

Processo C-295/20**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:**

2 de julho de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas [Supremo Tribunal (Lituânia)]

Data da decisão de reenvio:

2 de julho de 2020

Recorrente:

«Sanresa» UAB

Recorrido:

Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (Direção de Proteção do Ambiente do Ministério do Ambiente, Lituânia)

Objeto do processo principal

O processo principal diz respeito à interpretação e à aplicação das regras substantivas que regulam a classificação e a avaliação do cumprimento dos requisitos a cumprir pelos fornecedores para poderem exercer uma atividade.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

Interpretação e aplicação da 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 (a seguir «Diretiva 2014/24») e do Regulamento (CE) n.º 1013/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativo a transferências de resíduos (a seguir «Regulamento n.º 1013/2006»); artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b) e terceiro parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «TFUE»).

Questões prejudiciais

1. Devem o artigo 18.º, n.º 2, o artigo 56.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), e segundo parágrafo, o artigo 58.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea a), e o artigo 58.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 e os artigos 3.º a 6.º e outras disposições do Regulamento n.º 1013/2006 (em conjunto ou separadamente, mas sem caráter exaustivo) ser interpretados no sentido de que a autorização concedida a um operador económico, necessária para transferir resíduos de um Estado-Membro da União Europeia para outro, deve ser considerada um requisito para a execução de um contrato de prestação de serviços e não um requisito relativo à habilitação para exercer uma atividade?
2. Caso a referida autorização para a transferência de resíduos deva ser considerada um critério de seleção do fornecedor (habilitação para o exercício da atividade profissional), devem os princípios da transparência e da concorrência leal, consagrados no artigo 18.º, n.º 1, primeiro e segundo parágrafos, da Diretiva 2014/24, no artigo 58.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea a), e no artigo 58.º, n.º 2, segundo parágrafo, da mesma diretiva, o princípio da livre circulação de pessoas, bens e serviços, consagrado no artigo 26.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e os artigos 7.º a 9.º do Regulamento n.º 1013/2006 (em conjunto ou separadamente, mas sem caráter exaustivo), ser interpretados e aplicados de modo a que os requisitos para a contratação pública de serviços de gestão de resíduos, especialmente no que respeita à data-limite para a apresentação de propostas, devem permitir aos fornecedores nacionais ou estrangeiros que pretendam transportar resíduos através das fronteiras dos Estados-Membros da União Europeia participar sem restrições nesses procedimentos de contratação pública, devendo, nomeadamente, ser-lhes permitido apresentar a referida autorização, caso esta tenha sido concedida numa data posterior à data-limite para a apresentação de propostas?
3. Caso a referida autorização para a transferência de resíduos, em conformidade com o artigo 49.º e o anexo V, parte C, n.º 17, da Diretiva 2014/24 e com o artigo 70.º, deva ser interpretada no sentido de que constitui um requisito para a execução de um contrato público, devem os princípios da contratação pública previstos no artigo 18.º dessa diretiva e o procedimento geral de adjudicação de contratos previsto no artigo 56.º ser interpretados no sentido de que, nos procedimentos de contratação pública, não pode ser rejeitada a proposta de um participante que não tenha apresentado essa autorização?
4. Devem o artigo 18.º, o artigo 56.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), o artigo 58.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea a), e o artigo 58.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24, ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional nos termos da qual as autoridades adjudicantes têm o direito de definir antecipadamente nos documentos do concurso um

procedimento de avaliação das propostas segundo o qual o direito dos fornecedores de exercerem uma atividade (habilitação para o exercício da atividade profissional) será verificado parcialmente ou não será verificado de todo, mesmo que a posse desse direito seja um pré-requisito para a execução legal do contrato público e as autoridades adjudicantes possam ser informadas antecipadamente da necessidade de ter esse direito?

