CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 27 de Novembro de 2007 [1]

I — Introdução

1. O Consiglio di Stato (Conselho de Estado) da República Italiana, ao abrigo do artigo 234.º CE, pergunta ao Tribunal de Justiça se o artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [2], transcende a própria directiva e regula também a atribuição dos contratos não compreendidos no seu âmbito de aplicação.

2. O acórdão de 27 de Novembro de 2001, Lombardini e Mantovani [3], ao interpretar a referida disposição, considerou «essencial» que cada concorrente relativamente ao qual haja suspeita de apresentação de uma proposta anormalmente baixa defenda a sua opinião, tendo a possibilidade de apresentar todas as justificações pertinentes (n.º 53).

3. Neste reenvio tenta-se esclarecer se esse diploma de direito positivo contém um princípio geral do ordenamento jurídico comunitário que opere na contratação administrativa independentemente da sua sujeição às directivas para este sector [4].

4. O tribunal superior italiano coloca o dilema num contexto muito específico: uma legislação interna que obriga à exclusão automática desse tipo de ofertas nos processos de adjudicação dos contratos de quantia inferior à indicada nas directivas, à qual se junta uma prática de acordo com a qual, nesta classe de contratos, alguns proponentes influenciam

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO L 199, p. 54.

3 — Processos C-285/99 e C-286/99, Colect., p. I-9233.

4 — Além da Directiva 93/37, relativamente ao contrato de empreitada de obras públicas, existe a Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976 (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29), alterada pela Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 199, p. 1), para o contrato de fornecimento. Os contratos públicos de serviços e a coordenação dos seus processos de adjudicação estão previstos na Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992 (JO L 209, p. 1). Estas normas [alteradas pela Directiva 97/52/CE (JO L 328, p. 1)] foram codificadas e fundidas num único texto: a Directiva 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 L 134, p. 114).

o desenlace do concurso, com o artifício [5] de se associarem para apresentar orçamentos semelhantes com o fim de determinar um certo limite superior de anomalia e deixar de fora outros interessados.

5. Este incidente prejudicial reveste, pois, de grande transcendência, já que se refere aos princípios gerais do direito comunitário, sem esquecer, porém, que a solução só pode fundar-se no sistema jurídico da União Europeia. Ambas as dimensões devem ser consideradas pelo Tribunal de Justiça, facultando ao órgão jurisdicional italiano uma resposta eficaz para resolver o litígio.

II — O enquadramento jurídico

A — *O direito comunitário*

6. Os artigos 43.º CE e 49.º CE consagram, respectivamente, as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços. A Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971 [6], que deu início à harmonização das legislações dos Estados-Membros em matéria de empreitadas de obras públicas, definiu como objectivo básico, conforme refere o seu primeiro considerando, a realização simultânea dessas duas liberdades. Esta directiva, que abrangia unicamente os contratos de valor igual ou superior a um milhão de unidades de conta (oitavo considerando), fixou como critérios de adjudicação o do preço inferior ou o da opção economicamente mais vantajosa (artigo 29.º, n.º 1) e previu a existência de ofertas anormalmente baixas, possibilitando a sua exclusão, precedida de audição do proponente arrojado (artigo 29.º, n.º 5).

7. Ao interpretar este último artigo, o Tribunal de Justiça decidiu que a rejeição só se adoptaria depois de proporcionar ao empresário a oportunidade de esclarecer a sua proposta, isto é, uma vez iniciado o processo contraditório de verificação, repudiando, portanto, as exclusões automáticas [7].

5 — Este tipo de artifícios existiram sempre e Homero, *Odisea,* Ed. Gredos, trad. de José-Manuel Pavón, Madrid, 1993, relata múltiplos exemplos da proverbial astúcia de Ulisses, como na aventura do canto IX, quando o herói, prisioneiro de Polifemo, o embriaga e diz-lhe que se chama Ninguém; aproveitando a sonolência provocada pelo vinho, Ulisses crava-lhe no seu único olho uma estaca candente de oliveira; perante os gritos de auxílio do ciclope, os seus congéneres perguntam-lhe o que se passa, quem o ataca, ao que Polifemo responde «Ninguém está a matar-me por malvadez», impedindo assim que acudissem em sua defesa. (verso 408, p. 239).

6 — Directiva relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9).

7 — Foi assim entendido pelo acórdão de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.os 16, 18 e 19), que proibiu as eliminações automáticas mediante critérios mecânicos (n.º 1 da parte dispositiva), doutrina reiterada no acórdão de 18 de Junho de 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Colect., p. I-2967). Existia o antecedente do acórdão de 10 de Fevereiro de 1982, Transporoute (76/81, Recueil, p. 417, n.º 18).

