

**Processo C-737/22**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

1 de dezembro de 2022

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Tribunal Regional de Østre (Tribunal Superior da Dinamarca Oriental, Dinamarca)

**Data da decisão de reenvio:**

11 de novembro de 2022

**Demandante:**

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

**Demandada:**

BibMedia A/S

[*Omissis*]

---

**ØSTRE LANDSRET**

**(Tribunal Superior da Dinamarca Oriental)**

**DESPACHO**

**de 11 de novembro de 2022**

[*Omissis*]

**Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S**

[*Omissis*]

contra

**BibMedia A/S**

- 1 [*Omissis*] O processo foi instaurado pelo Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (Serviço de contratação do Estado e dos municípios dinamarqueses, a seguir «SKI») contra a Audio Visionary Music A/S (a seguir «AVM») e tem por objeto a

legalidade de um procedimento de contratação realizado pelo SKI relativo a um acordo-quadro de fornecimento de material bibliotecário e de serviços preparatórios conexos.

- 2 O Østre Landsret (Tribunal Superior da Dinamarca Oriental, Dinamarca), em conformidade com o artigo 267.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), decidiu submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal de Justiça) um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação da proibição de negociações que pode ser deduzida da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos princípios fundamentais da igualdade de tratamento e da transparência, consagrados no artigo 18.º, n.º 1, 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 Contratos Públicos»). Solicita-se ainda que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a questão de saber se o âmbito da proibição de negociações é afetado pelo facto de se tratar de um concurso aberto para lotes separados (v. artigos 27.º e 46.º da Diretiva Contratos Públicos).

### **CIRCUNSTÂNCIAS E TRAMITAÇÃO DO PROCESSO**

- 3 O demandante, SKI, é um organismo central de compras detido pelo Estado dinamarquês e pela Kommunernes Landsforening, que é a associação que defende os interesses dos municípios dinamarqueses. O SKI foi constituído para simplificar e profissionalizar a contratação pública, nomeadamente através da conceção, da celebração e da execução de acordos-quadro em nome dos seus clientes (o Estado e as entidades adjudicantes municipais).
- 4 No momento do concurso, a AVM operava no mercado dos serviços preparatórios de material bibliotecário. Com efeitos a partir de 1 de março de 2021, a BibMedia A/S adquiriu a totalidade das ações da sociedade. A AVM foi posteriormente dissolvida através de fusão com a BibMedia A/S, que é, por conseguinte, parte no processo.
- 5 Em 4 de fevereiro de 2020, o SKI lançou a concurso o Acordo-Quadro 50.05 relativo a material bibliotecário, relacionado com o fornecimento de material bibliotecário e serviços preparatórios. O acordo-quadro está dividido em oito lotes e tem um valor global estimado entre 748 milhões e 1,021 mil milhões de DKK. Os lotes relevantes no caso em apreço são o «Lote 1 livros e partituras dinamarqueses (este)», num valor estimado de 253 milhões de DKK e o «Lote 2 livros e partituras dinamarqueses (oeste)», num valor estimado de 475 milhões de DKK.
- 6 Estava em causa, para todos os lotes um acordo-quadro com um fornecedor, sendo o critério de adjudicação o preço mais baixo. As propostas incluíam informações relativas a alguns dados de base sobre o proponente, um Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) preenchido e uma lista preenchida de

propostas com a indicação dos preços para um número relativamente modesto de linhas de produtos por lote.

- 7 No momento da publicação dos documentos do concurso, o ponto 3.1 do caderno de encargos mencionava o seguinte relativamente ao modelo de adjudicação dos lotes 1 e 2:

*«Os lotes 1 e 2 são interdependentes (v. ponto 3.1.1) e, se um proponente apresentar uma proposta para um desses lotes, as propostas são automaticamente apresentadas para os dois lotes. Não será aplicada nenhuma exceção a esta regra, pelo que não é possível apresentar apenas uma proposta para um dos dois lotes relativos a livros e partituras dinamarqueses.*

*Sem prejuízo do exposto, não há limitações quanto ao número máximo ou mínimo de lotes relativamente aos quais um proponente pode/deve apresentar propostas.*

