

Processo C-835/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

18 de novembro de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

13 de junho de 2019

Recorrente:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Attiva S.p.A.

Recorridos:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Sendo intervenientes:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Objeto do processo principal

Recurso interposto perante o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) dos acórdãos pelos quais o Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte [Tribunal Administrativo Regional (TAR) do Piemonte, Itália] negou provimento aos recursos interpostos pela sociedade Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta - Attiva S.p.A. (a seguir «Attiva»), contra duas decisões de indeferimento do Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, Itália, a seguir

«Ministério»), que não aceitaram duas propostas de financiamento de projeto (*project financing*) apresentadas pela Ativa e que tinham por objeto, nomeadamente, concessões de autoestradas.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a legislação italiana em matéria de adjudicação de concessões de autoestradas, que, atualmente, exclui o recurso ao financiamento de projeto — que é um procedimento especial de adjudicação dirigido à realização de obras públicas, regra geral, sem encargos financeiros públicos — é compatível com a Diretiva 2014/23, em especial com o princípio, consagrado no considerando 68 e no artigo 30.º, segundo o qual deverá ser reservado às autoridades adjudicantes um amplo poder de apreciação para definir o procedimento conducente à escolha do concessionário.

Questão prejudicial

No âmbito das adjudicações de concessões, opõe-se o direito [da União Europeia], em particular, os princípios estabelecidos na Diretiva [2014/23], concretamente a liberdade de escolha dos procedimentos de adjudicação, em cumprimento dos princípios da transparência e da [igualdade] de tratamento, formulados no considerando 68 e no artigo 30.º, à disposição nacional constante do artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do d.lgs. 18 aprile 2016, n.º 50 (Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016), que proíbe incondicionalmente as autoridades [adjudicantes] de procederem a adjudicações de concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar, recorrendo aos procedimentos previstos no artigo 183.º, que regula o financiamento de projeto?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (a seguir «Diretiva 2014/23»).

Disposições nacionais invocadas

O órgão jurisdicional de reenvio remete para alguns atos normativos em matéria de concessões de autoestradas e de financiamento de projeto e, nomeadamente, para as disposições seguintes:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n.º 163 (Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006) (a seguir «anterior Código dos Contratos Públicos»), em particular o artigo 153.º, n.º 19, que regula o financiamento de projeto de iniciativa privada. O procedimento de adjudicação previsto nesta disposição é articulado em duas fases: a) Fase preliminar — destinada à aprovação da proposta de projeto

preliminar apresentada pelo proponente e que servirá de base a um eventual concurso posterior —, em que a autoridade [adjudicante] é chamada a apreciar de forma discricionária a conformidade da proposta com o interesse público; b) Fase da abertura, com o anúncio do concurso, e da condução do procedimento mediante concurso público, com base na qual é apresentado o projeto aprovado e em que o proponente assume a qualificação de promotor e goza de direito de preferência.

Decreto legge 4 aprile 2008, n.º 59 (Decreto-Lei n.º 59, de 4 de abril de 2008), artigo 8.º-*duodecies*, n.º 2-*ter*, que reconhece expressamente a possibilidade de adjudicar os contratos de concessão e gestão, bem como unicamente de gestão, no setor rodoviário e das autoestradas que seguem os procedimentos de financiamento de projeto previstos no artigo 153.º do anterior Código dos Contratos Públicos.

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n.º 50 (Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016) (a seguir «novo Código dos Contratos Públicos»), que revogou o anterior Código dos Contratos Públicos, e em particular:

