Coletânea da Jurisprudência

DESPACHO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

25 de abril de 2018*

«Reenvio prejudicial — Artigo 53.º, n.º 2, e artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça — Artigo 267.º TFUE — Conceito de "órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros" — Processo destinado a conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional — Tribunal de Contas nacional — Fiscalização prévia da legalidade e do cabimento orçamental de uma despesa pública — Inadmissibilidade manifesta»

No processo C-102/17,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunal de Contas (Portugal), por decisão de 17 de janeiro de 2017, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 28 de fevereiro de 2017, no processo

Secretaria Regional de Saúde dos Açores,

sendo interveniente

Ministério Público,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: J. Malenovský, presidente de secção, D. Šváby (relator) e M. Vilaras, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Secretaria Regional de Saúde dos Açores, por P. Linhares Dias e L. da Ponte, advogados,

– em representação do Ministério Público, por J. V. de Almeida,

– em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes, M. Figueiredo e F. Batista, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por M. Farrajota e A. Tokár, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: português.

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de se pronunciar por despacho fundamentado, nos termos do artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça,

profere o presente

Despacho

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 58.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/2170 da Comissão, de 24 de novembro de 2015 (JO 2015, L 307 p. 5) (a seguir «Diretiva 2014/24»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um recurso interposto pela Secretaria Regional de Saúde dos Açores (Portugal) (a seguir «Secretaria Regional de Saúde») da Decisão n.º 7/2016 da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas (Portugal) (a seguir «SRATC»), de 26 de setembro de 2016 (a seguir «decisão controvertida»), proferida no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 51/2016, que recusou o visto ao contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde de Velas (Portugal), celebrado entre a Região Autónoma dos Açores (a seguir «RAA») e a Afavias – Engenharia e Construções – Açores, SA (a seguir «Afavias»), pelo preço de 1 387 000,00 euros.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Nos termos do artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, com a epígrafe «Conteúdo do pedido de decisão prejudicial»:

«Para além do texto das questões submetidas ao Tribunal a título prejudicial, o pedido de decisão prejudicial deve conter:

a) uma exposição sumária do objeto do litígio bem como dos factos pertinentes, conforme apurados pelo órgão jurisdicional de reenvio, ou, no mínimo, uma exposição dos dados factuais em que as questões assentam;

b) o teor das disposições nacionais suscetíveis de se aplicar no caso concreto e, sendo caso disso, a jurisprudência nacional pertinente;

c) a exposição das razões que conduziram o órgão jurisdicional de reenvio a interrogar-se sobre a interpretação ou a validade de certas disposições do direito da União, bem como o nexo que esse órgão estabelece entre essas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio no processo principal.»

4 Sob a epígrafe «Critérios de seleção», o artigo 58.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 dispõe:

«No que respeita à capacidade técnica e profissional, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato.

As autoridades adjudicantes podem exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado. As autoridades adjudicantes podem partir do princípio de que um operador económico não possui as capacidades profissionais exigidas caso tenha concluído que o operador económico em questão se encontra numa situação de conflito de interesses suscetível de afetar negativamente a execução do contrato.

Nos concursos para a aquisição de fornecimentos que impliquem operações de montagem ou instalação, a prestação de serviços ou a execução de obras, a capacidade profissional do operador económico para prestar o serviço ou executar a instalação ou a obra em causa pode ser apreciada em função das suas capacidades, eficiência, experiência e fiabilidade.»

Direito português

5 O artigo 214.º da Constituição dispõe:

«1. O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente:

a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;

b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;

c) Efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei;

d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.

2. O mandato do Presidente do Tribunal de Contas tem a duração de quatro anos, sem prejuízo do disposto na alínea m) do artigo 133.º

3. O Tribunal de Contas pode funcionar descentralizadamente, por secções regionais, nos termos da lei.

4. Nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira há secções do Tribunal de Contas com competência plena em razão da matéria na respetiva região, nos termos da lei.»

6 Resulta do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto de 1997 (*Diário da República*, I série-A, n.º 196, de 26 de agosto de 1997, a seguir «LOPTC»), que compete ao Tribunal de Contas, em especial, fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou.

7 O artigo 96.º, n.º 1, da LOPTC estabelece:

«1 — As decisões finais de recusa, concessão e isenção de visto, bem como as que respeitem a emolumentos, incluindo as proferidas pelas secções regionais, podem ser impugnadas, por recurso para o plenário da 1.ª Secção, pelas seguintes entidades:

a) O Ministério Público, relativamente a quaisquer decisões finais;

b) O autor do ato ou a entidade que tiver autorizado o contrato a que foi recusado o visto;

c) Quanto às decisões sobre emolumentos, aqueles sobre quem recai o respetivo encargo.»

