediante pedido, era referido, designadamente, que na avaliação das propostas eram tidos em conta não apenas o preço, mas também critérios de qualidade e ambientais. Para esse efeito, salientava-se a intenção da província de Noord-Holland de utilizar mais produtos biológicos e provenientes do comércio equitativo nas suas máquinas automáticas de café.

18. O caderno de encargos continha tanto os critérios de seleção a preencher pelos proponentes, como os critérios de adjudicação a aplicar na avaliação da proposta economicamente mais vantajosa. Além disso, esclarecia-se no caderno de encargos que somente as propostas que cumprissem os critérios de seleção seriam avaliadas de acordo com os critérios de adjudicação.

19. Na secção 4.4 do caderno de encargos, intitulada «Requisitos de seleção/requisitos mínimos», a rubrica 4.4.4 que, por seu turno, era intitulada «Requisitos de qualidade» tinha, designadamente, a seguinte redação:

«No quadro das compras duradouras e da responsabilidade social, a província de Noord-Holland exige que o fornecedor cumpra os critérios relativos às compras duradouras e à responsabilidade social. De que forma pretende preencher os critérios em relação a compras duradouras e à responsabilidade social? Além disso, deve indicar-se em que medida o fornecedor contribui para a melhoria da sustentabilidade do mercado do café e para uma produção de café responsável em termos de técnica ambiental, sociais e económicos.»

A mesma exigência de qualidade também foi incluída como «critério Knock-Out» na rubrica de síntese 4.4.6 do caderno de encargos sob a epígrafe «Resumo dos requisitos mínimos».

20. Foi acrescentado um «Perfil exigido» como anexo A ao caderno de encargos, que tinha de ser aceite por todos os proponentes. Este tanto continha «requisitos» como também «desejos» da entidade pública adjudicante tratando-se, no caso dos primeiros, de requisitos mínimos que deviam ser cumpridos para evitar a exclusão do proponente do procedimento de adjudicação, ao passo que os últimos representavam critérios de adjudicação cujo cumprimento por cada um dos proponentes deveria ser classificado com base num sistema de pontos.

21. No n.º 31 do perfil exigido incluía-se o seguinte «requisito» relativo ao café e ao chá a fornecer:

«A província de Noord-Holland consome café e chá com os rótulos Max Havelaar e EKO.»

22. No n.º 35 do perfil exigido encontrava-se ainda o seguinte desejo em relação aos «ingredientes» a fornecer — designadamente, açúcar, leite em pó e cacau –, cuja satisfação poderia ser premiada com um máximo de 15 pontos:

«Os ingredientes devem ser, tanto quanto possível, equivalentes aos rótulos EKO e/ou Max Havelaar.»

23. Nos termos do caderno de encargos, não eram aceites variantes. Também não eram aceites propostas apresentadas sob condição.

3. A prestação de informações

24. Os potenciais proponentes podiam, segundo o caderno de encargos, colocar questões à província, na qualidade de entidade pública adjudicante, às quais receberiam respostas sob a forma de uma comunicação informativa. Esta comunicação, disponível em formato eletrónico, tornar-se-ia parte integrante do caderno de encargos e prevaleceria sobre as restantes partes do caderno de encargos.

7 — «Offerteaanvraag 'Koffieautomaten'» de 11 de agosto de 2008 (referência: PNH-45096).

25. Com efeito, a província de Noord-Holland publicou uma tal comunicação informativa em 9 de setembro de 2008, a qual continha, designadamente, duas respostas a questões de potenciais proponentes relativas aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO» constantes do caderno de encargos.

— Em relação ao n.º 31 do perfil exigido, à questão «Pode entender-se que para os rótulos exigidos se aplica o seguinte: 'ou equivalentes'?», a província respondeu «desde que se baseiem em critérios semelhantes ou nos mesmos critérios» (n.º 11 da comunicação informativa).

— Em relação ao n.º 35 do perfil exigido, à questão «Pode entender-se que se aplica o seguinte aos rótulos exigidos: 'ou equivalente'?», a província respondeu «Os ingredientes podem estar munidos de um rótulo que se baseie nos mesmos critérios» (n.º 12 da comunicação informativa).

4. A adjudicação

26. Nos termos do anúncio de 24 de dezembro de 2008, no final do procedimento de adjudicação, o contrato foi adjudicado à empresa holandesa Maas International B.V., com sede em Eindhoven [8].

B — *Os rótulos referidos nos requisitos da adjudicação*

27. O rótulo «Max Havelaar» [9] é atribuído desde 1988 por uma fundação de direito civil neerlandês, a Stichting Max Havelaar. Os produtos que exibem este rótulo foram adquiridos, a preços justos e mediante condições comerciais justas, junto de organizações de pequenos grupos de agricultores de países em desenvolvimento. Para a atribuição do rótulo são aplicados quatro critérios: preço mínimo que cobre os custos, acréscimo ao preço de mercado mundial, financiamento prévio e relações comerciais duradouras entre o produtor e o importador. O estabelecimento das normas, a auditoria e a certificação são realizados por uma organização federadora internacional, a Fairtrade Labelling Organisation (FLO) [10], com sede em Bona, Alemanha.

28. O rótulo «EKO» também é um rótulo neerlandês de direito privado que é atribuído desde 1985 por uma fundação de direito civil neerlandês, a Stichting Skal, designadamente, para produtos que sejam compostos, pelo menos em 95%, por ingredientes biológicos. A Stichting Skal atua em concertação com o Ministério neerlandês da Agricultura, da Natureza e das Pescas.

29. Tanto a «Max Havelaar» como a «EKO» estão registadas como marcas comunitárias junto do Instituto de Harmonização do Mercado Interno.

C — *Procedimento pré-contencioso*

30. Na sequência de uma queixa, a Comissão intentou a presente ação por incumprimento. Tanto na sua notificação para cumprir de 14 de maio de 2009 como também no seu parecer fundamentado de 29 de outubro de 2009, a Comissão deduziu essencialmente as mesmas acusações que agora também estão na base da presente ação. A Comissão acusa os Países Baixos de terem conduzido o procedimento de adjudicação em violação da Diretiva 2004/18.

31. Tanto na resposta de 17 de agosto de 2009 à notificação para cumprir como também nos comentários escritos de 31 de dezembro de 2009 ao parecer fundamentado da Comissão, os Países Baixos contestaram a existência de uma violação ao Tratado [11].

8 — Anúncio da adjudicação, JO 2008, S 250-333033.

9 — O nome «Max Havelaar», de acordo com as informações do Governo neerlandês, foi retirado do título de um livro famoso da literatura neerlandesa: *Max Havelaar of de koffieveilingen der Nederlandsche Handelsmaatschappij* (Max Havelaar ou os Leilões de Café da Sociedade Comercial Neerlandesa). O autor deste livro datado de 1859 é Multatuli (pseudónimo de Eduard Douwes Dekker). O livro trata de injustiças sociais nas plantações de café nas antigas Índias Orientais Neerlandesas (atual Indonésia) como consequência da política colonial neerlandesa.

10 — V., a este respeito, a página na Internet www.fairtrade.net (consultada pela última vez em 25 de outubro de 2011).

11 — Na sua resposta à notificação para cumprir, o Governo neerlandês reconheceu pelo menos que as disposições dos artigos 2.°, 23.°, n.º 6 e 53.° da Diretiva 2004/18 «não tinham sido seguidas à letra». Contudo, tal afirmação já não se encontra na resposta ao parecer fundamentado.

IV — Pedidos das partes e tramitação processual no Tribunal de Justiça

32. Por requerimento de 20 de julho de 2010, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 22 de julho de 2010, a Comissão intentou uma ação contra os Países Baixos, nos termos do artigo 258.º , n.º 2, TFUE.

33. A Comissão conclui pedindo:

1. que seja declarado que o Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos a seguir mencionados da Diretiva 2004/18/CE, porquanto a entidade adjudicante, no quadro da adjudicação de um contrato de fornecimento e manutenção de máquinas automáticas por concurso publicado sob o número 2008/S 158-213630,

   — em violação do artigo 23.º, n.º 6 e 8, da diretiva, prescreveu, nas especificações técnicas, os rótulos «Max Havelaar» e «EKO», ou pelo menos rótulos baseados em critérios idênticos ou equivalentes;

   — em violação dos artigos 48.°, n.º 1 e 2, e 44.°, n.º 2, e, em qualquer caso, do artigo 2.º da mesma diretiva, para testar a capacidade dos operadores económicos, utilizou critérios e elementos de referência relativos à durabilidade das compras e à responsabilidade social das empresas, e

   — em violação do artigo 53.º, n.º 1, da referida diretiva, na formulação dos critérios de adjudicação, reportou-se aos rótulos «Max Havelaar» e/ou «EKO», ou a rótulos baseados nos mesmos critérios;

2. que o Reino dos Países Baixos seja condenado nas despesas.

34. O Reino dos Países Baixos, por seu turno, pede:

1. que a ação seja julgada improcedente e

2. que a Comissão seja condenada nas despesas.

35. No âmbito da ação da Comissão, foram apresentadas no Tribunal de Justiça alegações escritas e, em 26 de outubro de 2011, alegações orais. O Reino da Dinamarca cuja intervenção foi admitida, por despacho do presidente, de 11 de fevereiro de 2011, em apoio do Reino dos Países Baixos, cessou a sua intervenção no processo e retirou-se novamente do processo, por requerimento de 17 de outubro de 2011.

