

Processo C-282/24

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

23 de abril de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia)

Data da decisão de reenvio:

18 de abril de 2024

Recorrente:

Polismyndigheten

Recorrido:

Konkurrensverket

[OMISSIS]

DECISÃO RECORRIDA

Acórdão do Kammarrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo de Recurso, Estocolmo) de 13 de abril de 2023, no processo n.º 7456-22

OBJETO

Coima por adjudicação de contratos; pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia

[OMISSIS]

O Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia) profere a seguinte

DECISÃO

Deve ser apresentado um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em conformidade com o pedido de decisão prejudicial em anexo [OMISSIS]

[OMISSIS]

Pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE com vista a obter a interpretação do artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (a seguir «Diretiva Contratos Públicos»)

Introdução

- 1 Com o presente pedido de decisão prejudicial, o Supremo Tribunal Administrativo procura obter esclarecimentos sobre as condições pormenorizadas em que a modificação de um acordo-quadro celebrado anteriormente, que, em termos de valor, poderia ser abrangido pelo artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva Contratos Públicos, pode, no entanto, ser considerada como dando origem a uma obrigação de realizar um novo procedimento de contratação com o fundamento de que a natureza global do acordo-quadro foi alterada. A questão surgiu num processo relativo a uma coima por adjudicação de contratos.

Disposições do direito da União aplicáveis

- 2 O artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva Contratos Públicos permite que os contratos e acordos-quadro sejam modificados sem novo procedimento de contratação em diversas situações. Uma delas é se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4 do mesmo artigo. Este número indica que a modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. O n.º 4, alínea a), estabelece ainda que a modificação é, em qualquer caso, considerada substancial se se verificar que introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso.
- 3 Nos termos do artigo 72.º, n.º 2, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação caso o valor da modificação seja inferior a ambos os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, a 10 % do valor do contrato inicial. Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro.

- 4 Nos termos do artigo 72.º, n.º 5, as modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da referida diretiva.
- 5 O considerando 107 da diretiva estabelece que é exigido um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes. Estabelece que tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato e que isso se verifica, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas.
- 6 O considerando 107 estabelece que as modificações do contrato que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado valor deverão ser sempre possíveis, sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação.
- 7 O considerando 109 trata da exclusão da obrigação de realizar um novo procedimento de contratação que se aplica quando uma autoridade adjudicante tem de modificar um contrato existente devido a circunstâncias imprevisíveis. Estabelece que este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global do contrato público, por exemplo substituindo obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de contrato, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado.

Disposições nacionais aplicáveis

- 8 Nos termos do artigo 8.º do capítulo 17 da Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling [Lei (2016:1145) relativa aos Contratos Públicos; a seguir «Lei relativa aos Contratos Públicos»], um contrato ou acordo-quadro pode ser modificado sem um novo procedimento de contratação se a modificação for efetuada com base numa das disposições dos artigos 9.º a 14.º
- 9 De acordo com o n.º 1 do artigo 9.º, um contrato ou acordo-quadro pode ser modificado sem novo procedimento de contratação, se a natureza global do contrato ou acordo-quadro não for alterada e o aumento ou diminuição do valor do contrato ou acordo-quadro for inferior ao limiar fixado e a 10 % do valor do contrato ou acordo-quadro, quando se trate de aquisição de bens ou serviços.
- 10 O n.º 1 do artigo 14.º estabelece que um contrato ou um acordo-quadro pode ser modificado sem novo procedimento de contratação, mesmo que a modificação não seja abrangida pelos artigos 9.º a 13.º, se a modificação não for substancial. Nos termos do ponto 1 do n.º 2, uma modificação deve ser considerada substancial se, nomeadamente, introduzir novas condições que, se tivessem sido incluídas no procedimento de contratação inicial, teriam levado a que outros

candidatos fossem convidados a apresentar propostas, a que outras propostas fossem incluídas na avaliação ou a que mais fornecedores participassem no procedimento de contratação.