8 Sob a epígrafe «Documentos de habilitação», o artigo 40.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro de 2015, que aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na [RAA] e que transpõe a Diretiva 2014/24 para a ordem jurídica regional dos Açores (*Diário da República*, 1.ª série, n.º 253, de 29 de dezembro de 2015, a seguir «Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A»), prevê, nomeadamente:

«3 — Para além do referido no número anterior, o convite ou o programa de procedimento podem, ainda, exigir a demonstração de outros elementos de habilitação relativos à capacidade económica e financeira e à capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato, nos termos do definido nos números seguintes.

[…]

5 — Para efeitos da aferição da capacidade técnica e profissional as entidades adjudicantes regionais podem exigir:

a) Documento comprovativo de que o adjudicatário dispõe de recursos humanos e técnicos para assegurar a boa execução do contrato;

b) Documento comprovativo de que os recursos humanos e técnicos de que o adjudicatário dispõe, detêm experiência profissional adequada à boa execução do contrato;

c) Referências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato.

6 — Sempre que haja lugar à aplicação do previsto nos n.os 3 a 5, as entidades adjudicantes regionais estão obrigadas a indicar no anúncio de procedimento os níveis mínimos de capacidade económica e financeira e de capacidade técnica e profissional, exigidos, bem como os documentos que as comprovem.»

9 Em conformidade com os seus artigos 100.°, n.º 1, e 104.°, o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A entrou em vigor em 1 de janeiro de 2016 e é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após essa data.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

10 Por despacho de 8 de março de 2016, a Secretaria Regional de Saúde autorizou a abertura de um concurso para a adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas com vista à reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde de Velas, situado numa ilha do arquipélago dos Açores, por um montante de cerca de 1 400 000,00 euros, acrescido de imposto sobre o valor acrescentado.

11 No âmbito deste procedimento, o anúncio de concurso, publicado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* em 11 de março de 2016 (II série, n.º 50), contém um ponto 8.3, alínea a), em virtude do qual só podem ser adjudicatários, nos termos do n.º 3 do artigo 40.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, entidades que demonstrem em sede de habilitação que tenham realizado três empreitadas na RAA de valor unitário superior a 750 000,00 euros (a seguir «critério geográfico de habilitação»).

12 Por outro lado, resulta do ponto 25.1, alínea e), do referido anúncio de concurso que o adjudicatário deve, designadamente, apresentar, na fase de habilitação, referências comprovadas dos três contratos por si executados, para efeitos do preenchimento do critério geográfico de habilitação.

13 Pela Resolução n.º 44/2016, de 30 de março de 2016, o Conselho do Governo da RAA ratificou o despacho do Secretário Regional de Saúde de 8 de março de 2016, que autorizou a abertura do concurso e aprovou as respetivas peças do procedimento.

14 Pela Resolução do Conselho do Governo n.º 116/2016, de 7 de junho de 2016, o contrato foi adjudicado à Afavias, um dos dois proponentes que se apresentaram a concurso.

15 O contrato celebrado com a Afavias foi submetido à SRATC para que esta procedesse à fiscalização prévia, em conformidade com o artigo 214.º, n.º 1, da Constituição.

16 Pela decisão controvertida, a SRATC recusou conceder o visto prévio ao referido contrato, porquanto o critério geográfico de habilitação exigido no aviso de concurso viola o artigo 40.º, n.º 3 e n.º 5, alínea c), do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A. Além disso, segundo a SRATC, este critério não permite demonstrar a capacidade técnica e profissional do adjudicatário para efeitos da execução do contrato em questão. Nestas condições, o anúncio de concurso em causa era suscetível de restringir a concorrência, em violação, nomeadamente, do princípio da igualdade de tratamento.

17 Em apoio do recurso que interpôs da decisão controvertida no Tribunal de Contas, a Secretaria Regional de Saúde alega que o critério geográfico de habilitação respeita o artigo 40.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, que é conforme tanto com o artigo 58.º da Diretiva 2014/24 como com o anexo XII da referida diretiva.

18 O Tribunal de Contas considera que obrigar os proponentes a demonstrar a sua experiência passada é suscetível de comprovar a sua capacidade técnica e profissional para a execução do contrato em causa. Não obstante, sob pena de violação dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, afigura-se-lhe excessivo exigir aos proponentes que provem possuir experiência no domínio objeto do referido contrato unicamente num país ou numa região determinados.