8. A Directiva 71/305 sofreu várias e sucessivas alterações [8], o que aconselhava a sua codificação, efectuada também para salvaguardar as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços (segundo considerando) pela Directiva 93/37. Esta directiva, aplicável aos contratos a partir de 5 milhões de ecus (artigo 6.º, n.º 1) e fiel aos critérios de adjudicação precedentes (artigo 30.º, n.º 1), reproduz o teor do antigo artigo 29.º, n.º 5, com ligeiras alterações, no artigo 30.º, n.º 4:

«Se, em relação a um determinado contrato, as propostas parecerem anormalmente baixas em relação à prestação em causa, a entidade adjudicante solicitará por escrito, antes de rejeitar essas propostas, esclarecimentos sobre os elementos constitutivos das propostas que considere relevantes e verificará esses elementos tendo em conta as explicações recebidas.

A entidade adjudicante pode tomar em consideração justificações inerentes à economia do processo de construção, às soluções técnicas adoptadas, às condições excepcionalmente favoráveis de que o proponente dispõe para executar os trabalhos ou à originalidade do projecto do proponente.

Se os documentos relativos ao concurso previrem a adjudicação do contrato pelo preço mais baixo, a entidade adjudicante deve comunicar à Comissão a rejeição das propostas consideradas demasiado baixas.

[…]»

9. A Directiva 2004/18, que os Estados-Membros deviam transpor antes de 31 de Janeiro de 2006 (artigo 80.º, n.º 1), revogou a Directiva 97/37, desde 31 de Março de 2004 (artigos 82.º e 83.º). Na adjudicação de empreitadas de obras públicas cujo preço ascenda, pelo menos, a 5 278 000 EUR [artigo 7.º, alínea c)] [9], as entidades adjudicantes podem omitir as propostas anormalmente baixas, mediando a tramitação de um processo contraditório de verificação (artigo 55.º, n.ºs 1 e 2).

B — *A legislação italiana*

10. O n.º 4 do artigo 30.º da Directiva 97/37 foi transposto para o direito italiano pelo

8 — Uma das alterações é relativa ao artigo 29.º, n.º 5, com nova redacção desde a Directiva 89/440/CEE, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1).

9 — Segundo o texto do Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 (JO L 333, p. 28).

artigo 21.º, n.º 1 *bis,* da Lei n.º 109/1994, de 11 de Fevereiro de 1994, Lei-quadro em matéria de obras públicas [10], aditado ao texto original pelo artigo 7.º da Lei n.º 216/1995, de 2 de Junho de 1995 [11]. Segundo esse artigo:

«No caso de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas de montante igual ou superior a 5 milhões de ecus através do critério do preço mais baixo referido no n.º 1, a entidade administrativa interessada deve avaliar a anomalia de qualquer proposta, na acepção do artigo 30.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, que apresente uma redução igual ou superior à média aritmética das percentagens de redução de todas as propostas admitidas, com exclusão de 10%, arredondado à unidade superior, das ofertas que contenham respectivamente a maior e a menor redução, aumentada do afastamento médio aritmético das reduções percentuais que superem a referida média.

A administração pública pondera, num prazo de sessenta dias desde a apresentação das ofertas, as justificações baseadas na economia do processo de construção, nas soluções técnicas adoptadas ou nas condições particularmente favoráveis de que goze o proponente, com a exclusão, todavia, das justificações relativas a todos os elementos cujos valores mínimos estejam previstos em disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, ou em relação às quais os valores mínimos resultem de dados oficiais.

As propostas são acompanhadas de justificações referentes aos elementos mais significativos do preço proposto, indicados no anúncio de concurso ou no convite para a apresentação de propostas e que concorram para a formação de um montante não inferior a 75% do valor de base da licitação.

Apenas para os contratos de empreitadas de obras públicas de quantia inferior ao limite comunitário, a entidade administrativa interessada exclui automaticamente do concurso as ofertas com uma redução percentual igual ou superior à do primeiro parágrafo do referido número. Este regime de exclusão automática não se aplica quando o número de ofertas válidas for inferior a cinco» [12].

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica italiana* (a seguir «GURI») n.º 41, de 19 de Fevereiro de 1994, p. 5.

