

**Processo C-927/19****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 dezembro de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal, Lituânia)

**Data da decisão de reenvio:**

17 de dezembro de 2019

**Demandante e recorrida em cassação:**

«Ecoservice Klaipėda» UAB

**Demandada e recorrente em cassação:**

«Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras» UAB

---

**Objeto do processo principal**

O processo principal tem por objeto a interpretação e a aplicação de regras substantivas que regem a proteção de informações confidenciais fornecidas por fornecedores a entidades adjudicantes em procedimentos de contratação pública e de recurso, a fixação de requisitos de concurso e a qualificação de informações fornecidas por fornecedores como sendo falsas.

**Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial**

Interpretação de disposições da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2007 (a seguir «Diretiva 89/665»), 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 da Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais (a seguir «Diretiva 2016/943»), que dizem respeito aos requisitos de concurso e a vários aspetos da proteção de informações confidenciais em contratos públicos, assim como dos Acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de maio de 2017, Esaprojekt (C-387/14), e de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18); primeiro parágrafo, alínea b), e terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE.

### Questões prejudiciais

- 1) Um requisito de concurso que obriga os fornecedores a demonstrar um determinado nível de rendimentos operacionais anuais médios decorrentes do exercício de atividades exclusivamente relacionadas com serviços específicos (gestão de resíduos urbanos mistos) está abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 58.º, n.ºs 3 ou 4, da Diretiva 2014/24?
- 2) O método de avaliação da capacidade dos fornecedores, estabelecido pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 4 de maio 2017, Esaprojekt (C-387/14), depende da resposta à primeira questão?
- 3) Um requisito de concurso que obriga os fornecedores a demonstrar que os veículos necessários para o fornecimento dos serviços [de gestão de resíduos] cumprem os requisitos técnicos específicos, incluindo emissões poluentes (EURO 5), instalação de um transmissor GPS, capacidade adequada, entre outros, está abrangido pelo âmbito de aplicação (a) do artigo 58.º, n.º 4 (b) do artigo 42.º em conjugação com as disposições do anexo VII (c) do artigo 70.º da Diretiva 2014/24?
- 4) Devem o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, que estabelece o princípio da eficácia dos processos de recurso, o artigo 1.º, n.ºs 3 e 5, da mesma diretiva, o artigo 21.º da Diretiva 2014/24 e a Diretiva 2016/943, nomeadamente o seu considerando 18 e o seu artigo 9.º, n.º 2, terceiro parágrafo (em conjunto ou separadamente, mas sem limitação a estes), ser interpretados no sentido de que, quando as regras jurídicas nacionais que regem os contratos públicos preveem um processo vinculativo pré-contencioso de resolução de litígios:
  - (a) a entidade adjudicante tem o dever de disponibilizar ao fornecedor que iniciou o processo de recurso todas as informações sobre a proposta de outro fornecedor (independentemente da sua natureza confidencial), se esse processo tiver especificamente por objeto a legalidade da avaliação da proposta do outro fornecedor e o fornecedor que iniciou o procedimento tiver pedido expressamente à entidade adjudicante, antes do início deste, que lhe facultasse tais informações;

- (b) independentemente da resposta à questão anterior, a entidade adjudicante, quando indefere a reclamação deduzida pelo fornecedor, relativa à legalidade da avaliação da proposta do seu concorrente, deve responder de forma clara, completa e concreta, não obstante haver o risco de divulgar informação confidencial sobre a proposta que lhe foi confiada?
- 5) Devem o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, o artigo 1.º, n.ºs 3 e 5, e o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 89/665, o artigo 21.º da Diretiva 2014/24 e a Diretiva 2016/943, nomeadamente o seu considerando 18 (em conjunto ou separadamente, mas sem limitação a estes), ser interpretados no sentido de que a decisão da entidade adjudicante de não conceder a um fornecedor acesso às informações confidenciais da proposta de outro participante pode ser judicialmente impugnada em separado?
- 6) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, deve o artigo 1.º, n.º 5, da Diretiva 89/665 ser interpretado no sentido de que o fornecedor tem de apresentar à entidade adjudicante uma reclamação da decisão que esta adotou e, se necessário, intentar uma ação judicial?
- 7) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, devem o artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 89/665 ser interpretados no sentido de que, dependendo da extensão da informação disponível sobre o conteúdo da proposta do outro fornecedor, o fornecedor pode intentar uma ação judicial exclusivamente relativa à recusa de lhe serem prestadas informações, sem pôr em causa separadamente a legalidade de outras decisões da entidade adjudicante?
- 8) Independentemente das respostas às questões anteriores, deve o artigo 9.º, n.º 2, terceiro parágrafo, da Diretiva 2016/943 ser interpretado no sentido de que o tribunal, tendo recebido o pedido do demandante no sentido de a outra parte no litígio ser obrigada a apresentar provas e de o tribunal as pôr à disposição do demandante, deve deferir tal pedido, independentemente da atuação da entidade adjudicante durante os processos de contratação e de recurso?
- 9) Deve o artigo 9.º, n.º 2, terceiro parágrafo, da Diretiva 2016/943 ser interpretado no sentido de que, depois de indeferir o pedido do demandante de divulgação de informação confidencial relativa à outra parte no litígio, o tribunal deve avaliar oficiosamente a importância dos dados cuja divulgação é pedida e os efeitos dos dados na legalidade do processo de contratação pública?
- 10) Pode o motivo de exclusão de fornecedores previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24, tendo em conta o Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, ser aplicado de modo a que o tribunal, quando aprecia um litígio entre

um fornecedor e a entidade adjudicante, possa decidir oficiosamente, independentemente da avaliação da entidade adjudicante, que o proponente em causa, agindo com dolo ou negligência, apresentou informações enganosas e factualmente imprecisas à entidade adjudicante e, por conseguinte, teve de ser excluído dos procedimentos de contratação pública?

