Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

11 de maio de 2017 *

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/17/CE — Princípios de adjudicação dos contratos — Artigo 10.º — Princípio da igualdade de tratamento dos proponentes — Obrigação das entidades adjudicantes de solicitarem aos proponentes que alterem ou completem a sua proposta — Direito da entidade adjudicante de reter a garantia bancária em caso de recusa — Diretiva 92/13/CEE — Artigo 1.º, n.º 3 — Processos de recurso — Decisão de adjudicação de um contrato público — Exclusão de um proponente — Recurso de anulação — Interesse em agir»

No processo C-131/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso, Polónia), por decisão de 19 de fevereiro de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 1 de março de 2016, no processo

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

contra

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,

sendo interveniente:

Digital-Center sp. z o.o.,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

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

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., por A. Olszewska,

— em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,

* Língua do processo: polaco.

— em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por F. Di Matteo, avvocato dello Stato,

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

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

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 10.º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1), e do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13/CE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO 1992, L 76, p. 14), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (a seguir «Diretiva 92/13»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Archus sp. z o.o. e a Gama Jacek Lipik (a seguir, em conjunto, «Archus e Gama») à Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Empresa de Extração de Petróleo e Gás da Polónia), a respeito das decisões tomadas por esta última no sentido da rejeição da sua proposta num procedimento de adjudicação de um contrato público e da aceitação da proposta apresentada pela Digital-Center sp. z o.o.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O artigo 10.º da Diretiva 2004/17 prevê:

«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.»

4 O artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 dispõe:

«Os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.»

5 O artigo 2.º-A, n.º 2, terceiro parágrafo, da Diretiva 92/13 prevê:

«Considera-se que os candidatos estão interessados se a entidade adjudicante não tiver facultado informações sobre a rejeição da sua candidatura antes da notificação da decisão de adjudicação do contrato aos proponentes interessados.»

Direito polaco

6 O artigo 25.º da Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, posição 2164) (Lei dos contratos públicos, de 29 de janeiro de 2004, a seguir «Pzp») prevê:

«1. No procedimento de adjudicação, a entidade adjudicante só pode solicitar ao operador as declarações ou documentos necessários à realização do procedimento. Declarações ou documentos que comprovem:

1) os requisitos para participação no procedimento de adjudicação,

2) os requisitos estabelecidos pela entidade adjudicante no que diz respeito aos fornecimentos de produtos, às prestações de serviços ou às execuções de obras propostas

devem ser indicados pela entidade adjudicante no anúncio do contrato público, na especificação das principais condições contratuais ou no convite à apresentação de propostas.

2. O Presidente do Conselho de Ministros estabelecerá, mediante decreto, quais os tipos de documentos que a entidade adjudicante pode solicitar ao operador e a forma como tais documentos devem ser apresentados […]»

7 O artigo 26.º, n.º 3, da Pzp dispõe:

«A entidade adjudicante pede aos operadores que, no prazo estabelecido, não tiverem apresentado as declarações ou documentos referidos no n.º 1 do artigo 25.º, ou que não tiverem apresentado procuração, ou que tiverem apresentado as declarações ou documentos previstos no n.º 1 do artigo 25.º com erros ou tenham apresentado procurações irregulares, que os apresentem num prazo fixado para o efeito, salvo se, não obstante a sua apresentação, a proposta do operador deva ser rejeitada ou o procedimento de adjudicação deva ser anulado. As declarações ou documentos entregues a pedido da entidade adjudicante devem comprovar que o operador preenche os requisitos para participação no procedimento e que os fornecimentos, serviços ou execuções de obras propostos cumprem os requisitos estabelecidos pela entidade adjudicante, até ao dia em que termine o prazo de entrega dos pedidos de admissão no procedimento ou o prazo de apresentação de propostas.»

8 O artigo 46.º, n.º 4a, da Pzp tem a seguinte redação:

«A entidade adjudicante conservará em seu poder a garantia e os juros se o operador económico, em resposta ao pedido de apresentação de documentos previsto no artigo 26.º, n.º 3, não tiver fornecido, por razões que lhe sejam imputáveis, os documentos ou declarações referidos no n.º 1 do artigo 25.º, ou não tiver apresentado as procurações, a lista das entidades que pertencem ao mesmo grupo referido no artigo 24.º, n.º 2, ponto 5, ou informações que indiquem que não pertence a um grupo, ou se não tiver consentido na retificação de um dos erros previstos no artigo 87.º, n.º 2, ponto 3, impossibilitando a seleção da sua proposta como a mais vantajosa.»