11 — GURI n.º 127, de 2 de Junho de 1995, p. 3. Este texto legal é o resultado da confirmação, com alterações, do Decreto-Lei n.º 101/1995, de 3 de Abril, relativo a normas urgentes em matéria de obras públicas (GURI n.º 78, de 3 de Abril de 1995, p. 8).

12 — Redacção introduzida pelo artigo 7.º da Lei n.º 415/1998, de 18 de Novembro de 1998 (GURI n.º 284, de 4 de Dezembro de 1998, suplemento ordinário, p. 5).

11. O Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de Abril de 2006 [13], transpôs para o ordenamento nacional a Directiva 2004/18. Nos artigos relativos às ofertas excessivamente baixas (artigos 86.º a 88.º) foi suprimido o último parágrafo do artigo 21.º, n.º 1 *bis,* da Lei n.º 109/94.

III — Os litígios nos processos principais

12. Em de 28 de Janeiro de 2003, através de um acordo, a Câmara Municipal de Turim optou por deixar sem efeito *pro futuro* o artigo 21.º, n.º 1 *bis,* da Lei n.º 109/94, ao não aceitar a exclusão automática das ofertas anormalmente baixas, de modo que, na adjudicação de obras municipais, incluindo as que não atingiam o limite comunitário, essas ofertas seriam comprovadas segundo o processo contraditório criado pela Directiva 93/37.

13. As sociedades italianas SECAP SpA (processo C-147/06) e Santorso Soc. Coop. arl. (processo C-148/06) participaram noutros tantos concursos públicos realizados pela referida autarquia para a execução de certos trabalhos [14], cujos valores não ultrapassavam o referido limite. Os anúncios de licitação confirmam o critério do maior desconto, previamente verificadas as propostas irregulares, sem rejeitar de modo automático, nos termos do acordo de 28 de Janeiro de 2003, as anormalmente baixas. As suas propostas foram as primeiras entre as «correctas», mas, antes de decidir, a Câmara Municipal verificou a correcção das que pareciam anómalas, e decidiu atribuir os contratos a outros concorrentes.

14. Ambas as sociedades recorreram ao Tribunal Administrativo Regional do Piemonte e alegaram que o artigo 21.º, n.º 1 *bis,* da Lei n.º 109/94 prescinde mecanicamente das ofertas anómalas, impedindo as entidades adjudicantes de ouvir os seus autores e examiná-las antes de as recusar. O órgão jurisdicional não aceitou esse argumento e julgou improcedentes os pedidos, porque, na sua opinião, o artigo autoriza a eliminação automática das ofertas anormalmente baixas, mas não o impõe, pelo que nada obsta a que a Administração contratante escute os seus autores e as compare.

15. O Consiglio di Stato, responsável pelos recursos interpostos pelas recorrentes, apoia a sua tese e critica a interpretação do tribunal regional, mas não fica indiferente às exigências do direito comunitário, alegadas pela

13 — GURI n.º 100, de 2 de Maio de 2006.

14 — A transformação de um antigo palácio em pousada da juventude (4 699 999 euros) e a requalificação ambiental da rua Francia, entre as praças Statuto e Bernini (5 172 579 euros), respectivamente.

Câmara Municipal de Turim, pelo que, ao abrigo do artigo 234.º CE, coloca ao Tribunal de Justiça as seguintes perguntas:

«1) Corresponde ou não a um princípio fundamental do direito comunitário, a regra estabelecida no n.º 4 do artigo 30.º da Directiva 93/37/CEE, ou a regra análoga dos n.os 1 e 2 do artigo 55.º da Directiva 2004/18/CE (caso se entenda que é esta a regra aplicável), segundo a qual, quando as ofertas sejam anormalmente baixas relativamente à prestação, a entidade adjudicante antes de as poder rejeitar, tem obrigação de solicitar, por escrito, os esclarecimentos que considere úteis sobre os elementos constitutivos da proposta e de verificar a referida composição tendo em conta as explicações fornecidas?

2) Em caso de resposta negativa à questão anterior, é ou não um corolário implícito ou um 'princípio derivado' do princípio da concorrência, conjugado com os princípios da transparência administrativa e da não discriminação em razão da nacionalidade, e, portanto, como tal, é ou não de obrigatoriedade imediata e prima sobre as regulamentações nacionais eventualmente desconformes, adoptadas pelos Estados-Membros para regulamentar os concursos de empreitadas de obras públicas que não entram no âmbito da aplicabilidade directa do direito comunitário, a regra estabelecida no n.º 4 do artigo 30.º da Directiva 93/37/CEE, ou a regra análoga do artigo 55.º da Directiva 2004/18/CE (caso se entenda que é esta a regra aplicável), segundo a qual, quando as ofertas sejam anormalmente baixas relativamente à prestação, a entidade adjudicante antes de as poder rejeitar, tem obrigação de solicitar, por escrito, os esclarecimentos que considere úteis sobre os elementos constitutivos da proposta e de verificar a referida composição tendo em conta as explicações fornecidas, mesmo não apresentando as características de um princípio fundamental do direito comunitário?»

