

Processo C-367/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

8 de maio de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (comissão nacional de revisão dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, Eslovénia)

Data da decisão de reenvio:

30 de abril de 2019

Entidade adjudicante:

Ministrstvo za notranje zadeve

Requerente da revisão:

Tax-Fin-Lex d.o.o.

Proponente adjudicatária:

LEXPORA, d. o. o.

República da Eslovénia

**Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil
(comissão nacional de revisão dos procedimentos de adjudicação de contratos
públicos, Eslovénia)**

[OMISSIS]

**PEDIDO
DE DECISÃO PREJUDICIAL**

Estatuto da entidade que procede ao reenvio

- 1 Na República da Eslovénia, a Državna revizijska komisja za revizijo postopkov oddaje javnih naročil¹ [comissão nacional de revisão dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos] (a seguir «Državna revizijska komisja»), órgão jurisdicional de reenvio nos presentes autos, é, nos termos da Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Lei relativa à tutela jurisdicional nos procedimentos de concursos públicos) [omissis]², a seguir «ZPVPJN»), um órgão estatal especial, independente e autónomo, com competência para decidir da legalidade das adjudicações dos contratos públicos em todas as fases do procedimento de adjudicação (artigo 60.º, n.º 1, da ZPVPJN).
- 2 Na República da Eslovénia, nos termos do artigo 2.º da ZPVPJN, a tutela jurisdicional contra as violações cometidas nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos é garantida mediante:
 - a fase preliminar à revisão, perante a entidade adjudicante,
 - o processo de revisão perante a Državna revizijska komisja, e
 - o processo jurisdicional, em primeira instância, no Okrožno sodišče [Tribunal cantonal, Eslovénia], ao qual a lei de organização do sistema judiciário atribui competência exclusiva.

A tutela jurisdicional no Okrožno sodišče (Tribunal cantonal) está limitada à responsabilidade contratual e extracontratual e à declaração da nulidade dos contratos³, e não abrange a fiscalização da legalidade das decisões da Državna revizijska komisja, que são definitivas⁴.

- 3 O Tribunal de Justiça da União Europeia já reconheceu que a Državna revizijska komisja tem o estatuto de «órgão jurisdicional nacional» na aceção do artigo 267.º TFUE, no Acórdão de 8 de junho de 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431.
- 4 As circunstâncias que justificaram a decisão de reconhecer à Državna revizijska komisja o estatuto de «órgão jurisdicional nacional» na aceção do artigo 267.º TFUE não sofreram alterações após a prolação do referido acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. Em qualquer caso, a Državna revizijska komisja indica mais pormenorizadamente, no anexo 1 ao presente pedido de decisão prejudicial, as circunstâncias que justificaram que lhe fosse reconhecido o estatuto de «órgão jurisdicional nacional» na aceção do artigo 267.º TFUE.

¹ [Omissis]

² – [Omissis]

³ – [Omissis]

⁴ – [Omissis]

Partes no processo principal

- 5 A Državna revizijska komisija, órgão colegial composto por [omissis], foi chamada a pronunciar-se num litígio entre o Ministrstvo za notranje zadeve [Ministério do Interior] [omissis], Liubliana, República da Eslovénia (a seguir, «entidade adjudicante»), e a sociedade TAX-FIN-LEX, d. o. o. [Srl], [omissis] Liubliana, Eslovénia (a seguir «requerente»), a respeito do procedimento de adjudicação do contrato público denominado «Contrato público para prestação dos serviços de acesso ao sistema de informação jurídica», relativamente ao lote 1, denominado «Acesso ao sistema de informação jurídica». Como o comportamento controvertido da entidade adjudicante também afeta a situação da sociedade LEXPERA, d. o. o., [OMISSIS] Liubliana, República da Eslovénia (a seguir «proponente adjudicatária»), a quem a entidade adjudicante confiou a execução do contrato público em causa, e uma vez que a proponente adjudicatária tem os mesmos direitos e obrigações que as partes⁵, há que reconhecer-lhe a qualidade de parte no processo principal.