V — Apreciação

36. A prossecução de objetivos de política ambiental e social foi durante muito tempo considerada inadequada no direito dos contratos públicos, o que também se manifestava através da utilização da expressão «objetivos alheios à prestação». Contudo, entretanto reconheceu-se, em geral, que as entidades públicas adjudicantes podem tomar em consideração, na adjudicação de contratos, aspetos de política ambiental e social [12], o que a Comissão também não contesta, em princípio, como resulta,

12 — V. a este propósito, fundamentalmente, os acórdãos de 20 de setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colet., p. 4635, n.º 28 a 30), e de 17 de setembro de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Colet., p. I-7213, n.º 53 a 69), e os primeiro, quinto, vigésimo nono, trigésimo terceiro, quadragésimo quarto e quadragésimo sexto considerandos da Diretiva 2004/18.

por um lado, em termos gerais, dos seus pareceres publicados a respeito desta temática [13]. Por outro lado, a Comissão reconheceu expressamente no presente processo — designadamente na audiência — que as entidades públicas adjudicantes podem fazer especificamente da aquisição de produtos biológicos e do comércio equitativo o objeto de contratos públicos de fornecimento.

37. No entanto, em termos concretos, também é altamente controversa a questão de saber em que condições e de que forma as considerações de política ambiental e social da entidade pública adjudicante podem ser incluídas num procedimento de adjudicação específico. No presente caso, a Comissão considera que a Diretiva 2004/18 foi violada e contesta a atuação da província de Noord-Holland sob três aspetos, a cada um dos quais dedicou um fundamento distinto na sua ação. Está sobretudo em causa a referência aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO» na documentação do concurso.

38. Os Países Baixos não contestam a aplicabilidade da Diretiva 2004/18 ao contrato público de fornecimento controvertido, mas contestam que a província Noord-Holland tenha infringido esta diretiva.

A — *Primeiro fundamento: referência aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO» nas especificações técnicas do café e do chá a fornecer*

39. Com o seu primeiro fundamento, a Comissão acusa os Países Baixos de violação do artigo 23.º, n.º 6 e 8, da Diretiva 2004/18, dos quais resulta a forma como as entidades públicas adjudicantes podem definir as características dos produtos (as chamadas «especificações técnicas»).

40. Conforme a Comissão esclareceu na audiência, ela não considera que a decisão da província de Noord-Holland, de adquirir produtos biológicos e provenientes do comércio equitativo [14], seja, em si mesma, contrária ao direito da União. A invocada violação do artigo 23.º da Diretiva 2004/18 consiste antes no facto de a província de Noord-Holland, ao estabelecer as especificações técnicas do café e do chá que lhe devem ser fornecidos, ter feito referência aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO», em todo o caso, porém, a rótulos com critérios equivalentes ou idênticos.

41. Em termos concretos, este fundamento diz respeito ao n.º 31 do perfil exigido, no qual foi comunicado aos proponentes, mediante um «requisito», que a província de Noord-Holland «consome» café e chá com os rótulos «Max Havelaar» e «EKO». Importa ainda ter em consideração o n.º 11 da comunicação informativa, no qual a entidade adjudicante esclareceu que também aceitaria rótulos «equivalentes», «desde que se baseiem em critérios semelhantes ou nos mesmos critérios».

42. A primeira parte do primeiro fundamento refere-se ao rótulo «EKO» (v., a este respeito, a secção 1 imediatamente a seguir), enquanto a segunda parte é dedicada ao rótulo «Max Havelaar» (v., a este respeito, *infra*, a secção 2).

1. Primeira parte do primeiro fundamento: referência ao rótulo «EKO» para o café e o chá a fornecer (artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18)

43. A primeira parte do primeiro fundamento diz respeito ao rótulo «EKO» cuja menção no n.º 31 do perfil exigido, no entender da Comissão, viola o artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18.

13 — Comunicação interpretativa da Comissão de 4 de julho de 2001 sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos [COM(2001) 274 final] (JO C 333, p. 12); Comunicação interpretativa da Comissão de 15 de outubro de 2001 sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos [COM(2001) 566 final] (JO C 333, p. 27); Comunicação da Comissão de 16 de julho de 2008 ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões — «Contratos públicos para um ambiente melhor» [COM(2008) 400 final]; Comunicação da Comissão de 5 de maio de 2009 ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu — «Contribuir para o desenvolvimento sustentável: o papel do comércio equitativo e dos programas não governamentais de garantia da sustentabilidade relacionados com o comércio» [COM(2009) 215 final, p. 10]; Comunicação da Comissão de 3 de março de 2010 — «EUROPA 2020 — Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo» [COM(2010) 2020 final, pp. 18 e 19].

14 — V., a este respeito, as especificações contratuais gerais no anúncio e no caderno de encargos (em parte reproduzidas nos n.º 15 e 17 das presentes conclusões).

44. A este propósito, importa referir que as entidades adjudicantes são livres de determinar o produto que pretendem adquirir. Simultaneamente, ao definirem as características dos produtos, incluindo as características ecológicas, devem respeitar algumas regras do direito da União que se destinam a garantir que o respetivo procedimento de adjudicação decorre com transparência, que não há nenhuma discriminação entre os potenciais proponentes e que não são criados obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência. Uma destas regras é o artigo 23.º da Diretiva 2004/18.

a) Aplicabilidade do artigo 23.º da Diretiva 2004/18

45. O artigo 23.º da Diretiva 2004/18 contém disposições detalhadas relativas à utilização das especificações técnicas por entidades adjudicantes nos documentos do concurso. Conforme resulta do anexo VI, n.º 1, alínea b), desta diretiva, entende-se por especificação técnica uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto. A título exemplificativo, o anexo VI, n.º 1, alínea b), refere, designadamente, como sendo especificações técnicas, os níveis ambientais, os símbolos, a embalagem, a marcação e rotulagem, bem como os processos e métodos de produção.

46. A remissão de uma entidade adjudicante para um rótulo ambiental tal como o rótulo «EKO» inclui-se sem problemas nesta definição de especificações técnicas, uma vez que este rótulo representa um determinado método de produção e presta informações acerca de determinadas características ambientais do café e do chá.

47. Por conseguinte, a utilização do rótulo «EKO» no perfil exigido pela província de Noord-Holland deve ser apreciada à luz do artigo 23.º da Diretiva 2004/18.

b) Não existe uma proibição geral de referência a símbolos de qualidade ambiental no quadro da definição das características ambientais de um produto

48. Nos termos do artigo 23.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva 2004/18, as entidades adjudicantes podem incluir características ambientais do produto a fornecer, seja em termos de desempenho ou de exigências funcionais. O artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18 permite que utilizem, para esse efeito, as especificações pormenorizadas ou, em caso de necessidade, partes destas, tal como definidas pelos rótulos ecológicos europeus ou (pluri) nacionais ou por qualquer outro rótulo ecológico.

49. A Comissão parece interpretar esta regra no sentido de que as entidades adjudicantes, ao descreverem as suas exigências aos potenciais proponentes, apenas podem fazer referência a especificações concretas — por assim dizer, às «letras pequenas» –, sendo-lhes vedada qualquer referência direta a rótulos ambientais.

50. Contudo, tal proibição categórica da utilização de rótulos ambientais, contrariamente ao entendimento da Comissão, nem resulta da redação do artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18, nem parece justificada pela finalidade desta disposição nem pelo contexto em que se insere.

51. É certo que o artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18 salienta as «especificações detalhadas» que as entidades adjudicantes devem utilizar para descrever as características ambientais dos produtos.

52. Mas tal não significa necessariamente que as entidades adjudicantes devam enumerar separadamente na sua documentação do concurso cada uma das especificações respeitantes a um rótulo ambiental. Pelo contrário, as entidades adjudicantes são livres de remeterem, nos documentos do concurso, para todas as especificações em termos globais, pela simples referência a rótulos ambientais. É neste sentido que há que entender que o artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18 permite que as entidades adjudicantes utilizem «as especificações pormenorizadas […] tal como definidas pelos rótulos ecológicos».

53. Uma referência tão global, segundo a disposição refere claramente, é permitida não apenas em relação a rótulos ecológicos «europeus» — eventualmente, o chamado «rótulo ecológico da UE», na aceção do Regulamento (CE) n.º 1980/2000 [15] ou do Regulamento (CE) n.º 66/2010 [16] –, mas também em relação a rótulos ecológicos «nacionais», «pluri-nacionais» e «outros» rótulos ecológicos, desde que preencham os requisitos elencados nos quatro travessões do artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18 [17].

54. De resto, ao contrário do que entende a Comissão, a remissão global para todas as especificações nas quais se baseia um rótulo ecológico é, regra geral, plenamente compatível com o princípio da transparência, que faz parte dos princípios fundamentais do direito europeu dos contratos públicos [18].

55. Na verdade, o princípio da transparência exige apenas que as especificações técnicas sejam *disponibilizadas* a todos os proponentes *em condições de igualdade* (artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18) e que as características ambientais do produto a fornecer sejam suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objeto do contrato [artigo 23.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva 2004/18] [19].

56. Para esse efeito, uma referência em termos globais às especificações nas quais se baseia um selo ambiental é, regra geral, perfeitamente suficiente. Isto porque pode esperar-se que um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente [20] conheça os rótulos ecológicos utilizados no mercado em causa ou que, pelo menos, se informe junto dos organismos de certificação dos referidos rótulos sobre os critérios por eles aplicados.

57. Acresce que, na fixação de requisitos das entidades adjudicantes, não se podem ignorar os encargos administrativos com eles relacionados. Estes encargos devem ser sempre proporcionados aos objetivos prosseguidos pelo direito dos contratos públicos. Se, do ponto de vista de um proponente razoavelmente informado, as características ambientais de um produto puderem ser descritas com precisão, só por força da referência, em termos gerais, as especificações nas quais se baseia um rótulo ecológico, seria demasiado formalista exigir que a entidade adjudicante também elencasse individualmente todas essas especificações.

58. Uma análise do último parágrafo do artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18 também mostra que, em princípio, não é proibido fazer uma referência direta a rótulos ecológicos. A referida disposição permite expressamente às entidades adjudicantes indicar que se presume que os produtos ou serviços munidos do rótulo ecológico satisfazem as especificações técnicas definidas no caderno de encargos. Esta norma não faria sentido se fosse apenas permitido às entidades adjudicantes referir individualmente cada especificação, mas não lhes fosse permitido fazer referência ao respetivo rótulo ecológico.

59. Por conseguinte, o facto de, no presente caso, a província de Noord-Holland ter feito referência, na documentação do concurso, a um rótulo ecológico, sem ter elencado detalhadamente as especificações técnicas nas quais o mesmo se baseia, ainda não representa, por si só, nenhuma infração ao artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18.

15 — Regulamento (CE) n.º 1980/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de julho de 2000, relativo a um sistema comunitário revisto de atribuição de rótulo ecológico (JO L 237, p. 1).

16 — Regulamento (CE) n.º 66/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativo a um sistema de rótulo ecológico da UE (JO 2010, L 27, p. 1). Este regulamento revogou o Regulamento (CE) n.º 1980/2000, com efeitos a partir de 19 de fevereiro de 2010.

17 — V., a este respeito, esclarecimentos da Comissão relativos à alteração n.º 45 da Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas [COM(2002) 236 final (JO C 203 E, pp. 210, 215, coluna direita)]. Na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal de Justiça, verificou-se que este ponto é pacífico entre as partes.

18 — Artigo 2.º e segundo considerando da Diretiva 2004/18.

19 — V., também, último período do vigésimo nono considerando da Diretiva 2004/18; no mesmo sentido, acórdão de 29 de abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Colet., p. I-3801, n.º 111).

20 — Quanto ao critério do proponente razoavelmente informado e normalmente diligente, v. acórdãos de 4 de dezembro de 2003, EVN e Wienstrom (C-448/01, Colet., p. I-14527, n.º 57), e Comissão/CAS Succhi di Frutta (já referido na nota 19, n.º 111).

c) Proibição de impor um determinado rótulo ecológico

60. Importa, contudo, apreciar se da forma como a província de Noord-Holland, no presente caso, fez referência ao rótulo «EKO» no n.º 31 do perfil exigido resulta uma infração ao artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18.

61. As partes fazem leituras diferentes dos factos a este respeito. Enquanto a Comissão parte do princípio de que o rótulo «EKO» era imposto para o café e para o chá a fornecer, os Países Baixos defendem que a província de Noord-Holland se limitou a ter a intenção de encomendar café e chá provenientes da agricultura biológica e que a referência ao rótulo «EKO» no perfil exigido era meramente exemplificativa deste requisito do produto.

62. Os melhores argumentos fazem pender para o entendimento da Comissão.

63. É certo que a província de Noord-Holland sublinhou, tanto no anúncio do seu projeto no *Jornal Oficial da União Europeia*, como também no caderno de encargos, a sua intenção de utilizar mais produtos biológicos e provenientes do comércio equitativo nas suas máquinas automáticas de café. Contudo, no perfil exigido, declarou, na rubrica «Requisitos» que «consome» café e chá com o rótulo «EKO». Ao mesmo tempo, definiu o conceito de «requisito» como condições mínimas obrigatórias, que deveriam ser preenchidas para evitar a exclusão de um proponente do procedimento de adjudicação [21].

64. Os potenciais proponentes, cujo entendimento resultante da leitura das condições do contrato é determinante [22], só podiam entender tudo aquilo no sentido de que se lhes estava a exigir o fornecimento de café e chá com o rótulo ecológico «EKO», e que seriam excluídos do procedimento de adjudicação se os seus produtos não apresentassem precisamente aquele rótulo.

65. Uma exigência dessas contraria a proibição de discriminação e o princípio da abertura dos contratos públicos à concorrência (artigo 23.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, da Diretiva 2004/18), os quais também devem ser tidos em consideração no quadro do artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18. Com efeito, por um lado, são prejudicadas as empresas cujos café e chá estiverem munidos de um rótulo diferente do rótulo «EKO» habitualmente usado nos Países Baixos, em particular, as de outros Estados-Membros. Por outro lado, as empresas que possuem na sua gama de produtos café e chá provenientes da agricultura biológica que não tenham rótulo são colocadas numa posição menos favorável.

66. Deste modo, a província de Noord-Holland foi muito além do que o artigo 23.º, n.º 6, em conjugação com o n.º 3, alínea b), da Diretiva 2004/18 lhe permitia na fixação das características ambientais dos produtos a fornecer. Não se limitou a remeter em termos globais para as «especificações pormenorizadas» nas quais se baseia o rótulo «EKO» (artigo 23.º, n.º 6, primeiro parágrafo) e também não se limitou a presumir que os produtos com o rótulo «EKO» satisfazem as condições do concurso (artigo 23.º, n.º 6, último parágrafo). Pelo contrário, impôs o rótulo «EKO» enquanto tal, de modo a que só pudessem ser fornecidos café e chá com este rótulo específico — com exclusão de todos os outros cafés e chás.

67. Isto também não é alterado pelo facto de, posteriormente, a entidade adjudicante, quando questionada, ter aceite, na sua comunicação informativa, em relação aos dois rótulos de café e chá por ela utilizados, acrescentar «ou equivalentes».

68. Com efeito, não há objeções de maior quanto à utilização do aditamento «ou equivalentes». Afinal de contas, foi o próprio legislador da União que — noutro contexto — o previu expressamente [v. artigo 23.º, n.º 3, alínea a), último período e n.º 8, da Diretiva 2004/18]. Em particular, o aditamento «ou equivalentes», ao contrário do que entende a Comissão, não pode ser rejeitado com o argumento

21 — V., a este respeito, *supra*, n.º 20 das presentes conclusões.

22 — Neste sentido — a respeito do cálculo do valor de um contrato público de empreitada — acórdão de 18 de janeiro de 2007, Auroux e o. (C-220/05, Colet., p. I-385, n.º 53).

da insegurança jurídica que o mesmo alegadamente acarreta. Por natureza, em todos os contratos públicos, a entidade adjudicante deve apreciar a compatibilidade das propostas que lhe são apresentadas com as condições do contrato e proceder ainda, eventualmente, a uma análise da equivalência [23].

69. Todavia, tal como a Comissão alega, corretamente, no presente caso, o esclarecimento «ou equivalentes» só foi prestado na comunicação informativa várias semanas depois da distribuição do caderno de encargos aos interessados. Nestas circunstâncias, não é de excluir que, entretanto, um ou outro potencial proponente, em virtude das formulações mais exigentes no caderno de encargos, que indiciavam uma obrigatoriedade do rótulo «EKO» sem qualquer análise de equivalência, se tenha deixado dissuadir de apresentar uma proposta.

70. Os Países Baixos objetam que a província de Noord-Holland divulgou a sua comunicação informativa com o esclarecimento «ou equivalentes» dentro do prazo previsto no artigo 39.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, ou seja, pelo menos seis dias antes do fim do prazo para a entrega das propostas.

71. No entanto, esta objeção afigura-se errada. O prazo de seis dias, nos termos do artigo 39.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, só é aplicável a «informações complementares sobre os cadernos de encargos e sobre os documentos complementares» comunicadas pelas entidades adjudicantes, desde que tenham sido solicitadas. É certo que, com tais informações, é possível prestar determinados esclarecimentos e informações. No entanto, por esta via, não é possível sanar faltas jurídicas fundamentais nas condições do concurso. Isto porque os documentos do concurso devem satisfazer todos os requisitos jurídicos a partir do momento em que são disponibilizados aos potenciais proponentes e não podem ser precisados em pontos essenciais poucos dias antes do fim do prazo para a entrega das propostas.

d) Conclusão provisória

72. Tudo ponderado, há que declarar uma infração ao artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18 que consiste no facto de a província de Noord-Holland ter imposto um determinado rótulo para o café e o chá a fornecer — o rótulo «EKO». Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento da Comissão é justificada.

2. Segunda parte do primeiro fundamento: referência ao rótulo «Max Havelaar» para o café e o chá a fornecer (artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18)

73. A segunda parte do primeiro fundamento da Comissão é dedicada ao rótulo «Max Havelaar» cuja utilização no n.º 31 do perfil exigido, posteriormente complementado pelo n.º 11 da comunicação informativa, no entender da Comissão, viola o artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18.

a) Quanto à aplicabilidade do artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18

74. Em primeiro lugar, importa analisar se o artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 é aplicável a factos como os que estão aqui em apreço.

75. A Comissão parece responder afirmativamente, desde logo, porque os Países Baixos, no decurso do processo tomaram posição a respeito do teor do artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18. Contudo, ao fazê-lo, a Comissão ignora que os Países Baixos só se pronunciaram sobre o artigo 23.º, n.º 8 a título subsidiário, continuando a contestar veementemente a sua aplicação ao rótulo «Max Havelaar». Mesmo se os Países Baixos se tivessem deixado envolver, sem qualquer objeção, num debate em torno do artigo

23 — V., neste sentido, também, artigo 23.º, n.º 6, última metade do último período, e o vigésimo nono considerando (em particular, o seu quinto período), da Diretiva 2004/18.

23.º, n.º 8, continuaria a competir ao Tribunal de Justiça apreciar se esta disposição é ou não aplicável. Isto porque é ao Tribunal de Justiça que cabe declarar se existe ou não o incumprimento censurado, mesmo que este não seja ou já não seja contestado [24]. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não pode aplicar conscientemente uma disposição legal inadequada, embora as partes concordem com a sua aplicação [25]. Tal como o advogado-geral P. Léger afirmou, com razão, o papel do juiz não é, de modo algum, passivo e não se lhe pode impor que se limite a ser a «voz das partes» [26].

76. O n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18 controvertido diz respeito — tal como todas as partes antecedentes desta disposição — a especificações técnicas, mediante as quais a entidade adjudicante descreve o objeto do contrato. Por conseguinte, importa analisar se a província de Noord-Holland, ao fazer referência ao rótulo «Max Havelaar», estabeleceu uma especificação técnica para o café e o chá a fornecer.

77. Conforme já foi referido, entende-se por especificação técnica na aceção da Diretiva 2004/18, nos termos do seu anexo VI, n.º 1, alínea b), uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto. Deve, portanto, tratar-se de informações que descrevem as características de um produto. Este entendimento é confirmado quando se analisa a enumeração feita no anexo VI, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18: todos os exemplos de especificações técnicas nele referidos dizem respeito ao produto em si, ao seu fabrico, à sua embalagem e à sua utilização.

78. Em contrapartida, o rótulo «Max Havelaar» não diz respeito às características do produto, mas às condições de comercialização que são garantidas aos produtores de produtos agrícolas nos países em desenvolvimento. O rótulo não presta qualquer informação acerca da forma como um produto é criado, mas sobre se o produto foi objeto de uma comercialização equitativa, sobretudo tendo em conta os preços e as condições de comercialização garantidos aos respetivos agricultores.

79. Transpondo o exposto para o caso vertente, isto significa que o rótulo «Max Havelaar» nada indica a respeito das características e do modo de produção do café ou do chá a fornecer — tal como o seu aroma, o teor de café e a utilização de pesticidas — mas apenas permite tirar conclusões sobre as circunstâncias em que estes café e chá foram adquiridos aos respetivos produtores. Tal como ambas as partes referiram, corretamente, diz respeito à política de compras dos potenciais proponentes.

80. Por conseguinte, a entidade adjudicante, ao fazer referência ao rótulo «Max Havelaar», não estabeleceu nenhumas especificações técnicas na aceção da Diretiva 2004/18, mas deixou antes transparecer considerações de ordem social para o procedimento de adjudicação.

81. Em consequência, o artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 não é aplicável ao presente caso. Como irei expor a seguir [27], a referência de uma entidade adjudicante a um rótulo de comércio equitativo tal como «Max Havelaar» seria corretamente apreciada à luz do artigo 26.º da Diretiva 2004/18.

82. Assim, a segunda parte do primeiro fundamento da Comissão deve ser julgada improcedente.

83. Ao contrário do que a Comissão parece querer dizer, o seu fundamento baseado no artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 não pode passar a ser entendido como baseado no artigo 26.º da mesma diretiva. Com efeito, segundo jurisprudência constante [28], o objeto do litígio na ação por incumprimento está circunscrito pela fase pré-contenciosa. A Comissão não pode ir além deste objeto do litígio no processo judicial. Por

24 — Acórdãos de 22 de junho de 1993, Comissão/Dinamarca (C-243/89, Colet., p. I-3353, n.º 30), e de 6 de outubro de 2009, Comissão/Suécia (C-438/07, Colet., p. I-9517, n.º 53).

25 — Neste sentido, decisão de 27 de setembro de 2004, UER/M6 e o. (C-470/02 P, , n.º 69), e acórdão de 21 de setembro de 2010, Suécia/API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, Colet., p. I-8533, n.º 65).

26 — Conclusões do advogado-geral P. Léger, apresentadas em 2 de abril de 1998, no processo Parlamento/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Colet., p. I-7421, n.º 36).

27 — V., *infra*, n.º 85 a 87 das presentes conclusões.

28 — V., por exemplo, acórdãos de 15 de fevereiro de 2007, Comissão/Países Baixos (C-34/04, Colet., p. I-1387, n.º 49), e de 15 de junho de 2010, Comissão/Espanha (C-211/08, Colet., p. I-5267, n.º 33).

conseguinte, se a Comissão, na fase pré-contenciosa, tiver invocado uma violação do artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18, não pode numa fase processual mais adiantada ser declarada uma violação do artigo 26.º da referida diretiva. Aliás, um fundamento com esse objetivo também seria inadmissível nos termos do artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, uma vez que o mesmo só foi invocado na réplica da Comissão, sem que se vislumbrassem motivos razoáveis para esse atraso.

b) Subsidiariamente: quanto à compatibilidade da referência ao rótulo «Max Havelaar» com a Diretiva 2004/18

84. Por uma questão de exaustividade, debruçar-me-ei a seguir, a título subsidiário, sobre a questão de saber se a referência da província de Noord-Holland ao rótulo «Max Havelaar» é compatível com a Diretiva 2004/18.

i) Disposição aplicável: artigo 26.º da Diretiva 2004/18

85. Conforme os Países Baixos referiram, com razão, a legalidade de referências de uma entidade adjudicante a um rótulo do comércio equitativo não deve ser apreciada à luz do artigo 23.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18, mas sim do seu artigo 26.º Nos termos desta última disposição, as entidades adjudicantes podem «fixar condições especiais de execução do contrato» que visem, designadamente, «considerações de índole social e ambiental».

86. A aquisição dos produtos a fornecer à entidade adjudicante também faz parte da execução de um contrato público de fornecimento. A questão de saber se um produto como o café ou o chá, que deve ser fornecido a uma entidade adjudicante, é proveniente do comércio equitativo, é uma questão relacionada com a política de compras, orientada por critérios sociais, da entidade adjudicante.

87. Na verdade, ao fazer referência ao rótulo «Max Havelaar», a província de Noord-Holland estabeleceu portanto uma condição motivada por considerações de política social, na aceção do artigo 26.º da Diretiva 2004/18, para a execução do contrato público de fornecimento objeto do litígio, ainda que a própria província tenha partido do princípio de que os seus documentos do concurso não continham tais condições [29].

ii) Análise da referência ao rótulo «Max Havelaar» à luz do artigo 26.º da Diretiva 2004/18

88. Quanto ao mérito, há que concordar com a Comissão em que o artigo 26.º da Diretiva 2004/18 não permite que a entidade adjudicante exerça uma influência ilimitada sobre a política de compras do seu futuro fornecedor. Os requisitos que estabeleça para esta política de compras devem relacionar-se em concreto com o objeto do contrato público de fornecimento [30] e não podem dizer respeito, num plano geral, à política de compras do adjudicatário. A entidade adjudicante não pode, portanto, exigir que os potenciais proponentes possuam na sua gama exclusivamente produtos provenientes do comércio equitativo, mas apenas que os produtos que lhe serão fornecidos no quadro de um contrato público sejam provenientes do comércio equitativo. Contudo, foi precisamente isso que a província de Noord-Holland determinou no presente caso.

89. Perante as exigências de transparência que devem ser tidas em conta no âmbito do artigo 26.º da Diretiva 2004/18 [31], também não existem reservas de princípio contra o facto de que uma entidade pública, para esclarecer as condições sociais que estabeleceu para a execução do contrato, faça referência a um rótulo do comércio equitativo e, simultaneamente, prescinda de enumerar pormenorizadamente os critérios

29 — V., a este respeito, *supra*, n.º 16 das presentes conclusões.

30 — Neste sentido, desde logo — ainda que a respeito de critérios de adjudicação de política ecológica — acórdãos Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 59, último período e 64), e EVN e Wienstrom (já referido na nota 20, n.º 66).

31 — V. artigo 2.º e o segundo e trigésimo terceiro considerandos da Diretiva 2004/18.

nos quais se baseia o referido rótulo. Com efeito, conforme foi acima exposto a propósito dos rótulos ecológicos [32], pode-se esperar que um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente conheça os rótulos do comércio equitativo utilizados no mercado em causa ou que, pelo menos, se informe junto dos organismos de certificação dos referidos rótulos sobre os critérios por eles aplicados.