*O SKI espera adjudicar um contrato a um fornecedor por lote. Podem ser adjudicados vários lotes a um mesmo fornecedor.*

*O mercado do material bibliotecário caracteriza-se pela existência de apenas alguns fornecedores especializados e potenciais proponentes. Os livros e partituras dinamarqueses constituem a maior categoria de produtos em termos de volume de negócios e são comercialmente importantes para os potenciais proponentes. A fim de preservar a concorrência no mercado no futuro, os livros e partituras dinamarqueses são divididos geograficamente em dois lotes. Os clientes participantes são divididos em dois entre estes lotes, este e oeste, respetivamente. O anexo A e os subanexos A.1 e A.2 mostram quais os municípios que pertencem ao Lote 1 livros e partituras dinamarqueses (este) e ao Lote 2 livros e partituras dinamarqueses (oeste).»*

- 8 O ponto 3.1.1 do caderno de encargos referia igualmente o seguinte:

*«Os livros e partituras dinamarqueses foram lançados a concurso segundo o denominado “modelo Este-Oeste”, o que significa que a intenção é adjudicar a um fornecedor na Dinamarca oriental e a outro fornecedor na Dinamarca ocidental, mas que se aplicam os mesmos preços a todos os clientes, independentemente de estes estarem localizados na Dinamarca oriental ou ocidental.*

*Os proponentes apresentam preços para a margem de lucro e a preparação que devem ser os mesmos – e serão aplicáveis – tanto para o lote para a Dinamarca oriental como para o lote para a Dinamarca ocidental.*

*O contrato de fornecimento do Lote 2 livros e partituras dinamarqueses (Oeste) será adjudicado ao proponente que apresentar a proposta economicamente mais vantajosa.*

*O contrato de fornecimento do Lote 1 livros e partituras dinamarqueses (este) será adjudicado ao proponente que apresentar a segunda proposta economicamente mais vantajosa. No entanto, este proponente deve aceitar que a adjudicação do contrato como fornecedor da Dinamarca oriental o obriga a fornecer aos clientes da Dinamarca oriental os produtos e serviços do acordo-quadro exatamente aos mesmos preços que os propostos pelo proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa e que fornecerá a Dinamarca ocidental.*

*Se o proponente que apresentou a segunda proposta economicamente mais vantajosa não acordar ser o fornecedor da Dinamarca oriental, a oportunidade passa para o proponente que apresentou a terceira proposta economicamente mais vantajosa, que deve igualmente aceitar que a adjudicação do contrato como fornecedor da Dinamarca oriental o obriga a fornecer os produtos e serviços do acordo-quadro aos clientes da Dinamarca oriental exatamente aos mesmos preços que os propostos pelo proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa e que fornecerá a Dinamarca ocidental.*

*Se este proponente também não acordar ser o fornecedor da Dinamarca oriental, a oportunidade passa para o próximo proponente da lista, e assim por diante. Se a lista dos proponentes que cumprem os requisitos do contrato estiver esgotada e não for possível encontrar entre estes nenhum fornecedor para a Dinamarca oriental, o contrato relativo à Dinamarca oriental será igualmente adjudicado ao fornecedor a quem for adjudicado o contrato relativo à Dinamarca ocidental. Nesse caso, este fornecedor será o fornecedor de toda a Dinamarca, isto é, dos lotes 1 e 2, e fornecerá todo o país aos mesmos preços.*

*Para os proponentes, o modelo Este-Oeste significa que, se a avaliação demonstrar que apresentaram a proposta economicamente mais vantajosa, devem acordar em dar aos outros proponentes pleno acesso aos preços por si propostos, em primeiro lugar ao proponente que apresentou a segunda proposta economicamente mais vantajosa e, se esse proponente não aceitar ser o fornecedor da Dinamarca oriental, ao próximo da lista, e assim por diante.*