9 O artigo 87.º da Pzp prevê:

«1. No decurso do exame e da avaliação das propostas, as entidades adjudicantes podem solicitar aos operadores esclarecimentos sobre o conteúdo das propostas. A entidade adjudicante não pode negociar com os operadores o conteúdo da proposta apresentada; com ressalva do disposto nos n.os 1a e 2 do presente artigo, o conteúdo da proposta não pode ser alterado.

1a. No âmbito do diálogo concorrencial, as entidades adjudicantes podem, no decurso do exame e da avaliação das propostas, solicitar aos operadores esclarecimentos sobre o conteúdo das propostas e ajustamentos do conteúdo da proposta e ainda informações adicionais; tal não pode implicar alterações substanciais do conteúdo das propostas nem alterações dos requisitos previstos na especificação das principais condições contratuais.

2. A entidade adjudicante retifica na proposta:

1) erros manifestos de escrita,

2) erros manifestos de cálculo, mediante consideração das consequências em termos de valores decorrentes das retificações efetuadas,

3) outros erros que consistam em incongruências da proposta com a especificação das principais condições contratuais, mas que não impliquem alterações substanciais do conteúdo da proposta; os operadores cujas propostas sejam retificadas são imediatamente informados.»

10 O artigo 179.º, n.º 1, da Pzp prevê:

«Os recursos previstos neste número podem ser apresentados por operadores, participantes nos concursos e outras pessoas, desde que tenham, ou tivessem, interesse na adjudicação de um determinado contrato e tenham sofrido, ou possam vir a sofrer, um prejuízo devido a violações, por parte da entidade adjudicante, de disposições da presente lei.»

11 O artigo 180.º, n.º 1, da Pzp dispõe:

«O recurso permite invocar exclusivamente uma ação ou omissão ilegal da entidade adjudicante no âmbito do procedimento de adjudicação, a que a entidade adjudicante esteja legalmente obrigada.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

12 A Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo publicou, em 3 de junho de 2015, no *Jornal Oficial da União Europeia*, sob o n.º 2015/S 105-191838, um anúncio de concurso público limitado destinado à adjudicação de um contrato público de prestação de serviços de digitalização do espólio do Arquivo Geológico Central da entidade adjudicante e de elaboração de uma versão eletrónica dos documentos para disponibilização na sua rede interna. O objeto do contrato consistia na digitalização dos documentos em papel existentes no seu arquivo, na elaboração de uma versão eletrónica dos mesmos e na sua gravação em suportes de dados duráveis, habitualmente utilizados em formato digital e sob a forma de microfilmes.

13 O ponto 4.1 do caderno de encargos indicava que os proponentes deviam anexar dois documentos à sua proposta de serviços. O primeiro devia ser uma cópia digitalizada de um documento elaborado pela entidade adjudicante, gravada num suporte duradouro e editada de acordo com uma descrição detalhada no ponto 4.1, alínea a), do caderno de encargos. O segundo devia ser uma amostra de microfilme de 35 mm contendo o produto impressionado, avaliado à luz do critério de qualidade, em formato A 4 e versão ampliada em formato A 0, isto é, 16 vezes, com uma descrição do processo de microfilmagem e dos parâmetros técnicos detalhados no ponto 4.1, alínea b), do caderno de encargos (a seguir «amostra de microfilme»).

14 A qualidade do primeiro documento devia ser apreciada à luz dos critérios de avaliação das propostas, ao passo que a qualidade da amostra de microfilme devia sê-lo segundo a fórmula «cumpre/não cumpre», precisando-se que, no caso de a amostra não cumprir os requisitos, a proposta devia ser rejeitada em aplicação do disposto no artigo 89.º, n.º 1, ponto 2, da Pzp.

15 Os proponentes deveriam igualmente depositar o montante de 20 000 zlótis polacos (PLN) a título de garantia da sua proposta.

16 No âmbito deste procedimento, foram apresentadas duas propostas, uma por pelas sociedades Archus e Gama, em conjunto, e outra pela Digital-Center.

17 Em 15 de outubro de 2015, as sociedades Archus e Gama, invocando a existência de um erro involuntário, dirigiram à entidade adjudicante um pedido de correção da sua proposta, em aplicação do artigo 87.º, n.º 2, ponto 3, da Pzp, destinado a substituir por uma nova amostra de microfilme a que haviam anexado à sua proposta e que não estava em conformidade com as especificações do caderno de encargos.