- 11) Deve o artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24, aplicado em conjugação com o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º, n.º 1, desta diretiva, ser interpretado e aplicado de modo que, quando a legislação nacional prevê sanções acessórias (além da exclusão dos procedimentos de contratação) para a apresentação de informações falsas, essas sanções só podem ser aplicadas com base na responsabilidade pessoal, designadamente quando só alguns dos coparticipantes no procedimento de contratação pública tiverem apresentado informações factualmente imprecisas (por exemplo, um de vários parceiros)?

#### **Disposições de direito da União invocadas**

Artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, artigo 1.º, n.ºs 3 e 5, e artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 89/665.

Artigo 18.º, n.º 1, artigo 21.º, artigo 42.º em conjugação com o anexo VII, artigo 57.º, n.º 4, alínea h), artigo 58.º, n.ºs 3 e 4, e artigo 70.º da Diretiva 2014/24.

Considerando 18 e terceiro parágrafo do artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2016/943.

#### **Disposições de direito nacional invocadas**

Artigo 1.116 (Segredo comercial e profissional) do Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Código Civil da República da Lituânia; a seguir «Código Civil»).

Artigo 10.º, n.ºs 1 a 4 (Acesso público aos autos do processo) e artigo 10.º<sup>1</sup>, n.ºs 1 a 5 (Características específicas da proteção de segredos comerciais) do Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Código de Processo Civil da República da Lituânia; a seguir «Código de Processo Civil»).

Artigo 2.º, n.º 34 (Principais termos utilizados na presente lei), artigo 17.º, n.º 1 (Princípios fundamentais em matéria de contratação), artigo 20.º, n.ºs 1 a 5 (Confidencialidade), artigo 37.º, n.ºs 1, 3 e 4 (Especificação técnica), artigo 45.º, n.ºs 1 e 3 (Princípios gerais da avaliação de um fornecedor e de um pedido de participação e proposta apresentada por este), artigo 46.º, n.ºs 4, pontos 4 e 5, 5, 7 e 8 (Motivos de exclusão de um fornecedor), artigo 47.º n.ºs 1, pontos 1 a 3 e 6 (Verificação das qualificações de um fornecedor), artigo 52.º n.ºs 1, pontos 1 e 2, 2 e 3 (Retenção de informação ou apresentação de informação falsa ou não apresentação de documentos), artigo 55.º, n.º 9 (Avaliação e comparação de

propostas), artigo 58.º, n.ºs 3 e 5 (Informação dos resultados do procedimento de contratação) da Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Lei da República da Lituânia relativa aos contratos públicos; a seguir «Lei dos contratos públicos»).

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

- 1 Em 27 de setembro de 2018, a demandada (igualmente «entidade adjudicante») anunciou um concurso aberto internacional de contratação de serviços de recolha de resíduos urbanos do município de Neringa e seu transporte para as instalações de tratamento do aterro regional de Klaipėda (a seguir «procedimento de concurso»).
- 2 Foram apresentadas propostas por três fornecedores: a demandante «Ecoservice Klaipėda» UAB (igualmente «demandante», «proponente A»); «Ekonovus» UAB; e o agrupamento de operadores económicos «Klaipėdos autobusų parkas» UAB, «Parsekas» UAB e «Klaipėdos transportas» UAB que opera ao abrigo de um acordo de atividade conjunta (igualmente «proponente B»).
- 3 Em 29 de novembro de 2018, a entidade adjudicante informou os participantes da avaliação das suas propostas e dos resultados do procedimento de concurso: o proponente B foi o proponente selecionado e a demandante ficou classificada em segundo lugar.
- 4 Em 10 de dezembro de 2018, a demandante apresentou uma reclamação junto da entidade adjudicante, na qual contestava os resultados do procedimento de concurso, alegando que as qualificações do proponente B não cumpriam os requisitos. Segundo a informação de que a demandante dispunha, a «Parsekas» UAB não podia ter executado contratos relacionados com a recolha e o transporte de resíduos urbanos mistos com um valor total de 200 000 euros (excluindo IVA) nos últimos três anos (conforme exigido na secção dos requisitos do concurso intitulada «Capacidade financeira e económica»), uma vez que, no âmbito de outros procedimentos de contratação, esta sociedade participa regularmente em atividades conjuntas na qualidade de parceiro principal que é pago pela prestação de serviços, mas *de facto* não exerce atividades de gestão de resíduos urbanos mistos. Além disso, a demandante afirmou que o proponente B não preenche os requisitos relativos à capacidade técnica, uma vez que o veículo referido nos documentos apresentados pela «Parsekas» UAB no procedimento de concurso não cumpre vários parâmetros técnicos obrigatórios estabelecidos nos requisitos do concurso (especificações técnicas).
- 5 Em 17 de dezembro de 2018, tendo apreciado a reclamação da demandante, a entidade adjudicante indeferiu-a com o fundamento de que o proponente B, confirmando o cumprimento do requisito respeitante aos contratos executados, apresentou, nos termos dos requisitos do concurso, elementos de prova de contratos que celebrou relacionados com a gestão de resíduos urbanos mistos, cujo valor corresponde ao montante exigido, assim como informação técnica sobre o veículo declarado.