*A razão pela qual o contrato relativo à Dinamarca ocidental é adjudicado ao proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa é que é expectável que seja atingido um volume de negócios mais elevado na Dinamarca ocidental do que na Dinamarca oriental. Assim, o proponente a quem o contrato relativo à Dinamarca oriental for adjudicado deve igualmente ter conhecimento de que, ao aceitar os termos para ser o fornecedor da Dinamarca oriental, garante que, com os preços impostos, pode realizar uma atividade rentável em relação aos seus próprios custos, apesar de ser expectável que o volume de negócios seja mais baixo na Dinamarca oriental do que na Dinamarca ocidental. A repartição do volume de negócios previsto entre a Dinamarca oriental e a Dinamarca ocidental, respetivamente, é especificada no subanexo A.1.»*

- 9 Em 3 de março de 2020, a data-limite para a apresentação das propostas, o SKI recebeu propostas da AVM e da BibMedia A/S (os dois únicos fornecedores efetivos no mercado). Ambos os proponentes apresentaram propostas para todos os lotes.
- 10 A avaliação permitiu concluir que a BibMedia A/S tinha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa (preço mais baixo) para todos os lotes, ao passo que a AVM tinha apresentado a segunda proposta economicamente mais vantajosa para todos os lotes.
- 11 Em consequência do modelo de adjudicação dos lotes 1 e 2 descrito no caderno de encargos, o SKI apresentou à AVM uma proposta de adjudicação do lote 1 (este), desde que a AVM aceitasse que teria de efetuar os fornecimentos aos preços que a BibMedia A/S tinha apresentado na qualidade de proponente da oferta mais baixa, preços esses de que a AVM foi informada aquando desse contacto.
- 12 A AVM aceitou tal, pelo que o SKI enviou uma comunicação da decisão de adjudicação em 21 de abril de 2020.
- 13 A AVM apresentou então, em 30 de abril de 2021, uma reclamação à Klagenævnet for Udbud (a Comissão de Reclamações em matéria de Contratação Pública, Dinamarca, a seguir «Comissão de Reclamações»). A Comissão de Reclamações foi constituída com o objetivo de cumprir as obrigações que incumbem à Dinamarca por força das diretivas sobre processos de recurso e tem a função de tratar as reclamações relativas a eventuais violações, pelas entidades adjudicantes públicas, da *udbudsloven* (Lei dos Contratos Públicos), das diretivas da União Europeia em matéria de contratos públicos, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência que decorrem dos mesmos e da *tilbudsloven* (Lei dos Procedimentos de Concurso).
- 14 A Comissão de Reclamações proferiu uma Decisão, em 14 de janeiro de 2021, no processo C-20/05105: Audio Visionary Music A/S contra Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, na qual concluiu o seguinte:  
*«[O SKI] violou o princípio da igualdade de tratamento (v. artigo 2.º, n.º 1, e artigo 56.º da Lei dos Contratos Públicos), ao aplicar um procedimento de adjudicação dos lotes 1 e 2, de acordo com o qual o proponente que apresentou a segunda melhor proposta pode alterá-la após o decurso do prazo para a apresentação da mesma, e, com a subsequente adjudicação do lote 1.»*
- 15 A Comissão de Reclamações justificou a sua decisão, nomeadamente, deste modo:  
*«[T]rata-se de um concurso aberto e após o proponente apresentar a sua proposta, esta não pode, em princípio, ser alterada nem por iniciativa da entidade adjudicante nem por iniciativa do proponente.»*

*Assim, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência no âmbito de um concurso aberto opõem-se a qualquer forma de negociação entre a entidade adjudicante e o proponente. Se, na sequência de uma abordagem por parte da entidade adjudicante, for dada ao proponente a possibilidade de alterar (reduzir) o preço proposto para um determinado preço inferior, tal significa que o proponente tem a possibilidade de alterar um termo essencial da sua proposta, ou seja, o montante exato da proposta inicial, de um modo que beneficia a entidade adjudicante e dá ao proponente a possibilidade de melhorar o seu preço e, desse modo, a sua proposta, com a finalidade de lhe ser adjudicado o contrato. Em conformidade com a prática corrente, este tipo de procedimento é contrário à proibição de negociações.*

*A questão que se coloca é a de saber se o facto de, nesta contratação específica, esse procedimento estar descrito no caderno de encargos significa que se pode considerar que o procedimento neste caso cumpre os princípios da igualdade de tratamento e da transparência e é, portanto, lícito. A Comissão de Reclamações entende que a proibição de negociações num concurso aberto não pode ser derogada pelo simples facto de o SKI ter descrito o modelo Este-Oeste no caderno de encargos, como aconteceu no caso em apreço.»*

- 16 Em 9 de julho de 2021, o SKI intentou uma ação judicial no Retten i Glostrup (Tribunal Regional de Glostrup, Dinamarca) contra, nomeadamente, esta parte da decisão da Comissão de Reclamações. Em 7 de dezembro de 2021, o processo foi remetido ao Østre Landsret (Tribunal Superior da Dinamarca Oriental), na qualidade de órgão jurisdicional de primeira instância.