90. Tanto a realização do procedimento de adjudicação como também a subsequente execução do contrato podem até ser consideravelmente facilitadas se for permitido às empresas envolvidas provarem o cumprimento das condições sociais estabelecidas pela entidade adjudicante mediante remissão para o rótulo do comércio equitativo. Deste modo, reduzem-se ao mínimo os encargos administrativos tanto para a entidade adjudicante como também para os potenciais proponentes e para o futuro adjudicatário.

91. Contrariamente ao que a Comissão declarou na audiência, não pode, de forma alguma, ser exigido às entidades adjudicantes que transponham para as condições do concurso o seu próprio entendimento do conceito de comércio equitativo. Aliás, a maior parte delas não teria os conhecimentos necessários para tanto. Além disso, os diferentes entendimentos das entidades adjudicantes sobre o que constitui comércio equitativo (por exemplo, quanto ao nível de preços, à duração adequada das relações de fornecimento entre os comerciantes e os produtores dos países em desenvolvimento e a forma e o âmbito do financiamento prévio da produção [33]) acarretariam o sério risco de fragmentação do mercado. Por esse motivo, é do interesse tanto dos potenciais proponentes como também da entidade adjudicante permitir que nos processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento se faça referência a rótulos do comércio equitativo.

92. No entanto, nos termos do artigo 26.º, da Diretiva 2004/18, as condições sociais estabelecidas pela entidade adjudicante para a execução de um contrato devem ser compatíveis com o direito da União. Isso significa, em particular, que não pode haver nenhuma discriminação direta ou indireta [34].

93. No presente caso, este último requisito não foi cumprido. Isto porque a província de Noord-Holland não se limitou a utilizar o rótulo «Max Havelaar» para esclarecer o seu entendimento de política social a respeito do comércio equitativo. Também não se limitou a estabelecer a presunção de que os produtos com o rótulo «Max Havelaar» satisfaziam as suas exigências de política social para a execução do contrato. Pelo contrário, impôs o rótulo «Max Havelaar» enquanto tal, pelo que só podiam ser fornecidos café e chá com este rótulo específico — com exclusão de todos os outros cafés e chás [35].

94. Assim, por um lado, colocou numa posição menos favorável as empresas — em particular, as de outros Estados-Membros — cujos café e chá estão munidos de um rótulo diferente do rótulo «Max Havelaar», habitual, sobretudo, nos Países Baixos e na Bélgica. Por outro lado, colocou numa posição menos favorável as empresas que possuem no seu sortido café e chá provenientes do comércio equitativo, sem possuírem um rótulo para os mesmos [36].

95. Face ao exposto, pode concluir-se que o modo como a província de Noord-Holland atuou, ao impor um determinado rótulo do comércio equitativo para o café e o chá a fornecer — o rótulo «Max Havelaar» –, não é compatível com o artigo 26.º da Diretiva 2004/18.

96. Conforme já foi referido [37], o esclarecimento posterior por parte da entidade adjudicante, no n.º 11 da sua comunicação informativa, de acordo com a qual a referência ao rótulo «Max Havelaar» deve ser lida com o aditamento «ou equivalente» em nada altera esta análise.

32 — V., *supra*, n.º 56 das presentes conclusões.

33 — A definição das condições de comercialização adequadas também pode divergir bastante de produto para produto e de país produtor para país produtor. Em caso de dúvida, o organismo de certificação que atribui os rótulos do comércio equitativo consegue avaliá-las melhor e de uma forma mais objetiva do que um fornecedor ou uma entidade adjudicante.

34 — Vigésimo nono considerando da Diretiva 2004/18; no mesmo sentido, acórdão Beentjes (já referido na nota 12, n.º 30).

35 — V., igualmente a este respeito, *supra*, n.º 66 das presentes conclusões, em relação ao rótulo «EKO».

36 — V., igualmente a este respeito, *supra*, n.º 65 das presentes conclusões, em relação ao rótulo «EKO».

37 — V., a este respeito, *supra*, n.º 67 das presentes conclusões.

97. Refira-se, apenas à margem, que as mesmas considerações que já foram tecidas em relação ao artigo 26.º da Diretiva 2004/18 também valem em relação ao artigo 23.º, n.º 8, desta diretiva, caso o Tribunal de Justiça considere esta última disposição aplicável, contrariamente ao meu entendimento [38].

3. Resumo do primeiro fundamento

98. O primeiro fundamento da Comissão só é parcialmente procedente. Deve ser julgado procedente na medida em que se refere a uma violação do artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18, devendo ser julgado improcedente na parte em que se baseia numa violação do artigo 23.º, n.º 8, da diretiva.

B — *Terceiro fundamento: referência feita nos critérios de adjudicação aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO», tendo em vista os ingredientes a fornecer*

99. O terceiro fundamento da Comissão deve ser analisado logo a seguir ao primeiro fundamento, dada a proximidade temática entre ambos. O objeto do terceiro fundamento é a acusação de violação do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, do qual resultam os critérios de adjudicação que as entidades adjudicantes podem utilizar tendo em vista o procedimento de celebração de contratos de direito público. Esta disposição terá sido violada pelo facto de a província de Noord-Holland, ao formular os seus critérios de adjudicação, ter remetido para os rótulos «Max Havelaar» «e/ou» «EKO» ou, pelo menos, para rótulos com critérios idênticos.

100. Em concreto, este fundamento diz respeito ao n.º 35 do perfil exigido, no qual foi transmitido aos proponentes o «desejo» da província de Noord-Holland de que os «ingredientes» fornecidos (designadamente, açúcar, leite em pó e cacau) fossem «tanto quanto possível» equivalentes aos rótulos «EKO» e/ou «Max Havelaar». A satisfação deste «desejo» podia ser premiada, no âmbito do procedimento de adjudicação, com um máximo de 15 pontos. No n.º 12 da comunicação informativa, a entidade adjudicante esclareceu ainda que também aceitaria rótulos «equivalentes», acrescentando que os ingredientes podiam «estar munidos de um rótulo que se [baseasse] nos mesmos critérios» dos rótulos «EKO» e «Max Havelaar».

1. Nota prévia

101. O artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 aplica-se se a entidade adjudicante — tal como neste caso — decidir adjudicar o contrato à proposta economicamente mais vantajosa [39]. Conforme resulta claramente da redação da referida disposição e, em particular, da utilização da expressão «como sejam», a própria Diretiva 2004/18 não prevê nenhuma enumeração taxativa dos critérios de acordo com os quais deve ser determinada a proposta economicamente mais vantajosa [40].

102. Estes critérios não têm necessariamente que ser de natureza puramente económica. Com efeito, o valor de uma proposta para a entidade adjudicante também pode ser influenciado por fatores que não são puramente económicos. O mesmo resulta, desde logo, da redação do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, segundo o qual na determinação da proposta mais vantajosa do ponto de vista económico, o caráter estético, as características funcionais e ecológicas também podem desempenhar um papel importante [41].

38 — V., *supra*, n.º 74 a 81 das presentes conclusões.

39 — V., a este respeito, *supra*, n.º 16 das presentes conclusões.

40 — Neste sentido, em relação à legislação anterior ao artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, acórdãos Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 54); de 18 de outubro de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Colet., p. I-7725, n.º 35); de 19 de junho de 2003, GAT (C-315/01, Colet., p. I-6351, n.º 63); e de 24 de janeiro de 2008, Lianakis e o. (C-532/06, Colet., p. I-251, n.º 29).

41 — Neste sentido, desde logo, acórdão Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 55).

103. Tendo em consideração o acima exposto, nada se opõe a que uma entidade adjudicante, no quadro da determinação da proposta economicamente mais vantajosa, também tome em conta aspetos de ordem ecológica e social [42].

104. Contudo, esta conclusão não significa que a entidade adjudicante possa ter em conta qualquer critério de tal natureza. Pelo contrário, segundo a jurisprudência, só podem ser tidos em conta critérios que se destinem efetivamente a identificar a proposta economicamente mais vantajosa [43].

105. A este respeito, a entidade adjudicante não tem uma liberdade de escolha incondicional [44]. Com efeito, conforme resulta da redação do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, os critérios por ela aplicados devem estar ligados ao objeto do contrato [45]. Deverão ser adequados para identificar a proposta com a melhor relação preço-qualidade [46]. Além disso, deve tratar-se de critérios objetivos que garantam o respeito pelos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, e que assegurem que as propostas sejam avaliadas em condições de concorrência efetiva [47].

106. No presente caso, no entender da Comissão, estes princípios foram infringidos em dois planos: por um lado, falta aos rótulos «Max Havelaar» e «EKO» qualquer ligação ao objeto do contrato (v., a este respeito, *infra*, secção 2). Por outro lado, a província de Noord-Holland elevou os dois rótulos enquanto tais a critério de adjudicação, em vez de se ter limitado a ter em conta os requisitos de conteúdo nos quais os mesmos se baseiam (v., a este respeito, *infra*, secção 3). Estes dois argumentos invocados pela Comissão serão analisados a seguir.

2. Primeiro argumento no âmbito do terceiro fundamento: alegada falta de ligação entre o objeto do contrato e os dois rótulos

107. Em primeiro lugar, a Comissão alega que não existe nenhuma ligação entre o objeto do contrato e os dois rótulos «EKO» e «Max Havelaar» nos quais se baseia a província de Noord-Holland, uma vez que estes rótulos apenas dizem respeito à política global de compras dos potenciais proponentes.

108. Esta argumentação não é convincente e, além disso, contradiz aquilo que a própria Comissão afirma no âmbito do seu primeiro fundamento [48]. Contrariamente ao entendimento da Comissão, os dois rótulos aqui em causa indiciam uma ligação suficiente com o objeto do contrato.

109. Assim, o rótulo «EKO» diz diretamente respeito às características do produto — mais precisamente, às características ecológicas — dos ingredientes a fornecer. A um rótulo que foi classificado pela própria Comissão no âmbito do artigo 23.º, n.º 6, em conjugação com o artigo 3.º, alínea b), da Diretiva 2004/18 como especificação técnica para definir as exigências de desempenho e funcionais dos produtos a fornecer, não se pode negar uma ligação ao objeto do contrato no âmbito do artigo 53.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18.

42 — V., também, quarto parágrafo do quadragésimo sexto considerando da Diretiva 2004/18.

43 — Acórdãos Beentjes (já referido na nota 12, n.º 19); SIAC Construction (já referido na nota 40, n.º 36); Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 59); GAT (já referido na nota 40, n.º 64); e Lianakis e o. (já referido na nota 40, n.º 29 e 30).

44 — Acórdãos Beentjes (já referido na nota 12, n.º 26); SIAC Construction (já referido na nota 40, n.º 37); Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 61 e 64); e de 24 de novembro de 2005, ATI EAC e Viaggi di maio e o. (a seguir «ATI EAC», C-331/04, Colet., p. I-10109, n. º 21).

45 — No mesmo sentido já se pronunciaram acórdãos Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 59, último período e 64); EVN e Wienstrom (já referido na nota 20, n.º 66); e ATI EAC (já referido na nota 44, n.º 21).

46 — Terceiro parágrafo do quadragésimo sexto considerando da Diretiva 2004/18; v., além disso, o quinto considerando desta diretiva.

47 — Primeiro parágrafo do quadragésimo sexto considerando e segundo considerando da Diretiva 2004/18; no mesmo sentido, acórdãos Concordia Bus Finland (já referido na nota 12); e ATI EAC (já referido na nota 44, n.º 21).

48 — No âmbito do seu primeiro fundamento, a Comissão considerou que tanto o rótulo «EKO» como o rótulo «Max Havelaar» eram especificações técnicas e apreciou-os à luz do artigo 23.º, n.º 6 e 8, da Diretiva 2004/18.

110. Seguidamente, quanto ao rótulo «Max Havelaar», este não define, com efeito, nenhumas características do produto propriamente ditas, que sejam relevantes no quadro das especificações técnicas (artigo 23.º da Diretiva 2004/18) [49]. Contudo, este rótulo dá informações sobre se os produtos a fornecer foram comercializados de uma forma equitativa. Esse aspeto pode ser considerado no âmbito das condições de execução do contrato (artigo 26.º da Diretiva 2004/18) [50]. Em consequência, não se pode negar à partida a sua ligação ao objeto do contrato (neste caso: fornecimento de «ingredientes» tais como açúcar, leite em pó e cacau). Com efeito, para uma entidade adjudicante que, de acordo com os documentos do concurso, valoriza uma atuação socialmente responsável, pode muito bem ser importante, para determinar a relação preço-qualidade, saber se as mercadorias a fornecer foram ou não adquiridas ao seu produtor em condições equitativas. Embora, em bom rigor, o sabor do açúcar não dependa do facto de o mesmo ter sido comercializado em condições equitativas ou não, um produto que tenha surgido no mercado em condições não equitativas pode muito bem ter um sabor amargo para um cliente com uma consciência socialmente responsável.

111. Seria certamente despropositado que uma entidade adjudicante, no âmbito da determinação da proposta economicamente mais favorável, quisesse avaliar a política global de compras dos potenciais fornecedores e ponderar se todas as mercadorias nas suas respetivas gamas de produtos — independentemente de serem ou não objeto do contrato — são provenientes do comércio equitativo [51].

112. No entanto, no presente caso, não se pode falar de uma consideração tão ampla do ponto de vista do comércio equitativo. Conforme referiram os Países Baixos, corretamente, a província de Noord-Holland, no n.º 35 do seu perfil exigido, tinha em conta apenas se os «ingredientes» que lhe deviam ser fornecidos estavam munidos de um rótulo que fosse adequado para atestar a sua proveniência do comércio equitativo. Por conseguinte, a utilização do rótulo «Max Havelaar» nos documentos do concurso controvertidos revela uma ligação inequívoca e específica ao objeto do contrato.

113. Em consequência, o primeiro argumento da Comissão no âmbito do seu terceiro fundamento deve ser julgado improcedente.

3. Segundo argumento no âmbito do terceiro fundamento: referência aos rótulos e não aos critérios nos quais estes se baseiam

114. Resta apreciar se uma infração ao artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 resulta da forma como a província de Noord-Holland, no presente caso, fez referência aos rótulos «EKO» e «Max Havelaar» no n.º 35 do perfil exigido.

115. Neste ponto, as partes interpretam os factos de forma diferente. Enquanto a Comissão parte do princípio de que a entidade pública adjudicante transformou os rótulos «EKO» e «Max Havelaar», enquanto tais, num critério de adjudicação para os «ingredientes» a fornecer (designadamente, açúcar, leite em pó e cacau), os Países Baixos defendem que a província de Noord-Holland apenas pretendeu fazer referência às exigências de conteúdo nas quais se baseiam os dois rótulos.

116. Os melhores argumentos militam a favor do ponto de vista da Comissão.

117. É certo que a província de Noord-Holland salientou, tanto no anúncio da sua intenção no *Jornal Oficial da União Europeia* como também no caderno de encargos, em termos gerais, que pretendia utilizar nas suas máquinas automáticas de café mais produtos biológicos e provenientes do comércio equitativo. Porém, no n.º 35 do perfil exigido, expressou o «desejo» de que os ingredientes fossem

49 — V., a este respeito, *supra*, n.º 74 a 81 das presentes conclusões.

50 — V., a este respeito, *supra*, n.º 85 a 87 das presentes conclusões.

51 — Em termos semelhantes — ainda que noutro contexto — acórdãos Beentjes (já referido na nota 12, n.º 28, quanto à capacidade geral dos fornecedores de empregarem desempregados de longa duração), e EVN e Wienstrom (já referido na nota 20, n.º 70 a 72, quanto à capacidade dos proponentes para fornecerem a maior quantidade possível de eletricidade além da quantidade prevista no anúncio do concurso). V., ainda, *supra*, n.º 88 das presentes conclusões.

«tanto quanto possível», equivalentes aos rótulos «EKO» «e/ou» «Max Havelaar». Ela precisou esta referência no n.º 12 da comunicação informativa, no sentido de que os ingredientes podiam apresentar um rótulo diferente, baseado nos mesmos critérios que os rótulos «EKO» e «Max Havelaar». No entanto, nem o perfil exigido nem a comunicação informativa mencionavam ingredientes biológicos e provenientes do comércio equitativo *sem rótulo*.

118. Os potenciais proponentes, cujo entendimento resultante da leitura das condições do contrato é determinante [52], só podiam interpretar tudo aquilo no sentido de que os ingredientes que deviam ser fornecidos pelos mesmos deviam estar munidos do rótulo «EKO» «e/ou» «Max Havelaar» ou, pelo menos, deviam estar munidos de rótulos equivalentes para obterem a melhor classificação possível no procedimento de adjudicação.

119. Essa atuação da entidade adjudicante não está em conformidade com as exigências jurídicas relativas à formulação de critérios de adjudicação nos termos do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18.

120. Ao contrário do que entende a Comissão, tal não se deve à alegada falta de transparência [53] na referência que é feita aos dois rótulos. Com efeito, conforme já foi mencionado [54], pode esperar-se que um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente conheça os rótulos ecológicos utilizados no mercado em causa ou que, pelo menos, se informe junto dos organismos de certificação dos referidos rótulos sobre os critérios por eles aplicados.

121. Também era perfeitamente possível que os potenciais fornecedores propusessem produtos com outros rótulos que se baseassem nos mesmos critérios dos rótulos «EKO» e «Max Havelaar». Com efeito, de acordo com as alegações do Governo neerlandês que, neste ponto, não foram contestadas, o rótulo «EKO» [55] baseia-se exclusivamente nos critérios do chamado regulamento CE Eco [56] e o rótulo «Max Havelaar» tem o mesmo conteúdo do rótulo «Fairtrade» disseminado a nível internacional, que é emitido, em inúmeros países, pelos organismos reunidos na Fairtrade Labelling Organisation [57].

122. Contudo, o facto de uma entidade adjudicante — tal como, no presente caso, a província de Noord-Holland –, no âmbito dos critérios de adjudicação, atribuir pontos adicionais aos produtos a fornecer que estejam munidos com rótulos do domínio da produção biológica e do comércio equitativo infringe o princípio da não discriminação e da igualdade de tratamento [58], bem como o princípio da abertura dos contratos públicos à concorrência [59], que devem ser tidos em consideração no âmbito do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 [60]. Com efeito, desse modo, as empresas que possuem na sua gama produtos provenientes da agricultura biológica sem um rótulo são colocadas numa posição menos favorável. Deve ser dada aos potenciais proponentes a possibilidade de demonstrarem que os seus produtos satisfazem plenamente os critérios de adjudicação formulados pela entidade adjudicante, ainda que estejam munidos de rótulos diferentes dos referidos pela entidade adjudicante ou que não tenham quaisquer rótulos.