Objeto do litígio no processo principal e factos relevantes

- 6 Em 7 de junho de 2018, a entidade adjudicante, que é um organismo da República da Eslovénia, tomou a decisão de abertura de um procedimento para adjudicação do contrato público relativo ao acesso ao sistema de informação jurídica por um período de 24 meses.
- 7 O valor estimado do contrato público em causa, conforme fixado pela entidade adjudicante, é de 39 959,01 euros, montante inferior ao limiar definido no artigo 4.º da Diretiva 2014/24⁶.
- 8 Para efeitos de adjudicação do contrato público em causa – que se decompõe em dois lotes – a entidade adjudicante seguiu o procedimento de adjudicação dos contratos de baixo valor, que é um procedimento regulamentado a nível nacional para a adjudicação de contratos públicos⁷ a que as entidades adjudicantes podem recorrer para efeitos da adjudicação de contratos públicos de serviços de valor inferior ao limiar definido no artigo 4.º da Diretiva 2014/24.
- 9 Apenas a requerente e a proponente adjudicatária apresentaram atempadamente uma proposta para o lote 1. Na sequência das negociações levadas a cabo, a requerente propôs realizar o acesso ao sistema de informação jurídica (por um período de 24 meses) pelo preço de 0 (zero) euros.

⁵ [Omissis]

⁶ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 64)

⁷ [Omissis]

- 10 Através da decisão de adjudicação do contrato público, datada de 11 de janeiro de 2019, a requerente foi informada de que a sua proposta para o lote 1 tinha sido rejeitada [pois tinha proposto como preço final o montante de 0 (zero) euros, o que, no entender da entidade adjudicante, violava a legislação em matéria de adjudicação de contratos públicos], e que a entidade adjudicante tinha atribuído o lote 1 do contrato à proponente adjudicatária.
- 11 A requerente solicitou a revisão dessa decisão, em 17 de janeiro de 2019, não tendo a proponente adjudicatária apresentado observações a esse respeito. Na fase preliminar à revisão, a entidade adjudicante indeferiu esse pedido, por decisão de 5 de fevereiro de 2019. Em 11 de fevereiro de 2019, a entidade adjudicante remeteu a decisão do litígio para a Državna revizijska komisija, o que deu lugar à abertura do processo de revisão.
- 12 As partes discordam no que respeita à justeza da decisão da entidade adjudicante de rejeitar a proposta apresentada pela requerente. O único fundamento apresentado pela entidade adjudicante para justificar a decisão de rejeição da proposta da requerente consiste no facto de esta ter apresentado uma proposta ao preço final de 0 (zero) euros.
- 13 Como circunstância juridicamente relevante, cabe sublinhar que a entidade adjudicante não censura à requerente o facto de a sua proposta ser inusitadamente baixa (na verdade, a entidade adjudicante começou por reconhecer o carácter insolitamente baixo da proposta, mas não rejeitou a proposta da requerente pelo facto de esta não ter esclarecido o preço proposto). A entidade adjudicante também não censura à requerente o facto de a proposta não estar em conformidade com as exigências em vigor em matéria ambiental, social e laboral. A referida entidade também não sustenta que a proposta da requerente não satisfaz os requisitos, condições e critérios definidos no aviso de concurso e na documentação relativa à adjudicação do contrato público, ou que existem motivos impeditivos relativamente à requerente, ou que a requerente não cumpre os requisitos de participação definidos pela entidade adjudicante.
- 14 A requerente sustenta que a apresentação de uma proposta com um valor unitário de 0 (zero) euros não é inadmissível. Com efeito, as normas relativas à adjudicação de contratos públicos aplicam-se à celebração de contratos a título oneroso, mas isso não significa que a entidade adjudicante possa rejeitar a proposta de um proponente que ofereça serviços sem contrapartida. O proponente tem o direito de determinar livremente o preço da sua proposta e, portanto, também tem o direito, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, de oferecer serviços a título gratuito. Para além disto, se lhe tivesse sido adjudicado o contrato e tivesse tornado possível o acesso ao sistema de informação jurídica sem receber uma contrapartida, o requerente teria obtido uma vantagem, pois teria ganho acesso a um novo mercado ou novos utilizadores, vantagem essa que não é possível exprimir através de um valor monetário, mas que pode ser entendida como uma contrapartida pela execução do contrato em causa.

