

Processo C-424/23**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:**

11 de julho de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent (Tribunal das Empresas de Gent, Juízo de Gent; Bélgica)

Data da decisão de reenvio:

28 de junho de 2023

Demandante:

DYKA Plastics NV

Demandada:

Fluvius System Operator CV

Objeto do processo principal

O processo principal tem por objeto a ação intentada pela demandante no Ondernemingsrechtbank Gent (Tribunal das Empresas de Gent), que visa, no essencial, obter a declaração de que a política de adjudicação de contratos públicos da demandada em matéria de obras de saneamento, que exige, nos documentos do concurso, que os tubos de saneamento sejam, regra geral, de grés e de betão, viola a legislação relativa aos contratos públicos; a imposição à demandada da obrigação de alterar os seus documentos do concurso, em especial as especificações técnicas; e a condenação igualmente da demandada no pagamento de uma indemnização.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O pedido de decisão prejudicial, apresentado nos termos do artigo 267.º TFUE, tem por objeto a interpretação do artigo 42.º da Diretiva 2014/24. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em especial, sobre se a enumeração das

modalidades de formulação das especificações técnicas referida no n.º 3 da referida disposição é exaustiva, ou se é admissível, por força do n.º 4 da mesma disposição, referir, nas especificações técnicas, tubos de saneamento feitos de grés e de betão e/ou se tal referência a um único produto já favorece ou elimina determinadas empresas ou produtos, apesar de diversas empresas concorrentes poderem oferecer esse produto, ou se é exigido, para o efeito, que apenas uma empresa possa oferecer o produto em causa no mercado e, por último, se a violação dos referidos n.º 3 e/ou n.º 4 constitui igualmente uma violação do artigo 42.º, n.º 2, e do artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24.

Questões prejudiciais

1. Deve o artigo 42.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado no sentido de que a lista aí incluída das modalidades de formulação das especificações técnicas tem caráter exaustivo e que, por conseguinte, as entidades adjudicantes estão obrigadas a formular as especificações técnicas dos seus contratos públicos de acordo com uma das modalidades previstas na referida disposição?
2. Deve o artigo 42.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado no sentido de que as referências, nas especificações técnicas de concursos públicos, a tubos de saneamento de grés e de betão (consoante o tipo específico de sistema de esgoto) devem ser consideradas uma ou mais referências enumeradas na referida disposição, por exemplo, as referências a determinados tipos ou a determinadas produções de tubos?
3. Deve o artigo 42.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado no sentido de que as referências, nas especificações técnicas dos concursos públicos, a um único produto, por exemplo, a tubos de saneamentos de grés e betão (dependendo do tipo concreto de sistema de esgotos), enquanto soluções técnicas específicas, já geram o efeito exigido por esta disposição (isto é, «que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos»), uma vez que têm por efeito excluir e, portanto, prejudicar *a priori* as empresas que propõem soluções alternativas ao produto prescrito, apesar do facto de diversas empresas concorrentes poderem oferecer o referido produto prescrito, ou é necessário que não exista qualquer forma de concorrência em relação a esse produto, por exemplo tubos de saneamentos de grés e betão (dependendo do tipo concreto de sistema de esgotos), e que, por conseguinte, só se possa considerar que existe a referida consequência se o produto em causa for característico de uma determinada empresa que é a única a oferecê-lo no mercado?
4. Deve o artigo 42.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado no sentido de que a violação declarada do artigo 42.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE e/ou do artigo 42.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, resultante da utilização ilegal de referências nas especificações técnicas dos concursos (por exemplo, referências a tubos de saneamentos de grés e betão (dependendo do tipo concreto de sistema de

esgotos), também constitui uma violação do artigo 42.º, n.º 2, e do artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE?

Disposições de direito da União e de direito nacional invocadas

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, artigos 18.º e 42.º, considerando 74.

Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (Lei de 17 de junho de 2016 relativa aos contratos públicos; a seguir «Overheidsopdrachtenwet»), artigos 4.º, 5.º e 53.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O litígio tem por objeto a adjudicação de contratos públicos de obras de saneamento. A demandada é uma entidade adjudicante que prevê, nos documentos do concurso, que as canalizações em causa devem, regra geral, ser feitas (exclusivamente) de grés e betão. A demandante é produtora e fornecedora de tubos de saneamentos de plástico, o que a impede de propor os seus produtos no âmbito dos referidos contratos.
- 2 A demandante considera, portanto, que a política de adjudicação da demandada é ilegal. Ao longo dos últimos anos, pediu, em vão, à demandada que alterasse a sua forma de atuação. Assim, já notificou a demandada do incumprimento e convidou a mesma a esclarecer a sua política na matéria. Neste contexto, a demandante intentou a presente ação no órgão jurisdicional de reenvio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 3 A demandante sustenta que, enquanto fornecedora de tubos de plástico, é objeto de uma discriminação sistemática e não tem a possibilidade equitativa de participar nos contratos públicos lançados pela recorrida. As referências, nos documentos do concurso, às canalizações em grés e em betão, que constituem especificações técnicas na aceção da legislação relativa aos contratos públicos, excluem, sem qualquer justificação, os tubos de plástico, o que entrava a concorrência e viola a legislação relativa aos contratos públicos.