18 Em 17 de novembro de 2015, a entidade adjudicante respondeu a este pedido indicando ter considerado que a nova amostra de microfilme completava os documentos enviados, em aplicação do disposto no artigo 26.º, n.º 3, da Pzp. Todavia, informou igualmente que os proponentes não tinham feito menção às informações relativas ao processo de microfilmagem da amostra e aos parâmetros técnicos requeridos, em conformidade com o ponto 4.1, alínea b), do caderno de encargos, e convidou-os assim a completar estas informações.

19 Após a análise das duas amostras de microfilmes fornecidas pelas sociedades Archus e Gama, a entidade adjudicante rejeitou finalmente a sua proposta por não ser conforme com o referido ponto 4.1, alínea b), do caderno de encargos. Considerou que as amostras de microfilme apresentadas por estas sociedades não permitiam obter uma leitura de uma cópia de um documento microfilmado em formato A 0 com uma resolução mínima de 200 dpi. Por outro lado, considerou a proposta apresentada pela Digital-Center como a mais vantajosa.

20 As sociedades Archus e Gama interpuseram, então, recurso na Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso, Polónia) das decisões da entidade adjudicante relativas, respetivamente, à rejeição da sua proposta e à aceitação da proposta da Digital-Center.

21 O órgão jurisdicional de reenvio expõe, em substância, que, ao abrigo da regulamentação nacional sobre contratos públicos, as entidades adjudicantes podem exigir aos proponentes a apresentação de «documentos e declarações», bem como de amostras dos produtos a fornecer no âmbito do concurso público. Têm também a obrigação de lhes pedir para completarem, sendo caso disso, os documentos em falta ou que contenham erros, a fim de que estejam conformes com as exigências do caderno de encargos, exceto no caso de a proposta dever ser rejeitada por outras razões ou quando seja necessário anular o procedimento.

22 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, desde logo, sobre a legalidade da obrigação, imposta à entidade adjudicante, de convidar um proponente a completar um documento exigido pelo caderno de encargos ou a apresentar uma nova amostra em conformidade com o mesmo, como sucede no processo principal, na medida em que esse facto pode levar o referido proponente a alterar o conteúdo da sua proposta, o que seria prejudicial à transparência do procedimento de concurso público. Em seguida, interroga-se sobre a legalidade da retenção da garantia paga pelo proponente quando este não acede ao convite que lhe foi dirigido pela entidade adjudicante para completar aquele documento. Por último, interroga-se sobre o interesse jurídico que a anulação da proposta da Digital-Center tem para as sociedades Archus e Gama.

23 Neste contexto, a Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 10.º da Diretiva [2004/17] ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante pode ser obrigada a solicitar aos operadores que não apresentaram dentro do prazo fixado (ou seja, dentro do prazo para a apresentação de propostas), as “declarações ou documentos” exigidos pela

entidade adjudicante, que comprovam que os fornecimentos, os serviços ou as execuções de obras propostos cumprem os requisitos definidos pela entidade adjudicante (abrangendo o conceito de "declarações ou documentos" também as amostras do objeto do contrato), ou que apresentaram as "declarações ou documentos" com erros, que apresentem as "declarações ou documentos" em falta ou retificados (amostras) num prazo adicionalmente fixado, sem estabelecer uma proibição por força da qual as "declarações ou documentos" (amostras) aperfeiçoados não poderão alterar o conteúdo da proposta?

2) Deve o artigo 10.º da Diretiva [2004/17] ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante pode fazer sua a caução do operador quando este, chamado a completar a proposta, não tiver apresentado "declarações ou documentos" (amostras) que comprovem que os fornecimentos, os serviços ou as execuções de obras propostos cumprem os requisitos definidos pela entidade adjudicante, no caso de esse aperfeiçoamento conduzir à alteração do conteúdo da proposta ou de o operador não estar de acordo com essa retificação da proposta pela entidade adjudicante, o que levou a que a proposta do operador não pudesse ser selecionada como proposta mais vantajosa?