5. Devem o artigo 18.º e o artigo 42.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24 e os artigos 2.º, n.º 35, 5.º e 17.º do Regulamento n.º 1013/2006, bem como outras disposições do mesmo regulamento, ser interpretados no sentido de que, em caso de contratação pública de serviços de gestão de resíduos, as autoridades adjudicantes só podem adjudicar legalmente esses serviços se definirem de forma clara e precisa nos documentos do concurso público a quantidade e a composição dos resíduos e outras condições relevantes para a execução do contrato (por exemplo, o acondicionamento)?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 18.º, n.ºs 1 e 2, artigo 42.º, n.º 1, primeiro parágrafo, artigo 49.º, artigo 56.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b) e segundo parágrafo, artigo 58.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea a), artigo 58.º, n.º 2, segundo parágrafo, e artigo 70.º da Diretiva 2014/24 e anexo V, parte C, n.º 17 e anexo XI dessa diretiva.

Artigo 2.º, n.º 35, artigos 3.º a 9.º e artigo 17.º do Regulamento n.º 1013/2006.

Artigo 26.º, n.º 2, TFUE.

Disposições de direito nacional invocadas

O artigo 35.º («Conteúdo dos documentos do concurso») da viešųjų pirkimų įstatymas (Lei da Contratação Pública) prevê:

1. *A autoridade adjudicante deve incluir nos documentos do concurso todas as informações sobre os termos e procedimentos do mesmo.*
2. *Os documentos relativos ao concurso público devem:*

[...]

- 2) *Especificar os motivos para a exclusão de fornecedores, os requisitos de qualificação e, quando aplicável, as normas exigidas para o sistema de gestão da qualidade e/ou normas do sistema de gestão ambiental, incluindo requisitos para membros individuais de um grupo de fornecedores que apresentem um pedido conjunto de participação ou proposta conjunta;*

3) *Fornecer a informação de que, se não tiver sido verificada ou não tiver sido verificada exhaustivamente a qualificação do fornecedor relativamente ao direito de exercer a atividade em causa, o fornecedor se compromete perante a autoridade adjudicante a que o contrato público seja executado apenas por pessoas com essa habilitação;*

[...]

5) *Incluir uma lista de documentos que confirmem a inexistência de motivos de exclusão de fornecedores, o cumprimento dos requisitos de qualificação e, quando aplicável, o cumprimento das normas do sistema de gestão da qualidade e/ou das normas do sistema de gestão ambiental exigidos, informar que o fornecedor deve apresentar um Documento Europeu Único de Contratação Pública, de acordo com os requisitos estabelecidos no artigo 50.º dessa lei e, no contexto de um concurso aberto, especificar se é aplicável a opção, prevista no artigo 59.º, n.º 4, dessa Lei, de apreciar primeiro a proposta apresentada pelo fornecedor e, posteriormente, examinar as qualificações deste;*

[...]

8) *Indicar o nome e a quantidade (volume) dos bens, serviços ou obras, a natureza dos serviços a prestar com os bens e os prazos para o fornecimento dos bens ou serviços ou para a execução das obras;*

[...]

4. *A autoridade adjudicante deve elaborar os documentos do concurso público em conformidade com as disposições da presente Lei. Os documentos do concurso público devem ser precisos, claros e inequívocos, para que os fornecedores possam apresentar propostas e a autoridade adjudicante possa adquirir o que necessita.*

O artigo 47.º («Verificação das qualificações de um fornecedor») da Lei da Contratação Pública prevê, nomeadamente:

1. *A autoridade adjudicante deve verificar se um fornecedor é competente, idóneo e capaz de cumprir os termos do contrato público e, portanto, pode especificar num anúncio de concurso ou noutros documentos do concurso os requisitos de qualificação necessários para os candidatos ou proponentes e os documentos ou informações que confirmem o cumprimento desses requisitos. Os requisitos de qualificação fixados pela autoridade adjudicante para os candidatos ou proponentes não podem restringir artificialmente a concorrência e devem ser proporcionais e relacionados com o objeto do contrato, precisos e claros. Na verificação das qualificações dos fornecedores podem ser tidos em conta, designadamente, os seguintes aspetos:*

1) *A habilitação para o exercício das atividades relevantes;*

[...]