## **REGRAS DINAMARQUESAS EM MATÉRIA DE CONTRATAÇÃO**

- 17 A Diretiva 2014/24/UE (Diretiva Contratos Públicos) foi transposta para o direito dinamarquês pela Lei n.º 1564, de 15 de dezembro de 2015, conforme alterada posteriormente (Lei dos Contratos Públicos).
- 18 O artigo 2.º da Lei dos Contratos Públicos transpõe o artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva Contratos Públicos e diz respeito aos princípios gerais da lei. Esta disposição tem a seguinte redação:

*Artigo 2.º Nos procedimentos de contratação pública, as entidades adjudicantes devem cumprir os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade em conformidade com os títulos II a IV.*

*n.º 2 Um concurso aberto não pode ser concebido com a intenção de -se subtrair ao âmbito de aplicação da presente lei ou de limitar artificialmente a concorrência. A concorrência é considerada artificialmente limitada quando o procedimento for elaborado com a intenção de favorecer ou desfavorecer indevidamente um único operador económico ou certos operadores económicos.*

- 19 O artigo 49.º da Lei dos Contratos Públicos transpõe o artigo 46.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva Contratos Públicos. O n.º 3 desta disposição diz respeito aos requisitos aplicáveis à divisão dos contratos em lotes e estabelece o seguinte:

*Artigo 49.º*

[Omissis]

*N.º 3. No anúncio de concurso, a entidade adjudicante deve indicar o seguinte:*

- 1) se o proponente pode apresentar propostas para um, para vários ou para todos os lotes,*
  - 2) se é possível adjudicar ao proponente um, vários ou todos os lotes e, se assim for, como podem os lotes ou grupos de lotes ser agrupados, e*
  - 3) as regras ou os critérios objetivos e não discriminatórios que regem a adjudicação dos lotes, incluindo a forma como os lotes são adjudicados quando as regras ou os critérios resultem na adjudicação a um proponente de um número de lotes superior ao número máximo que lhe pode ser adjudicado.*
- 20 O artigo 56.º da Lei dos Contratos Públicos diz respeito às regras processuais aplicáveis aos contratos públicos e transpõe disposições do artigo 27.º da Diretiva Contratos Públicos. Esta disposição tem a seguinte redação:

*Artigo 56.º Nos concursos abertos, qualquer operador económico interessado pode apresentar uma proposta em resposta a um anúncio de concurso. O anúncio de concurso deve conter as informações previstas na parte C do anexo V 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 (JO 2014, L 94, p. 65). A entidade adjudicante deve utilizar o formulário-tipo (v. artigo 128.º, n.º 3).*

## **DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS DO DIREITO DA UNIÃO**

- 21 As disposições do direito da União a que o caso em apreço diz respeito são principalmente os princípios fundamentais da igualdade de tratamento e da transparência, consagrados no artigo 18.º da Diretiva Contratos Públicos, e o âmbito da proibição de negociações no que respeita aos lotes (v. artigo 46.º da Diretiva Contratos Públicos e o procedimento de contratação «concurso aberto», em conformidade com o artigo 27.º da Diretiva Contratos Públicos).

## **ALEGAÇÕES DO DEMANDANTE**

- 22 O SKI contesta ter violado o princípio da igualdade de tratamento, consagrado no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva Contratos Públicos, com o modelo Este-Oeste utilizado. A conceção escolhida para o procedimento de contratação é, não

obstante o recurso ao procedimento de contratação «concurso aberto», lícito e cumpre as disposições da legislação em matéria de contratos públicos, incluindo o princípio da igualdade de tratamento, o princípio da transparência e a proibição de negociações daí decorrente, bem como a jurisprudência em matéria de contratos públicos.

