Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção)

5 de setembro de 2019*

«Reenvio prejudicial — Procedimentos de recurso em matéria de celebração de contratos públicos de fornecimentos e de obras — Diretiva 89/665/CEE — Recurso de anulação da decisão de adjudicação de um contrato público interposto por um proponente cuja proposta não foi escolhida — Recurso subordinado interposto pelo adjudicatário — Admissibilidade do recurso principal em caso de procedência do recurso subordinado»

No processo C-333/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), por Decisão de 14 de fevereiro de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 23 de maio de 2018, no processo

Lombardi Srl

contra

Comune di Auletta,

Delta Lavori SpA,

Msm Ingegneria Srl,

sendo interveniente:

Robertazzi Costruzioni Srl,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção),

composto por: C. Lycourgos, presidente de secção, E. Juhász (relator) e M. Ilešič, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Lombardi Srl, por A. Brancaccio e A. La Gloria, avvocati,

– em representação da Delta Lavori SpA, por G. M. Di Paolo e P. Piselli, avvocati,

* Língua do processo: italiano.

– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por D. Del Gaizo, avvocato dello Stato,

– em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, 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 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e 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 procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO 1989, L 395, p. 33), 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 89/665»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Lombardi Srl à Comune di Auletta (Município de Auletta, Itália), à Delta Lavori SpA e à Msm Ingegneria a respeito da adjudicação, por parte do Município de Auletta, a esta última sociedade de um contrato público de conceção e de execução de trabalhos hidrogeológicos.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O artigo 1.º da Diretiva 89/665, intitulado «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», dispõe:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a 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)], salvo os contratos excluídos nos termos dos artigos 10.º a 18.º dessa diretiva.

Os contratos, na aceção da presente diretiva, incluem os contratos públicos, os acordos-quadro, as concessões de obras públicas e os sistemas de aquisição dinâmicos.

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

[…]

3. 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.

[…]»

Direito italiano

4 O artigo 112.º do codice di procedura civile (Código de Processo Civil) dispõe:

«O juiz deve pronunciar-se sobre a integralidade do pedido, mas não pode exceder os limites deste; não pode conhecer oficiosamente das exceções que só podem ser invocadas pelas partes.»

5 Nos termos do artigo 2697.º do codice civile (Código Civil):

«Àquele que pretender invocar judicialmente um direito cabe alegar os factos que constituem o respetivo fundamento. Àquele que pretender invocar a inoperabilidade desses factos, bem como uma alteração ou a extinção do direito cabe provar os factos nos quais baseia a sua exceção.»

6 O artigo 2909.º do Código Civil tem a seguinte redação:

«As constatações contidas em sentença transitada em julgado produzem efeitos entre as partes, os seus herdeiros ou os seus sucessores.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

7 Por meio de anúncio publicado em 29 de junho de 2015, o Município de Auletta deu início a um procedimento de contratação para a adjudicação de contrato aberto que tinha por objeto a adjudicação de um contrato público para conceção e execução de obras de saneamento hidrogeológico no centro histórico do município. De acordo com os documentos do concurso, o montante total deste último ascendia a 6 927 970,95 euros e o concurso seria adjudicado à proposta economicamente mais vantajosa.

8 A Lombardi, que ficou em terceiro lugar na classificação final, contestou no Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Administrativo Regional da Campânia, Itália) a admissão ao procedimento de contratação, por um lado, da adjudicatária, a Delta Lavori, pelo facto de o projetista indicado por esta, a saber, a Msm Ingegneria, não possuir as habilitações exigidas pelo caderno de encargos e, por outro, da proponente que ficou qualificada em segundo lugar, a Robertazzi Costruzioni Srl — Giglio Costruzioni Srl, associação temporária de empresas.

9 A Delta Lavori pediu que fosse negado provimento ao recurso e interpôs um recurso subordinado no qual alegou que a Lombardi devia ter sido excluída do procedimento de contratação pública porquanto, no decurso do procedimento, deixou de preencher os requisitos de participação previstos no anúncio de concurso.

10 Os proponentes que ficaram classificados atrás da Lombardi não intervieram no litígio.

11 O Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Administrativo Regional da Campânia) deu prioridade ao exame do recurso subordinado interposto pela Delta Lavori e julgou-o procedente depois de ter constatado que o procedimento de contratação pública em causa no processo principal era ilegal pelo facto de a Lombardi dele não ter sido excluída. Por este motivo, o mesmo órgão jurisdicional considerou que a Lombardi não tinha interesse em agir e negou provimento ao recurso da Lombardi por ser inadmissível.