- 15 A entidade adjudicante sustenta que a proposta pelo preço unitário de 0 (zero) euros é incompatível com o conceito de contrato público. O contrato público é uma relação a título oneroso entre uma entidade adjudicante e um operador económico. Uma proposta pelo preço unitário de 0 (zero) euros afeta o carácter oneroso do (futuro) contrato, porquanto a gratuitidade da prestação oferecida torna o negócio gratuito. A prestação de serviços sem uma contrapartida não consubstancia um contrato público de prestação de serviços. A obtenção de um novo mercado não constitui uma contrapartida pela execução do contrato em causa, pois, embora represente uma mais-valia para (qualquer) operador económico, essa mais-valia não pode ser expressa através de um valor monetário, pelo que não é possível emitir uma fatura em nome da entidade adjudicante.

Normas relevantes

Direito da União

- 16 Artigo 1.º da Diretiva 2014/24:
- «1. A presente diretiva estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de conceção cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 4.º
2. Na aceção da presente diretiva, entende-se por «contratação pública» a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público».
- 17 O artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 dispõe o seguinte:
- «Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:
- [[...]]
- 5) “Contratos públicos”: contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.»
- 18 O artigo 4.º da Diretiva 2014/24 estabelece:
- «A presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:
- [[...]]

b) 134 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais ([[...]]).

[[...]]».

Direito esloveno

12 O artigo 2.º, n.º 1, da *Zakon o javnem naročanju* [Lei relativa aos contratos públicos [omissis], a seguir «ZJN-3»), aplicável à situação em causa no processo principal, determina o seguinte:

«Para efeitos do presente diploma, entende-se por:

1. “contrato público”: contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenha por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços;

[[...]]».

Fundamentação do pedido de decisão prejudicial

Aplicação do direito da União

19 O valor estimado do contrato público em causa é inferior ao limiar definido no artigo 4.º da Diretiva 2014/24.

20 O Tribunal de Justiça já por diversas vezes se declarou competente para se pronunciar sobre pedidos de decisão prejudicial relativos a disposições de um diploma da União Europeia em circunstâncias em que, embora esse diploma não fosse aplicável à situação factual em causa no processo principal, essas disposições se tornaram aplicáveis porquanto o direito nacional remetia para o seu conteúdo para efeitos da determinação das normas a aplicar a situações puramente internas (v., por exemplo, Acórdãos de 13 de março de 2019, E., C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192; de 17 de maio de 2017, ERGO Poist'ovňa, C-48/16, ECLI:EU:C:2017:377; e de 28 de outubro de 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, ECLI:EU:C:2010:647).

21 Decorre de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que, quando a legislação nacional pretende adequar-se, quanto às soluções que dá a situações puramente internas, às soluções adotadas no direito da União, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou de eventuais distorções de concorrência, ou ainda de assegurar um processo único em situações comparáveis, há um interesse manifesto da União Europeia em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retirados do direito da União sejam interpretados de modo uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar (v., por

exemplo, Acórdão de 3 de dezembro de 2015, Quenon K., C-338/14, EU:C:2015:795, n.º 17 e jurisprudência referida).

