Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção)

10 de outubro de 2013*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Princípio da igualdade de tratamento — Concurso limitado — Anúncio de concurso — Pedido de inclusão do último balanço publicado no dossiê de candidatura — Falta desse balanço no dossiê de determinados candidatos — Faculdade de a entidade adjudicante pedir a esses candidatos que lhe comuniquem o referido balanço após a expiração do prazo fixado para a apresentação dos dossiês de candidatura»

No processo C-336/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Østre Landsret (Dinamarca), por decisão de 4 de julho de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 16 de julho de 2012, no processo

**Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser**

contra

**Manova A/S,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção),

composto por: E. Juhász, presidente da Décima Secção, exercendo funções de presidente de secção, A. Rosas e D. Šváby (relator), juízes,

advogado-geral: Y. Bot,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 6 de junho de 2013,

vistas as observações apresentadas:

em representação da Manova A/S, por J. Munk Plum, advokat,

em representação do Governo dinamarquês, por V. Pasternak Jørgensen, na qualidade de agente, assistida por R. Holdgaard, advokat,

em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

em representação do Governo neerlandês, por B. Koopman e C. Wissels, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: dinamarquês.

em representação da Comissão Europeia, por U. Nielsen 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 princípio da igualdade de tratamento.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser (Ministério da Investigação, da Inovação e do Ensino Superior) à Manova A/S (a seguir «Manova») a propósito da regularidade de um procedimento de concurso público organizado pelo Undervisningsministeriet (Ministério da Educação, a seguir «ministério»).

## Quadro jurídico

*Direito da União*

3 Nos termos do considerando 2 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 L 134, p. 114):

«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 [CE], 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. […]»

4 O artigo 2.º desta diretiva, relativo aos princípios de adjudicação dos contratos, estabelece:

«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.»

5 Em conformidade com o artigo 21.º da referida diretiva, a adjudicação dos contratos que têm por objeto os serviços enumerados no seu anexo II B apenas está sujeita aos respetivos artigos 23.°, relativo às especificações técnicas, e 35.°, n.º 4, relativo ao anúncio com os resultados do procedimento de adjudicação. A categoria 24 desse anexo refere-se aos serviços de educação e de formação profissional.

6 Nos termos do artigo 51.º da Diretiva 2004/18, «[a] entidade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados e documentos apresentados em aplicação dos artigos 45.° a 50.°».

*Direito dinamarquês*

7 A Diretiva 2004/18 foi transposta para o direito dinamarquês pelo Decreto n.º 937, de 16 de setembro de 2004 (a seguir «Decreto n.º 937/2004»), que estava em vigor à data em que foi organizado o procedimento de concurso público em causa no processo principal. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto n.º 937/2004, a entidade adjudicante devia respeitar as disposições desta diretiva, cujo texto era retomado em anexo.

8 O título II da Lei relativa aos concursos para determinados contratos públicos ou sobre fundos públicos (lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentlig støttede kontrakter), publicada através do Decreto n.º 1410, de 7 de dezembro de 2007, é dedicado aos contratos de fornecimento e serviços. Em conformidade com o artigo 15.ºa, n.º 1, desta lei, este título é aplicável aos contratos relativos aos serviços visados no anexo II B da Diretiva 2004/18 e cujo valor excede 500 000 coroas dinamarquesas (DKK), como o contrato em causa no processo principal.

9 Nos termos do artigo 15.ºd, n.º 1, da referida lei, a entidade adjudicante deve garantir que, quando do processo de adjudicação do contrato, «[…] a escolha do proponente retido se [faça] com bases objetivas, justificadas e não discriminatórias, e não pode haver diferença de tratamento entre os proponentes».

**Litígio no processo principal e questão prejudicial**

10 Mediante um anúncio publicado em 12 de setembro de 2008, o ministério abriu um concurso relativo aos serviços requeridos para a exploração de sete centros de orientação e de aconselhamento profissional (a seguir «centros de orientação») a partir de 1 de agosto de 2009. O valor desse contrato excedia o limiar de aplicação da Diretiva 2004/18 fixado no artigo 7.º desta última.