- 23 A principal consideração subjacente ao modelo Este-Oeste foi a vontade de preservar a concorrência para os serviços abrangidos pelos lotes 1 e 2, na medida em que estes constituíam a maior categoria de produtos da contratação no que respeita ao volume de negócios. A este respeito, é essencial ter presente que não existe um mercado privado para serviços semelhantes e que não existem outras entidades adjudicantes que proponham contratos semelhantes. Por conseguinte, o acordo-quadro do SKI representa, com efeito, a totalidade do mercado. Os operadores do mercado aos quais não seja adjudicado um lote correm, assim, o risco de serem afastados ou até de cessarem a sua atividade. Assim, o mercado desta categoria de produtos sofreu durante muitos anos períodos com pouca ou mesmo nenhuma concorrência, o que pode ser muito prejudicial para os clientes do SKI e, em última análise, para os contribuintes. Por conseguinte, durante o procedimento relativo ao acordo-quadro, o SKI deu grande prioridade a garantir o mais possível a concorrência, incluindo através da divisão desta parte da contratação em dois lotes (este e oeste) e da utilização de um modelo que permita a existência, em princípio, de dois fornecedores diferentes, o que está em conformidade com os objetivos subjacentes do artigo 46.º da Diretiva Contratos Públicos (v. considerando 79 desta diretiva). Este considerando refere que *«[s]e os contratos forem divididos em lotes, as autoridades adjudicantes deverão ser autorizadas, por exemplo para preservar a concorrência ou garantir a fiabilidade do abastecimento, a limitar o número de lotes a que um operador económico pode concorrer; deverão igualmente ser autorizadas a limitar o número de lotes que podem ser adjudicados a um único proponente.»* Ao impor simultaneamente que ambos os lotes sejam fornecidos aos mesmos preços que os propostos pelo proponente que tinha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa, o SKI pretendeu igualmente evitar especulações que implicassem a proposta de preços elevados para um dos lotes em prejuízo dos clientes do SKI e, em última análise, dos contribuintes. Se se garantisse a um proponente a adjudicação de pelo menos um contrato, este poderia especular, apresentando propostas com preços elevados para ambos os lotes. O requisito segundo o qual o proponente terá de fornecer ao mesmo preço que o proponente selecionado para o lote 1 permitiu evitar essa situação.
- 24 Antes do procedimento de contratação, foi realizada uma consulta ao mercado. Resultou dos contributos do mercado que este considerou, em geral, o modelo equitativo e compatível com a defesa da concorrência, tanto imediatamente como a longo prazo. A resposta à consulta recebida da BibMedia A/S, que também apresentou uma proposta durante o procedimento de contratação posterior (v. *supra*), continha as seguintes observações:

*«A proposta do SKI de dividir o Lote 1 livros dinamarqueses e preparação num modelo este-oeste conforme descrito parece-nos razoável, visto que o modelo descrito continuará a motivar os proponentes a apresentarem a proposta mais atrativa para que lhes seja adjudicada a maior parte do volume de fornecimentos. O facto de haver vários fornecedores para o lote 1 garante uma forte concorrência nos próximos anos e que as soluções e os serviços continuarão a ser desenvolvidos, o que beneficiará as bibliotecas.»*

- 25 O SKI sustenta, assim, que este modelo está perfeitamente em conformidade com considerações baseadas no mérito, que são, além disso, cruciais no âmbito da legislação em matéria de contratos públicos, nomeadamente a necessidade de assegurar simultaneamente uma utilização eficiente dos fundos públicos (v. considerando 2 da Diretiva Contratos Públicos) e uma concorrência efetiva (v. considerandos 90 e 69 da mesma), tanto no âmbito do procedimento específico em causa como no futuro, no que respeita à situação concorrencial específica desse mercado.
- 26 Assim, é alegado o seguinte, em apoio da licitude do modelo:
- o facto de ser dada proponente da segunda oferta economicamente mais vantajosa a possibilidade de aceitar fornecer aos mesmos preços que os propostos pelo proponente da oferta economicamente mais vantajosa e poder assim ser-lhe adjudicado o lote 1 não implica uma «negociação» contrária à proibição de negociações constante da legislação dos contratos públicos, incluindo os princípios e as considerações subjacentes à proibição e o artigo 56.º da Lei dos Contratos Públicos.
  - o modelo Este-Oeste representa, pelo contrário, um procedimento objetivo e automático de adjudicação utilizado depois de a classificação das propostas ter sido concluída e sem nenhuma outra interação entre o SKI e o proponente que apresentou a segunda melhor proposta além da aceitação por este último de fornecer nos termos previamente estabelecidos nos documentos do concurso e aos mesmos preços que os propostos pelo proponente que apresentou a melhor proposta.
  - trata-se igualmente de um procedimento de adjudicação por lotes, descrito de maneira clara e transparente nos documentos do concurso. Não permite de modo algum uma liberdade de escolha do SKI relativamente à adjudicação dos contratos em violação do princípio da transparência, consagrado no artigo 18.º da Diretiva Contratos Públicos, nem possibilita que o proponente que apresentou a segunda melhor proposta altere arbitrariamente a sua proposta após o termo do prazo para a apresentação da proposta, colocando-se assim numa melhor posição do que aquela que lhe cabia nos termos do caderno de encargos, em violação, por outro lado, dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Pelo contrário, a adjudicação dos contratos desenrola-se dentro dos parâmetros predeterminados para a adjudicação dos lotes descritos nos documentos do

concurso e dentro dos parâmetros do artigo 46.º da Diretiva Contratos Públicos, na sequência de um processo que é igualmente alheio à influência do SKI ou dos proponentes em causa.

- a adjudicação de contratos de acordo com o modelo Este-Oeste é, assim, aplicada uniformemente, com base na avaliação anterior das propostas apresentadas com base no critério de adjudicação estabelecido do «preço mais baixo» e na sequência de um processo predeterminado e claramente descrito para a adjudicação dos lotes. Além disso, sendo o modelo igualmente utilizado num momento em que foi concluída a classificação das propostas (isto é, na sequência da avaliação), não existe nenhum risco de distorção da concorrência entre os proponentes sob a forma de discriminação desleal.

### **ALEGAÇÕES DA DEMANDADA**

- 27 A demandada alega que a decisão e a fundamentação da Comissão de Reclamações são corretas e devem ser confirmadas.
- 28 O princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 18.º da Diretiva Contratos Públicos e no artigo 2.º, n.º 1, da Lei dos Contratos Públicos, bem como a consequente proibição de negociações, significam que a entidade adjudicante está impedida de negociar com um único proponente no âmbito de um concurso aberto. Neste contexto, é indiferente que a entidade adjudicante tenha descrito a possibilidade de negociar nos documentos do concurso.
- 29 A demandada alega que o facto de ser dada a um proponente a possibilidade de alterar a sua proposta após o decurso do prazo para a apresentação da mesma para que esta corresponda ao preço do proponente que apresentou a proposta mais baixa constitui uma negociação.
- 30 Segundo a demandada, esta situação, em que um proponente é autorizado a baixar o preço da sua proposta de modo a corresponder ao do proponente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa constitui uma alteração da proposta, que não pode ser autorizada após o decurso do prazo para a apresentação da proposta.
- 31 Por conseguinte, o modelo Este-Oeste utilizado pelo SKI constitui uma negociação, na aceção da Diretiva Contratos Públicos.
- 32 A demandada alega igualmente que tal procedimento não pode ser legalmente utilizado no âmbito do procedimento de adjudicação «concurso aberto» por força do artigo 27.º da Diretiva Contratos Públicos (v. artigo 56.º da Lei dos Contratos Públicos). Assim, este tipo de procedimento de adjudicação não prevê a possibilidade de negociação, nomeadamente dando a um único proponente a possibilidade de alterar a sua proposta após o decurso do prazo para a apresentação da proposta.