19 No entanto, a redação do artigo 58.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 não permite determinar se as «[r]eferências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato», que são mencionadas no artigo 40.º, n.º 5, alínea c), do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, permitem incluir, num determinado procedimento, um critério geográfico de habilitação que incide apenas sobre a realização de obras, no passado, na RAA. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio constata a inexistência de jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria.

20 Nestas condições, o Tribunal de Contas decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 58/4 n.º 4 da Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, deve ser interpretado no sentido de se opôr a uma legislação nacional, tal como a descrita [o artigo 40° n.º 3 e 5, alínea c) do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de

29 de dezembro de 2015], que, no domínio de um concurso público, permita a imposição como elemento de habilitação, de um critério geográfico que consista na realização anterior de três empreitadas na mesma Região Autónoma?»

Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

21 Nos termos do artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se um pedido de decisão prejudicial for manifestamente inadmissível, o Tribunal, ouvido o advogado-geral, pode, a qualquer momento, decidir pronunciar-se por despacho fundamentado, pondo assim termo à instância.

22 Esta disposição deve ser aplicada no presente processo.

23 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o processo instituído no artigo 267.º TFUE é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a resolução do litígio que lhes cabe decidir (v., nomeadamente, Acórdão de 27 de novembro de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, n.º 83, e Despacho de 8 de setembro de 2016, Google Ireland e Google Italy, C-322/15, EU:C:2016:672, n.º 14).

24 Daqui resulta que, para estar habilitado a recorrer ao Tribunal de Justiça no âmbito do processo prejudicial, o organismo de reenvio deve ser qualificável de «órgão jurisdicional», na aceção do artigo 267.º TFUE, o que cabe ao Tribunal de Justiça verificar com base no pedido de decisão prejudicial.

25 As exigências relativas ao conteúdo de um pedido de decisão prejudicial figuram expressamente no artigo 94.º do Regulamento de Processo, que é suposto o órgão jurisdicional de reenvio conhecer e respeitar escrupulosamente, no quadro da cooperação instituída pelo artigo 267.º TFUE (v. Despachos de 3 de julho de 2014, Talasca, C-19/14, EU:C:2014:2049, n.º 21, e de 8 de setembro de 2016, Google Ireland e Google Italy, C-322/15, EU:C:2016:672, n.º 15).

26 Além disso, estas exigências são recordadas nos n.ºs 13 e 15 das Recomendações do Tribunal de Justiça à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (JO 2016, C 439, p. 1).

27 Destinando-se a permitir aos Governos dos Estados-Membros, bem como aos demais interessados, apresentar observações, em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, as informações que devem figurar na decisão de reenvio permitem também ao Tribunal de Justiça, por um lado, verificar a admissibilidade de um pedido deste tipo e, por outro, dar respostas úteis às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

28 Uma vez que o pedido de decisão prejudicial serve de fundamento ao processo no Tribunal de Justiça, é indispensável que, nesse pedido, o juiz nacional explicite, em especial, o quadro factual e regulamentar do litígio no processo principal.

29 Esta obrigação deve, em especial, ser observada em certos domínios caracterizados por situações de facto e de direito complexas (v., neste sentido, Acórdão de 26 de janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o., C-320/90 a C-322/90, EU:C:1993:26, n.º 7; Despacho de 19 de março de 1993, Banchero, C-157/92, EU:C:1993:107, n.º 5; e Acórdão de 12 de dezembro de 2013, Ragn-Sells, C-292/12, EU:C:2013:820, n.º 39), mas também quando funções de natureza diferente foram confiadas pela lei ao órgão de reenvio.

30 Nesta última hipótese, a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial pode depender da questão de saber se o organismo nacional de reenvio pode ser qualificado de «órgão jurisdicional», na aceção do artigo 267.º TFUE, quando exerça funções jurisdicionais, ao passo que, no exercício de outras funções, designadamente de natureza administrativa, não lhe pode ser reconhecida essa qualificação (v. Despacho de 26 de novembro de 1999, ANAS, C-192/98, EU:C:1999:589, n.º 22).

31 A este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência constante, para apreciar se o organismo de reenvio tem a natureza de «órgão jurisdicional» na aceção do artigo 267.º TFUE, questão que deve ser decidida unicamente no âmbito do direito da União, o Tribunal de Justiça toma em consideração um conjunto de elementos, como a origem legal do organismo, a sua permanência, o caráter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo organismo, das regras de direito, bem como a sua independência (v., designadamente, Acórdãos de 17 de setembro de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, EU:C:1997:413, n.º 23; de 19 de dezembro de 2012, Epitropos tou Elegktikou Synedriou, C-363/11, EU:C:2012:825, n.º 18; e de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, n.º 38).