2. *A autoridade adjudicante pode exigir nos documentos do concurso que o fornecedor esteja habilitado para o exercício das atividades necessárias à execução do contrato. Nos concursos de aquisição de serviços, pode exigir aos fornecedores que possuam uma autorização especial ou que sejam membros de uma determinada organização, se tal for exigido para poderem prestar os serviços em causa no seu país de origem.*

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

1 Em 7 de outubro de 2018, o Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (Direção de Proteção do Ambiente do Ministério do Ambiente, Lituânia; a seguir, «recorrida» ou «autoridade adjudicante») publicou um anúncio de concurso internacional aberto para a aquisição de serviços de gestão de resíduos perigosos (a seguir «procedimento de concurso»).

2 As condições do concurso estipulavam, nomeadamente:

Objeto do concurso público: Serviços de gestão de resíduos perigosos, no que respeita aos resíduos perigosos armazenados ao ar livre, em «Ūrus» ir Ko BUAB [...] (que constituem um perigo ambiental, mantidos em recipientes em decomposição, empilhados uns sobre os outros no solo, sendo afetados pelo peso, precipitação, temperatura do ar e outros fatores ambientais e contendo produtos químicos perigosos acessíveis a pessoas não autorizadas). Esta situação, que causa um risco acrescido, deve ser eliminada rapidamente para evitar um desastre ambiental [...]

Um fornecedor que participe no procedimento de concurso deve cumprir os requisitos de qualificação estabelecidos neste número. A qualificação do fornecedor deve ser adquirida antes da data limite para a apresentação de propostas. A autoridade adjudicante deve solicitar documentos, enumerados no quadro do presente número, que confirmem o cumprimento dos requisitos de qualificação, apenas ao fornecedor cuja proposta possa vir a ser adjudicada em conformidade com os resultados da avaliação [...]

O fornecedor tem de cumprir todos os requisitos de qualificação definidos:

– *estar habilitado a exercer a atividade exigida para a execução do contrato público, ou seja, ter um extrato completo do registo de entidades jurídicas do VĮ Registrų centras (Centro de Registos, uma empresa pública) ou outro documento oficial emitido por uma autoridade competente que certifique o direito de exercer a atividade exigida para a execução do contrato público, ou seja, a gestão de resíduos perigosos. [...] (ponto 1 no quadro do n.º 23) («condição do concurso impugnada»).*

[...]

Se não tiver sido verificada ou não tiver sido verificada exhaustivamente a qualificação do fornecedor relativamente ao direito de exercer a atividade em causa, o fornecedor compromete-se perante a autoridade adjudicante a que o contrato público seja executado apenas por pessoas com essa habilitação (n.º 23.1.2).

- 3 No procedimento de concurso foram apresentadas propostas por quatro fornecedores: «Sanresa» UAB (a seguir «recorrente») em conjunto com «Ekometrija» UAB e «Palemono keramikos gamykla» AB, indicando dois subcontratados, «Fortum Waste Solution A/S» (Dinamarca) e «ALS Czech republik s.r.o.» (República Checa); «Švykai» UAB; um grupo de fornecedores que incluía a «Žalvaris» UAB com a «Toksika» UAB; e «Eko Balt» UAB.
- 4 Em 22 de novembro de 2018, a autoridade adjudicante pediu à recorrente que fornecesse alguns dados para clarificar a sua proposta, nomeadamente no que dizia respeito à distribuição das respetivas operações de gestão de resíduos entre os seus parceiros e subcontratados e à informação sobre a identidade do subcontratado a quem era concedida autorização para efetuar a transferência internacional de resíduos.
- 5 Em 7 de dezembro de 2018, a autoridade adjudicante, depois de analisar as informações prestadas pelo recorrente, informou-o de que a transferência internacional de resíduos estava sujeita ao Regulamento n.º 1013/2006, nos termos do qual era necessário um consentimento para efetuar a transferência, e de que nenhum dos operadores económicos indicados pela recorrente possuía um.
- 6 Em 21 de maio de 2019, a autoridade adjudicante rejeitou a proposta da recorrente, anunciou a classificação das propostas e o adjudicatário (o grupo de fornecedores que incluía a «Žalvaris» UAB e «Toksika» UAB) e celebrou um contrato público de serviços com o adjudicatário.
- 7 O recorrido fundamentou a sua decisão de rejeitar a proposta da recorrente, nomeadamente, na crescente ameaça ao ambiente causada pelos resíduos não tratados e no incumprimento das condições do concurso relativas à obrigação dos fornecedores estarem habilitados a exercer a atividade exigida para a execução do contrato [a recorrente devia ter o consentimento da Aplinkos apsaugos agentūra (Agência de Proteção do Ambiente) para efetuar a transferência internacional de resíduos nos termos das disposições do Regulamento n.º 1013/2006 e, apesar de ter sido convidada a fazê-lo, não conseguiu indicar novos subcontratados que tivessem obtido consentimento ou que não precisassem dele].
- 8 Em 30 de maio de 2019, a recorrente apresentou ao recorrido uma reclamação quanto à rejeição da sua proposta. A recorrente declarou que satisfazia o requisito de qualificação de fornecedores nos termos das condições do concurso, uma vez que estas não incluíam a exigência de apresentar o consentimento para a transferência internacional junto com a proposta. Segundo a recorrente, esse consentimento devia ser considerado um requisito para a execução do contrato e

não um requisito de qualificação. Observou também que, em todo o caso, não podia obter o consentimento para transferir resíduos porque as condições do concurso não indicavam a quantidade e a composição precisas dos mesmos.

- 9 Em 10 de junho de 2019, o recorrido adotou uma decisão de indeferimento da reclamação da recorrente, na qual, no essencial, repetiu os fundamentos das suas decisões anteriores.
- 10 Em 20 de junho de 2019, a recorrente interpôs recurso para o Vilniaus apygardos teismas (Tribunal Regional de Vilnius, Lituânia), o qual não teve provimento. Em 16 de outubro de 2019, a recorrente recorreu para o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia), que negou provimento ao recurso, por Decisão de 18 de dezembro de 2019.
- 11 Os tribunais, no essencial, consideraram que, nos termos do artigo 47.º da Lei da Contratação Pública, a autoridade adjudicante devia verificar as qualificações dos fornecedores, o que significa que podia incluir nas condições do concurso o requisito relativo ao direito de exercer uma atividade; entenderam que a condição do concurso impugnada constituía um requisito de qualificação do fornecedor; consideraram procedentes os argumentos do recorrido, segundo os quais, nos termos do Regulamento n.º 1013/2006, a recorrente tinha de apresentar à autoridade adjudicante o consentimento da transferência, uma vez que tinha decidido transferir resíduos para outro Estado-Membro da União Europeia; e declararam que essa conclusão não era alterada pelo facto de tal documento não estar especificado nas condições do concurso, uma vez que o documento era mencionado em normas imperativas do direito da União e, portanto, a exigência do documento não implicava uma violação do princípio da adjudicação de contratos públicos.
- 12 Em 17 de janeiro de 2020, a recorrente interpôs um recurso em matéria de direito no Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia; a seguir «tribunal de cassação»).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 13 Decorre claramente dos autos que o valor do contrato público de serviços celebrado em 7 de outubro de 2019, ou seja, 1 167.500,00 euros, sem IVA, excede o valor mínimo da contratação pública internacional, pelo que o litígio entre as partes está abrangido, sem dúvida, pelo âmbito de aplicação da legislação da União em matéria de contratos públicos (Diretiva 2014/24). A aplicação do Regulamento n.º 1013/2006 não está associada ao valor da transferência de resíduos, mas depende do objeto (os resíduos em causa) e do aspeto territorial, e, como tal, o litígio entre as partes enquadra-se no âmbito de aplicação deste ato do direito da União.

- 14 No processo em apreço, o litígio entre as partes prende-se com a legalidade da avaliação das propostas apresentadas pelo proponente e pelo adjudicatário no que respeita ao cumprimento dos requisitos estabelecidos.

O requisito de apresentar, durante o procedimento de contratação pública, o consentimento para realizar transferências internacionais de resíduos, nos termos do Regulamento n.º 1013/2006

- 15 Segundo a Secção, a questão jurídica fundamental, relativa, entre outros aspetos, à interpretação e aplicação das disposições da Diretiva 2014/24 e do Regulamento n.º 1013/2006, diz respeito à classificação adequada das condições da proposta, ou seja, se se trata de um requisito relativo à habilitação dos fornecedores para exercerem uma atividade ou de um requisito para a execução do contrato público. Esta questão não é um fim em si mesma; é essencialmente a base para avaliar a legalidade da decisão da autoridade adjudicante de rejeitar a proposta da recorrente.
- 16 Neste contexto, importa salientar a jurisprudência constante do tribunal de cassação, segundo a qual, na resolução de litígios entre autoridades adjudicantes e fornecedores, o que é de facto determinante é o conteúdo da condição, e não a designação que lhe é dada pela autoridade adjudicante; a correta qualificação das condições dos documentos do concurso assegurará a correta aplicação das disposições da Lei de Contratação Pública aos diversos procedimentos de concurso e, conseqüentemente, a correta resolução do litígio.
- 17 Por outro lado, importa salientar que a condição do concurso impugnada não exige expressamente que se apresente o consentimento para a transferência internacional de resíduos juntamente com a proposta. As partes não estão em litígio relativamente a este facto.
- 18 O recorrido interpretou a condição da proposta impugnada no sentido de abranger o requisito de estar habilitado a realizar transferências internacionais de resíduos. Os tribunais que examinaram o processo apoiaram esse ponto de vista.
- 19 O tribunal de cassação declarou mais do que uma vez que a qualificação do fornecedor é entendida como a sua capacidade e preparação para executar adequadamente as obrigações a assumir no âmbito do contrato público; esta é uma categoria objetiva (um facto jurídico) que indica a existência de determinados factos do passado (por exemplo, rentabilidade da atividade) ou do presente (por exemplo, competência do pessoal da empresa); a qualificação deve ser adquirida até à data limite para a apresentação de propostas fixada nos documentos de concurso. A mesma posição é essencialmente afirmada na jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 42).
- 20 A jurisprudência do tribunal de cassação relativa à qualificação das condições da contratação pública como um requisito de capacidade do fornecedor ou um

requisito para a execução do contrato estabelece, nomeadamente, que é importante para essa avaliação determinar se o requisito relevante nas condições do concurso está direta e inequivocamente previsto de modo a que a avaliação do seu cumprimento está vinculada à data limite de apresentação das propostas; é também necessário apreciar as normas legais relevantes que dão origem à obrigação de o fornecedor dispor de uma determinada autorização para exercer uma atividade.

- 21 Ao longo de todo o processo, a recorrente alegou sempre que, em conformidade com as disposições do Regulamento n.º 1013/2006, a autorização, cuja apresentação foi exigida pelo recorrido, prende-se com a execução de um contrato específico e não com a qualificação do fornecedor. Segundo a Secção, tal interpretação do Regulamento n.º 1013/2006, tendo em conta as suas disposições, não parece, *a priori*, infundada.
- 22 De facto, nos termos das disposições do Regulamento n.º 1013/2006, a autorização para efetuar transferências internacionais de resíduos é de natureza mais concreta do que geral, dado que uma transferência de resíduos é considerada legal, nomeadamente, quando é notificada às autoridades competentes, estas emitiram autorizações e a transferência é executada como indicado nos documentos de notificação ou de acompanhamento e nos termos das disposições do regulamento.
- 23 Segundo a Secção, o simples facto de um determinado documento que permite a um operador económico atuar conter informações muito específicas não excluiria por si só a possibilidade de qualificar essa autorização como prova do direito de exercer uma atividade.
- 24 Não obstante, a Secção considera que a autorização para transferência de resíduos de um Estado-Membro para outro é válida por um período bastante breve, e mesmo quando tenha sido obtida a autorização para transferir os resíduos relevantes, não será possível utilizar essa autorização noutro momento, em especial porque a finalidade para a qual a autorização foi concedida já foi cumprida. Além disso, a composição das várias transferências de resíduos pode ser diferente e, mesmo que se mantenha a mesma, o Estado de trânsito e o Estado de destino podem variar. Por conseguinte, a emissão e validade da autorização de transferência e a possibilidade de a utilizar dependem não só da fiabilidade e dos esforços da entidade que procura obtê-la, mas também de outras circunstâncias específicas.
- 25 Além disso, segundo as disposições do Regulamento n.º 1013/2006, as autoridades competentes dos Estados respetivos (os Estados de expedição, destino ou trânsito) gozam de uma discricionariedade bastante ampla para recusar a emissão de autorização, pelo que existe um risco significativo de que um fornecedor a quem tenha sido adjudicado um contrato público para a transferência de resíduos e que tenha celebrado o contrato, ou o parceiro desse fornecedor, acabem por ser incapazes de executar legalmente o mesmo.

- 26 A Secção tem dúvidas sobre a questão de saber se o risco de a autorização não ser emitida deve ser transferido para as autoridades adjudicantes que selecionaram o adjudicatário e celebraram contrato com o mesmo. Por outro lado, se a condição da proposta impugnada for interpretada como um requisito de qualificação, o risco, associado ao ónus administrativo de requerer a autorização de transferência e ao ónus económico de procurar obter uma garantia financeira (artigo 6.º do Regulamento n.º 1013/2006), recairia inevitavelmente sobre o fornecedor.
- 27 Por último, o tribunal de cassação considera a este respeito que uma decisão sobre a qualificação da condição da proposta impugnada, tendo em conta a natureza específica da autorização de transferência, deve basear-se, entre outras coisas, nas disposições da Diretiva 2014/24, *a fortiori* o seu artigo 58.º e o seu anexo XI. No entanto, nem este artigo nem o preâmbulo da diretiva contêm disposições mais claras que permitam determinar o conteúdo efetivo da condição da proposta impugnada precisamente quando se examina se a autorização para transferir resíduos é um elemento que caracteriza as qualificações dos fornecedores. Por outras palavras, não é claro se o legislador da União, ao definir o conceito de «habilitação para o exercício de uma atividade profissional», pretendia descrever situações de qualquer tipo, abrangendo, nomeadamente, a emissão e a utilização de uma autorização específica para o exercício de uma atividade.

Análise do direito do fornecedor de exercer uma atividade (artigo 35.º, n.ºs 2 e 3 da Lei da Contratação Pública)

- 28 No caso de vir a ser decidido que a condição do procedimento de concurso impugnado deve ser considerada um requisito para que os fornecedores tenham o direito de exercer uma atividade e que esse requisito decorre do procedimento de concurso e da aplicação das disposições do Regulamento n.º 1013/2006, pelo que os fornecedores devem cumpri-la, isso levanta questões adicionais relativas à avaliação da capacidade dos fornecedores, tendo em conta o n.º 23.1.2 das condições do concurso que cita o artigo 35.º, n.ºs 2 e 3 da Lei da Contratação Pública.
- 29 A recorrente baseia a sua posição na ilegalidade da rejeição da sua proposta, nomeadamente no facto de, devido ao conteúdo da condição da proposta impugnada e à aplicação sistémica do n.º 23.1.2 das condições do concurso, a sua proposta não poder ser rejeitada, uma vez que o próprio recorrido referiu nas condições do concurso que o direito do fornecedor de exercer uma atividade só seria verificado parcialmente.
- 30 A Secção observa que, durante muito tempo (até ao início de 2017), foi aplicada na Lituânia uma prática parcialmente incorreta, segundo a qual os documentos dos concursos públicos não fixavam nenhum requisito relativo ao direito dos fornecedores de exercerem uma atividade ou os requisitos eram formulados de forma demasiado abstrata, enunciando uma condição geral sem especificar qual o direito específico a ser exercido ou quais as provas documentais a apresentar. O tribunal de cassação considerava, na altura, que o princípio da transparência

também impunha a exigência de observar as normas legais imperativas previstas noutra legislação especial, o que significava essencialmente que o fornecedor era responsável, de acordo com a definição do objeto do procedimento de concurso e com outras disposições de especificações técnicas, pela avaliação de todos os certificados, autorizações, atestados e outros documentos semelhantes exigidos, que provassem a posse de uma habilitação específica.

- 31 Essa jurisprudência do tribunal de cassação foi aplicada até 14 de fevereiro de 2017, quando uma decisão em processo civil alterou a jurisprudência nacional anteriormente existente. Essa decisão, baseada, entre outros, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de junho de 2016 no processo Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), afirmava o seguinte: a) a prevalência da aplicação de legislação especial sobre a clareza das condições para a contratação pública implica que as autoridades adjudicantes gozem de um poder discricionário demasiado amplo e cria um risco de abuso por parte das mesmas; b) as autoridades adjudicantes não podem rejeitar as propostas dos fornecedores com base em requisitos que não estejam claramente predefinidos, mesmo que os requisitos resultem de normas legais imperativas; c) Se as condições de adjudicação não indicarem claramente os requisitos para o direito de exercer uma atividade que estejam previstos noutros atos jurídicos vinculativos e os fornecedores não os preencherem, os fornecedores devem ser autorizados a colmatar qualquer lacuna nas suas propostas; d) Esse mecanismo de retificação inclui a autorização para o fornecedor recrutar novas entidades – parceiros ou subcontratados – para a execução de um contrato público se ele próprio não puder ou não estiver habilitado a executar determinadas obras (prestar determinados serviços).
- 32 Importa salientar que, ao transpor as disposições da Diretiva 2014/24, o legislador lituano adotou uma nova versão da Lei da Contratação Pública, no artigo 35.º, n.ºs 2 e 3, na qual, com vista a evitar a rejeição de propostas com base em requisitos de qualificação que não estejam claramente definidos, permite expressamente às autoridades adjudicantes que não verifiquem (ou não verifiquem exaustivamente) a capacidade dos fornecedores em causa.
- 33 Ao interpretar esta disposição, o tribunal de cassação observou que a Lei da Contratação Pública reflete essencialmente a prática nas relações jurídicas privadas de assegurar a posse da habilitação relevante para exercer uma atividade em relações jurídicas contratuais e não pré-contratuais (embora as autoridades adjudicantes não estejam de facto proibidas de estabelecer esse requisito de capacidade nos documentos do concurso público); antes de celebrarem um contrato público, as autoridades adjudicantes devem, em qualquer caso, verificar se as entidades em causa podem assumir e cumprir obrigações contratuais.
- 34 Além disso, tendo em conta os deveres das autoridades adjudicantes decorrentes do princípio da transparência, a expressão «a qualificação não foi verificada» abrange não só o pedido de apresentação de um documento que certifique a habilitação em causa, mas sobretudo a formulação (prevista) nas condições do concurso público do próprio requisito de que os fornecedores devem possuir essa

capacidade, ou seja, considera-se verificada a qualificação quando os requisitos relevantes estão previstos nas condições do concurso e a autoridade adjudicante, ao analisar uma proposta, requer que sejam apresentados os documentos relevantes.

- 35 Da jurisprudência do tribunal de cassação entre 2017 e 2019 conclui-se que, se uma autoridade adjudicante não verificasse, na totalidade ou em parte, se os fornecedores tinham o direito de exercer uma atividade, o fornecedor adjudicatário seria obrigado, antes da celebração do contrato público, a fornecer à autoridade adjudicante prova documental dessa habilitação, independentemente da data da sua emissão, e, se o fornecedor não tivesse essa habilitação, poderia indicar novas entidades, nomeadamente parceiros em atividade conjunta ou subcontratados.
- 36 A Secção interroga-se se essa legislação nacional, ao abrigo da qual as autoridades adjudicantes têm o direito ilimitado de não verificar se os fornecedores têm o direito de exercer uma atividade, embora seja possível que essas autoridades possam (ou devam) estar conscientes da necessidade de possuir essa habilitação e possam (ou devam) compreender que tal afeta a boa execução do contrato público, é compatível com os princípios da transparência e da proteção das legítimas expectativas e com a prática de uma execução racional dos procedimentos de contratação pública.