- Artigo 178.º, n.º 1, que proíbe a prorrogação das concessões de autoestradas, e n.º 8-*bis*, introduzido pelo d.lgs. 19 aprile 2017, n.º 56 (Decreto Legislativo n.º 56, de 19 de abril de 2017), segundo o qual «As autoridades [adjudicantes] não podem proceder à adjudicação das concessões de autoestradas que já caducaram ou que se encontram em vias de caducar recorrendo aos procedimentos previstos no artigo 183.º»;
- artigo 183.º, que contém o regime do financiamento de projeto do novo Código dos Contratos Públicos; esta disposição, no n.º 19, contém um elemento novo em relação ao regime anterior, uma vez que, durante a fase preliminar, a autoridade [adjudicante] está obrigada a avaliar não a conformidade da proposta com o interesse público, mas a viabilidade da mesma proposta;
- artigo 216.º, n.º 1, que estabelece, em particular, que o referido decreto legislativo se aplica aos procedimentos e aos contratos cujos anúncios, com que se dá início ao procedimento conducente à escolha do adjudicatário, são publicados após a data de entrada em vigor do mesmo decreto bem como, no caso de contratos sem publicação de anúncios, aos procedimentos e aos contratos em relação aos quais, à data da entrada em vigor do presente código, ainda não tinham sido enviados os convites para apresentação de propostas;
- artigo 216.º, n.º 23, que prevê que os projetos preliminares respeitantes à realização de obras públicas ou de obras de utilidade pública relativas a propostas de concessão nos termos do artigo 153.º do anterior Código dos Contratos Públicos, cuja declaração de interesse público já tenha tido lugar, ainda não aprovados à data de entrada em vigor do Código, «são objeto de uma avaliação de viabilidade económica e financeira e de aprovação pela autoridade [adjudicante] nos termos das disposições do presente código».

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Ativa, concessionária da gestão de um troço de autoestrada no território do Piemonte ao abrigo de várias concessões, a última das quais caducou em 2016, apresentou, em 25 de setembro de 2015, uma proposta de financiamento de projeto para a concessão da gestão de um troço de autoestrada.
- 2 Por nota de 29 de julho de 2016, o Ministério excluiu a proposta da Ativa, com o fundamento, entre outros, de que às concessões de gestão de autoestradas não se pode aplicar o financiamento de projeto e de que a proposta não se encontrava em conformidade, quanto à forma e ao conteúdo, com o disposto no artigo 153.º do anterior Código dos Contratos Públicos, que prevê a apresentação, pelo proponente, de um simples projeto preliminar dos trabalhos a realizar, que servirá de base ao concurso posterior, e não de um projeto aprofundado e definitivo como o apresentado pela recorrente.
- 3 A Ativa interpôs recurso no TAR do Piemonte, pedindo a anulação da referida nota, a verificação e a declaração da obrigação do Ministério de se pronunciar sobre o interesse público e/ou a viabilidade da proposta da recorrente e, consequentemente, a condenação das autoridades [adjudicantes] recorridas a avaliar o interesse público e/ou a viabilidade da proposta referida. Com o recurso eram censurados não apenas os fundamentos, que serviram de base à nota impugnada, relativos ao excessivo grau de aprofundamento da proposta, mas também a violação do prazo de três meses, contados a partir da data de apresentação da proposta, durante o qual a Autoridade [adjudicante] a deveria ter apreciado, bem como a aplicação errada ao caso concreto do artigo 183.º do novo Código dos Contratos Públicos, posterior à apresentação da proposta, mas em vigor no momento da adoção da decisão impugnada.
- 4 Por acórdão de 31 de agosto de 2018, o TAR negou provimento àquele recurso, excluindo, por um lado, que a violação do prazo de três meses implicasse, por si só, a ilegalidade do ato impugnado, e confirmando, por outro, a inadmissibilidade da proposta apresentada pela Ativa, que detinha um grau de aprofundamento superior ao exigido a título preliminar.
- 5 Em 20 de setembro de 2016, a Ativa apresentou uma proposta posterior de financiamento de projeto que tinha por objeto a mesma concessão; essa proposta foi excluída por nota de 22 de maio de 2017, que, além de reiterar os fundamentos apresentados em relação à primeira proposta, acrescentou que esta última violava o artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do Decreto Legislativo n.º 50/2016, que proíbe o recurso ao financiamento de projeto para fins de adjudicação de concessões de autoestradas que já caducaram ou que estão em vias de caducar. O TAR do Piemonte negou provimento ao recurso interposto pela Ativa contra esta nota, com fundamentos semelhantes aos adotados no âmbito do primeiro acórdão.

