

Processo C-598/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

6 de agosto de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Tribunal Superior de Justiça do País Basco, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

17 de julho de 2019

Recorrente:

Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE)

Recorrida:

Diputación Foral de Guipúzcoa

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO [TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTIÇA DO PAÍS BASCO SECÇÃO DO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO]**

[*Omissis*][identificação do litígio e das partes]

DESPACHO

[*Omissis*][composição da Secção]

Bilbao, dezassete de julho de dois mil e dezanove.

I. MATÉRIA DE FACTO

PRIMEIRO.– O recurso contencioso administrativo [*omissis*] foi interposto pela Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo [Confederação Nacional de Centros Especiais de Emprego] (CONACEE) contra a Decisão de 15 de maio de 2018 do Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Gipuzkoa

[Governo do Conselho Provincial de Gipuzkoa] que aprovou as instruções dirigidas aos órgãos adjudicantes da referida instituição, relativas à reserva do direito a participar, tanto nos processos de adjudicação dos contratos ou de determinados lotes de contratos, dos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social ou empresas de inserção, assim como à reserva de execução de uma parte dos referidos contratos no âmbito de programas de emprego protegido.

[*Omissis*]

SEGUNDO.– A recorrente pediu, na petição inicial [*omissis*], que seja «proferida sentença que, anulando a decisão recorrida, declare não ser aplicável o conceito “de iniciativa social” relativamente aos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo], como destinatários da reserva de contratos [*omissis*] objeto da decisão, em aplicação do disposto no artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, ou subsidiariamente, caso se [*omissis*] considere necessário, [*omissis*] [que se submeta] um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia para clarificar a correta interpretação dos Tratados relativamente à validade das decisões adotadas pelo legislador espanhol no que diz respeito às restrições associadas à introdução da figura dos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de *iniciativa social* através da Quarta Disposição Adicional e da Décima Quarta Disposição Final da Lei n.º 9/2017 em relação com o previsto no artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE».

Este pedido baseia-se na desconformidade da decisão recorrida e, por conseguinte, da Quarta Disposição Adicional e da Décima Quarta Disposição Final da Lei n.º 9/2017 de 8 de novembro, relativa aos contratos do setor público, que fundamenta a decisão, com o artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, na medida em que restringem a reserva contratual prevista na diretiva para os Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social excluindo assim do âmbito da referida reserva os Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa empresarial; segundo dados de 2015, os centros desse tipo, não qualificados de «iniciativa social», e o seu pessoal dependente, constituíam 50% da totalidade dos centros existentes em Espanha.

A recorrente afirma que todos os Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] constituídos em Espanha preenchem as condições previstas no artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, isto é, dedicação à atividade de promoção do emprego de pessoas com deficiência ou em risco de exclusão e pelo menos 30% de pessoal constituído por trabalhadores com deficiência; em contrapartida, as disposições da lei nacional em que se fundamenta a decisão recorrida exigem, para o mesmo efeito, a constituição de uma entidade sem fins lucrativos e o reinvestimento dos seus rendimentos.

Assim, segundo a recorrente, a categoria dos Centros especiales de empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social criada pela Quarta Disposição Adicional da Lei n.º 9/2017, em conjugação [com] a Décima Quarta [Disposição]

Final da referida lei, exclui do acesso à contratação reservada em conformidade com o artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE as entidades que preenchem as condições previstas pela referida diretiva, como é o caso dos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] que, nos termos do artigo 43.º do Real Decreto Legislativo n.º 1/2013 ([na sua] redação anterior [à] Lei n.º 9/2017) exercem uma atividade de produção de bens ou de serviços, participando regularmente em operações de mercado, e se destinam a assegurar um emprego remunerado para as pessoas com deficiência; e que contam com trabalhadores com deficiência que representam, pelo menos, 70% do pessoal.

Por último, a recorrente alega que a transposição para o ordenamento espanhol do artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE pela Lei n.º 9/2017 não preenche as condições e a finalidade da reserva [*omissis*] (considerandos 28 e 36, respetivamente, das Diretivas 2004/18/UE e 2014/24/UE) e viola os princípios da igualdade e da não discriminação no domínio dos contratos públicos que, segundo o considerando 37 da Diretiva 2014/24/UE, deve ser aplicado, como princípio básico do direito da União, na articulação das medidas pertinentes para a sua efetividade.

TERCEIRO.– A recorrida, Diputación Foral de Gipuzkoa [Conselho Provincial de Gipuzkoa] opôs-se, na contestação [*omissis*], a que fosse dado provimento ao recurso contencioso administrativo e à submissão de questão prejudicial ao TJUE pelos seguintes motivos:

1. A Quarta Disposição Adicional da Lei n.º 9/2017 de 8 de novembro relativa aos contratos do setor público transpõe o artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE dentro dos limites e respeitando as finalidades da reserva previstos nessa disposição em benefício de entidades e empresas sociais, identificando como beneficiários da mesma os Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social e as empresas de inserção que preencham as condições previstas no texto revisto da Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social [Lei Geral relativa aos direitos das pessoas com deficiência e à sua inclusão social], aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/2013, e na Lei n.º 44/2007 relativa às empresas de inserção social; em resumo, que se trate de entidades ou pessoas sem fins lucrativos, que se comprometam a reinvestir os lucros obtidos no exercício da sua atividade e que se dediquem principalmente à integração no mercado de trabalho e à inserção social de pessoas com deficiência e de pessoas em situação de exclusão social.
2. A Diretiva 2014/24/UE (artigo 20.º) expressa-se em termos que, pela sua amplitude ou generalidade («entidades», «empresas sociais» e «operadores económicos») permitem a sua transposição, para o ordenamento interno, no modo em que foi feita pela Quarta Disposição Adicional da Lei n.º 9/2017 de 8 de novembro relativa aos contratos do setor público.
3. A Diretiva 2014/24/UE não estabelece, de forma precisa e incondicional, o âmbito da reserva regulada pelo seu artigo 20.º, de modo que, uma vez transposta

para o ordenamento espanhol em conformidade com o mesmo, o efeito direto da referida disposição não pode ser invocado.

QUARTO.– *[omissis]*[questões processuais internas]

[P]or despacho *[omissis]* decidiu-se: «[...] *[omissis]*[ouvir] as partes, no prazo *[omissis]* de dez dias, para que aleg[ass]em o que *[omissis]* entend[esse]m ser relevante no que diz respeito à submissão de pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (artigo 267.º TFUE) relativo à questão de saber se a transposição do artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE para o direito interno permite uma delimitação do âmbito subjetivo da reserva contratual prevista na referida disposição que limite a sua aplicação a certos sujeitos nela referidos (entidades e operadores económicos), mesmo quando os excluídos preenchem a condição de, pelo menos, 30% dos seus empregados serem trabalhadores com deficiência, e [de terem] a finalidade ou objetivo de integração social e profissional desses trabalhadores».

QUINTO.– A recorrente pediu a submissão da questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia nos termos propostos no despacho *[omissis]* e em conformidade com os fundamentos do seu recurso, relativamente às condições e âmbito da reserva contratual regulada pelo artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE.

Por seu turno, a recorrida alegou que não era necessária a submissão de questão prejudicial, tendo em conta que a Diretiva 2014/24/UE não está redigida em termos incondicionais e que foi transposta para o direito interno dentro dos seus limites e respeitando as suas finalidades.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMEIRO.– O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Primeira Secção, de 9 de setembro de 2015 (*[omissis]* ECLI:EU:C:2015:564), proferido no processo C-72/14, afirma:

«53. O artigo 267.º TFUE atribui ao Tribunal de Justiça competência para decidir, a título prejudicial, quer sobre a interpretação dos Tratados e dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União, quer sobre a validade desses atos. Este artigo dispõe, no segundo parágrafo, que um órgão jurisdicional nacional pode submeter tais questões ao Tribunal de Justiça, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, e, no terceiro parágrafo, que é obrigado a fazê-lo se as suas decisões não forem suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno (Acórdão Melki e Abdeli, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 40). [...].

55. O Tribunal de Justiça esclareceu que um órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno é obrigado a cumprir o seu dever de reenvio sempre que uma questão de direito da União nele seja suscitada, a menos que conclua que a questão não é pertinente, ou que a

disposição do direito da União em causa foi já objeto de uma interpretação por parte do Tribunal de Justiça ou que a correta aplicação do direito da União se impõe com tal evidência que não dá lugar a qualquer dúvida razoável. O Tribunal de Justiça acrescentou que a existência desta eventualidade deve ser avaliada em função das características próprias do direito da União, das dificuldades particulares que a sua interpretação apresenta e do risco de surgirem divergências jurisprudenciais no interior da União (Acórdão Cilfit e o., 283/81, EU:C:1982:335; n.º 21) [...].»

Por seu turno, o Tribunal Supremo [Supremo Tribunal] pronunciou-se sobre aspetos essenciais da submissão da questão prejudicial ao TJUE num acórdão tão recente quanto o de 17 de dezembro de 2018 [*omissis*] da Secção do Contencioso Administrativo (ROJ: acórdão n.º 4260/2018; recurso n.º 553/2018):

«[...]em caso de dúvida sobre a eventual contradição de uma norma nacional com o direito da União, o Tribunal, mesmo que não seja a última instância, é obrigado a indicar as razões pelas quais não considera existir uma contradição entre a norma nacional e a norma comunitária invocada e pelas quais considera que não é necessário submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça quando entende ser aplicável a doutrina do “ato claro” ou do “ato aclarado”[...]»

Em aplicação da jurisprudência referida exporemos:

- a) A questão controvertida no processo.
- b) A interpretação e aplicação de uma norma do direito da União Europeia como condição para a apreciação da questão controvertida.
- c) As dúvidas sobre a conformidade do direito interno aplicável ao caso com essa norma do direito da União Europeia.

SEGUNDO.– A decisão recorrida neste processo aprovou as instruções dirigidas aos órgãos adjudicantes da Diputación Foral de Gipuzkoa [Conselho Provincial de Gipuzkoa] sobre os contratos reservados cuja regulação no artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, foi transposta para o ordenamento espanhol pela Lei n.º 9/2017 de 8 de novembro relativa aos contratos do setor público, nomeadamente através da quarta disposição adicional dessa lei:

«1. Por decisão do Conselho de Ministros ou do órgão competente no âmbito das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais, são fixadas percentagens mínimas de reserva do direito a participar nos processos de adjudicação de determinados contratos ou de determinados lotes dos mesmos para Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Emprego] de iniciativa social e para empresas de inserção reguladas, respetivamente, no texto revisto da Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social [Lei Geral relativa aos direitos das pessoas com deficiência e à sua inclusão social], aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/2013, de 29 de novembro, e na Lei

n.º 44/2007, de 13 de dezembro, para a regulação do regime das empresas de inserção, que preencham as condições referidas na referida legislação para adquirir este estatuto, ou uma percentagem mínima de reserva da execução destes contratos no âmbito de programas de emprego protegido, desde que a proporção de trabalhadores com deficiência ou em situação de exclusão social dos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Emprego], das empresas de inserção ou dos programas corresponda à prevista na sua legislação de referência e, em qualquer caso, a, pelo menos, 30%.

Na referida decisão do Conselho de Ministros ou do órgão competente no âmbito das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais são previstas as condições mínimas para garantir o cumprimento do previsto no parágrafo anterior.

[*Omissis*]/[processo transitório, não pertinente para o presente processo]

2. O anúncio de concurso público deve fazer referência à presente disposição.

[*Omissis*]/[garantias económicas, questão não pertinente no presente processo]».

A disposição transcrita aplica a reserva de contratação regulada pelo artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE aos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Emprego] de iniciativa social e às empresas de inserção reguladas nas disposições referidas, o que implica a exclusão desse âmbito normativo dos Centros Especiales de Empleo ([Centros Especiais de Emprego] de iniciativa privada e não social), representados pela confederação recorrente a nível nacional.

Está em causa, nos termos expostos nos n.ºs 2 e 3 da matéria de facto deste despacho, a conformidade da referida disposição do direito espanhol em que se fundamenta a decisão recorrida da Diputación Foral de Gipuzkoa [Conselho Provincial de Gipuzkoa] com o artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, o que implica que a solução do litígio depende da interpretação que se faça dessa disposição do direito da União Europeia, uma vez que se se entender, como defende a recorrente, que os Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Emprego] que não são abrangidos pela categoria de «iniciativa social» a que se refere a Quarta Disposição Adicional da Lei n.º 9/2017, relativa aos contratos do setor públic[o], preenchem as condições e finalidades previstas no artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE para ter acesso à contratação reservada por essa disposição, a sua exclusão do âmbito de aplicação da referida reserva por força dessa disposição interna não seria conforme à disposição do ordenamento da União que acaba de ser mencionada.

Por conseguinte, importa esclarecer se a regulação interna a que nos acabamos de referir prevê requisitos ou condições de acesso à reserva contratual do artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, em especial no que diz respeito aos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Emprego] que não estão em conformidade com o regime – não à disposição do Estado-Membro – dessa norma, o que, inevitavelmente, exige a sua interpretação [*omissis*] [pelo Tribunal de Justiça] da União Europeia.

Com efeito, a regulação dos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social introduzida no direito espanhol pela Lei n.º 9/2017, relativa aos contratos do setor público, para efeitos do acesso à referida reserva no âmbito da adjudicação de contratos públicos, prevê condições adicionais, diferentes das previstas no artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE, como se conclui, facilmente, da comparação entre as duas disposições:

– Artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE. Contratos reservados:

«1. Os Estados-Membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública a entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos.

2. O convite à apresentação de propostas deve fazer referência ao presente artigo.»

– A Décima Quarta Disposição Final da Lei n.º 9/2017, *[omissis]* [define] a figura dos Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social aos quais a Quarta Disposição Adicional da referida lei, acima transcrita, limita a reserva de contratação pública no que diz respeito a esses centros:

«[...] São considerados Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Empleo] de iniciativa social os que, preenchendo as condições previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 43.º do texto revisto da Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social [Lei Geral relativa aos direitos das pessoas com deficiência e à sua inclusão social], aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/2013, de 29 de novembro, *[omissis]* são promovidos e participados em mais de 50%, direta ou indiretamente, por uma ou mais entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos ou que tenham o seu carácter social reconhecido nos seus estatutos, sejam associações, fundações, organismos de direito público, cooperativas de iniciativa social ou outras entidades da economia social, bem como os centros cuja titularidade pertença a sociedades comerciais referidas anteriormente, de modo direto ou indireto, através do conceito de sociedade-mãe regulado no artigo 42.º do Código Comercial, e desde que, em todos os casos, os seus estatutos ou o acordo social imponham o reinvestimento integral dos seus lucros para a criação de oportunidades de emprego para pessoas com deficiência e a melhoria contínua da sua competitividade e da sua atividade de economia social, tendo, em todo o caso, a possibilidade de optar por reinvesti-los no próprio centro especial de emprego ou noutros centros especiais de emprego de iniciativa social».

TERCEIRO.– Em conclusão, este Tribunal duvidas que a transposição do artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE para o ordenamento espanhol, de cuja interpretação depende a apreciação deste processo judicial, permita a determinação do âmbito

subjetivo da reserva contratual regulada pela referida disposição comunitária nos termos da regulação da figura dos «Centros Especiales de Empleo [Centros Especiais de Emprego] de iniciativa social», tendo por consequência a exclusão do âmbito da referida reserva de entidades ou operadores económicos, como os representados pela recorrente, apesar de preencherem, em conformidade com a referida disposição da União, a condição de, pelo menos, 30% dos seus empregados serem pessoas com deficiência, e [de terem] a finalidade ou objetivo da sua integração social e profissional.

Em conformidade com o artigo 267.º, segundo parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,

DECIDE-SE

Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão de interpretação:

«Deve o artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos ser interpretado no sentido de que o âmbito subjetivo da reserva prevista na referida disposição não pode ser delimitado em termos que excluam do seu âmbito de aplicação entidades e operadores económicos que preencham a condição de, pelo menos, 30% dos seus empregados serem pessoas com deficiência e cumprirem a finalidade ou objetivo de integração social e profissional dessas pessoas, através da previsão de condições adicionais relacionadas com a constituição, natureza e fins dos referidos sujeitos, com a sua atividade ou investimentos, ou de outro tipo [?].».

[*Omissis*] [Fórmulas finais e assinaturas]