A legalidade das condições dos concursos públicos que definem o objeto do procedimento de contratação pública

- 37 A Secção também tem dúvidas em relação às condições do concurso que definem o objeto do procedimento do concurso e em relação a algumas disposições das especificações técnicas. As condições do concurso evidenciam que a autoridade adjudicante não conhece completamente a composição e a quantidade exatas dos resíduos a remover.
- 38 Neste contexto, o tribunal de cassação e o Tribunal de Justiça declararam, nomeadamente, mais do que uma vez, que as especificações técnicas devem ser suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objeto do contrato e às autoridades adjudicantes a adjudicá-lo; devem ser indicadas de forma clara, de modo a que todos os proponentes saibam o que comportam as condições estabelecidas pela autoridade adjudicante (Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos, C-368/10, EU:C:2012:284).
- 39 Por outro lado, mesmo que estivemos perante a situação contrária, ou seja, se o recorrido pudesse legalmente dar uma definição não abrangente do objeto do procedimento de contratação pública, a Secção tem dúvidas quanto à legalidade de tal situação nos termos das disposições do Regulamento n.º 1013/2006, especialmente se a condição da proposta impugnada fosse classificada como um requisito relativo à habilitação para exercer uma atividade. O artigo 2.º, n.º 35, do Regulamento n.º 1013/2006 torna claro que existe uma transferência ilegal,

nomeadamente, quando a transferência é efetuada de um modo não especificado de forma material na notificação ou nos documentos de acompanhamento. Por conseguinte, a legalidade da transferência de resíduos depende, nomeadamente, do cumprimento das condições iniciais a que está sujeita a emissão da autorização para a transferência de resíduos.

- 40 O artigo 17.º do Regulamento n.º 1013/2006 prevê que, caso sejam efetuadas alterações essenciais dos dados e/ou condições, as autoridades competentes e o destinatário devem ser informados, sempre que possível, antes do início da transferência; nesses casos é efetuada uma nova notificação. Isto significa que, quando a composição e quantidade reais de todos os resíduos perigosos se tornarem conhecidos durante a execução do contrato público, o transportador deve, essencialmente, recomeçar o procedimento de notificação.
- 41 Nas condições do concurso, a autoridade adjudicante indicou que, se a composição dos resíduos nos contentores que tinha examinado fosse alterada ou a composição fosse determinada de novo com base em contentores não examinados anteriormente, o fornecedor devia gerir os recursos ao abrigo do código 19 12 11 («outros resíduos do tratamento mecânico de resíduos, contendo substâncias perigosas») ou ao abrigo do código 16 10 01 («resíduos líquidos aquosos contendo substâncias perigosas»). A Secção tem dúvidas quanto a uma alternativa tão pouco abrangente à definição do objeto do procedimento no que respeita à aplicação das disposições do Regulamento n.º 1013/2006.
- 42 Por exemplo, nos termos do artigo 5.º do referido regulamento, o notificador e o destinatário têm de celebrar um contrato para a valorização ou eliminação dos resíduos. Não é claro se as partes podem estipular, nesse contrato, a transferência de resíduos ao abrigo dos códigos de resíduos perigosos acima mencionados, quando nem todos os dados necessários sobre a composição dos resíduos estejam disponíveis.
- 43 Tendo em conta o que precede, a Secção tem dúvidas fundadas sobre se, nos termos da legislação geral relativa aos contratos públicos (Diretiva 2014/24) e disposições relevantes do Regulamento n.º 1013/2006, quando as autoridades adjudicantes contratam serviços de gestão de resíduos, não estão obrigadas a definir a quantidade e composição, e outras informações relevantes, dos resíduos a ser removidos e tratados, com o máximo de precisão e detalhes possível, em vez de deixar que sejam os fornecedores a averiguá-lo e a adaptar-se quando o contrato público for executado.