- 22 Essa situação também se verifica no presente caso. Embora a Diretiva 2014/24 não regule diretamente a situação do processo principal, cabe observar que o legislador esloveno, ao transpor as disposições da referida Diretiva 2014/24 para o ordenamento jurídico nacional, decidiu definir o conceito de «contrato público» de forma idêntica tanto para os contratos de valor superior ao limiar definido na referida diretiva como para aqueles cujo valor é inferior a esse limiar.
- 23 A ZJN-3, através da qual se procedeu à transposição da Diretiva 2014/24 para o ordenamento jurídico esloveno, aplica-se tanto aos contratos públicos que atingem o valor do limiar definido no artigo 4.º dessa diretiva, como aos contratos públicos que não atingem esse limiar.
- 24 A definição do conceito de «contrato público» na ZJN 3 é idêntica à constante da Diretiva 2014/24. Esta definição é igual tanto para os contratos públicos de valor superior ao limiar estabelecido no artigo 4.º da referida diretiva, como para os de valor inferior a esse limiar. Por este motivo, por força do direito nacional, a disposição do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, que define o conceito de «contrato público», também se aplica, de forma direta e incondicional, a situações às quais não se aplica a referida diretiva.
- 25 Embora a ZJN-3 preveja, para os contratos públicos cujo valor não atinge o limiar estabelecido no artigo 4.º da Diretiva 2014/24, um procedimento de adjudicação que se rege integralmente pelo direito nacional (não previsto na referida diretiva – trata-se do procedimento de adjudicação de contratos públicos de baixo valor), no que respeita ao conceito de «contrato público», contudo, não estabelece qualquer distinção entre os contratos de valor superior ao limiar definido no artigo 4.º da referida diretiva e os de valor inferior a esse limiar.
- 26 Para garantir um tratamento idêntico, é necessário interpretar o conceito de «contrato público», derivado do direito da União, de forma idêntica quer no que respeita às situações abrangidas pela Diretiva 2014/24 (nos procedimentos relativos aos contratos públicos com um valor superior ao limiar), quer no que respeita às situações a que essa diretiva não se aplica (nos procedimentos relativos aos contratos públicos com um valor inferior ao limiar). Isto significa que numa situação como a do processo principal, em que o valor do contrato público em causa é inferior ao limiar definido no artigo 4.º da Diretiva 2014/24, há que interpretar o conceito de «contrato público» tendo igualmente em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Fundamentos do reenvio prejudicial

- 27 A Državna revizijska komisija tem dúvidas no que respeita à interpretação e à aplicação do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, que define o conceito de contrato público.

- 28 O caráter oneroso da relação contratual existente entre a entidade adjudicante e o operador económico é um dos elementos essenciais que caracterizam o contrato público. Uma relação contratual é indubitavelmente onerosa quando ambas as partes do contrato do contrato são, respetivamente, credora e devedora uma da outra. O operador fornece à entidade adjudicante um bem ou um serviço e recebe desta última uma contrapartida pelo fornecimento desse bem ou desse serviço.
- 29 A Državna revizijska komisija interroga-se, porém, sobre a questão de saber se existe uma «onerosidade da relação contratual» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24 quando a entidade adjudicante não está obrigada a pagar uma contrapartida, mas, se o contrato relativo ao objeto do contrato público for celebrado, o operador económico ganhará acesso a um novo mercado e novos utilizadores. A circunstância de a entidade adjudicante obter o serviço ao preço de 0 (zero) euros ou de não estar obrigada a pagar uma contrapartida pelo fornecimento desse serviço pode permitir concluir que, no caso de o preço de uma proposta ser 0 (zero) euros, não existe onerosidade da relação contratual na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24. Todavia, mesmo no caso de a entidade adjudicante não estar obrigada a pagar qualquer montante a título de contrapartida pela prestação do serviço, o próprio facto de obter um contrato pode ter um valor (económico) para o operador económico que não é possível exprimir em termos monetários no momento da adjudicação ou da celebração do contrato. De facto, através da execução do contrato, o operador económico adquire um novo mercado e, por conseguinte, ganha referências, o que pode representar uma vantagem económica no futuro.
- 30 Se, no entanto, não for possível aceitar a tese de que a entrada no mercado ou a aquisição de um novo mercado e de referências podem configurar uma «onerosidade da relação contratual» na aceção do disposto no artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, a Državna revizijska komisija tem dúvidas quanto à aplicação dessa disposição da diretiva. A este respeito, a Državna revizijska komisija interroga-se sobre se a referida disposição constitui um fundamento jurídico autónomo para efeitos de rejeição da proposta.
- 31 A Državna revizijska komisija interroga-se sobre se a entidade adjudicante, após ter dado início ao procedimento de adjudicação do contrato público, pode rejeitar a proposta de um proponente quando durante esse procedimento constate que para obter a prestação do serviço não terá de pagar qualquer contrapartida, dado que o proponente propôs a execução do contrato ao preço de 0 (zero) euros.
- 32 Por um lado, caso fosse aceite a proposta ao preço de 0 (zero) euros, não existiria entre a entidade adjudicante e o proponente uma relação contratual a título oneroso, mas sim a título gratuito, na medida em que a entidade adjudicante não estaria obrigada a pagar uma contrapartida pelo serviço recebido. Devido ao seu caráter gratuito, o contrato celebrado não poderia ser considerado um contrato público. Isto significa que a entidade adjudicante tinha dado início a um procedimento de adjudicação de um contrato publico cujo resultado final não era a atribuição de um contrato público de prestação de serviços ou a celebração de um