11 Os serviços em questão, que consistem principalmente na orientação de pessoas que querem seguir uma formação na escolha de estudos superiores e de uma profissão, pertencem à categoria 24 do anexo II B da Diretiva 2004/18.

12 Tendo o ministério considerado que o contrato em causa no processo principal dizia respeito a prestações complexas que requerem negociações, o procedimento comportou uma primeira fase de pré-seleção.

13 A rubrica «Critérios de seleção qualitativa» do anúncio de concurso continha a seguinte disposição:

«Para que uma candidatura possa ser avaliada, o proponente deverá fazer prova das suas capacidades técnicas e financeiras comunicando as seguintes informações e deverá preencher os seguintes requisitos mínimos:

[…]

2) Comunicação do último balanço se o proponente for submetido à obrigação de apresentação desse balanço.

3) Lista de referências […]

4) Informações sobre as qualificações profissionais e técnicas do proponente.

[…]

Se o [ministério] receber mais de três propostas, para cada um dos sete lotes, que preencham o conjunto dos requisitos acima referidos, a seleção dos candidatos que serão convidados a apresentar uma proposta e a participar no procedimento de negociação será feita entre aqueles que tiverem demonstrado a melhor e a mais pertinente experiência em relação aos serviços objeto do presente procedimento. As referências (3) são, por conseguinte, mais importantes do que as habilitações profissionais e técnicas (4)».

14 Quando da expiração do prazo fixado para apresentar a candidatura, ou seja, em 14 de outubro de 2008, dez empresas ou instituições tinham apresentado um dossiê de pré-seleção, entre as quais a Syddansk Universitet (Universidade do Sul da Dinamarca, a seguir «UDS»), a Københavns Universitet (Universidade de Copenhaga, a seguir «UC») e a Manova.

15 Os dossiês de candidatura da UDS e da UC não continham o seu balanço. A UC remetia, a este respeito, para o seu sítio Internet.

16 Em 29 de outubro de 2008, o ministério, por correio eletrónico, pediu a cada uma destas duas universidades a comunicação do seu balanço, o que a UC fez no próprio dia e a UDS no dia seguinte.

17 Em 4 de novembro de 2008, nove candidatos, entre os quais a Manova, a UDS e a UC, foram pré-selecionados, tendo três candidatos sido convidados a apresentar uma proposta para cada centro de orientação. Para dois desses centros, a Manova estava, por conseguinte, em concorrência quer com a UDS quer com a UC.

18 Em 1 de maio de 2009, no termo do procedimento de avaliação das propostas relativas a esses dois centros de orientação, o ministério considerou que as respetivas propostas da UDS e da UC eram financeiramente mais vantajosas do que a da Manova, que era a única candidata a ter finalmente apresentado uma proposta concorrente para os referidos centros, e celebrou com essas duas universidades os contratos relativos a estes, que ainda hoje vigoram.

19 Tendo a Manova interposto um recurso na Klagenævnet for Udbud (Comissão de recursos em matéria de contratos públicos) da decisão de atribuir esses lotes às referidas universidades, esta comissão declarou, por decisão de 10 de março de 2010, que o ministério tinha violado o princípio da igualdade de tratamento ao não afastar as candidaturas da UDS e da UC com o fundamento de que o seu último balanço não tinha sido apresentado ao mesmo tempo que os seus pedidos de pré-seleção e, por conseguinte, anulou os referidos contratos.

20 Em 29 de abril de 2010, o ministério interpôs um recurso dessa decisão. O processo foi reenviado para o Østre Landsret (Tribunal Regional de Leste).