12 A Lombardi interpôs recurso no Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), alegando, nomeadamente, que não tinham sido respeitados os princípios consagrados pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199). Com efeito, independentemente de qual fosse o desfecho do recurso subordinado, o recurso principal devia ter sido examinado quanto ao mérito devido ao interesse derivado (*strumentale*) e indireto da Lombardi em que a não exclusão da adjudicatária fosse declarada ilegal, na medida em que tal decisão poderia ter conduzido a entidade adjudicante a anular o processo em causa no litígio principal e a dar início a um novo procedimento de contratação pública.

13 A Quinta Secção do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), tendo constatado que existiam divergências na jurisprudência deste órgão jurisdicional no que respeita à implementação do Acórdão de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), decidiu submeter a seguinte questão ao Plenário do mesmo órgão jurisdicional:

«[N]uma instância que analisa recursos que tenham por objeto atos de um procedimento aberto de contratação pública, o juiz tem de examinar em conjunto o recurso principal e o recurso subordinado de exclusão interposto pelo adjudicatário, ainda que outros proponentes, cujas propostas não foram objeto de recurso, tenham participado no procedimento de concurso e o juiz constate que só as propostas controvertidas estão feridas pelas irregularidades que são invocadas como fundamentos do recurso?»

14 O Plenário do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) salienta que, segundo a jurisprudência nacional, quando só dois proponentes tenham participado no concurso público e ambos tenham interposto um recurso que tenha por objeto a exclusão do outro proponente, tanto o recurso principal como o recurso subordinado devem ser examinados. Por outro lado, é claro que, havendo mais de dois proponentes, se deve aplicar a mesma solução quando o recurso principal se basear em fundamentos que, no caso de serem julgados procedentes, obrigarão a repetir todo o procedimento, independentemente de estes fundamentos questionarem a regularidade da situação do adjudicatário e da dos outros proponentes que participaram no processo ou de contestarem a própria validade do processo de seleção.

15 Em contrapartida, persistem dúvidas na hipótese de, como sucede no presente caso, o recurso principal não se basear em fundamentos que, no caso de virem a ser julgados procedentes, conduzirão a repetir todo o procedimento.

16 A este respeito, a jurisprudência nacional está dividida. Segundo uma primeira orientação jurisprudencial, o Acórdão de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), impõe, nessa hipótese, que o recurso principal seja examinado inclusivamente depois de o recurso subordinado ter sido julgado procedente, sem que haja que tomar em consideração o número de empresas que são partes no processo nem as ilegalidades invocadas como fundamentos do recurso principal. Contudo, tal orientação não toma em consideração o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), no qual o Tribunal de Justiça declarou que a Diretiva 89/665 não se opõe a que ao proponente que tenha sido excluído de um procedimento de contratação pública por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva seja recusado o acesso a um recurso da decisão de adjudicação do contrato público em causa. Além disso, esta orientação jurisprudencial não toma em consideração o facto de que o reexame e a anulação do procedimento de contratação pública são meramente facultativos, pelo que não é certo que o recorrente principal tenha interesse em agir.

17 De acordo com a segunda orientação jurisprudencial, o exame do recurso principal só se impõe quando a procedência desse recurso seja suscetível de conferir uma vantagem real ao recorrente, o que pressupõe que as propostas dos proponentes que não sejam partes no processo estão feridas de uma ilegalidade idêntica à que fere a proposta em que assenta a decisão que julgou procedente o recurso principal. No entanto, esta interpretação foi criticada por ser contrária ao Acórdão de

5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), e não toma em consideração o facto de que, ainda que, inclusivamente depois do exame dos recursos subordinado e principal, se venha a constatar que todas as propostas apresentadas, inclusivamente as dos proponentes que não são parte no litígio, contêm vícios análogos àqueles de que padecem as propostas examinadas pelo juiz, não deixa de ser certo que a entidade adjudicante só terá a faculdade, e não a obrigação, de reiniciar o procedimento de contratação pública.