32 Além disso, o conceito de órgão jurisdicional nacional, na aceção do artigo 267.º TFUE, só pode, pela sua própria essência, designar uma autoridade que tenha a qualidade de terceiro em relação à autoridade que adotou a decisão objeto do recurso (Acórdãos de 30 de março de 1993, Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, n.º 15, e de 19 de setembro de 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, n.º 49).

33 Por último, os órgãos jurisdicionais nacionais só estão habilitados a recorrer ao Tribunal de Justiça se neles estiver pendente um litígio e forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional (v., designadamente, Despachos de 5 de março de 1986, Greis Unterweger, 318/85, EU:C:1986:106, n.º 4, e de 26 de novembro de 1999, ANAS, C-192/98, EU:C:1999:589, n.º 21; e Acórdão de 19 de dezembro de 2012, Epitropos tou Elegktikou Synedriou C-363/11, EU:C:2012:825, n.º 19).

34 Ora, no caso vertente, o Tribunal de Contas não demonstrou no seu pedido de decisão prejudicial nem na sua resposta à questão que o Tribunal de Justiça lhe dirigiu num pedido de informações de 5 de outubro de 2017 que, no processo principal, tinha a qualidade de «órgão jurisdicional nacional», na aceção do artigo 267.º TFUE.

35 Com efeito, no âmbito do litígio no processo principal, não é claro que a decisão que será proferida pelo Tribunal de Contas no processo de fiscalização prévia da legalidade e do cabimento orçamental em causa no processo principal se inserirá numa função jurisdicional, e não numa função puramente administrativa (v., por analogia, Acórdão de 19 de dezembro de 2012, Epitropos tou Elegktikou Synedriou, C-363/11, EU:C:2012:825, n.º 28).

36 Além disso, não decorre dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o Tribunal de Contas tenha a qualidade de terceiro em relação à autoridade que adotou a decisão controvertida e, portanto, que o recurso interposto contra a decisão controvertida no plenário desta instância, com base no artigo 96.º, n.º 1, da LOPTC, não constitua um recurso administrativo hierárquico (v., por analogia, Acórdãos de 30 de maio de 2002, Schmid, C-516/99, EU:C:2002:313, n.º 37, e de 19 de dezembro de 2012, Epitropos tou Elegktikou Synedriou, C-363/11, EU:C:2012:825, n.º 23).

37 Com base nos elementos transmitidos pelo Tribunal de Contas em resposta ao referido pedido de informações enviado pelo Tribunal de Justiça, não se pode, pois, determinar se este exerce uma função jurisdicional no processo principal.

38 Daqui decorre que o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Contas deve ser declarado manifestamente inadmissível.

39 Além do mais, importa referir que o Tribunal de Contas não destacou os elementos necessários que permitem ao Tribunal de Justiça verificar se, no processo principal, existe um interesse transfronteiriço certo. Ora, como foi recordado nos n.os 23 a 25 do presente despacho, resulta do artigo 94.º do Regulamento de Processo que o Tribunal de Justiça deve poder encontrar num pedido de decisão prejudicial uma exposição dos dados factuais em que as questões assentam e o nexo existente, nomeadamente, entre esses dados e essas questões. Assim, a constatação dos elementos necessários que permitem a verificação da existência de um interesse transfronteiriço certo, da mesma maneira que, em geral, todas as constatações a que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proceder e das quais depende a aplicabilidade de um ato de direito derivado ou do direito primário da União, deve ser efetuada antes de se recorrer ao Tribunal de Justiça (v. Acórdão de 11 de dezembro de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e o., C-113/13, EU:C:2014:2440, n.º 47).

40 Com efeito, a existência de um interesse transfronteiriço certo não pode ser deduzida hipoteticamente de determinados elementos que, considerados em abstrato, poderiam constituir indícios nesse sentido, mas deve decorrer de maneira positiva de uma apreciação concreta das circunstâncias do contrato em causa (Acórdão de 6 de outubro de 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, n.º 22).

41 Ora, apesar do isolamento geográfico do arquipélago dos Açores, o pedido de decisão prejudicial não contém nenhum elemento do qual decorra de maneira positiva a existência de um interesse transfronteiriço certo.

42 Resulta do exposto que o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Contas deve ser declarado manifestamente inadmissível.

Quanto às despesas

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

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

O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Contas (Portugal), por decisão de 17 de janeiro de 2017, é manifestamente inadmissível.

Feito no Luxemburgo, em 25 de abril de 2018.

O Secretário
A. Calot Escobar

O Presidente da Oitava Secção
J. Malenovský