21 Esse órgão jurisdicional indica que a jurisprudência da Klagenævnet for Udbud é fixada no sentido de que o artigo 51.º da Diretiva 2004/18 e, de forma mais geral, o princípio da igualdade de tratamento se opõem a que uma entidade adjudicante peça a um candidato ou a um proponente a comunicação de informações que era exigida como requisito para a apresentação de candidaturas ou propostas sob pena de rejeição, mas que este último não apresentou.

22 O órgão jurisdicional de reenvio menciona igualmente que o Decreto n.º 712, de 15 de junho de 2011, que substituiu o Decreto n.º 937/2004 desde 1 de julho de 2011, contém um artigo 12.º que permite, em princípio, à entidade adjudicante que recebeu propostas ou candidaturas não conformes com os requisitos formais enunciados nos documentos do contrato, por exemplo, em razão de documentos ou informações que faltam, não as afastar, desde que respeite o princípio da igualdade de tratamento.

23 Esse órgão jurisdicional considera que há dúvidas quanto ao comportamento que pode adotar uma entidade adjudicante quando documentos que a mesma qualifica de «históricos» não foram juntos ao dossiê apresentado por um candidato e quanto às implicações do princípio da igualdade de tratamento numa situação dessas.

24 Nestas condições, o Østre Landsret decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O princípio de direito da União Europeia da igualdade de tratamento significa que uma entidade adjudicante, após o termo do prazo de apresentação de candidaturas a um procedimento de concurso, não pode obter informação sobre o balanço publicado mais recente de um candidato, exigida no anúncio de concurso, quando o candidato em questão não apresentou esse balanço na sua candidatura à pré-qualificação?»

## Quanto à questão prejudicial

25 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o princípio da igualdade de tratamento deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma entidade adjudicante peça a um candidato, após a expiração do prazo previsto para a apresentação de candidaturas a um concurso público, a comunicação de documentos descritivos da situação desse candidato, como o balanço publicado, cuja comunicação o anúncio pedia, mas que não estavam juntos ao dossiê de candidatura apresentado por esse candidato.

26 A título preliminar, há que recordar que, embora, de acordo com o artigo 21.º da Diretiva 2004/18, a adjudicação dos contratos relativos aos serviços referidos no anexo II B desta diretiva esteja apenas submetida aos artigos 23.° e 35.°, n.º 4, desta, as regras fundamentais do Tratado e os princípios gerais de direito da União são aplicáveis a tais contratos quando estes apresentem um interesse transfronteiriço certo. Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou que o regime instaurado pelo legislador da União para os contratos relativos aos serviços referidos nesse anexo não pode ser interpretado como constituindo um obstáculo à aplicação dos princípios decorrentes dos artigos 43.° CE e 49.° CE, a que atualmente correspondem, respetivamente, os artigos 49.° TFUE e 56.° TFUE (v., neste sentido, designadamente, acórdão de 18 de novembro de 2010, Comissão/Irlanda, C-226/09, Colet., p. I-11807, n.ºs 29 e 31).

27 Parece resultar das observações submetidas ao Tribunal de Justiça que é esse o caso no processo principal, do ponto de vista da própria entidade adjudicante, visto que era pedido no anúncio de concurso, nomeadamente, que os candidatos declarassem sob compromisso de honra estarem em conformidade no que diz respeito às contribuições para a segurança social e às contribuições fiscais, não só na Dinamarca mas também, sendo esse o caso, no seu Estado-Membro de estabelecimento. Todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar as apreciações exigidas a este respeito.

28 Entre os objetivos principais das regras do direito da União em matéria de contratos públicos figura o de garantir a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros. Para prosseguir esse duplo objetivo, o direito da União aplica nomeadamente, o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes ou dos candidatos e a obrigação de transparência que daí decorre.

29 A aplicação do princípio da igualdade de tratamento nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos não constitui, por conseguinte, um fim em si, antes devendo ser considerada na perspetiva dos objetivos que prossegue.