3) Deve o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva [92/13] ser interpretado no sentido de que por "determinado contrato" previsto no excerto desta disposição sobre o "interesse em obter um determinado contrato" se deve entender "determinado procedimento com vista à adjudicação de um contrato público" (neste caso, o anúncio publicado em 3 de junho de 2015) ou no sentido de "determinado objeto do contrato" (no caso: serviço de digitalização dos documentos do arquivo da entidade adjudicante), mesmo que, na sequência do recurso, a entidade adjudicante esteja obrigada a anular o procedimento de adjudicação do contrato público em curso e, eventualmente, a iniciar um outro procedimento de adjudicação?»

Quanto à primeira questão

24 Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, enunciado no artigo 10.º da Diretiva 2004/17, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, no âmbito de um concurso público, a entidade adjudicante convide os proponentes a apresentarem as declarações ou os documentos necessários que não tenham sido por eles apresentados no prazo fixado para a apresentação das propostas ou a retificarem essas declarações ou esses documentos em caso de erros, sem que a entidade adjudicante esteja, por outro lado, obrigada a informar os referidos proponentes de que não podem alterar o conteúdo das propostas apresentadas.

25 A este respeito, importa recordar, desde logo, que a obrigação de a entidade adjudicante respeitar o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, que tem por objetivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre as empresas que participam num concurso público (v., designadamente, acórdãos de 29 de abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, n.º 110, e de 12 de março de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 33) e que corresponde à essência das regras da União relativas aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (v., designadamente, acórdãos de 22 de junho de 1993, Comissão/Dinamarca, C-243/89, EU:C:1993:257, n.º 33; de 25 de abril de 1996, Comissão/Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161, n.º 51; e de 18 de outubro de 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, n.º 33), implica, nomeadamente, que os proponentes devem estar em pé de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas como no momento em que estas são avaliadas pela entidade adjudicante (v. acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, n.º 45, e de 24 de maio de 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, n.º 37).

26 O referido princípio impõe, em especial, que todos os proponentes tenham as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica, portanto, que estas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os concorrentes (acórdãos de 25 de abril de 1996, Comissão/Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161, n.º 54; de 12 de dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 93; e de 12 de março de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 33).

27 O princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência também se opõem a qualquer negociação entre a entidade adjudicante e um proponente no âmbito de um procedimento de adjudicação de contratos públicos, o que implica que, em princípio, uma proposta não pode ser alterada após sua apresentação, quer seja por iniciativa da entidade adjudicante quer do proponente (v., neste sentido, acórdãos de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 36, e de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 31).

28 Com efeito, permitir à entidade adjudicante solicitar esclarecimentos a este respeito a um candidato cuja proposta considere ser imprecisa ou não conforme às especificações técnicas do caderno de encargos poderia dar a entender que a entidade adjudicante, caso a proposta desse candidato viesse a ser escolhida, negociou a proposta confidencialmente, prejudicando outros candidatos, em violação do princípio da igualdade de tratamento (acórdão de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 37).

29 No entanto, o Tribunal de Justiça também já teve a ocasião de declarar que o princípio da igualdade de tratamento não se opõe a que uma proposta possa ser corrigida ou completada pontualmente, no caso de necessitar obviamente de uma clarificação, ou para se eliminarem erros materiais manifestos, desde que seja respeitado um determinado número de exigências [v., neste sentido, no âmbito dos procedimentos de concurso público limitados abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114), acórdãos de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.ºs 35 a 45, no que se refere à fase de apreciação das propostas, e de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.ºs 30 a 39, no que se refere à fase de pré-seleção dos proponentes].

30 Antes de mais, o pedido de clarificação de uma proposta, que só pode ser feito depois de a entidade adjudicante ter tomado conhecimento de todas as propostas, deve, em princípio, ser dirigido, de forma igual, a todos os proponentes que se encontrem na mesma situação e deve referir-se a todos os pontos da proposta que requerem clarificação (v. acórdãos de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.ºs 42 a 44, e de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.ºs 34 e 35).

31 Além disso, esse pedido não pode conduzir à apresentação, por um proponente em causa, do que se revelaria, na realidade, ser uma nova proposta (v. acórdãos de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 40, e de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647 n.º 36).

32 Por último e de modo geral, no exercício do poder de apreciação de que dispõe no que diz respeito à faculdade de pedir aos candidatos que clarifiquem a sua proposta, a entidade adjudicante deve tratar os candidatos de forma igual e leal, de modo a que o pedido de clarificação não possa ser visto, no termo do processo de seleção das propostas e em face do seu resultado, como tendo indevidamente favorecido ou desfavorecido o candidato ou candidatos a quem tenha sido dirigido (v. acórdãos de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 41, e de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 37).