- 33 O SKI deveria, antes, ter realizado o concurso dentro dos parâmetros estabelecidos pela Diretiva Contratos Públicos, e existe a possibilidade de utilizar procedimentos lícitos, que cumprem em larga medida os objetivos que o SKI pretende atingir com o modelo Este-Oeste. Assim, uma entidade adjudicante pode dividir um contrato em lotes, sendo lícito restringir a possibilidade de um mesmo proponente vencer todos os lotes, de modo a garantir que a concorrência seja protegida no futuro. Todavia, não é possível, no âmbito dos procedimentos previstos na Diretiva Contratos Públicos, obter vários possíveis fornecedores e dispor dos mesmos com preços idênticos. As entidades adjudicantes devem, por conseguinte, escolher entre um único proponente que vença a totalidade dos lotes com o mesmo preço e a adjudicação dos lotes a vários proponentes diferentes mas com preços diferentes. Se uma entidade adjudicante optar por restringir a possibilidade de a totalidade dos lotes ser adjudicada a um mesmo proponente, a entidade adjudicante deve aceitar o preço do segundo proponente que apresentou a proposta mais baixa para o lote mais pequeno.

#### **FUNDAMENTAÇÃO DO REENVIO PREJUDICIAL**

- 34 A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao princípio da igualdade de tratamento e ao princípio da transparência na Diretiva Contratos Públicos e ao âmbito da consequente proibição de negociações diz respeito, nomeadamente, aos limites do tratamento, por uma entidade adjudicante, das reservas na proposta e aos limites da recolha e da inclusão retroativa de informações por uma entidade adjudicante (v., nomeadamente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2013, Manova A/S, C-336/12, EU:C:2013:647, e de 11 de maio de 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358) ou à recolha de informações em falta ou imprecisas numa proposta que tenha sido apresentada (v. Acórdão de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 O Tribunal de Justiça parece ainda ter abordado o âmbito da proibição de negociações relativamente à substituição de empresas a cuja capacidade o proponente pretende recorrer (v., nomeadamente, Acórdão de 3 de junho de 2021, Rad Service Sri Unipersonale e o./Del Debbio SpA e o., C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 A prática anterior parece ser o facto de o âmbito da proibição de negociações ser interpretado relativamente à possibilidade de uma entidade adjudicante sanar o facto de o candidato/proponente não cumprir os requisitos previstos nos documentos do contrato e, portanto, dizer respeito a situações em que um candidato/proponente adquire potencialmente um estatuto jurídico ao qual, de acordo com os documentos do concurso, não tinha direito e que, consequentemente, é contrário aos princípios fundamentais do direito da União (v. Acórdão de 22 de junho de 1993, Comissão das Comunidades Europeias/Reino da Dinamarca, C-243/89, EU:C:1993:257; Acórdão de 25 de abril de 1996, Comissão das Comunidades Europeias/Reino da Bélgica, C-87/94, EU:C:1996:161; e

Acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz/Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).

- 37 No entanto, o Tribunal de Justiça não parece ter tido a oportunidade de abordar a questão de saber em que medida a proibição de negociações no âmbito da abertura a concurso de lotes no tipo de procedimento de contratação «concurso aberto» se opõe a que, após o termo do prazo para a apresentação das propostas, e em conformidade com os termos predefinidos no caderno de encargos, um proponente que não tenha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa possa prestar os serviços propostos para um lote ao mesmo preço que um proponente que tenha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa e ao qual, por conseguinte, é adjudicado outro lote.
- 38 O Østre Landsret (Tribunal Superior da Dinamarca Oriental), que é, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de primeira instância, considera, com estes fundamentos, que é necessário submeter ao Tribunal de Justiça a questão formulada em seguida.

DECIDE-SE:

- 39 Solicitar ao Tribunal de Justiça que responda à seguinte questão:

*Os princípios da transparência e da igualdade de tratamento consagrados no artigo 18.º da Diretiva Contratos Públicos e a consequente proibição de negociações opõem-se a que, após o termo do prazo para a apresentação da proposta, e em conformidade com os termos predefinidos no caderno de encargos, um proponente que tenha apresentado a segunda proposta economicamente mais vantajosa no âmbito de um concurso aberto para lotes separados (v. artigos 27.º e 46.º da Diretiva Contratos Públicos) possa prestar os serviços propostos num lote nos mesmos termos que um proponente que tenha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa e ao qual, por conseguinte, é adjudicado outro lote lançado a concurso ao mesmo tempo?*

[Omissis]