52 — V., a este respeito, *supra*, n.º 64 das presentes conclusões.

53 — Primeiro e segundo parágrafos do quadragésimo sexto considerando da Diretiva 2004/18.

54 — V., a este respeito, *supra*, n.º 56 das presentes conclusões.

55 — V., a este respeito, *supra*, n.º 28 das presentes conclusões.

56 — Na data da adjudicação do contrato público de fornecimento objeto do litígio, estava em vigor o Regulamento (CEE) n.º 2092/91 do Conselho, de 24 de junho de 1991, relativo ao modo de produção biológico de produtos agrícolas e à sua indicação nos produtos agrícolas e nos géneros alimentícios (JO L 198, p. 1), mais tarde revogado pelo Regulamento (CE) n.º 834/2007 do Conselho, de 28 de junho de 2007, relativo à produção biológica e à rotulagem dos produtos biológicos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 2092/91 (JO L 189, p. 1).

57 — V., *supra*, n.º 27 das presentes conclusões.

58 — Primeiro e quarto parágrafos do quadragésimo sexto considerando da Diretiva 2004/18.

59 — Segundo considerando da Diretiva 2004/18.

60 — Neste sentido, acórdãos Beentjes (já referido na nota 12, n.º 29); de 26 de setembro de 2000, Comissão/França (C-225/98, Colet., p. I-7445, n.º 50); Concordia Bus Finland (já referido na nota 12, n.º 63 e 64); e EVN e Wienstrom (já referido na nota 20, n.º 69).

123. Neste contexto, a objeção dos Países Baixos segundo a qual os rótulos «EKO» e «Max Havelaar» não eram exigências imperativas no que diz respeito aos «ingredientes» a fornecer, mas apenas «desejos» não vinculativos da entidade adjudicante que eram premiados com um número irrelevante de pontos, deve ser rejeitada. Isto porque, por um lado, mesmo poucos pontos fazem diferença na determinação do sucesso ou do insucesso no âmbito de um procedimento de adjudicação com um sistema de classificação baseado em pontos. E, por outro, todos os critérios de adjudicação — mesmo aqueles aos quais a entidade adjudicante atribui uma importância comparativamente menor — devem respeitar os princípios, fundamentais em matéria de adjudicação de contratos públicos, da igualdade de tratamento e da não discriminação, sem quaisquer restrições. Segundo a jurisprudência, os referidos princípios devem ser respeitados em todas as fases do processo de adjudicação [61].

124. Em suma, deve, por conseguinte, concluir-se que o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 foi infringido. O terceiro fundamento da Comissão é procedente.

C — Segundo fundamento: alegada referência à durabilidade das compras e à responsabilidade social como critério de seleção

125. O segundo fundamento da Comissão baseia-se no artigo 2.º, no artigo 44.º, n.º 2, e no artigo 48.º, n.º 1 e 2 da Diretiva 2004/18, os quais estabelecem, por um lado, o princípio da transparência no âmbito do direito dos contratos públicos de adjudicação (artigo 2.º) e, por outro, as condições para a apreciação da aptidão das empresas por parte da entidade adjudicante (artigos 44.° e 48.º). No entender da Comissão, estas disposições foram infringidas pelo facto de a província de Noord-Holland ter estabelecido critérios e exigido elementos de referência que — segundo a Comissão — diziam respeito, em termos gerais, ao comportamento de consumo duradouro dos potenciais proponentes.

126. Este fundamento diz especificamente respeito à rubrica 4.4.4 do caderno de encargos, no qual a província de Noord-Holland exige que os potenciais proponentes preencham «os critérios em relação à durabilidade das compras e à responsabilidade social». Além disso, os proponentes são convidados, na mesma rubrica, a explicar de que forma preenchem «os critérios em relação à durabilidade das compras e à responsabilidade social» e a indicar em que medida contribuem» para a melhoria da sustentabilidade do mercado do café e para uma produção de café responsável em termos de técnica ambiental, sociais e económicos» [62].

1. Primeira parte do segundo fundamento: exigências alegadamente inadmissíveis de prova da capacidade técnica dos proponentes (artigo 48.º, n.º 1, em conjugação com o n.º 2, da Diretiva 2004/18)

127. A primeira parte do segundo fundamento refere-se em particular às exigências de prova da capacidade técnica dos proponentes. No entender da Comissão, no caderno de encargos, a província de Noord-Holland, com as suas afirmações a respeito do comportamento de consumo duradouro e do comportamento socialmente responsável dos potenciais proponentes, ultrapassou a estreita margem que o artigo 48.º da Diretiva 2004/18 traça para a avaliação e o controlo da capacidade técnica e da capacidade profissional dos operadores económicos.

128. Contudo, como os Países Baixos referem, com razão, esta parte do segundo fundamento baseia-se numa leitura incorreta da rubrica 4.4.4 do caderno de encargos. Com efeito, as exigências que nele são feitas em relação aos potenciais proponentes nem dizem respeito à sua capacidade técnica ou profissional. Pelo contrário, conforme se retira, desde logo, da epígrafe da rubrica 4.4.4, trata-se de «exigências de qualidade» em relação às prestações devidas.

61 — V., a este respeito, a propósito dos mais diversos setores do direito dos contratos públicos, acórdãos de 25 de abril de 1996, Comissão/Bélgica (C-87/94, Colet., p. I-2043, n.º 54); de 12 de dezembro de 2002, Universale-Bau e o. (C-470/99, Colet., p. I-11617, n.º 93); EVN e Wienstrom (já referido na nota 20, n.º 56); e ATI EAC (já referido na nota 44, n.º 22).

62 — V., *supra*, n.º 19 das presentes conclusões.

129. Esta impressão também é confirmada se se analisar o contexto global no qual a rubrica 4.4.4 do caderno de encargos se insere. Assim, a secção 4.4 do caderno de encargos intitula-se «Requisitos de seleção/requisitos mínimos», o que indicia que aqui não está apenas em causa a aptidão dos potenciais proponentes (ou a sua capacidade) — como é o caso da rubrica 4.4.3 relativa à experiência dos proponentes –, mas também outros aspetos. Entre estes aspetos encontra-se, por exemplo, a resposta à questão que interessa para o presente caso, de saber como é que o respetivo proponente pretende satisfazer as exigências de durabilidade e de comportamento socialmente responsável (rubrica 4.4.4 do caderno de encargos).

130. Por conseguinte, a rubrica 4.4.4 do caderno de encargos não é abrangida, de modo algum, pelo âmbito de aplicação do artigo 48.º, n.º 1 e 2, da Diretiva 2004/18, contrariamente ao entendimento da Comissão e, por isso, também não pode ser apreciada à luz desta disposição.

131. Contudo, para o caso de o Tribunal de Justiça também pretender aplicar a referida disposição da diretiva, esta não se oporia a uma condição de contratação tal como a da rubrica 4.4.4 do caderno de encargos.

132. É pacífico que o artigo 48.º da Diretiva 2004/18 contém uma enumeração taxativa dos meios de prova da capacidade técnica que as entidades adjudicantes podem exigir aos operadores económicos [63].

133. Todavia, a província de Noord-Holland, com as suas «exigências de qualidade» resultantes da rubrica 4.4.4 do caderno de encargos, pode basear-se numa das cláusulas do artigo 48.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, designadamente, na alínea c), que, para o fornecedor fazer prova da capacidade técnica, prevê expressamente uma «descrição […] das medidas [por ele] adotadas para garantir a qualidade». Os Países Baixos fizeram corretamente referência a este facto.

134. Por conseguinte, a acusação de violação do artigo 48.º da Diretiva 2004/18 é improcedente.

2. Segunda parte do segundo fundamento: alegada falta de referência das exigências à adequação dos proponentes ao objeto do contrato (artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18)

135. A segunda parte do segundo fundamento baseia-se no artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18. Na sua essência, esta disposição prevê que as entidades adjudicantes podem exigir níveis mínimos de capacidade aos potenciais proponentes, desde que estes estejam ligados e sejam proporcionais ao objeto do contrato [64].

136. A Comissão considera que o artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 foi infringido, porquanto as observações do caderno de encargos relativas ao comportamento de consumo duradouro e à atuação socialmente responsável dos potenciais proponentes, em seu entender, não revelam nenhuma ligação ao objeto do contrato público de fornecimento aqui em causa, mas incidem antes sobre a política global de compras dos operadores económicos.

137. Não se pode considerar que esta acusação tenha sido admitida apenas porque os Países Baixos a contestaram sem grande ênfase, na fase pré-contenciosa [65]. Com efeito, segundo jurisprudência assente, nenhuma regra processual obriga o Estado-Membro em causa a apresentar, logo no decurso da fase pré-contenciosa, todos os argumentos da sua defesa, no âmbito de uma ação por incumprimento baseada no artigo 258.º TFUE [66]. Em todo o caso, no processo judicial, os Países Baixos contestaram com veemência a acusação de violação do artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18.