33 Todavia, um pedido de clarificação não pode suprir a falta de um documento ou de uma informação cuja comunicação era requerida pelos documentos do concurso, estando a entidade adjudicante obrigada a observar estritamente os critérios que ela própria fixou (v., neste sentido, acórdão de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 40).

34 No caso vertente, o órgão jurisdicional de reenvio precisou, no pedido de decisão prejudicial, que os proponentes deveriam juntar à sua proposta amostras de documentos do arquivo digitalizados, que deviam ser elaboradas de acordo com as instruções definidas no ponto 4.1 do caderno de encargos e indicar o método e a qualidade da digitalização.

35 Nas circunstâncias do processo principal, foram as sociedades Archus e Gama, na qualidade de proponentes, que dirigiram à entidade adjudicante um pedido de correção da sua proposta, com base no artigo 87.º, n.º 2, ponto 3), da Pzp, a fim de substituir por uma nova amostra de microfilme a que tinham anteriormente anexado à sua proposta e que não estava conforme com as especificações do cadernos de encargos.

36 Ora, em conformidade com a jurisprudência referida no n.º 29 do presente acórdão, um convite dirigido pela entidade adjudicante a um proponente para apresentar as declarações e os documentos exigidos não pode, em princípio, ter outro objeto que não seja a clarificação da proposta deste ou a retificação de um erro manifesto de que a proposta padeça. Por conseguinte, esse convite não pode, de um modo geral, permitir que um proponente apresente as declarações e os documentos exigidos pelo caderno de encargos e que o não foram no prazo fixado para a apresentação das propostas. Também não pode, em conformidade com a jurisprudência mencionada no n.º 31 do presente acórdão, conduzir à apresentação, pelo proponente, de documentos que comportem modificações que consubstanciem, na realidade, uma nova proposta.

37 Em todo o caso, a obrigação que, por força do direito nacional, pode impender sobre a entidade adjudicante de convidar os proponentes a apresentarem as declarações e os documentos exigidos que não apresentaram no prazo fixado para a apresentação das propostas ou a corrigirem essas declarações e esses documentos em caso de erros só é admissível na medida em que os complementos ou correções feitas à proposta inicial não conduzam a uma modificação substancial da mesma. Com efeito, resulta do n.º 40 do acórdão de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o. (C-599/10, EU:C:2012:191), que a proposta inicial só pode ser pontualmente corrigida para serem eliminados erros materiais manifestos e desde que essa modificação não conduza, na realidade, à apresentação de uma nova proposta.

38 É ao órgão jurisdicional de reenvio que incumbe determinar se, nas circunstâncias do processo principal, a substituição operada pelas sociedades Archus e Gama se manteve nos limites da retificação de um erro manifesto de que a proposta padecia.

39 Por consequência, importa responder à primeira questão submetida que o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, enunciado no artigo 10.º da Diretiva 2004/17, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, a entidade adjudicante convide um proponente a apresentar as declarações ou os documentos exigidos pelo caderno de encargos e que não tenham sido por ele apresentados no prazo fixado para a apresentação das propostas. Em contrapartida, este artigo não se opõe a que a entidade adjudicante convide um proponente a clarificar uma proposta ou a retificar um erro material manifesto que a mesma comporte, desde que, todavia, esse convite seja dirigido a todos os proponentes que se encontrem na mesma situação, que todos os proponentes sejam tratados de forma igual e leal e que essa clarificação ou essa retificação não possa ser equiparada à apresentação de uma nova proposta, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Quanto à segunda questão

40 Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 10.º da Diretiva 2004/17 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, nas circunstâncias do processo principal, a entidade adjudicante retenha a caução paga por um proponente no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, quando este não apresentou os documentos que comprovam que a sua proposta cumpria os requisitos fixados no caderno de encargos pela entidade adjudicante, porque o conteúdo da sua proposta tinha sido modificado, ou quando não consentiu que a entidade adjudicante corrigisse a sua proposta, com a consequência de que essa proposta não pôde selecionada.

41 Segundo jurisprudência constante, o processo instituído pelo 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., designadamente, acórdãos de 12 de junho de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, n.º 30; de 15 de setembro de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, n.º 16; e de 19 de junho de 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, n.º 31).