Factos no processo

Contexto

- 11 Em 2020, a Polismyndigheten (Autoridade Policial sueca) levou a cabo um procedimento de contratação de serviços de reboque ao abrigo da Lei relativa aos Contratos Públicos. O valor total do contrato foi estimado em 15 milhões de coroas suecas (SEK) e as propostas foram avaliadas com base no critério de adjudicação do preço mais baixo proposto. Aos proponentes foi exigido que indicassem um preço fixo para as missões em que o ponto de recolha do veículo a rebocar se situava num raio de 10 km do local onde o veículo devia ser devolvido. Para o transporte fora do raio de 10 km, os proponentes deviam indicar um preço adicional específico por quilómetro para o resto da distância percorrida. De acordo com os documentos do concurso, os preços deveriam manter-se inalterados durante a vigência do contrato.
- 12 O procedimento de contratação foi concluído com a celebração pela Autoridade Policial sueca de dois acordos-quadro no início de 2021, um com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB e outro com outro fornecedor.
- 13 Em meados de 2021, a Autoridade Policial sueca acordou com os dois fornecedores a alteração das condições de remuneração nos acordos-quadro. Os acordos modificados estipulavam que o raio dentro do qual o preço por quilómetro não seria pago seria alargado de 10 para 50 km. Ao mesmo tempo – no que diz respeito à Lidköpings Biltjänst Hyr AB – o preço fixo por missão foi alterado de 0 SEK para 4 500 SEK, enquanto os preços por quilómetro fora do raio para determinados transportes foram alterados de 185 SEK para 28 SEK e para outros de 275 SEK para 55 SEK.
- 14 A Autoridade Policial sueca declarou que a razão para as modificações era a necessidade de equilibrar a distribuição dos custos a nível interno da autoridade entre as diferentes áreas policiais com diferentes dimensões geográficas e níveis de urbanização. O ponto de partida era que as modificações não deveriam resultar em qualquer modificação do valor total dos acordos-quadro. A autoridade concluiu posteriormente, com base nas faturas, que o acordo de modificação com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB conduziu a uma redução marginal da remuneração total em comparação com o que teria sido pago nos termos originais.

Pedido de coima por adjudicação de contratos

- 15 A Konkurrensverket (Autoridade da Concorrência sueca) pediu ao Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo de Estocolmo) que

ordenasse à Autoridade Policial sueca o pagamento de uma coima por adjudicação de contratos, com o fundamento de que os acordos modificação deveriam ter sido precedidos de um novo procedimento de contratação.

- 16 A Autoridade Policial sueca contestou o pedido. A autoridade arguiu que não tinha sido obrigada a realizar um novo procedimento de contratação porque as modificações não eram substanciais na aceção do artigo 14.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos. Além disso, no que respeita às modificações ao contrato celebrado com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB, a autoridade arguiu que estas eram admissíveis ao abrigo do artigo 9.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos, uma vez que se tratava de alterações de menor valor.
- 17 O Tribunal Administrativo deferiu o pedido da Autoridade sueca da Concorrência e condenou a Autoridade Policial sueca a pagar 1 200 000 SEK a título de coima por adjudicação de contratos. O Tribunal Administrativo considerou que as modificações, que implicavam que os proponentes teriam de estabelecer um equilíbrio diferente entre os preços da remuneração fixa e variável, não eram previsíveis com base nas informações constantes dos documentos originais do concurso, o que significa que não foram dadas aos outros proponentes as mesmas oportunidades que aos fornecedores selecionados para fazerem cálculos corretos da rendibilidade das potenciais encomendas ao abrigo das novas condições. Na opinião do Tribunal Administrativo, parecia provável que as modificações às condições, se tivessem sido incluídas no concurso inicial, poderiam ter levado à participação de mais fornecedores ou a um resultado diferente da avaliação. Neste contexto, o Tribunal Administrativo considerou que as modificações deviam ser consideradas substanciais e, por conseguinte, não eram permitidas ao abrigo do artigo 14.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos. Pela mesma razão, o Tribunal Administrativo considerou que as alterações ao acordo com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB alteravam a natureza global do acordo-quadro e não eram, portanto, permitidas ao abrigo das disposições relativas às alterações de menor valor previstas no artigo 9.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos.
- 18 A Autoridade Policial sueca interpôs recurso do acórdão do Tribunal Administrativo para o Tribunal Administrativo de Recurso. No que respeita às modificações ao acordo com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB, a Autoridade Policial sueca alegou que uma alteração de menor valor pode ser autorizada mesmo que a alteração em si seja considerada substancial. Além disso, a autoridade remeteu para o considerando 109 da Diretiva Contratos Públicos e arguiu que, para que se considere que a natureza global do contrato foi alterada, é necessário que haja alterações de natureza superior a um ajustamento das condições de remuneração.
- 19 O Tribunal Administrativo de Recurso negou provimento ao recurso. O Tribunal Administrativo de Recurso também considerou que as alterações deviam ser consideradas substanciais e, por conseguinte, não eram permitidas ao abrigo do artigo 14.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos. Além disso, o Tribunal Administrativo de Recurso considerou que o conceito de «natureza

global do acordo» e os exemplos dados no preâmbulo da Diretiva Contratos Públicos não podem ser interpretados no sentido de que as alterações às condições de remuneração não podem ser consideradas alterações da natureza global. Em vez disso, na opinião do Tribunal Administrativo de Recurso, é necessário avaliar caso a caso se uma modificação das condições de remuneração constitui uma mudança demasiado drástica das obrigações das partes e se permite concluir que o resultado do concurso anterior foi afetado de forma relevante. No caso em apreço, o Tribunal Administrativo de Recurso considera que se pode sustentar que o resultado do concurso inicial teria sido afetado se as condições de remuneração alteradas tivessem sido incluídas desde o início. Por conseguinte, considerou-se que as modificações ao acordo com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB constituíam uma modificação da natureza global do acordo-quadro, tal como referido no artigo 9.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos.

- 20 A Autoridade Policial sueca interpôs recurso do acórdão do Tribunal Administrativo de Recurso e alega que o Supremo Tribunal Administrativo deve indeferir o pedido da Autoridade da Concorrência sueca de aplicação de uma coima por adjudicação de contratos ou, em qualquer caso, fixar a coima num montante inferior. A Autoridade da Concorrência sueca considera que deve ser negado provimento ao recurso.
- 21 A Autoridade Policial sueca argui ainda perante o Supremo Tribunal Administrativo que os acordos de modificação eram permitidos ao abrigo do artigo 14.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos. Além disso, a autoridade defende que as modificações ao contrato celebrado com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB eram, de qualquer modo, permitidas nos termos do artigo 9.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos.
- 22 O presente pedido de decisão prejudicial diz respeito a esta última disposição e à disposição correspondente da Diretiva Contratos Públicos, o artigo 72.º, n.º 2, e, mais especificamente, ao que se entende por alteração da natureza global de um acordo-quadro.

Alegações das partes

Autoridade Policial sueca

- 23 A Autoridade Policial sueca apresenta os seguintes argumentos. As modificações não são suscetíveis de alterar a natureza global do acordo-quadro. O artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva Contratos Públicos estabelece que um contrato que preencha as condições dessa disposição pode ser modificado sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d). Isto significa que o facto de o contrato poder ter sido adjudicado a outro fornecedor se as novas condições tivessem sido aplicadas desde o início não pode ser considerado como apoiando a posição de que a natureza global do contrato foi alterada. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Acórdão

Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634) também demonstra que mesmo as alterações substanciais do contrato podem ser permitidas se a possibilidade de as efetuar tiver sido previamente indicada. As cláusulas de modificação são agora previstas no artigo 72.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva Contratos Públicos e estão reservadas às modificações que não afetam a natureza global, o que significa que este conceito não pode ser sinónimo de modificações substanciais, mas deve referir-se a modificações de maior importância. O considerando 109 da Diretiva Contratos Públicos indica, como exemplo de alteração da natureza global, a substituição do objeto do contrato por outro diferente ou uma alteração fundamental do tipo de contrato.

Autoridade da Concorrência sueca

- 24 A Autoridade da Concorrência sueca apresenta os seguintes argumentos. Podem ser introduzidas alterações de menor valor num contrato já celebrado, uma vez que não se pode esperar que tais alterações provoquem distorções da concorrência ou infrinjam de forma significativa os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. No entanto, o sistema das regras de contratação ficaria comprometido se fossem permitidas modificações que, em si mesmas, implicam apenas uma alteração marginal do valor em termos absolutos, mas que são contrárias aos princípios por outras razões que não uma alteração do valor. Assim, a apreciação do facto de uma tal modificação alterar a natureza global do acordo-quadro deve centrar-se na questão de saber se o resultado do processo de contratação inicial poderia hipoteticamente ter sido diferente, independentemente do impacto da alteração marginal do valor. No caso vertente, o valor é irrelevante para a questão de saber se as modificações são contrárias aos princípios. As modificações incidiram sobre as condições económicas de base da proposta inicial e afetaram a atratividade do procedimento de contratação numa perspetiva de risco que não podia ter sido prevista quando as propostas foram apresentadas. Pode presumir-se que o resultado do concurso teria sido afetado se as modificações tivessem sido conhecidas desde o início, uma vez que outro fornecedor poderia ter apresentado a proposta economicamente mais vantajosa em condições diferentes. Por estas razões, o acordo de modificação é contrário aos princípios da igualdade de tratamento e da transparência e implica uma alteração da natureza global do acordo-quadro. O facto de a apreciação da alteração da natureza global do acordo-quadro ser semelhante à apreciação a fazer, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, sobre o carácter substancial de uma modificação, é da natureza da questão, uma vez que ambos os conceitos são corolários dos princípios acima referidos.

Necessidade de uma decisão prejudicial

- 25 A Autoridade Policial sueca calculou o valor das modificações introduzidas no acordo-quadro celebrado com a Lidköpings Biltjänst Hyr AB num montante inferior ao valor indicado no artigo 9.º do capítulo 17 da Lei relativa aos Contratos Públicos e no artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva Contratos Públicos. Para

determinar se, nesta base, era lícito à Autoridade Policial sueca celebrar o acordo de modificação, o Supremo Tribunal Administrativo deve pronunciar-se sobre a questão de saber se a modificação do modelo de remuneração efetuada pode ser considerada como tendo alterado a natureza global do acordo-quadro.

- 26 Na sua jurisprudência anterior - que é anterior à introdução da atual Diretiva Contratos Públicos - o Tribunal de Justiça considerou que os princípios da igualdade de tratamento e da transparência se opõem a que as disposições de um contrato existente sejam modificadas, sem um novo procedimento de adjudicação, de forma a terem um carácter substancialmente diferente do contrato inicial (Acórdão *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, n.º 34). A alteração deve ser considerada substancial, nomeadamente, quando introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite (n.º 35 do referido acórdão). Em princípio, uma alteração substancial não pode ser operada após a adjudicação do contrato, a menos que a possibilidade de efetuar essa alteração tivesse sido prevista nas condições do contrato inicialmente celebrado (Acórdão *Finn Frogne*, n.ºs 30 e 36). As alterações introduzidas com base em disposições existentes de um contrato podem também, em casos excepcionais, exigir um novo procedimento de adjudicação quando, atendendo às características próprias da prestação em causa, as condições alteradas constituírem um elemento determinante da celebração do contrato (Acórdão *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 39).
- 27 O artigo 72.º da Diretiva Contratos Públicos destina-se, em parte, a codificar essa jurisprudência. O artigo 72.º, n.º 4, expressa o princípio de que apenas modificações substanciais implicam um novo procedimento de contratação. O artigo 72.º, n.ºs 1 e 2, estabelece um certo número de situações em que podem ser efetuadas modificações, independentemente de serem ou não substanciais, em vários casos, desde que não alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Para além da exceção relativa às alterações de menor valor, este requisito também se aplica às modificações no âmbito de cláusulas de revisão claras, precisas e inequívocas e às modificações resultantes de circunstâncias imprevisíveis.
- 28 A exceção para alterações de menor valor, tal como expressa no artigo 72.º, n.º 1, não tem uma base direta na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. No Acórdão *Comissão/Alemanha* (C-160/08, EU:C:2010:230, n.ºs 99 a 101), uma alteração foi considerada substancial com base no facto de o seu valor ser superior ao limiar estabelecido nas diretivas aplicáveis, e no Acórdão *Pressetext Nachrichtenagentur* (n.ºs 61 a 63) um pequeno ajustamento do preço em detrimento do fornecedor foi considerado como não constituindo uma alteração substancial das condições do contrato. No entanto, o facto de uma alteração considerada substancial em si mesma poder ser autorizada devido ao seu baixo valor parece ser novo no contexto da atual Diretiva Contratos Públicos.

- 29 O Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre as condições em que uma modificação de um contrato-quadro pode exigir um novo procedimento de contratação pelo facto de alterar a natureza global do contrato-quadro, quer no caso de alterações de menor valor (artigo 72.º, n.º 2), quer no caso de modificações decorrentes de cláusulas de revisão ou de opção ou na sequência de circunstâncias imprevisíveis (artigo 72.º, n.º 1). O Tribunal de Justiça também não se pronunciou sobre as disposições correspondentes da Diretiva 2014/23/UE relativa à adjudicação de contratos de concessão ou da Diretiva 2014/25/UE relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.
- 30 O preâmbulo da Diretiva Contratos Públicos (considerando 109, que trata das modificações resultantes de circunstâncias imprevisíveis) dá exemplos de modificações que podem alterar a natureza global de um contrato ou acordo-quadro. Estes exemplos referem-se a alterações do objeto do contrato e do tipo de contrato. Por outro lado, não existe uma orientação clara no preâmbulo quanto ao que se entende por alteração da natureza global.
- 31 Tendo em conta o que precede, o Supremo Tribunal Administrativo considera que é necessário submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Questão

- 32 Pode uma alteração ao modelo de remuneração num acordo-quadro inicialmente adjudicado com base no critério de adjudicação do preço mais baixo proposto, no qual o equilíbrio entre preços fixos e variáveis é alterado e os níveis de preços são ajustados de tal forma que o valor total do contrato só se altera de forma marginal, significar que se deve considerar que a natureza global do acordo-quadro foi alterada na aceção do artigo 72.º, n.º 2, da Diretiva Contratos Públicos?