- 6 A Ativa recorreu dos dois acórdãos do TAR perante o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), órgão jurisdicional de reenvio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 7 No âmbito do recurso interposto do primeiro acórdão do TAR, a Ativa alega que o Ministério manifestou a vontade de não proceder à apreciação da sua proposta e de deixar que a sociedade Anas S.p.A. entrasse nas concessões de autoestradas através de uma adjudicação *in house*. O Ministério pretende, portanto, impedir que o regime do financiamento de projeto e, em particular, o direito de preferência reconhecido ao promotor em relação à proposta de financiamento de projeto (direito que o Ministério, infundadamente, considera lesivo da concorrência) fosse invocado pela sociedade concessionária antes da caducidade da relação de concessão. Além disso, na opinião da Ativa, a opção de adjudicar *in house* à Anas a gestão de autoestradas e a vontade de impedir as concessionárias de autoestradas de recorrerem ao procedimento de financiamento de projeto, apesar de este se encontrar em conformidade com as exigências da concorrência, são contraditórias e ilegais. Por fim, com este recurso, a Ativa reiterou os fundamentos do recurso originário.
- 8 Com o recurso do segundo acórdão do TAR, a Ativa alega ainda que o artigo 178.º, n.º 8,-bis, do novo Código dos Contratos Públicos não se aplica (sequer) à sua segunda proposta de financiamento de projeto, uma vez que se trata de uma norma introduzida posteriormente à apresentação da proposta. Com base no artigo 11.º das disposições gerais [do Código Civil italiano] e no princípio «*tempus regit actum*», a proposta rege-se, por conseguinte, pelo regime em vigor à data da sua apresentação. Além disso, a referida disposição é manifestamente contrária ao regime das concessões e das parcerias público-privadas estabelecidas pela Diretiva 2014/23. Em particular, deveria ser tido em consideração o princípio da liberdade de procedimento que o legislador nacional é chamado a aplicar «reserva[ndo] às autoridades adjudicantes e às entidades adjudicantes um amplo poder de apreciação para definir o procedimento conducente à escolha do concessionário» (considerando 68), de modo a poder escolher o procedimento mais coerente com as exigências a satisfazer, nos termos do disposto nos artigos 30.º e 37.º, n.º 6, da diretiva. Em contrapartida, a norma impugnada torna o sistema inutilmente rígido e limita injustificadamente a liberdade das autoridades [adjudicantes], impedindo-as de recorrer aos procedimentos de financiamento de projeto.
- 9 Os recorridos alegam que o artigo 178.º, n.º 8,-bis, é aplicável *ratione temporis* ao caso em apreço, tendo também em consideração que pretende incidir sobre as concessões «que já caducaram ou que estão em vias de caducar» e, portanto, é deliberadamente considerado aplicável pelo legislador a situações como a do presente processo, com o objetivo de uma maior abertura concorrencial e de evitar uma consolidação posterior dos anteriores operadores titulares de concessões em

vias de caducar e adjudicadas sem concurso. Remetem para a jurisprudência segundo a qual a legalidade de uma decisão administrativa deve ser determinada à luz da situação de facto e de direito existente no momento da sua adoção.