42 No âmbito desta cooperação, as questões relativas ao direito da União gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar-se a responder a um pedido submetido por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas (v., designadamente, acórdãos de 21 de janeiro de 2003, Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, n.º 43; de 15 de setembro de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, n.º 17; e de 19 de junho de 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, n.º 32).

43 Com efeito, a missão confiada ao Tribunal de Justiça no âmbito do processo prejudicial é contribuir para a administração da justiça nos Estados-Membros e não formular opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas (v., designadamente, acórdãos de 12 de junho de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, n.º 32, e de 15 de setembro de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, n.º 18).

44 Ora, importa constatar que, como resulta da decisão de reenvio, as circunstâncias do processo principal não correspondem manifestamente a nenhuma das duas situações equacionadas pelo órgão jurisdicional de reenvio no âmbito da sua segunda questão.

45 Com efeito, como resulta da análise da primeira questão, o litígio no processo principal tem essencialmente por objeto saber se a entidade adjudicante pode, sem violar o princípio da igualdade de tratamento estabelecido no artigo 10.º da Diretiva 2004/17, admitir que um proponente, depois de apresentar a sua proposta, possa substituir um documento exigido pelo caderno de encargos, no caso concreto, uma amostra de microfilme, na medida em que a amostra enviada o foi alegadamente por erro. Em nada resulta da decisão de reenvio que as sociedades Archus e Gama não apresentaram os documentos exigidos pelo caderno de encargos ou, ainda, que recusaram consentir que a entidade adjudicante corrigisse a sua proposta. Por consequência, impõe-se constatar que o problema suscitado pelo órgão jurisdicional de reenvio no âmbito da segunda questão tem natureza hipotética.

46 Nestas circunstâncias, a segunda questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio deve ser declarada manifestamente inadmissível.

Quanto à terceira questão

47 Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 deve ser interpretado no sentido de que o conceito de «determinado contrato», na aceção dessa disposição, tem por objeto um determinado procedimento com vista à adjudicação de um contrato público ou o próprio objeto do contrato que prevê adjudicar no termo desse procedimento, na hipótese de terem apenas sido apresentadas duas propostas e de se poder entender que o proponente cuja proposta foi rejeitada tem interesse na rejeição da proposta do outro proponente e, por consequência, no início de um novo procedimento de adjudicação do contrato público.

48 O órgão jurisdicional de reenvio precisou a este respeito que o operador económico que apresentou uma proposta no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público não dispõe, quando a sua proposta é rejeitada, de interesse em agir contra a decisão de adjudicação do contrato. Por consequência, embora um proponente como as sociedades Archus e Gama tenha garantidamente interesse em impugnar uma decisão que rejeitou a sua proposta, na medida em que, nesse caso, mantém uma oportunidade de lhe ser adjudicado o contrato, em contrapartida, deixa de ter qualquer interesse após procedimento de adjudicação do contrato, uma vez que a sua proposta foi definitivamente rejeitada, pelo menos na hipótese de ter sido apresentada e selecionada uma pluralidade de propostas.

49 É neste contexto que o órgão jurisdicional de reenvio se interroga sobre se o conceito de «determinado contrato», na aceção do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13, se refere ao eventual início de um novo procedimento de adjudicação de um contrato público.

50 A este respeito, importa recordar que o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13 prevê que os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com as regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.

51 Chamado a interpretar as disposições equivalentes do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos (JO 1989, L 395, p. 33), o Tribunal de Justiça já declarou que, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, os proponentes têm um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros para efeitos da obtenção do contrato (v., neste sentido, acórdãos de 4 de julho de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33; de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 27; e de 21 de dezembro de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, n.º 29), qualquer que seja o número de participantes no procedimento e o número de participantes que interpuseram recurso (v., neste sentido, acórdão de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 29).

52 Com efeito, por um lado, a exclusão de um proponente pode conduzir a que o contrato seja diretamente adjudicado ao outro proponente no âmbito do mesmo procedimento. Por outro lado, em caso de exclusão de todos os proponentes e de abertura de um novo procedimento de adjudicação de contrato público, cada um dos proponentes poderia participar neste e, assim, ser-lhe indiretamente adjudicado o contrato (v. acórdão de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 27).

53 O princípio jurisprudencial assim estabelecido pelos acórdãos de 4 de julho de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), e de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), é aplicável à situação em causa no processo principal.