- 6 Em 27 de dezembro de 2018, a demandante intentou uma ação no Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional, Klaipėda, Lituânia).
- 7 Por sentença de 15 de março de 2019, que julgou improcedente a ação da demandante, este tribunal de primeira instância concluiu que o proponente B cumpria os requisitos de qualificação relativos aos fornecedores.
- 8 Na sequência do recurso interposto pela demandante, o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso, Lituânia), por acórdão de 30 de maio 2019, anulou a sentença do tribunal de primeira instância, julgou procedente a ação da demandante, anulou a decisão da demandada que estabelecia a classificação das propostas e obrigou a entidade adjudicante a repetir a avaliação das propostas. O tribunal declarou que o proponente B cumpria o requisito respeitante aos contratos executados mas não demonstrou a sua capacidade técnica, uma vez que nem todos os veículos declarados em data posterior tinham sido inicialmente incluídos na proposta.
- 9 A demandada interpôs um recurso em matéria de direito, em relação ao qual a demandante apresentou réplica.
- 10 Além disso, no processo principal, a demandante e a demandada discordaram quanto à questão de saber que dados da proposta selecionada podem ser tornados públicos e que dados constituem informação confidencial, à qual a demandante não pode ter acesso.
- 11 Em 4 de dezembro de 2018, a demandante pediu à entidade adjudicante para aceder à proposta do proponente B e, em 6 de dezembro de 2018, consultou os dados não confidenciais desta proposta.
- 12 No decurso do processo perante o tribunal de primeira instância, a demandante pediu ao tribunal que obrigasse a demandada a apresentar documentos adicionais e a conceder acesso a toda a informação incluída na proposta do proponente B (excluindo apenas a informação comercialmente sensível), e que obrigasse a «Parsekas» UAB a fornecer dados sobre os contratos de gestão de resíduos classificados como confidenciais que celebrou.
- 13 Após ter apresentado documentos adicionais ao tribunal, a demandada, por sua vez, pediu ao tribunal que não concedesse à demandante acesso aos dados confidenciais apresentados na proposta do proponente B e para os classificar como elementos não públicos dos autos do processo.
- 14 Por despacho de 30 de janeiro de 2019, o tribunal de primeira instância deferiu este pedido da demandada e, em 14 de fevereiro e 21 de fevereiro de 2019, julgou improcedentes os referidos pedidos da demandante.
- 15 Em 26 de julho de 2019, a demandante, antes de apresentar a sua réplica ao recurso em matéria de direito, pediu ao tribunal de cassação, o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal, Lituânia), para conceder acesso aos

documentos confidenciais apresentados pela demandada ao tribunal de primeira instância, eliminando as verdadeiras informações comercialmente sensíveis.

### **Argumentos essenciais das partes no processo principal**

- 16 No presente processo, o litígio entre as partes teve origem na questão de saber se as qualificações do agrupamento de operadores económicos que foi declarado adjudicatário cumprem os requisitos estabelecidos pela entidade adjudicante.
- 17 O tribunal de cassação, em princípio, deve apenas pronunciar-se sobre as questões suscitadas no recurso em matéria de direito interposto pela demandada, nomeadamente, sobre a conformidade da capacidade técnica do proponente B. Contudo, no presente processo, o tribunal de cassação pondera ir oficiosamente além do âmbito do recurso e pronunciar-se sobre outros aspetos do litígio entre as partes, não apenas com base no fundamento de proteção do interesse público, mas também à luz da situação específica que surgiu no presente processo, na qual, numa fase pré-contenciosa e no processo, foi negado à demandante, no essencial, o acesso a toda a informação que pediu.
- 18 Independentemente do facto de a necessidade de interpretação do direito da União ter sido invocada oficiosamente pelo órgão jurisdicional nacional, indo além do âmbito do litígio entre as partes, o Tribunal de Justiça tem competência para fornecer ao tribunal a interpretação pedida [v., por exemplo, Acórdão de 5 de abril de 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), e de 25 de outubro de 2018, Roche Lietuva (C-413/17, EU:C:2018:865)].
- 19 No presente processo, esta a secção submete ao Tribunal de Justiça questões relativas (a) à legalidade de determinados requisitos do concurso; (b) a vários aspetos da proteção da informação confidencial em procedimentos de contratação pública e (c) à avaliação de possíveis declarações falsas do adjudicatário e às consequências de tais atos.

*Legalidade das ações da atuação da entidade adjudicante ao examinar o cumprimento dos requisitos de qualificação por parte do proponente B*

- 20 Segundo jurisprudência do tribunal de cassação, quando estão em causa decisões relativas a litígios entre entidades adjudicantes e fornecedores o que importa, no essencial, é o conteúdo de um requisito, não a designação que lhe é dada pela entidade adjudicante. A correta classificação dos requisitos relativos aos documentos do concurso resultará na correta aplicação das disposições da Lei dos contratos públicos, que abrange vários procedimentos de contratação e, assim, na resolução adequada do litígio.

*(a) Conteúdo e aplicação do requisito de capacidade financeira e económica*

- 21 O requisito da capacidade financeira e económica respeitante aos rendimentos anuais médios dos fornecedores decorrentes do exercício de atividades

relacionadas com a gestão de resíduos urbanos mistos, conforme estabelecido nos requisitos do concurso, corresponde, no essencial, ao artigo 58.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24, que prevê a possibilidade de se exigir que os operadores económicos tenham um determinado volume de negócios anual mínimo, designadamente no domínio abrangido pelo contrato. No entanto, a secção considera que pode igualmente corresponder aos requisitos de capacidade profissional estabelecidos no artigo 58.º, n.º 4, desta diretiva.

- 22 Importa salientar que resulta da redação do artigo 58.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24 (em particular, do termo «[designadamente]») que o volume de negócios anual exigido no domínio abrangido pelo contrato não é inteiramente aplicável como uma alternativa no sentido de que, quando é imposto um requisito relativo ao volume de negócios, em primeiro lugar, deve ser avaliado o volume de negócios global e, em segundo lugar, o volume de negócios num domínio específico é estabelecido de acordo com a escolha da entidade adjudicante. Por outras palavras, esta interpretação da redação do artigo 58.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24 conduz à conclusão de que o volume de negócios num domínio específico não pode ser estabelecido de forma independente, sem se fixar, ao mesmo tempo, o requisito do volume de negócios global.
- 23 Além disso, o âmbito da expressão «domínio abrangido pelo contrato» não é totalmente claro. Com efeito, segundo o requisito do concurso em causa, os fornecedores têm de demonstrar a sua capacidade especificamente no que diz respeito a serviços relacionados com a recolha e o transporte de resíduos urbanos mistos, em relação aos quais o procedimento de concurso foi anunciado, e não no domínio da gestão de resíduos em geral. A secção está disposta a interpretar de forma mais ampla (mais abstrata) a expressão: no litígio submetido à sua apreciação, a expressão significaria que nos termos do artigo 58.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24, a demandada, ao tentar impor especificamente um requisito relativo à capacidade financeira, tinha de fixar, em primeiro lugar, o volume de negócios anual global e, em segundo lugar, ao mesmo tempo, a proporção deste volume de negócios no domínio de serviços de gestão de resíduos não especificados.
- 24 As referidas questões sobre a correta classificação do requisito do concurso, que são suscitadas officiosamente pelo tribunal de cassação, dizem respeito não apenas à possível legalidade deste requisito do concurso, mas também à sua correta aplicação. Importa salientar que, ao longo de todo o processo, a demandante sempre defendeu que a «Parsekas» UAB, membro do proponente B, não está autorizada a apresentar à entidade adjudicante contratos para efeitos de avaliação, uma vez que, em primeiro lugar, não executou parte destes sozinha, mas em conjunto com outros parceiros, incluindo a própria demandante, e que, em segundo lugar, o objeto de todos os contratos não se limita à gestão de resíduos urbanos mistos.
- 25 Contrariamente ao que os tribunais declaram, a secção considera que o simples facto de, segundo os requisitos do concurso, a capacidade financeira e económica

dos fornecedores ter de ser demonstrada através da apresentação de declarações em formato livre por parte dos participantes não significa que outros fornecedores não possam pôr em causa estas declarações ou a fiabilidade dos dados declarados.

- 26 Importa recordar que a demandada, o proponente B e os tribunais interpretaram o requisito de qualificação relativo aos fornecedores que está em causa no sentido de que os requisitos do concurso não obrigavam o operador económico a demonstrar que cumpria o requisito de qualificação de receber rendimentos apenas em seu nome e/ou por sua conta (ou seja, não como parceiro principal) e apenas no que diz respeito à gestão de resíduos urbanos mistos no caso de execução de um contrato complexo (vários resíduos). O tribunal de cassação não está inteiramente esclarecido quanto ao método de prova da qualificação em causa à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 27 No seu Acórdão de 4 de maio de 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), o Tribunal de Justiça declarou, nomeadamente, que, quando um operador económico recorre à experiência de um agrupamento de empresas de que fez parte, a apreciação desta experiência deve atender à participação concreta deste operador e assim à sua contribuição efetiva para o exercício de uma atividade exigida ao referido agrupamento no âmbito de um determinado contrato público; daqui resulta que um operador económico não pode invocar, a título da experiência exigida pela entidade adjudicante, as prestações efetuadas pelos outros membros de um agrupamento de empresas em cuja realização não participou de forma efetiva e concreta.
- 28 Importa observar que, neste acórdão, a questão e a respetiva resposta eram relativas ao artigo 48.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18, que prevê especificamente o método de avaliação do requisito relativo à capacidade profissional.
- 29 Caso o referido requisito do concurso continue a ser classificada como sendo um requisito de capacidade financeira e económica para o qual as referidas interpretações dadas pelo Tribunal de Justiça relativamente à avaliação do cumprimento dos requisitos de capacidade profissional seriam pertinentes, coloca-se a questão da separação e correta aplicação destes requisitos de qualificação.