contrato de execução de um contrato público, mas antes, por exemplo, um contrato de doação.

- 33 Por outro lado, o artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, que define o conceito de contrato público, não regula a forma de proceder no âmbito do procedimento de adjudicação de contratos públicos, mas define os casos em que essa diretiva se aplica. A definição do conceito de contrato público pode ser relevante antes da própria celebração do contrato ou depois dessa celebração. Antes da celebração do contrato, o conceito de contrato público constitui uma orientação que, caso a entidade adjudicante preveja o fornecimento de bens ou de serviços com base numa relação contratual a título oneroso, obriga a respeitar as disposições da Diretiva 2014/24. E inversamente, caso a entidade adjudicante preveja o fornecimento de bens ou de serviços com base numa relação contratual a título gratuito, não está obrigada a proceder em conformidade com as disposições da Diretiva 2014/24. Em contrapartida, depois da celebração do contrato, o conceito de contrato público é relevante para se estabelecer se um determinado contrato foi celebrado em conformidade com as normas relativas ao procedimento de adjudicação de contratos públicos.
- 34 O facto de ter dado início a um procedimento de adjudicação de um contrato público mostra que a entidade adjudicante entendeu que para obter o objeto desse contrato terá de pagar uma contrapartida. Só as propostas apresentadas pelos proponentes poderão demonstrar se esse entendimento da entidade adjudicante é ou não correto, tendo em conta a situação do mercado relevante. O posterior comportamento dos proponentes e o conteúdo das respetivas propostas não podem influenciar esse entendimento (prévio) da entidade adjudicante. Após o início do procedimento de adjudicação de um contrato público e o recebimento das propostas, a entidade adjudicante está obrigada a tomar em consideração essas propostas, a examiná-las e a avaliá-las, apenas à luz dos requisitos definidos previamente. Além disso, as entidades adjudicantes não organizam procedimentos de adjudicação de contratos públicos com o objetivo de celebrar contratos a título oneroso, mas sim para obter os bens ou os serviços (de que necessitam). Também no presente caso, se a entidade adjudicante aceitasse a proposta ao preço de 0 (zero) euros, obteria o objeto do contrato público em conformidade com as suas exigências.

Conclusões e conteúdo do pedido de decisão prejudicial

- 35 Por considerar que as dúvidas que manifestou dizem respeito à interpretação e à aplicação do direito da União Europeia, a Državna revizijska komisija submete ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, para efeitos de decisão prejudicial, as duas questões seguintes, sendo a resposta à segunda questão necessária apenas em caso de resposta negativa à primeira:

1. Existe «onerosidade da relação contratual», enquanto elemento de um contrato público na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, quando a entidade adjudicante não está obrigada a uma contrapartida, mas,

através da execução do contrato público, o operador económico obtém acesso a um novo mercado e referências?

2. Pode ou deve o artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24 ser interpretado no sentido de que constitui um fundamento para rejeitar uma proposta com o preço de 0 (zero) euros?

[Omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO