Processo C-53/22

Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça

Data de entrada:

26 de janeiro de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Itália)

Data da decisão de reenvio:

7 de janeiro de 2022

Recorrente:

VZ

Recorrida:

CA

Outras partes no processo:

RT, BO, Regione Lombardia, Regione Liguria

Objeto do processo principal

Recusa de anulação da adjudicação de um contrato público.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Artigo 267.° TFUE.

Questões prejudiciais

1) O artigo 1.°, n.° 3, da Diretiva 89/665 opõe-se a que um concorrente definitivamente excluído de um processo de seleção de um adjudicatário seja impedido de interpor recurso da recusa de anulação da adjudicação, quando pretenda provar que o adjudicatário e todos os outros concorrentes classificados cometeram uma falta profissional grave que consistiu na celebração de acordos

DOCUMENTO DE TRABALHO

restritivos da concorrência que só foram declarados pelos tribunais após a sua exclusão, a fim de poder participar no novo procedimento de contratação?

2) O artigo 1.°, n.° 3, da Diretiva 89/665 e os princípios [do direito da União Europeia] em matéria de proteção da concorrência opõem-se a que os tribunais administrativos reexaminem o recurso interposto por um concorrente definitivamente excluído de um processo de seleção de um adjudicatário da recusa de autotutela da entidade adjudicante relativamente aos atos de admissão e de adjudicação a favor de concorrentes que tenham celebrado acordos restritivos da concorrência, declarados pelos tribunais, no mesmo setor que aquele que é objeto do processo de seleção?

Disposições e jurisprudência da União invocadas

Artigo 101.° TFUE.

Diretiva 2014/24/UE; artigo 18.°, n.° 1, artigo 57.°, n.° 4, alíneas c) e d).

Diretiva 2007/66/CE; considerandos 3 e 17, artigo 1.°, n.os 1 e 3, artigo 2.°-A, n.° 2.

Acórdãos do Tribunal de Justiça C-465/11, C-100/12, C-689/13, C-355/15, C-124/17 e C-425/18.

Disposições de direito nacional invocadas

Codice dei contratti pubblici – Decreto Legislativo n.° 50/2016 (Código dos Contratos Públicos, Decreto Legislativo n.° 50/2016) que transpôs para o direito italiano as Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/EU.

O artigo 80.° regula os motivos de exclusão e, no n.° 5, prevê que a autoridade adjudicante exclui um operador económico da participação num procedimento de concurso numa das situações previstas, nomeadamente, na alínea c), ou seja, quando a autoridade adjudicante puder demonstrar, por meios adequados, que o operador económico cometeu uma falta profissional grave suscetível de pôr em causa a sua idoneidade ou fiabilidade.

Codice di procedura civile (Código de Processo Civil), artigo 100.°, segundo o qual, para intentar uma ação ou para se lhe opor é necessário ter interesse na mesma.

Codice del processo amministrativo – Decreto Legislativo n.° 104/2010 (Código do Procedimento Administrativo, Decreto Legislativo n.° 104/2010)

O artigo 35, n.° 1, alínea b), prevê que o tribunal julgue a ação inadmissível, mesmo oficiosamente, em caso de falta de interesse em agir ou por outros motivos que obstem a uma decisão sobre o mérito da causa.

DOCUMENTO DE TRABALHO

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

1 Em 18 de dezembro de 2018, a entidade adjudicante CA (recorrida) lançou um concurso público para o fornecimento de serviços de salvamento por helicóptero.

2 Em 16 de janeiro de 2019, a sociedade VZ (recorrente) interpôs recurso do anúncio de concurso, na parte em que exigia uma certificação que a VZ não possuía na altura. Foi negado provimento ao recurso por acórdão do TAR Lombardia (Tribunal Administrativo Regional da Lombardia, Itália) (a seguir «TAR Lombardia»), confirmado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália).

3 Entretanto, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Italia (Autoridade da Concorrência, Itália) (a seguir «AGCM») considerou que algumas empresas que se tinham apresentado a concurso tinham, entre 2001 e agosto de 2017, cometido uma grave violação do artigo 101.º TFUE que consistiu, nomeadamente, num acordo de fixação dos preços dos serviços de helicóptero, e, consequentemente, aplicou-lhes sanções pecuniárias. Contudo, não considerou que houvesse um acordo restritivo da concorrência. Assim, em 2 de março de 2020, os três lotes foram adjudicados à RT (lotes 1 e 2) e à BO (lote 3).

4 A RT e a BO, bem como a JF, outra sociedade que não é parte no processo principal, recorreram para o TAR Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) (a seguir «TAR Lazio») das sanções que lhes tinham sido aplicadas. O TAR Lazio e, com exceção de um processo que ainda está pendente, também o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), negaram provimento a todos os recursos interpostos.

5 Em 1 de junho de 2020, a VZ comunicou à CA um dos acórdãos do TAR Lazio e também informou que tinha obtido, em outubro de 2019, a certificação exigida para a participação no concurso, requisito que anteriormente não preenchia.

6 O interesse da recorrente não é, portanto, obter a adjudicação, mas a anulação de todo o procedimento de concurso a fim de poder participar no novo procedimento.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

7 A RT e a BO sustentam que a fixação dos preços não tinha como finalidade orientar o preço dos serviços e que não tinha sido utilizada pelas entidades adjudicantes para definir as bases de licitação dos concursos. Alegam também que esta fixação de preços não era vinculativa para as entidades adjudicantes nem suscetível de criar restrições à concorrência.

8 A VZ argumenta que o acórdão do TAR Lazio que comunicou à CA afeta especificamente a avaliação da idoneidade ou da fiabilidade do adjudicatário na execução do serviço de salvamento por helicóptero, mesmo depois da adjudicação

DOCUMENTO DE TRABALHO

do contrato, uma vez que aquele Tribunal declarou a existência de uma falta profissional grave.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

9 A recorrente foi definitivamente excluída do procedimento de concurso e, portanto, não teria legitimidade para contestar a adjudicação e, de um modo mais geral, todos os atos do procedimento. Todavia, no presente caso, o órgão jurisdicional de reenvio tem algumas dúvidas pelas seguintes razões.

10 À luz da jurisprudência desenvolvida com base nos acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos C-100/12 e C-689/13, a jurisprudência italiana considerou que, num concurso em que tenham participado apenas dois concorrentes, é possível examinar um recurso destinado a obter a repetição do procedimento, interposto por um participante que tenha sido excluído por não cumprir os requisitos mínimos. Todavia, também segundo esta nova orientação, o interesse em examinar tal recurso exige que as impugnações tenham lugar no âmbito de um único procedimento e que a exclusão do concorrente ainda não se tenha tornado definitiva antes da interposição do recurso, segundo o entendimento do Tribunal de Justiça no processo C-355/15. Por conseguinte, no presente caso, o recurso deveria ser julgado inadmissível.

11 No momento da organização do procedimento, o adjudicatário e todos os concorrentes classificados poderiam, teoricamente, ter sido excluídos devido à sua participação num acordo restritivo da concorrência. De facto, o Tribunal de Justiça declarou que a violação das normas em matéria de concorrência, constatada e sancionada pela AGCM por decisão confirmada por um órgão jurisdicional, constitui um erro grave cometido por um operador económico no exercício da sua atividade profissional (processo C-425/18). Nesse momento, porém, a existência e a relevância do acordo ainda não tinham sido declaradas por um tribunal, circunstância que não permitiu à recorrente contestar a admissão do adjudicatário e dos outros participantes no acordo. Isto leva o órgão jurisdicional de reenvio a duvidar da razoabilidade dessa exclusão que depende essencialmente do tempo necessário para a constatação do próprio acordo, ou seja, depende de circunstâncias fortuitas.

12 Além disso, no processo C-355/15, o concorrente definitivamente excluído tinha interposto recurso da adjudicação, ou seja, um ato estreitamente relacionado com a sua exclusão e adotado no âmbito desse procedimento. Pelo contrário, no presente processo, a recorrente contesta o facto de a entidade adjudicante ter considerado irrelevante, para efeitos da anulação da adjudicação, um facto ocorrido e alheio ao procedimento que conduziu à sua exclusão (ou seja, o acórdão em que o TAR Lazio confirmou a sanção da AGCM), circunstância que leva o órgão jurisdicional de reenvio a duvidar da aplicabilidade ao presente processo dos princípios estabelecidos no acórdão proferido no processo C-355/15.

DOCUMENTO DE TRABALHO

13 Por último, no processo C-333/18, o Tribunal de Justiça considerou admissível o recurso de um concorrente classificado em terceiro lugar, que contestava a admissão dos dois primeiros classificados, ainda que a sua proposta fosse considerada irregular e que houvesse outros concorrentes com uma classificação inferior à dele, e isto porque, se o recurso do proponente não selecionado fosse julgado procedente, a entidade adjudicante poderia tomar a decisão de anular o procedimento e de lançar um novo procedimento de contratação pública (n.° 28). Por conseguinte, a situação da recorrente no presente processo, para efeitos da apreciação do seu interesse em agir no recurso, parece ser equiparável à que estava em causa no processo C-333/18.

14 A possibilidade de um concorrente definitivamente excluído contestar o cumprimento dos requisitos de participação do adjudicatário não parece ser excluída pela Diretiva 2007/66/CE, que pretende tornar os processos de recurso acessíveis a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter a adjudicação do contrato (considerando 17 e artigo 1.°, n.° 3), como é o caso da recorrente. Além disso, os proponentes são considerados interessados se ainda não tiverem sido definitivamente excluídos (artigo 2.°-A, n.° 2), mas apenas para efeitos da identificação daqueles a quem a decisão de adjudicação do contrato deve ser comunicada, e não também para efeitos de admissibilidade de um recurso.

DOCUMENTO DE TRABALHO