54 Com efeito, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público em que foram apresentadas duas propostas e adotadas, pela entidade adjudicante, duas decisões simultâneas tendo, respetivamente, por objeto a rejeição da proposta de um dos proponentes e a adjudicação do contrato ao outro, o proponente preterido interpôs recurso de ambas as decisões no órgão jurisdicional de reenvio. No âmbito desse recurso, o proponente preterido invoca a exclusão da proposta do adjudicatário por não ser conforme com as especificações do caderno de encargos.

55 Nesta situação, o proponente que interpôs o recurso pode alegar um interesse legítimo na exclusão da proposta do adjudicatário, podendo levar a que, se for o caso, se constate a impossibilidade de a entidade adjudicante proceder à seleção de uma proposta regular (v., neste sentido, acórdãos de 4 de julho de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33, e de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 24).

56 Esta interpretação é confirmada pelas disposições do artigo 2.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 92/13, que preveem expressamente o direito ao recurso dos proponentes que não tiverem sido definitivamente excluídos, nomeadamente, contra as decisões de adjudicação de contrato tomadas pelas entidades adjudicantes.

57 É certo que o Tribunal de Justiça declarou, no processo que deu origem ao acórdão de 21 de dezembro de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, n.ºs 13 a 16, 31 e 36), que poderia ser recusado o acesso ao recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato público a um proponente cuja proposta tinha sido excluída pela entidade adjudicante de um procedimento de adjudicação de um contrato público. Todavia, a decisão de exclusão desse proponente tinha, nesse processo, sido confirmada por uma decisão que transitou em julgado antes da decisão do tribunal em que foi interposto o recurso da decisão de adjudicação do contrato, pelo que o referido proponente devia ser considerado definitivamente excluído do procedimento de adjudicação do contrato público em causa.

58 Em contrapartida, no caso do processo principal, as sociedades Archus e Gama interpuseram recurso da decisão que rejeitou a sua proposta e da decisão que adjudicou o contrato, adotadas simultaneamente, não podendo assim ser consideradas definitivamente excluídas do procedimento de adjudicação do contrato público. Nessa situação, o conceito de «contrato determinado», na aceção do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 93/13, pode, sendo caso disso, referir-se ao eventual início de um novo procedimento de adjudicação de um contrato público.

59 Resulta das considerações precedentes que a Diretiva 92/13 deve ser interpretada no sentido de que, numa situação como a do processo principal, em que num procedimento de adjudicação de um contrato público foram apresentadas duas propostas e adotas, pela entidade adjudicante, duas decisões simultâneas tendo, respetivamente, por objeto a rejeição da proposta de um dos proponentes e a adjudicação do contrato ao outro, deve ser permitido ao proponente preterido que interpõe recurso contra ambas as decisões pedir a exclusão da proposta do proponente adjudicatário, pelo que o conceito de «contrato determinado», na aceção do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 93/13, pode, sendo caso disso, referir-se ao eventual início de um novo procedimento de adjudicação de um contrato público.

Quanto às despesas

60 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) declara:

1) **O princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, enunciado no artigo 10.º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, a entidade adjudicante convide um proponente a apresentar as declarações ou os documentos exigidos pelo caderno de encargos e que não tenham sido por ele apresentados no prazo fixado para a apresentação das propostas. Em contrapartida, este artigo não se opõe a que a entidade adjudicante convide um proponente a clarificar uma proposta ou a retificar um erro material manifesto que a mesma comporte, desde que, todavia, esse convite seja dirigido a todos os proponentes que se encontrem na mesma situação, que todos os proponentes sejam tratados de forma igual e leal e que essa clarificação ou essa retificação não possa ser equiparada à apresentação de uma nova proposta, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.**

2) A Diretiva 92/13/CE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretada no sentido de que, numa situação como a do processo principal, em que num procedimento de adjudicação de um contrato público foram apresentadas duas propostas e adotadas, pela entidade adjudicante, duas decisões simultâneas tendo, respetivamente, por objeto a rejeição da proposta de um dos proponentes e a adjudicação do contrato ao outro, deve ser permitido ao proponente preterido que interpõe recurso contra ambas as decisões pedir a exclusão da proposta do proponente adjudicatário, pelo que o conceito de «contrato determinado», na aceção do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 93/13, pode, sendo caso disso, referir-se ao eventual início de um novo procedimento de adjudicação de um contrato público.

Assinaturas