30 Segundo jurisprudência constante, esse princípio exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado (v. acórdão de 3 de março de 2005, Fabricom, C-21/03 e C-34/03, Colet., p. I-1559, n.º 27 e jurisprudência referida).

31 O princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência opõem-se 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. Daqui resulta que a entidade adjudicante não pode pedir esclarecimentos a um proponente cuja proposta considera imprecisa ou não conforme com as especificações técnicas do caderno de encargos (v., neste sentido, acórdão de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, n.ºs 36 e 37).

32 O Tribunal de Justiça especificou, porém, que o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 não se opõe a que os dados relativos à proposta possam ser corrigidos ou completados pontualmente, nomeadamente, porque, como é óbvio, necessitam de uma simples clarificação, ou para pôr termo a erros materiais manifestos (acórdão SAG ELV Slovensko e o., já referido, n.º 40).

33 O Tribunal de Justiça enunciou nesse acórdão determinadas exigências que enquadram essa faculdade de pedir por escrito aos proponentes uma clarificação das suas propostas.

34 Antes de mais, um pedido de clarificação de uma proposta, que só pode verificar-se após 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 (v., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., já referido, n.ºs 42 e 43).

35 Em seguida, o pedido deve referir-se a todos os pontos da proposta que requerem clarificação (v., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., já referido, n.º 44).

36 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., neste sentido, acórdão SAG ELV Slovensko e o., já referido, n.º 40).

37 Por último, e de modo geral, no exercício do poder de que dispõe a entidade adjudicante 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 o mesmo tenha sido dirigido (acórdão SAG ELV Slovensko e o., já referido, n.º 41).

38 Este raciocínio, que diz respeito às propostas apresentadas pelos proponentes, é aplicável aos dossiês de candidatura apresentados no âmbito da fase de pré-seleção dos candidatos de um concurso limitado.

39 Assim, a entidade adjudicante pode pedir que os dados que constam de tal dossiê sejam pontualmente corrigidos ou completados, desde que esse pedido se refira a elementos ou dados, como o balanço publicado, cuja anterioridade relativamente ao termo do prazo fixado para apresentar a candidatura seja objetivamente averiguável.

40 No entanto, há que especificar que não aconteceria o mesmo se os documentos do contrato impusessem a comunicação do documento ou da informação que falta sob pena de exclusão. Com efeito, cabe à entidade adjudicante observar estritamente os critérios que ela própria fixou (v., neste sentido, acórdão de 29 de abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Colet., p. I-3801, n.º 115).

41 No caso em apreço, afigura-se que os requisitos mencionados nos n.os 39 e 40 do presente acórdão foram respeitados. Cabe, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar as apreciações exigidas a este respeito.

42 À luz das considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o princípio da igualdade de tratamento deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que uma entidade adjudicante peça a um candidato, após a expiração do prazo previsto para a apresentação de candidaturas a um contrato público, a comunicação de documentos descritivos da situação desse candidato, como o balanço publicado, cuja existência antes da expiração do praxo fixado para apresentar as candidaturas é objetivamente averiguável na medida em que os documentos do referido contrato não tenham imposto explicitamente a sua comunicação sob pena de exclusão da candidatura. Tal pedido não deve favorecer ou desfavorecer indevidamente o ou os candidatos a quem o referido pedido foi dirigido.

## Quanto às despesas

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

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Décima Secção) declara:

**O princípio da igualdade de tratamento deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que uma entidade adjudicante peça a um candidato, após a expiração do prazo previsto para a apresentação de candidaturas a um contrato público, a comunicação de documentos descritivos da situação desse candidato, como o balanço publicado, cuja existência antes da expiração do praxo fixado para apresentar as candidaturas é objetivamente averiguável na medida em que os documentos do referido contrato não tenham imposto explicitamente a sua comunicação sob pena de exclusão da candidatura. Tal pedido não deve favorecer ou desfavorecer indevidamente o ou os candidatos a quem o referido pedido foi dirigido.**

Assinaturas