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

16. Por despacho de 10 de Maio de 2006, o Presidente do Tribunal de Justiça, apensou os dois processos, dada a sua conexão objectiva.

17. As empresas recorrentes nos processos principais, a Câmara Municipal de Turim, os Governos italiano, alemão, austríaco, eslovaco, francês, lituano e neerlandês, assim como a Comissão, apresentaram observações escritas, em diferentes sentidos, embora susceptíveis de se agruparem em duas cate-

gorias: a que milita sob a égide da Câmara de Turim, entre as que se incluem a Lituânia, a Eslováquia [15] e a Comissão, e a dos restantes participantes neste reenvio, que patrocinam respostas negativas às questões prejudiciais. Na audiência realizada em 25 de Outubro de 2007, compareceram para apresentar oralmente as suas alegações os representantes de Santorso Soc. coop. arl, da Câmara Municipal de Turim, dos Governos italiano, alemão e lituano, assim como o da Comissão.

V — Análise das questões prejudiciais

18. As duas perguntas do Consiglio di Stato reduzem-se, na prática, a uma só, para saber se o artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37, que obriga a um debate contraditório as ofertas anormalmente baixas antes de decidir sobre a sua eventual exclusão, regula os contratos não incluídos no seu âmbito de aplicação; ou seja, se, para esta classe de contratos, o referido artigo se opõe a que os Estados-Membros decretem a eliminação automática desse tipo de ofertas.

19. Deve-se, pois, indagar da natureza dessa regra para determinar se se integra no direito comunitário originário, transcendendo a Directiva 93/37.

A — *O ponto de partida*

20. A pesquisa assenta em sólidos alicerces, firmemente ancorados na jurisprudência, que já examinei [16]; os processos de adjudicação dos contratos públicos que, por diferentes causas (quantitativas ou conceituais), ficam à margem das directivas sobre a matéria, não escapam à disciplina do ordenamento jurídico da União Europeia, de modo que os seus princípios fundamentais e, em especial, as liberdades básicas de circulação, erguem-se em barreiras intransponíveis.

21. Esta ideia, apresentada no segundo considerando da Directiva 2004/18 [17], adquiriu

15 — Embora com algumas cambiantes em relação à postura da Lituânia e da Câmara de Turim, sempre que, ao defender a rejeição da primeira questão prejudicial, o Governo eslovaco insiste em dissociar a regra do artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37 dos princípios criados pelo Tratado, convergindo assim com a decisão municipal.

16 — Conclusões de 8 de Novembro de 2006 no processo C-412/04, Comissão/Itália, não tendo ainda sido proferido o acórdão (n.os 44 a 47).

17 — «A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não-discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência [...]»

certa importância nos anais do Tribunal de Justiça [18]. O acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress [19], declarou que as entidades adjudicantes são obrigadas a respeitar as regras do Tratado na atribuição dos contratos excluídos do âmbito das Directivas sectoriais (n.º 60) [20], doutrina reiterada no acórdão de 18 de Junho de 2002, HI (n.º 47) [21], e assumida mais recentemente, com a maior naturalidade, sem invocar qualquer precedente, no acórdão de 21 de Julho de 2005, Coname [22].

22. Por sua vez, o despacho de 3 de Dezembro de 2001, Vestergaard [23], sublinhou que o simples facto de os processos específicos e rigorosos das Directivas não serem apropriados para os contratos de baixo valor não significa que o direito comunitário os ignore, já que também terão de respeitar o Tratado (n.os 19 a 21) [24], se revestirem interesse para os operadores estabelecidos noutros Estados-Membros [25]. O acórdão de 20 de Outubro de 2005, Comissão/França [26], insistiu neste entendimento (n.º 33).

23. A fixação de um limite económico para a sujeição às directivas relativas a contratos baseia-se numa presunção: os de reduzida quantia não atraem os operadores estabelecidos além das fronteiras nacionais, pelo que não têm envergadura comunitária. Mas esta presunção, *iuris tantum,* admite prova em contrário, pelo que, como acrescenta a Comissão nas suas observações escritas, não se deve excluir que um contrato de baixo valor seduza os empresários estrangeiros, em função, por exemplo, do lugar de execução, próximo ao seu país, ou porque beneficie a sua estratégia comercial.