*(b) Conteúdo e aplicação do requisito de capacidade técnica e profissional*

- 30 O tribunal de cassação também manifesta dúvidas quanto à classificação do requisito relativo à capacidade técnica dos fornecedores previsto nos requisitos do concurso, nos termos do qual os fornecedores têm de demonstrar o seu cumprimento através da disponibilização de veículos (veículos para recolha de lixo) que possuem as características técnicas adequadas.
- 31 Em conformidade com a jurisprudência do tribunal de cassação, os proponentes têm muita mais liberdade para ajustarem dados respeitantes às qualificações dos fornecedores do que informação relativa ao objeto do contrato, às suas

características técnicas, ao preço proposto, às obrigações contratuais, entre outros. A razão para tal separação dos direitos dos fornecedores para ajustarem dados consiste no facto de que, no entender do tribunal de cassação, as qualificações dos fornecedores constituem uma categoria objetiva que se refere a circunstâncias passadas e presentes, e as qualificações existem ou não. Nos termos das normas nacionais atualmente em vigor que regem os contratos públicos, o direito dos fornecedores para ajustarem dados respeitantes às qualificações e detalhes de uma proposta varia em extensão.

- 32 Uma posição semelhante decorre igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Segundo o tribunal de cassação, as regras estritas, que devem ser interpretadas de forma restritiva, para ajustar os detalhes de uma proposta, estabelecidas no Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o. (C-599/10, EU:C:2012:191), estão sujeitas a uma determinada exceção no que diz respeito à avaliação de dados relativos às qualificações. O Tribunal de Justiça declarou, no n.º 39 do seu Acórdão de 10 de outubro de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), que a entidade adjudicante pode pedir que os dados que constam de um 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.
- 33 O tribunal de cassação também manifesta dúvidas quanto à legalidade do requisito relativo à capacidade técnica dos fornecedores. Embora no seu Acórdão de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos (C-368/10, EU:C:2012:284), o Tribunal de Justiça tenha declarado que determinados requisitos podem ser definidos como especificação técnica e como critério de adjudicação ou como condição de execução de um contrato, não é inteiramente claro para o tribunal de cassação se esta é também a situação em causa no presente processo.
- 34 Importa recordar que durante muito tempo o Tribunal de Justiça considerou que a avaliação das qualificações dos fornecedores e das suas propostas era regida por requisitos diferentes [v., Acórdão de 24 de janeiro de 2008, Lianakis (C-532/06, EU:C:2008:40)]. Segundo esta jurisprudência, não se pode considerar que as qualificações dos fornecedores constituem um critério de adjudicação.
- 35 No entanto, na sua interpretação das disposições relevantes da Diretiva 2004/18, o Tribunal de Justiça, posteriormente, moderou um pouco esta posição ao declarar que as competências e experiência dos membros da equipa encarregada da execução do contrato público podem ser incluídas como critério de adjudicação no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, uma vez que a qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do «valor profissional» das pessoas encarregadas de o executar, valor este constituído pela sua experiência profissional e formação [Acórdão de 26 de março de 2015, Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204)].

- 36 A *ratio decidendi* neste processo, tal como posteriormente explicado pelo Tribunal de Justiça, consiste no facto de a entidade adjudicante em causa ter efetuado uma verdadeira comparação das propostas admissíveis a fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa; a experiência da equipa técnica proposta era uma característica intrínseca da proposta e não constituía simplesmente um critério de apreciação da aptidão dos proponentes [Acórdão de 1 de março de 2018, Tirkkonen C-9/17, EU:C:2018:142)]. Por último, esta regra de interpretação jurídica estava também prevista no artigo 67.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2014/24. Em todo o caso, além da disposição excecional em causa, o quadro regulamentar estabelece ainda um modelo de separação da qualificação e dos critérios de (adjudicação) do contrato.
- 37 Deve considerar-se que, caso as qualificações dos fornecedores normalmente não possam ser utilizadas para efeitos de comparação das propostas, as disposições técnicas do objeto do contrato não deveriam, assim, ser definidas como requisitos relativos às capacidades dos fornecedores.
- 38 Segundo os requisitos do concurso, a entidade adjudicante obriga os fornecedores a provarem que os veículos que utilizam para prestar os serviços cumprem parâmetros técnicos específicos. Estas disposições estão relacionadas, nomeadamente, com o requisito pertinente estabelecido nas especificações técnicas. Deve considerar-se que tais requisitos vão além do objetivo da verificação da capacidade técnica dos fornecedores.
- 39 O artigo 58.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 estabelece, nomeadamente, que as entidades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato. No presente processo, os requisitos técnicos precisos e específicos para os veículos sugerem que a entidade adjudicante não considerava importante avaliar de forma geral a capacidade dos fornecedores para executarem adequadamente o contrato relativo aos serviços de gestão de resíduos, mas sim estabelecer uma forma específica de execução do contrato que visava, nomeadamente, objetivos ambientais (norma EURO 5), a verificação do cumprimento de obrigações contratuais (equipamento GPS), entre outros.
- 40 Neste domínio, a jurisprudência do tribunal de cassação tem caráter casuístico; não prevê regras jurídicas claras quanto às situações em que se deve considerar que um requisito é uma condição de capacidade técnica e em que já é uma disposição de especificações técnicas. No entender da secção, deve existir, em princípio, uma correlação entre a exaustividade de um requisito de concurso e a classificação do seu conteúdo, ou seja, quanto mais critérios (formais) técnicos específicos tiverem de ser demonstrados, mais o conteúdo de tal requisito se afasta da capacidade técnica e se aproxima das especificações técnicas ou das condições de execução do contrato. Isto também se depreende claramente do âmbito e da exaustividade do artigo 58.º, n.º 4, e do anexo VII da Diretiva 2014/24.

*Equilíbrio entre a proteção de informação confidencial de um fornecedor e a eficácia da defesa dos direitos do outro fornecedor*

- 41 A demandante pediu sem sucesso, quer na fase pré-contenciosa quer no processo, para ter acesso à proposta do proponente B. Esta é uma situação comum, característica da prática adotada em matéria de contratos públicos na Lituânia, que o tribunal de cassação tem tentado sistematicamente limitar através da sua jurisprudência.
- 42 Contudo, no âmbito do presente litígio, importa assinalar que a própria entidade adjudicante defendeu ativamente o direito do proponente B à proteção da informação confidencial.
- 43 No entender da secção, a principal consequência negativa desta prática prevalente na Lituânia consiste no facto de a defesa dos direitos dos demandantes em parte não ser garantida, uma vez que estes, tal como sucede no presente processo, têm ao seu dispor menos informação do que as outras partes no litígio. Além disso, a eficácia da defesa dos direitos dos demandantes depende essencialmente da decisão do tribunal de reconhecer que a informação relevante que estes solicitam é confidencial (autos do processo não públicos). Se o tribunal não disponibilizar ao demandante a informação pedida, as possibilidades de satisfação das suas reclamações são reduzidas ao mínimo, uma vez que normalmente os tribunais, tal como também sucede no presente processo, não ampliam oficiosamente a conformidade de dados confidenciais com os requisitos do procedimento de contratação pública ou com as regras jurídicas ou a avaliação da fiabilidade destes dados, entre outros.
- 44 A este respeito, o tribunal de cassação declarou, nomeadamente, que, em primeiro lugar, o direito do fornecedor, estabelecido no artigo 20.º da Lei dos contratos públicos, de proteger informação específica separadamente na sua proposta que não deve ser divulgada abrange apenas os dados que devem ser classificados como segredo comercial (industrial) na aceção do artigo 1.116(1) do Código Civil; o simples facto de noutros casos determinada informação relativa ao fornecedor e às suas atividades não estar livremente acessível a outros operadores económicos não significa que deve ser protegida nos procedimentos de contratação pública, se não for qualificada como segredo comercial. Importa observar que as disposições do artigo 1.116 do Código Civil correspondem, no essencial, às disposições da Diretiva 2016/943 sobre esta matéria.
- 45 Em segundo lugar, o direito de acesso de um fornecedor a uma proposta de outro fornecedor deve, no essencial, ser considerado parte integrante da proteção dos direitos violados. Nos termos das normas nacionais que regem os contratos públicos, o direito de acesso do fornecedor a uma proposta de outro fornecedor constitui um direito individual autónomo que é exercido separadamente por via judicial, sem que o demandante seja formalmente obrigado, sem todos os dados necessários, a iniciar um processo relativo aos resultados do procedimento de concurso acompanhado por um pedido processual dirigido ao tribunal para que

este obrigue a entidade adjudicante a apresentar provas e para que o tribunal disponibilize as provas ao demandante e, subsequentemente, talvez complemente ou esclareça os pedidos formulados na ação.

- 46 Não obstante, neste domínio, o tribunal de cassação tem dúvidas quanto ao conteúdo específico dos deveres das entidades adjudicantes para protegerem a confidencialidade da informação que lhes é confiada pelos fornecedores e à relação entre estes deveres e o dever que incumbe às entidades adjudicantes de garantirem a eficácia da defesa dos direitos dos operadores económicos que iniciaram o procedimento de recurso. Embora, no seu Acórdão de 14 de fevereiro 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) – talvez o único acórdão relativo a esta matéria – o Tribunal de Justiça tenha salientado a natureza das relações fiduciárias (relações de confiança) entre fornecedores e a entidade adjudicante, resulta, no entanto, claro do terceiro parágrafo do artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2016/943 (artigo 10.º<sup>1</sup>, n.º 3) do Código de Processo Civil), que foi posteriormente adotado, que, em todo o caso, as partes no processo não podem ter ao seu dispor diferentes quantidades de informação, uma vez que, caso contrário, os princípios da tutela jurisdicional efetiva e do direito a um processo equitativo seriam violados.
- 47 Se nos termos desta regra jurídica o tribunal tem de garantir ao demandante o direito de acesso ao segredo comercial de uma parte no litígio, não é evidente o motivo pelo qual este direito não deve ser concedido ao demandante antes do início do processo judicial, especialmente porque isto poderia ajudá-lo a decidir se inicia um procedimento de recurso.
- 48 Além do considerando 18, a Diretiva 2016/943 não inclui, no essencial, qualquer disposição específica relativa aos procedimentos de contratação pública em particular. Por outro lado, é questionável se a proteção da informação que constitui segredo comercial dos proponentes deveria ter um nível diferente (mais elevado), em comparação com as entidades económicas que operam noutras relações jurídicas. O artigo 21.º da Diretiva 2014/24 e as disposições relevantes da Diretiva 89/665 também não introduzem maior clareza sobre esta matéria.
- 49 Foi reiteradamente salientado pelo tribunal de cassação que, embora as entidades adjudicantes não sejam órgãos de recurso, devido a um sistema de procedimentos de resolução de litígios pré-contenciosos vinculativos possuem amplos poderes para cooperarem com os fornecedores (os fornecedores demandantes e requeridos) e em algumas situações também o dever – resultante do objetivo de proteção efetiva dos direitos dos fornecedores – de adotarem, em conformidade com a sua competência e as medidas à sua disposição, as ações necessárias para garantirem que os fornecedores têm uma capacidade efetiva para protegerem quaisquer interesses que possam ter sido infringidos. Esta jurisprudência está relacionada com o artigo 1.º, n.º 5, da Diretiva 89/665 que estabelece que os Estados-Membros podem exigir que o interessado solicite previamente à entidade adjudicante a alteração da sua decisão.

- 50 Uma vez que o legislador lituano estabeleceu um procedimento obrigatório para a apresentação e análise de reclamações e que os tribunais consideram que o direito de acesso do fornecedor às propostas de outros proponentes é parte integrante da defesa dos seus direitos, seria incoerente interpretar as referidas disposições do direito da União no sentido de que os fornecedores apenas poderiam ter acesso a tal informação no decurso do processo judicial.
- 51 Por outro lado, o tribunal de cassação não tem certeza sobre o modo como, no processo judicial, a informação das partes no processo, prevista no terceiro parágrafo do artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2016/943, deve ser tratada: se o direito de acesso do demandante à proposta selecionada é absoluto; se, tendo em vista a fase pré-contenciosa, o demandante não deveria apresentar primeiro este pedido à entidade adjudicante; se a natureza do litígio que tem origem nos resultados do procedimento de concurso é relevante para o deferimento deste pedido; se a discordância entre as partes quanto aos resultados do procedimento de concurso é de todo necessária; ou se seria simplesmente suficiente um fornecedor exercer o seu direito de acesso à informação e, na eventualidade de este direito ser violado, ter a possibilidade de recorrer ao tribunal separadamente, conforme estabelecido na jurisprudência do tribunal de cassação.
- 52 Importa observar que no presente processo a demandante inicialmente pediu à entidade adjudicante para aceder à proposta do proponente B. Tendo recebido apenas uma pequena parte dos documentos, não invocou este facto e não impugnou a decisão da entidade adjudicante separadamente, mas apresentou um pedido processual ao tribunal para que a demandada fosse obrigada a apresentar provas e para que o tribunal as disponibilizasse à demandante. Tendo em conta o decurso do litígio na fase pré-contenciosa, não é inteiramente claro se o tribunal de primeira instância deveria ter decidido sobre a classificação dos dados do proponente B como informação confidencial. Por outro lado, o tribunal de primeira instância e o tribunal de recurso, após não divulgarem os dados solicitados à demandante, claramente não expressaram uma opinião sobre o seu conteúdo e significado.

*Apresentação de informação possivelmente falsa e poderes do tribunal a este respeito*

- 53 No presente processo, a secção, nomeadamente, suscita a título officioso a questão da avaliação nos termos do artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24 das ações do proponente B, ou seja, se o proponente B (alguns dos seus membros) de facto não apresentou informação falsa à entidade adjudicante sobre a conformidade das suas capacidades com os requisitos impostos. Além disso, existe incerteza quanto ao efeito do possível comportamento ilícito de alguns parceiros nos outros participantes em atividades conjuntas.
- 54 No Acórdão Esaprojekt (C-387/14) do Tribunal de Justiça, relativo à interpretação de uma disposição análoga que consta do artigo 45.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2004/18, foi declarado que, *em primeiro lugar*, a constatação do

comportamento intencional do operador económico não pode ser considerada como sendo um elemento necessário para a sua exclusão da participação num contrato público, basta que este tenha sido considerado responsável por uma negligência que revista uma certa gravidade, a saber, uma negligência suscetível de ter uma influência determinante nas decisões de exclusão, de seleção ou de adjudicação de um contrato público; *em segundo lugar*, quando a informação prestada pelo operador económico teve impacto na decisão final do procedimento de adjudicação do contrato, pode considerar-se que existe culpa grave, na aceção do artigo 45.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2004/18, do operador que apresentou de forma negligente a informação relevante, e tal comportamento da sua parte, por conseguinte, pode justificar a decisão da entidade adjudicante de excluir o referido operador do concurso público em causa.