Em especial, a demandante sustenta que a demandada viola o artigo 53.º, n.º 3, da Overheidsopdrachtenwet, uma vez que as especificações técnicas em causa não foram formuladas de acordo com uma das modalidades definidas de forma taxativa na referida disposição. A demandada viola igualmente o artigo 53.º, n.º 4, desta lei, uma vez as referidas especificações propõem uma única solução técnica que favorece ou elimina determinadas empresas ou determinados produtos. A proibição prevista nesta disposição não se limita à situação em que uma entidade

adjudicante solicita um produto único que só pode ser proposto por uma única empresa. Além disso, a violação do artigo 53.º, n.ºs 3 e 4, da Overheidsopdrachtenwet implica igualmente a violação do artigo 4.º, do artigo 5.º, e do artigo 53.º, n.º 2, desta lei. O artigo 53.º, n.º 2, da Overheidsopdrachtenwet constitui, no essencial, uma aplicação especial das obrigações fundamentais que incumbem às entidades adjudicantes como a demandada, previstas nos artigos 4.º (princípio da igualdade) e 5.º (princípio da concorrência). Estas exigem que sejam permitidas diferentes soluções, mas as empresas que, como a recorrente, oferecem uma solução alternativa são excluídas no caso em apreço. Finalmente, a demandada violou igualmente os princípios da diligência, da proporcionalidade e da lealdade.

Neste contexto, compete à demandada corrigir a sua atuação no futuro. Uma vez que a demandante já perdeu, no passado, diversas oportunidades de participação e de adjudicação dos contratos em causa, sofreu um prejuízo que deve ser reparado pela demandada.

- 4 A demandada alega que dispõe de um poder de apreciação discricionário e que pode, portanto, escolher, sem fundamentação adicional, o material, a saber, grés e betão, do qual os seus tubos de saneamentos devem ser, regra geral, fabricados.

Esta atuação não viola o artigo 53.º, n.º 4, da Overheidsopdrachtenwet. Com efeito, a referida disposição não se aplica no caso em apreço, uma vez que os seus cadernos de encargos não prescrevem um «produto único». Com efeito, existem diversos produtores e fornecedores de tubos de grés e de betão. Além disso, existem boas razões para escolher os tubos de grés para a instalação de condutas de saneamento para águas residuais domésticas e industriais e os tubos de betão para a instalação de condutas de saneamento para as águas pluviais. Assim, os tubos de grés resistem pelo menos 100 anos, enquanto os tubos de plástico têm uma vida útil de 50 anos. Os tubos de plástico também apresentam mais defeitos e perturbações do que os tubos de grés, o que aumenta os custos de manutenção dos tubos de plástico. Tanto do ponto de vista financeiro, como do ponto de vista do cliente, a escolha dos tubos de grés tem uma justificação razoável. Além disso, também existem boas razões do ponto de vista do ambiente para não escolher os tubos de saneamentos de plástico. Por conseguinte, os tubos de plástico só são aceites quando justificados pelas circunstâncias específicas do projeto.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 5 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, coloca-se a questão de saber se a descrição dos tubos pedidos que figura nos documentos do concurso cumpre os requisitos do artigo 53.º da Overheidsopdrachtenwet, lido à luz do artigo 42.º da Diretiva 2014/24.

A referida definição não menciona as normas que esses tubos devem cumprir. Tal impede as empresas de oferecerem possibilidades técnicas alternativas que cumpram essas normas. Também não são previstos requisitos funcionais ou de

desempenho que permitam outras soluções técnicas. A afirmação da demandada de que existem diversos produtores de tubos de grés e de betão, e que não prescreve, portanto, um produto único, é, neste contexto, irrelevante.

- 6 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se igualmente sobre se a enumeração dos modos de formulação das especificações técnicas previstas no artigo 42.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24 é exaustiva ou meramente exemplificativa.

O órgão jurisdicional de reenvio constata que o tubo de esgoto é o «produto» e que o «requisito» é o de que este deve ser feito de grés ou de betão. Importa, portanto, verificar se a forma como a demandada definiu a especificação técnica em causa é compatível com o modo como tal deveria ser efetuado em conformidade com o artigo 53.º da Overheidsopdrachtenwet, lido à luz da Diretiva 2014/24.

- 7 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se a referência aos tubos de saneamentos de grés e de betão nas especificações técnicas da demandada deve ser considerada uma ou várias referências enumeradas no artigo 42.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, por exemplo as referências a determinados tipos ou a determinadas produções de tubos.

DOCUMENTO DE TRABALHO