18 O Plenário do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), por razões de coerência com o sistema processual nacional e com o princípio da autonomia processual assente na atuação das partes, entende que há que privilegiar uma solução segundo a qual o interesse em agir do recorrente principal deve ser avaliado de forma concreta pelo juiz chamado a conhecer do processo, e não à luz de fundamentos meramente teóricos. Nesta perspetiva, seria oportuno reconhecer aos Estados-Membros a possibilidade de determinarem as modalidades de prova da natureza concreta do referido interesse, embora garantindo os direitos de defesa dos proponentes que ainda participam no procedimento de contratação pública, mas que não foram citados em processos judiciais, em conformidade com os princípios aplicáveis ao ónus da prova.

19 Nestas condições, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Pode o artigo 1.º, n.ºs 1, terceiro parágrafo, e 3, da Diretiva [89/665] ser interpretado no sentido de que, apesar de terem participado no concurso várias empresas e de essas empresas não terem sido chamadas a intervir (não tendo, de qualquer modo, as propostas de algumas destas empresas sido impugnadas), cabe ao órgão jurisdicional nacional, em virtude da autonomia processual reconhecida aos Estados-Membros, apreciar o caráter concreto do interesse invocado no recurso principal pelo concorrente, contra o qual foi interposto um recurso subordinado de exclusão que obteve provimento, utilizando os meios processuais previstos no ordenamento jurídico, e deste modo harmonizando a proteção da referida posição subjetiva com os princípios nacionais consolidados da congruência (artigo 112.º do Código de Processo Civil), da prova do interesse alegado (artigo 2697.º Código Civil) e dos limites subjetivos da decisão, que apenas abrange as partes processuais e não a posição de terceiros alheios ao litígio (artigo 2909.º do Código Civil?»

Quanto à questão prejudicial

20 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratação pública ou das regras que transpõem este direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível, em aplicação das regras ou das práticas jurisprudenciais processuais nacionais, relativas ao tratamento dos recursos de exclusão recíprocos, independentemente do número de participantes no procedimento de contratação pública e do número de recorrentes.

21 A título preliminar, há que recordar que, conforme resulta do segundo considerando da Diretiva 89/665, esta última visa reforçar os mecanismos existentes, tanto no plano nacional como no plano da União, para assegurar a aplicação efetiva das diretivas em matéria de procedimento de contratação pública, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas (Acórdão de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo e o., C-391/15, EU:C:2017:268, n.º 30).

22 Resulta das disposições do artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 89/665, que para que o recurso de decisões tomadas por uma entidade adjudicante seja considerado eficaz, o acesso a esse recurso deve ser garantido 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.

23 Deste modo, quando, após um procedimento de contratação pública, dois proponentes interpõem recursos que têm por objeto a sua recíproca exclusão, cada um desses dois proponentes tem interesse em obter um determinado contrato, na aceção das disposições mencionadas no número anterior. Com efeito, por um lado, a exclusão de um proponente pode conduzir a que ao outro seja diretamente adjudicado o contrato no âmbito do mesmo processo. Por outro lado, em caso de exclusão de todos os proponentes e de abertura de um novo procedimento de contratação pública, cada um dos proponentes poderia participar neste e, assim, ser-lhe indiretamente adjudicado o contrato. (v., neste sentido, Acórdão de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 27).

24 Daqui resulta que o recurso subordinado interposto pelo adjudicatário não pode conduzir a que se afaste o recurso de um proponente afastado no caso de a regularidade da proposta de cada um dos operadores ser posta em causa no âmbito do mesmo processo, uma vez que, em tal situação, cada um dos concorrentes pode alegar um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros, podendo levar a que se constate a impossibilidade de a entidade adjudicante proceder à seleção de uma proposta regular (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).

25 O princípio consagrado nos acórdãos mencionados no número anterior, segundo o qual se considera que, em princípio, são equivalentes os interesses prosseguidos no âmbito de recursos de exclusão recíprocos, traduz-se, para os órgãos jurisdicionais nos quais estes recursos foram interpostos, na obrigação de não julgar inadmissível o recurso de exclusão principal em aplicação das regras processuais nacionais que preveem o exame em prioridade do recurso subordinado interposto por outro proponente.

26 Este princípio também se aplica quando, como no processo principal, outros proponentes tenham apresentado propostas no âmbito do processo de adjudicação e os recursos de exclusão recíprocos não disserem respeito às propostas que obtiveram uma classificação inferior à das propostas que são objeto dos referidos recursos de exclusão.