- 55 No seu último acórdão a este respeito [Acórdão de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826)], o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24 abrange, efetivamente, quer um comportamento ativo, como uma falsificação, quer uma omissão, uma vez que a comunicação de informações falsas é, tal como a dissimulação de informações verdadeiras, suscetível de afetar a decisão tomada pela entidade adjudicante.
- 56 Com base no exposto, a informação apresentada pela «Parsekas» UAB relativa ao rendimento obtido a partir dos contratos – quer estes tenham sido celebrados e executados em conjunto com outros operadores económicos que executaram especificamente a parte dos serviços de gestão de resíduos mistos que tinha de ser provada, quer tenham sido celebrados e executados sem parceiros, mas em que, além de resíduos mistos, também eram tratados outros resíduos (em ambos os casos os resíduos mistos representavam uma proporção menor de todos os resíduos tratados) – poderia, em princípio, com base nas circunstâncias que o Tribunal de Justiça teve em conta no Acórdão Esaprojekt, corresponder à situação de fornecimento de informação negligente, que teve impacto nos resultados do procedimento de concurso.
- 57 Não incumbe ao tribunal de cassação apreciar a matéria de facto. No entanto, este tribunal é competente para suscitar oficiosamente questões de direito, incluindo no que diz respeito à classificação da informação como falsa, assim como à avaliação da prova efetuada pelos tribunais.
- 58 Por outro lado, na sua jurisprudência, relativa ao disposto no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 que estabelece motivos de exclusão, o Tribunal de Justiça começou por sublinhar a especial relação baseada na confiança mútua entre a entidade adjudicante e o fornecedor em causa [v., Acórdão de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826, n.ºs 25 a 27 e 37)]. O tribunal de cassação, por conseguinte, tem dúvidas quanto à questão de saber se, quando a entidade adjudicante efetua uma avaliação diferente, o tribunal pode declarar que foi prestada informação falsa e enganosa à entidade adjudicante. Neste contexto, importa observar que a demandante afirmou

claramente na reclamação e na ação que a «Parsekas» UAB apresentou informação enganosa à demandada; no entanto, a demandada adotou uma posição diferente e considerou que a informação apresentada confirmava que o proponente B cumpria os requisitos de qualificação.

- 59 No que diz respeito às questões em causa, a secção tem dúvidas, nomeadamente, quanto às consequências que as ações dos operadores económicos que apresentaram informação possivelmente falsa podem ter para os parceiros com os quais apresentaram uma proposta conjunta. Nos termos das normas nacionais que regem os contratos públicos (artigos 46.º, n.º 4, ponto 4, e 52.º da Lei dos contratos públicos), os operadores económicos que apresentaram informação falsa devem ser incluídos na lista dos fornecedores que apresentaram informação falsa, que implica restrições à participação em concursos de outras entidades adjudicantes durante um determinado período (um ano). As dúvidas do tribunal de cassação quanto à fiabilidade da informação apresentada não dizem respeito a todos os membros (parceiros) do proponente B.
- 60 Nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Lei dos contratos públicos, a lista de fornecedores que apresentaram informação falsa deve incluir fornecedores na aceção do artigo 2.º, n.º 36, da Lei dos contratos públicos (um fornecedor é definido como um operador económico que seja uma pessoa singular, uma pessoa coletiva de direito público ou privado, outra organização e divisões da mesma ou um agrupamento de tais pessoas, incluindo qualquer associação temporária de entidades económicas, que propõe a execução de obras ou a prestação de bens ou serviços no mercado). No entanto, deve considerar-se que a medida negativa (consequência) em causa relativa a ações ilícitas proibidas por lei implica, em princípio, a responsabilidade pessoal da entidade (sanção). Por conseguinte, deve ser aplicada sem exceção apenas às entidades que participaram de alguma forma nos procedimentos de contratação pública e apresentaram informações à entidade adjudicante sobre si mesmas, em seu próprio nome.
- 61 Neste contexto, não é claro se as ações ilícitas praticadas por alguns parceiros de um fornecedor conjunto que prestam informações falsas sobre si mesmos produzem consequências negativas apenas para os próprios ou para todos os parceiros em conjunto. Esta última posição pode ser suportada pela convergência (caráter conjunto) de interesses e responsabilidade de todos os parceiros. Por outro lado, é questionável se tal modelo de responsabilidade conjunta é desproporcionado tendo em conta que os operadores económicos incluídos na lista dos fornecedores que apresentaram informações falsas não podem participar em procedimentos de contratação posteriores durante um ano.
- 62 É pacífico que existem riscos adicionais para os operadores económicos que participam em conjunto num procedimento de contratação pública, incluindo riscos relativos à necessidade de excluir alguns parceiros ou à impossibilidade de estes continuarem a participar em procedimentos (por exemplo, devido a insolvência) [v., Acórdão de 24 de maio de 2016, MT Højgaard and Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347)]; no entanto, tais riscos e as suas possíveis

consequências negativas dizem respeito apenas a um procedimento de contratação pública específico, e não à proibição de participação noutros procedimentos de contratação durante um determinado período.

DOCUMENTO DE TRABALHO