18 — Também na Comissão, concretamente na «Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos» (JO 2006, C 179, p. 2, em especial, pp. 5 e 6).

19 — Processo C-324/98, Colect., p. I-10745.

20 — Nesse processo, da Directiva 93/38/CEE do Conselho de 14 de Junho de 1993 relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), substituída pela Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (JO L 134, p. 1).

21 — Processo C-92/00, Colect., p. I-5553. Na realidade, este acórdão, mais que a um contrato excluído de uma directiva, referiu-se a uma fase não prevista nesse diploma: o Tratado exigia uma via de recurso contra a decisão de cancelar a licitação, não prevista na Directiva 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 L 395, p. 33), na versão dada pela Directiva 92/50.

22 — Processo C-231/03, Colect., p. I-7287. O n.º 16 deste acórdão recordou que a adjudicação de uma concessão desta índole (para a gestão do serviço público de distribuição de gás por uma sociedade de capital maioritariamente público) não se rege por nenhuma das directivas que regulam o âmbito dos contratos públicos. Na falta de uma norma específica, devem analisar-se as consequências do direito comunitário na adjudicação dessas concessões à luz do direito primário e, especialmente, das liberdades fundamentais do Tratado. No mesmo sentido foram proferidos os acórdãos de 13 de Outubro de 2005, Parkíng Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 46), e de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 18).

23 — Processo C-59/00, Colect., p. I-9505.

24 — A referida resolução qualificou de contrária ao artigo 28.º CE a cláusula do perigo de condições de um contrato de obras de quantia mínima, que requeria, sem maior explicação, a utilização de produtos de certa marca.

25 — N.º 20, *a contrario sensu,* do acórdão Coname.

26 — Processo C-264/03, Colect., p. I-8831.

24. Assim, não pode negar-se o carácter convencional desse limite quantitativo, pelo que nada obsta a que um contrato de valor inferior desperte a atenção noutros Estados-Membros, ao introduzir o factor que desencadeia a atracção do direito comunitário e dos seus objectivos. Por conseguinte, os processos de adjudicação destes contratos, que, pese o seu pouco interesse, atingem transcendência europeia terão de se ajustar aos princípios do Tratado, sem prejuízo de que os de preço superior às quantidades indicadas nas directivas se sujeitem às disposições de coordenação mais restritas [27].

25. Uma dessas disposições, a do artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37, aplicável *ratione temporis* aos litígios principais, reiterada no artigo 55.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 2004/18, proíbe a exclusão automática das ofertas anormalmente baixas. Pois bem, o Consiglio di Stato quer saber se esta proibição é uma regra fundamental do direito comunitário ou, pelo menos, um corolário do princípio da concorrência conjugado com os da transparência administrativa e da não discriminação em razão da nacionalidade, cujo respeito preside também à adjudicação dos contratos não compreendidos nas referidas directivas.

27 — V. a segunda parte do segundo considerando da Directiva 2004/18.

B — *Menos que um princípio fundamental…*

26. Os conceitos «princípio fundamental» ou «norma fundamental», utilizados pela jurisprudência que citei, têm um conteúdo muito preciso. Não dizem respeito a todo o elemento axiológico latente no Tratado; nem sequer a qualquer medida aprovada para atingir os seus fins; situam-se justamente entre ambos os extremos, no texto do direito originário, ali onde o «constituinte» comunitário colocou as metas que se propunha atingir com os meios primordiais para o conseguir. Uma leitura superficial dos artigos 2.º CE e 3.º CE revela que se referem à circulação sem restrições de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, concretizada através das correspondentes liberdades de circulação (artigos 23.º CE, 43.º CE e 49.º CE), às quais se junta, como valor transversal que inspira um projecto de integração entre vários países, a abolição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade (artigo12.º CE).

27. Esta tese, idêntica à do segundo considerando da Directiva 2004/18, adivinha-se também nas decisões referidas. O acórdão Telaustria e Telefonadress invocou esse princípio de tratamento igual entre os nacionais dos diferentes Estados-Membros (n.º 60); além disso, o acórdão HI fez referência às liberdades de estabelecimento e de prestação

de serviços (n.os 42 e 47); o despacho Vestergaard referiu como *ratio decidendi* a outra liberdade de circulação, a de mercadorias (n.º 21); e o acórdão Coname recorreu de novo aos artigos 43.º CE e 49.º CE, para rejeitar uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade.