- 10 Com base nestes argumentos, os recorridos sustentam a aplicabilidade do regime do novo Código dos Contratos Públicos também à primeira proposta formulada pela Ativa, antes da sua entrada em vigor, uma vez que o caso em apreço se refere a uma fase do procedimento prévia ao concurso público, que ocorreu após a entrada em vigor desse código. Tal solução é confirmada pelo artigo 216.º, n.º 23, do mesmo código, segundo o qual os projetos preliminares relativos a propostas de concessão, nos termos do artigo 153.º do anterior Código dos Contratos Públicos, ainda não aprovados à data da entrada em vigor do novo código, são objeto de uma avaliação de viabilidade económica e financeira e de aprovação pela autoridade [adjudicante] nos termos das disposições do novo código.
- 11 Os recorridos contestam, além disso, os argumentos da Ativa segundo os quais o artigo 178.º, n.º 8,-bis, do novo Código dos Contratos Públicos é contrário ao direito da União. No seu entender, a finalidade da proibição nele prevista consiste em procurar uma abertura à concorrência com o objetivo de permitir a mais ampla aplicação dos princípios de direito da União que protegem a concorrência e o mercado, entre os quais a proibição de prorrogação de todas as concessões, incluindo as de autoestradas (artigo 178.º, n.º 1, última frase, desse código) e, portanto, a obrigação de iniciar procedimentos de concurso público também para as concessões de autoestradas que já caducaram ou que estão em vias de caducar.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 12 O órgão jurisdicional de reenvio concorda com a posição dos recorridos no que respeita ao regime de aplicabilidade *ratione temporis* do novo Código dos Contratos Públicos e, designadamente, do seu artigo 178.º, n.º 8-bis. A esse respeito, recorda que a autoridade [adjudicante] não pode deixar de cumprir a lei em vigor no momento em que tem lugar a sua manifestação de vontade; por conseguinte, a situação jurídica em vigor na data da apresentação do pedido, a menos que a própria lei disponha de outro modo, não vincula a autoridade [adjudicante], e o pedido será apreciado aplicando a legislação em vigor no momento em que se conclui o procedimento.
- 13 O regime transitório constante do artigo 216.º do novo Código dos Contratos Públicos dá aplicação aos princípios acima referidos, prevendo, no seu n.º 1, que a atividade em que consiste o procedimento de concurso público conducente à escolha do adjudicatário se rege inteiramente pelas normas em vigor na data em que teve início, entendendo-se como tal a data de publicação dos anúncios com que se dá início ao procedimento (ou, no caso de contratos sem publicação de anúncios, a data de envio dos convites para apresentação de propostas), e, no n.º 23, que os projetos preliminares apresentados ao abrigo do anterior Código dos Contratos Públicos e ainda não aprovados são objeto de uma avaliação de

viabilidade económica e financeira e de aprovação pela autoridade [adjudicante] nos termos das disposições do novo Código dos Contratos Públicos.

- 14 Assim, se o projeto preliminar para uma proposta de concessão apresentada sob o regime anterior ainda não tiver sido aprovado no momento da entrada em vigor da nova lei, nada mais resta do que - se for o caso - proceder à sua aprovação de acordo com as regras da nova lei; e o concurso posterior na base do qual é, em seguida, apresentado o projeto de viabilidade depois de aprovado deve seguir as disposições do novo Código de Contratos Públicos, incluindo a proibição estabelecida no artigo 178.º, n.º 8,-*bis*; essa disposição tem, portanto, aplicação aos casos em apreço.
- 15 À luz dessa conclusão, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário debruçar-se sobre a acusação da Ativa relativa à incompatibilidade entre o artigo 178.º, n.º 8-*bis*, do novo Código dos Contratos Públicos e o direito da União. A esse respeito, adianta que o referido artigo 178.º, n.º 1, que estabelece a proibição de prorrogação das concessões de autoestrada, é uma disposição que não tem correspondência imediata na Diretiva 2014/23, mas representa a aplicação de uma disposição da lei de autorização segundo a qual devia prever-se o início dos procedimentos de concurso público para a adjudicação das novas concessões de autoestrada, pelo menos, vinte e quatro meses antes da caducidade das existentes, com revisão do sistema das concessões de autoestrada, com particular referência à introdução de uma proibição de cláusulas de prorrogação.
- 16 A proibição estabelecida no referido n.º 8-*bis*, introduzida pelo Decreto Legislativo n.º 56/2017, e que se refere textualmente às adjudicações das concessões de autoestradas «que já caducaram ou que estão em vias de caducar», não parece que possa ser unicamente interpretada no sentido de que se trata de um regime estritamente transitório – contrariamente ao defendido pelos recorridos que relacionam a proibição relativa às concessões «que já caducaram ou que estão em vias de caducar» com a entrada em vigor do novo Código dos Contratos Públicos. A letra do n.º 8-*bis* parece prever uma proibição generalizada de adjudicar as concessões de autoestradas através do procedimento do financiamento de projeto no caso de a infraestrutura já ter sido adjudicada em regime de concessão, e pode, portanto, entender-se, de forma extensiva, como uma disposição a aplicar não apenas a título transitório, mas também como regime geral, como no caso de uma nova concessão a adjudicar para a substituição do concessionário cujo contrato já caducou. Estamos, pois, perante um dilema interpretativo sobre as condições de funcionamento da referida norma e os seus limites. Ambas as opções interpretativas parecem corresponder à finalidade da proibição, que, para os recorridos, corresponde à necessidade de combater as situações criadas para contornar a proibição de prorrogação das concessões de autoestradas nos casos em que o proponente é o concessionário cessante, como acontece no caso em apreço.
- 17 Em termos gerais, o financiamento de projeto, para proteção dos princípios da concorrência e da *par condicio* dos potenciais interessados, deve respeitar os princípios da contratação pública. A fase inicial de escolha do promotor, em que a