63 — Neste sentido, também, acórdãos de 10 de fevereiro de 1982, Transporoute (76/81, Colet., 417, n.º 8, 9 e 15); de 9 de julho de 1987, CEI (27/86 a 29/86, Colet., p. 3347, n.º 9); e de 26 de abril de 1994, Comissão/Itália (C-272/91, Colet., p. I-1409, n.º 35); respetivamente relativos a disposições semelhantes ao artigo 48.º da Diretiva 2004/18.

64 — V., em particular, segundo parágrafo do artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18.

65 — A Comissão cita a partir da p. 6 da resposta dos Países Baixos à notificação para cumprir, onde os Países Baixos terão admitido que as condições do concurso controvertidas «não estavam exclusivamente ligadas ao objeto do contrato».

66 — Acórdãos de 16 de setembro de 1999, Comissão/Espanha (C-414/97, Colet., p. I-5585, n.º 19), e Comissão/Países Baixos (já referido na nota 28, n.º 49, parte final).

138. Também é infundada a acusação de violação do artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18. Com efeito, por um lado, conforme já foi referido, na rubrica 4.4.4 do caderno de encargos aqui controvertido não está em causa nenhuma exigência de aptidão ou de capacidade técnica dos potenciais proponentes [67], pelo que o artigo 44.º, da Diretiva 2004/18 nem sequer é aplicável. Por outro lado, também não se pode dizer que a rubrica 4.4.4 do caderno de encargos não tem um nexo de ligação suficiente com o objeto do contrato.

139. O objeto do contrato era — na parte relevante para o presente caso — o fornecimento de café, chá e outros «ingredientes» para máquinas automáticas de café, tendo a entidade adjudicante valorizado expressamente os produtos «sustentáveis» que, por um lado, tivessem origem biológica e, por outro, fossem provenientes do comércio equitativo. Essas exigências destinavam-se, conforme já foi referido no âmbito do primeiro fundamento, em parte, a descrever as características dos produtos a fornecer (características ecológicas na aceção do artigo 23.º da Diretiva 2004/18) e, em parte, a descrever as restantes condições para a execução do contrato (considerações de índole social na aceção do artigo 26.º, da Diretiva 2004/18).

140. Dado que, por conseguinte, a sustentabilidade e o respeito pelo ambiente eram importantes para o desenvolvimento do contrato público controvertido, a entidade adjudicante não podia ser impedida de perguntar aos potenciais proponentes de que forma preenchiam «os critérios em relação à durabilidade das compras e à responsabilidade social» e em que medida contribuíam «para a melhoria da sustentabilidade do mercado do café e para uma produção de café responsável em termos de técnica ambiental, sociais e económicos».

141. É absolutamente legítimo que uma entidade adjudicante peça informações aos potenciais proponentes sobre a forma como estes pretendem alcançar os objetivos do contrato por ela traçados. Contrariamente ao que entende a Comissão, neste contexto, não é a política global de compras dos potenciais proponentes que está em causa, em primeira linha, mas antes as suas práticas em matéria de aquisições tendo em conta as mercadorias a fornecer em concreto, ou seja, o café, o chá e os restantes «ingredientes» [68].

142. Por conseguinte, a acusação de violação do artigo 44.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 também é infundada.

3. Terceira parte do segundo fundamento: alegada violação das exigências de transparência (artigo 2.º da Diretiva 2004/18)

143. Por último, a Comissão, na terceira parte do seu segundo fundamento, formula a título subsidiário a acusação de violação do princípio geral da transparência, tal como constante do artigo 2.º da Diretiva 2004/18 [69].

144. Este princípio fundamental de direito europeu dos contratos públicos destina-se essencialmente a excluir o risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, por um lado, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, por outro, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa [70].

67 — V., a este respeito, imediatamente acima, os n.º 128 a 130 das presentes conclusões.

68 — V., a este respeito, o que expus a respeito do primeiro e do terceiro fundamentos (em particular, os n.º 88 e 109 a 112 das presentes conclusões).

69 — V., também, o segundo e trigésimo nono considerandos da Diretiva 2004/18.

70 — Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta (já referido na nota 19, n.º 111); no mesmo sentido, acórdãos de 14 de outubro de 2004, Comissão/França (C-340/02, Colet., p. I-9845, n.º 34); e de 10 de dezembro de 2009, Comissão/França (C-299/08, Colet., p. I-11587, n.º 41), segundo os quais o princípio da transparência exige que o objeto de um contrato público e os critérios para a adjudicação do mesmo sejam determinados de uma forma clara.

145. A Comissão critica as exigências da rubrica 4.4.4 do caderno de encargos por serem demasiado gerais e formuladas de um modo demasiado impreciso.

146. Partilho do mesmo entendimento. Do excerto controvertido do caderno de encargos não resulta claramente qual a forma de esclarecimentos e qual a forma de provas que a entidade adjudicante exige aos potenciais proponentes. Além disso, as formulações escolhidas pela província de Noord-Holland acarretam alguma incerteza sobre precisamente o que é que se pretende dizer quando se fala de «durabilidade das compras e de responsabilidade social» e de um contributo para «a melhoria da sustentabilidade do mercado do café e para uma produção de café responsável em termos de técnica ambiental, sociais e económicos».

147. Neste ponto, uma descrição mais precisa daquilo que a província de Noord-Holland esperava dos potenciais proponentes teria sido útil. Por exemplo, a província poderia ter perguntado pela existência de eventuais acordos relativos ao comércio equitativo e à produção biológica que os potenciais proponentes tivessem eventualmente celebrado com os seus respetivos fornecedores. A província também poderia ter exigido que os potenciais proponentes comunicassem as medidas que tinham adotado para controlar o cumprimento desses acordos.

148. A objeção dos Países Baixos, de que várias organizações internacionais definiram o conceito de sustentabilidade não é, em todo o caso, suficientemente fundamentada para refutar a crítica da falta de transparência.

149. Logo, importa concluir pela existência de uma infração ao artigo 2.º da Diretiva 2004/18. A terceira parte do terceiro fundamento da Comissão é, pois, procedente.

D — *Resumo*

150. Em suma, pode-se constatar que, nos termos da Diretiva 2004/18, o respeito pelas exigências ecológicas e sociais nos procedimentos de adjudicação por parte da entidade adjudicante é admissível, incluindo expressamente uma referência nas condições do concurso a rótulos dos domínios do ambiente e do comércio equitativo.

151. Contudo, a entidade adjudicante não pode exigir que as mercadorias que lhe devem ser fornecidas estejam munidas de um rótulo concreto, mas deve admitir outros rótulos e também produtos sem qualquer rótulo, desde que as características ambientais e as condições nas quais os mesmos são produzidos e comercializados sejam equivalentes às exigências estabelecidas pela entidade adjudicante.

152. Além disso, a entidade adjudicante não pode, na adjudicação do contrato, ter em consideração a política global de compras dos proponentes, mas apenas as suas práticas em matéria de aquisições em relação aos produtos a fornecer em concreto. Se a entidade adjudicante exigir aos proponentes que prestem informações e provas da sustentabilidade dos seus produtos e da sua política comercial, esta exigência deve estar suficientemente ligada ao objeto do contrato e ser redigida em termos concretos.

153. No presente caso, a província de Noord-Holland satisfez estas regras apenas parcialmente. Nas condições que estabeleceu para o contrato público de fornecimento controvertido de 2008, infringiu três disposições do direito da União: os artigos 2.°, 23.°, n.º 6, e 53.°, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18. Em contrapartida, não há nenhuma infração às restantes disposições invocadas pela Comissão, designadamente, os artigos 23.°, n.º 8, 44.°, n.º 2, e 48.°, n.º 1 e 2, da Diretiva 2004/18.

VI — Despesas

154. Nos termos do artigo 69.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas. Esta regra aplica-se, designadamente, se cada parte obtiver vencimento parcial.

155. Com base nas considerações precedentes, a Comissão, no presente caso, obteve vencimento com a primeira parte do seu primeiro fundamento, com a terceira parte do seu segundo fundamento e com o seu terceiro fundamento, tendo sido vencida na segunda parte do seu primeiro fundamento e nas primeira e segunda partes do seu segundo fundamento.

156. Neste contexto, parece-me adequado que cada parte seja condenada a suportar as suas próprias despesas [71].

VII — Conclusão

157. Tendo em consideração o acima exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que:

1. O Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, porquanto a província de Noord-Holland, em 2008, no procedimento de adjudicação de um contrato público de fornecimento e manutenção de máquinas automáticas de café

   — em violação do artigo 23.º, n.º 6, da Diretiva 2004/18, tornou obrigatório que o café e o chá a fornecer estivessem munidos do rótulo «EKO» ou de um rótulo que se baseasse em critérios semelhantes,

   — em violação do artigo 2.º da Diretiva 2004/18, formulou «requisitos de qualidade» pouco claros para os potenciais proponentes em relação «à durabilidade das compras e à responsabilidade social» e

   — no âmbito dos critérios de adjudicação, em violação do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18, previu pontos adicionais para os «ingredientes» a fornecer que estivessem munidos dos rótulos «EKO» e/ou «Max Havelaar» ou de rótulos que se baseassem nos mesmos critérios.

2. A ação é julgada improcedente quanto ao restante.

3. Cada parte suportará as suas próprias despesas.

71 — No mesmo sentido, p. ex., acórdão de 29 de abril de 2010, Comissão/Alemanha (C-160/08, Colet., p. I-3713, n.º 133).