28. Observando bem, os «princípios fundamentais» do Tratado, capazes de modular o poder dos Estados-Membros nos processos de adjudicação dos contratos excluídos da coordenação empreendida pelas directivas sectoriais, coincidem com os invocados por estas mesmas directivas nos seus preâmbulos, que foram evidenciados pelo Tribunal de Justiça.

29. Além disso, esta circunstância não deve causar estranheza, já que, como sublinha o segundo considerando da Directiva 2004/18, as suas prescrições derivam desses princípios, pois as referidas directivas perseguem um fim imediato limitado, a mencionada coordenação de processos, para implantar uma concorrência efectiva na contratação pública [28], em nome da realização das liberdades essenciais da integração europeia. Mais especificamente, pretende-se suprimir os entraves à livre circulação, ao proteger os interesses dos operadores económicos de um Estado-Membro que desejam vender bens ou serviços às entidades adjudicantes de outros Estados-Membros [29].

30. O reverso desta imagem deixa perceber que o empenho é duplo: eliminar os riscos de se dar preferência aos proponentes nacionais *(buy national)* e de o órgão competente para a adjudicação se orientar por considerações não económicas [30] (assim, o critério primordial de adjudicação é sempre o da oferta mais baixa ou a economicamente mais vantajosa).

31. Neste contexto, a primeira questão prejudicial só merece uma resposta negativa, já que a eliminação automática, na adjudicação de uma empreitada de obras públicas, das ofertas anormalmente baixas não corresponde a uma máxima nuclear do Tratado, pois as referidas liberdades básicas ou a referida proibição de discriminação não exigem

28 — Acórdão Fratelli Costanzo, n.º 18.

29 — Acórdãos de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821, n.º 41); de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Colect., p. I-8035, n.º 16); e de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França (C-237/99, Colect., p. I-939, n.º 41).

30 — Acórdãos de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Áustria e outros (C-44/96, Colect., p. I-73, n.º 33); BFI Holding, n.º 42; University of Cambridge, n.º 17; e Comissão/França (C-237/99, n.º 42).

em todas as circunstâncias e com carácter absoluto que se ouça o proponente que apresente uma oferta dessa índole antes de se decidir a sua sorte.

32. Entre outros motivos, porque o princípio da eficácia, que actua também no direito comunitário da contratação pública, impõe a sua lógica. Por conseguinte, a gestão de interesses gerais exige essa eficácia, que, por vezes, é incompatível com o ritmo de um processo de selecção repleto de garantias [31].

34. Já referi que o acórdão Lombardini e Mantovani classificou de «essencial» a tramitação da audição prevista nessa norma [32]. Por trás do adjectivo esconde-se a convicção de que a verificação contraditória das ofertas anormalmente baixas é imprescindível para se obter uma concorrência real na contratação pública, garantindo as liberdades de circulação, o que implica, conforme refiro nas conclusões de ambos os processos, a participação dos proponentes em pé de igualdade, sem qualquer discriminação (n.º 24).

C — *... mas mais que uma simples regra de direito positivo*

1. Os princípios implícitos

33. O artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37 não contém uma precaução arbitrária do legislador, mesmo injustificada, sem qualquer conexão externa, que bem poderia não existir.

35. A proibição de qualquer discriminação, singularmente se invocar a nacionalidade como pretexto, implica uma obrigação de transparência, ao assegurar a todo o potencial proponente uma publicidade adequada para alargar o mercado à concorrência e controlar a imparcialidade dos processos de adjudicação, conforme foi referido no acórdão de 18 de Novembro de 1999, Unitron Scandinavia e 3-S (n.os 61 e 62) [33].

31 — N.º 30 das minhas conclusões de 5 de Junho de 2001 no processo em que foi proferido o acórdão Lombardini e Mantovani.

32 — O próprio acórdão sublinhou que, nos termos da disposição em causa, incumbe à entidade adjudicante identificar as ofertas duvidosas, dar às empresas em causa a oportunidade de demonstrarem a sua seriedade, apreciar a pertinência das informações dadas e decidir rejeitá-las ou admiti-las (n.º 55).

33 — Processo C-275/98, Colect., p. I-8291. Nesta orientação situaram-se também os acórdãos Telaustria e Telefonoadress (n.os 61 e 62) e Parking Brixen (n.º 49).