proposta, no passado, era avaliada pela sua conformidade com o interesse público, e hoje, é-o pela sua viabilidade, caracteriza-se por uma muito ampla margem de discricionariedade administrativa; nessa fase, não se trata de escolher a melhor proposta com base em critérios técnicos e económicos predeterminados, mas sim de avaliar a viabilidade preliminar de uma proposta de projeto. A adjudicação da concessão ocorrerá, em vez disso, no final do concurso posterior, com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa; esta fase é autónoma da anterior e deve ser realizada de acordo com as regras da contratação pública, sem prejuízo, apenas, da vantagem constituída pelo direito de preferência reconhecido ao promotor em condições predeterminadas.

- 18 A concessão de uma tal vantagem não parece ser contrária aos princípios do direito da União Europeia da transparência e da igualdade de tratamento, desde que, como recorda o advogado-geral nas suas Conclusões no processo C-412/04, todos os participantes conheçam esses privilégios (que consistem no convite a participar no procedimento por negociação e no direito de preferência do promotor) e os critérios de avaliação, como atualmente é assegurado pelo procedimento previsto no artigo 183.º, n.º 15, do novo Código dos Contratos Públicos.
- 19 Para o órgão jurisdicional de reenvio, parece, portanto, de excluir que a proposta de financiamento de projeto para a adjudicação de uma concessão possa ser configurada como uma «prorrogação» da concessão anterior; além disso, a ser assim, não se compreende por que razão a proibição se deve limitar apenas às concessões de autoestradas. A referida proibição é incondicional e abstrata, impedindo sempre e de qualquer forma as autoridades [adjudicantes] de recorrer ao financiamento de projeto para esse tipo de concessões, não só para as concessões de autoestradas que já caducaram ou estão prestes a caducar na data de entrada em vigor do novo Código dos Contratos Públicos, mas também para as concessões de autoestradas que caducarão nos termos do regime comum.
- 20 Afigura-se assim fundada a questão colocada pela Ativa e relativa à incompatibilidade dessa disposição com os princípios da Diretiva 2014/23 e, em particular, com o princípio previsto no considerando 68, segundo o qual deverá ser reservado às autoridades adjudicantes e às entidades adjudicantes um amplo poder de apreciação para definir o procedimento conducente à escolha do concessionário, e no artigo 30.º, que reconhece a liberdade de organizar o procedimento conducente à escolha do concessionário. Esse princípio pode também referir-se à liberdade de escolha do tipo de procedimento de adjudicação da concessão, desde que sejam respeitados os princípios da transparência e da igualdade de tratamento. À luz destas considerações, o órgão jurisdicional nacional decidiu suspender a instância e submeter a questão prejudicial formulada *supra* ao Tribunal de Justiça da União Europeia.