27 Com efeito, ao proponente classificado, como no presente caso, em terceiro lugar e que interpôs o recurso principal deve ser reconhecido um interesse legítimo na exclusão da proposta do adjudicatário e do proponente colocado em segundo lugar, uma vez que só pode ser excluído se, ainda que a sua proposta seja julgada irregular, a entidade adjudicante vier a constatar a impossibilidade de selecionar outra proposta regular e proceder, em seguida, à organização de um novo procedimento.

28 Em particular, no caso de o recurso interposto pelo proponente afastado vir a ser julgado procedente, a entidade adjudicante pode decidir anular o procedimento e dar início a um novo procedimento de contratação pública por as restantes propostas regulares não corresponderem de forma suficiente às expectativas da entidade adjudicante.

29 Nestas condições, a admissibilidade do recurso principal não pode, sob pena de prejudicar o efeito útil da Diretiva 89/665, ser subordinada à constatação prévia de que também são irregulares todas as propostas que obtiveram uma classificação inferior à do proponente que interpôs o referido recurso. Esta admissibilidade também não pode ser submetida à condição de o referido proponente fazer prova de que a entidade adjudicante será levada a repetir o procedimento de contratação pública. Deve considerar-se que existência de tal possibilidade é suficiente a este respeito.

30 Há ainda que acrescentar que esta interpretação não é posta em causa pela circunstância de os outros proponentes classificados atrás do autor do recurso principal não terem intervindo no litígio no processo principal. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já salientou reiteradamente, para a aplicação do princípio jurisprudencial mencionado no n.º 25 do presente acórdão não são pertinentes o número de participantes no procedimento de contratação pública em causa, o número de participantes que interpuseram recursos nem a divergência dos fundamentos invocados por estes (v., neste sentido, Acórdão de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 29).

31 O Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), mencionado pelo órgão jurisdicional de reenvio, não contraria esta interpretação. Com efeito, embora seja certo que, nos n.os 13 a 16, 31 e 36 deste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que pode ser recusado o acesso ao recurso de uma decisão de adjudicação de um procedimento de contratação pública a um proponente cuja proposta tenha sido excluída pela entidade adjudicante de um procedimento de adjudicação de um contrato público, há que salientar que, no processo que deu origem a esse acórdão, a decisão de exclusão desse proponente tinha sido confirmada por uma decisão que transitou em julgado antes da decisão do órgão jurisdicional em que foi interposto o recurso da decisão de adjudicação do contrato, pelo que havia que considerar que o referido proponente tinha sido definitivamente excluído do procedimento de contratação pública em causa (v., neste sentido, Acórdão de 11 de maio de 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, n.º 57).

32 Ora, no processo principal, nenhum dos proponentes que interpôs os recursos de exclusão recíprocos foi definitivamente excluído do procedimento de adjudicação. Assim, o referido acórdão não afeta de modo nenhum o princípio jurisprudencial mencionado no número anterior.

33 Por último, no que respeita ao princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, basta recordar que este princípio não pode, seja como for, justificar disposições de direito interno que impossibilitem ou tornem excessivamente difícil na prática o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (v., neste sentido, Acórdão de 11 de abril de 2019, PORR Építési Kft., C-691/17, EU:C:2019:327, n.º 39 e jurisprudência referida). Ora, pelas razões expostas nos números anteriores do presente acórdão, decorre do artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 89/665, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, que um proponente que interpôs um recurso como o que está em causa no processo principal não pode, ao abrigo de regras ou de práticas processuais nacionais como as que foram descritas pelo órgão jurisdicional de reenvio, ser privado do seu direito ao exame quanto ao mérito desse recurso.

34 Atendendo às considerações que precedem, há que responder à questão colocada que o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratação pública ou das regras que transpõem este direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível, em aplicação das regras ou das práticas jurisprudenciais processuais nacionais, relativas ao tratamento dos recursos de exclusão recíprocos, independentemente do número de participantes no procedimento de contratação pública e do número de recorrentes.

Quanto às despesas

35 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 (Décima Secção) declara:

O artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e 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 procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratação

pública ou das regras que transpõem este direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível, em aplicação das regras ou das práticas jurisprudenciais processuais nacionais, relativas ao tratamento dos recursos de exclusão recíprocos, independentemente do número de participantes no procedimento de contratação pública e do número de recorrentes.

Assinaturas