36. Neste contexto parece legitimo perguntar, como faz o Consiglio di Stato, se o referido artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37, apesar de não expressar um princípio fundamental do direito da União Europeia, revela um dos seus corolários irrenunciáveis, ao que devem submeter-se os contratos administrativos, independentemente da sua sujeição às directivas, sempre que revistam interesse comunitário.

37. Por outras palavras, se a exclusão automática das ofertas anómalas infringir esses corolários, poderá aplicar-se a norma controvertida aos contratos que não entram no âmbito da Directiva 93/37?

2. Os proponentes e o conceito de oferta anormalmente baixa

38. O conceito de oferta anormalmente baixa não é um conceito abstracto; pelo contrário, é definido em função do contrato a adjudicar e em relação com a prestação [34]. Reúne, pois, as notas de um conceito jurídico indeterminado, impreciso *a priori*, mas anunciado em função das peculiaridades do objecto negocial.

39. Esta característica acentua-se no sistema italiano, que aprofunda o conceito, tendo em conta o conteúdo do negócio e a elaboração das diferentes propostas, mediante um mecanismo matemático de fixação do limite de anomalia.

40. Os proponentes, que, graças à publicidade, conhecem a prestação e a sua natureza, elaboram os seus projectos sigilosamente, de modo que cada um é o conhecedor exclusivo do seu. Em geral, tendo em conta que o sistema prefere a oferta mais baixa ou a economicamente mais vantajosa, apresentam-se orçamentos muito ajustados, à procura do menor preço, ainda que à custa da diminuição do lucro empresarial.

41. Portanto, todos assumem idêntico risco de que a sua oferta, uma vez abertas as propostas, se integre entre as anómalas.

42. Mas este equilíbrio desaparece quando um ou vários proponentes têm conhecimento dos elementos pertinentes para incidir na fixação do limite de anomalia, quebrando assim a imparcialidade imprescindível.

34 — N.º 32 das conclusões Lombardini e Mantovani.

3. As práticas de conluio na apresentação das ofertas

43. O Consiglio di Stato, ao ponderar os factos apresentados pela Câmara Municipal de Turim, esboça um quadro, que este Tribunal de Justiça não pode ignorar, em que a exclusão automática das reduções não razoáveis, ineludível nos termos do último parágrafo do artigo 21.º, n.º 1 *bis*, da Lei n.º 109/1994, incentiva os conluios entre as empresas para influenciar *ex ante* o resultado do processo selectivo.

44. Perante este panorama o direito comunitário não se mantém à margem.

45. Parece evidente que a eliminação automática das ofertas que, nos termos do primeiro parágrafo do referido artigo, se revelem anormalmente baixas não é em si mesma discriminatória, dada a sua objectividade. Exponho nas conclusões Lombardini e Mantovani que a legislação italiana introduz um dispositivo aritmético e automático de fixação do limite de anomalia, adaptado perfeitamente à Directiva 93/37, permitindo que o mercado localize para cada contrato o limite a partir do qual uma oferta se reputa fora do normal. Todos os proponentes permanecem em pé de igualdade, sem que nenhum jogue com vantagem para preparar a sua proposta (n.os 33 e 35). Logo, a recusa directa, sem oportunidade de dar explicações, dos proponentes irregulares não discriminaria ninguém.

46. Mas o critério será diferente, se devido a pactos fraudulentos, um grupo de empresários, em geral os que operam no mercado territorial do contrato, se conluiam para apresentarem orçamentos homogéneos, com diferenças mínimas, concedendo a qualidade de anormalmente baixos aos dos concorrentes sérios, sem possibilidade de se defenderem nem de demonstrarem a seriedade da sua opção.

47. Fica, assim, comprometida a transparência e a sã concorrência, postulados do direito comunitário no sector dos contratos públicos, pois, quando os prejudicados estiverem estabelecidos noutros Estados-Membros, devem ter a ocasião de comentar a sua posição para não se incorrer numa discriminação proibida no Tratado. A Câmara Municipal de Turim expôs na audiência deste processo prejudicial que, após a decisão de não aplicar a legislação nacional, verificou-se uma redução significativa das propostas apresentadas com o propósito de alterar a livre concorrência.

48. Em suma, os referidos princípios exigem que, na adjudicação dos contratos com

relevância comunitária, a Administração contratante tenha em consideração, no âmbito de um debate contraditório, as alegações dos empresários cujas ofertas tenham sido consideradas anormalmente baixas. Opõem-se, pois a uma legislação nacional que, para os contratos de quantia inferior ao limite das directivas sectoriais, impõe a exclusão automática dessas ofertas, sem audição prévia.

4. O direito a uma boa administração

49. À anterior dimensão, objectiva e abstracta, que transcende os interesses individuais dos empresários intervenientes num processo de selecção, junta-se outra subjectiva, na qual os seus direitos e, em especial, a proibição de os privar dos seus direitos de defesa no processo administrativo ganham grande relevância.

50. Essa proibição de os privar dos seus direitos de defesa é expressamente aceite na ordem jurídica de todos os Estados-Membros e faz parte do direito a uma boa administração, que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [35] consagra no artigo 41.º, no capítulo V, dedicado à cidadania. O n.º 2 desta disposição reconhece o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual desfavorável.

51. A Carta, cuja importância destacou o Tribunal de Justiça recentemente, em especial no acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho [36], e no acórdão de 8 de Maio de 2007, Advocaten voor de Wereld [37], exige que o proponente, antes de ser eliminado, exponha a sua opinião para convencer a entidade adjudicante da seriedade da sua proposta.

52. Concordo com a Comissão no sentido de que este direito, entendido isoladamente, não implica ouvir sempre o empresário supostamente ousado, visto que, em princípio, já está protegido com a análise imparcial das ofertas, de acordo com critérios pré-determinados, objectivos e não discriminatórios. Mas um concorrente em risco de ser preterido pelo acordo de outros sofre uma desvantagem, agravada se, além disso, não lhe for permitido apresentar alegações.

35 — JO 2000, C 364, p. 1.

36 — Processo C-540/03, Colect., p. I-5769.

37 — Processo C-303/05, Colect., p. I-3633. Sobre a natureza da Carta, v. os n.os 76 a 79 das minhas conclusões no referido processo.

53. Assim, o direito de ser ouvido pela Administração proporciona argumentos para rejeitar uma exclusão automática das ofertas anormalmente baixas, pois, como indiquei, o conceito de «anormalidade» representa um conceito jurídico indeterminado, que se completa em cada situação em função das especificidades existentes.

54. Logo, o direito a uma boa administração não aconselha a suprimir a verificação contraditória das ofertas antes de uma decisão sobre a sua pertinência, também nos contratos excluídos das directivas sectoriais, pois contribuiria para uma diminuição das garantias criadas nas chamadas directivas «recurso» [38].

5. A margem de manobra dos Estados-Membros

55. De todo o exposto deduz-se que o direito comunitário se opõe a uma legislação nacional que impõe às entidades adjudicantes a recusa automática das ofertas anormalmente baixas nos contratos públicos que não cabem no âmbito de aplicação das directivas relativas à coordenação dos processos de adjudicação, recomendando, pelo contrário, que se dê a essas entidades a ocasião de valorarem, dependendo das circunstâncias de cada caso, a conveniência de iniciar uma audição para se comprovar de modo contraditório a sua estrutura [39].

56. Contudo, a autonomia dos Estados-Membros não os obriga a seguir a via do artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37, permitindo-lhes definir os meios para proteger os direitos que o ordenamento jurídico comunitário confere aos cidadãos, sem mais limites que os que decorrem dos princípios da equivalência e da efectividade, isto é: os processos não podem ser menos favoráveis que os previstos para a tutela dos direitos baseados na ordem interna e devem organizar-se de modo a que na prática não tornem difícil ou quase impossível o objectivo prosseguido [40].

38 — A Directiva 89/665, já referida, e a Directiva 92/13/CEE 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 sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14).

39 — O acórdão de 7 de Outubro de 2004, Sintesi (C-247/02, Colect., p. I-9215), criticou uma legislação nacional que fixava às entidades adjudicantes um único critério de adjudicação de empreitadas de obras públicas, ao privá-las de avaliarem a natureza e as especificidades desses contratos segundo o critério mais idóneo para assegurar a livre concorrência e escolher assim a melhor oferta (n.º 40).

40 — Numa reiterada jurisprudência, de que o acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813), significa o primeiro elo.

VI — Conclusão

57. Tendo em atenção as reflexões precedentes, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda ao Consiglio di Stato da República Italiana, declarando que:

«Os princípios da livre concorrência, de transparência administrativa e da não discriminação em razão da nacionalidade, que inspiram o direito comunitário da contratação pública, assim como o direito a uma boa administração, opõem-se a uma legislação nacional que, no processo de adjudicação dos contratos públicos não abrangidos pelas directivas sobre a matéria, obriga a entidade adjudicante a recusar automaticamente as ofertas anormalmente baixas sem nenhuma possibilidade de verificação contraditória.»