

Sonsoles Centeno e Guillermo Cabrera

O TJUE decidiu que os operadores económicos de Estados terceiros não podem reclamar igualdade de tratamento nos contratos públicos da UE, se não existir um acordo internacional entre a UE e esse Estado terceiro que garanta a reciprocidade

O Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), em [acórdão da Grande Secção, de 22 de outubro de 2024 \(“Acórdão”\)](#)¹, proferido no processo Kolin İnşaat Turizm Sanayi v. Ticaret, C-652/22, julgou inadmissível a questão prejudicial. Em particular, o TJUE considerou que a [Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014](#), relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (“Diretiva”), não pode ser aplicada aos operadores económicos de Estados terceiros que não tenham celebrado um acordo internacional com a União Europeia que garanta um acesso igual e recíproco aos procedimentos de contratação pública.

I. Análise do Acórdão

A questão prejudicial é suscitada no âmbito de um processo instaurado por uma sociedade turca contra uma decisão da “Comissão Nacional de Revisão dos Procedimentos de Contratação Pública” de adjudicar um contrato público a uma sociedade austríaca na Croácia.

O Tribunal Superior de Contencioso-Administrativo da Croácia coloca uma questão prejudicial sobre alguns aspetos relacionados com a aplicação da Diretiva, mas o TJUE não entrou na análise requerida pelo juiz nacional, por entender que a Diretiva não podia ser aplicada. A novidade do Acórdão reside na análise da admissibilidade e dos efeitos da não aplicação da Diretiva para os operadores de Estados terceiros que participam em concursos públicos.

Os factos relevantes para efeitos da análise do Acórdão são os seguintes:

- A República da Turquia não é parte no Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio (“GPA”), nem de qualquer outro acordo internacional que, com base na reciprocidade, confira aos operadores económicos turcos o direito de participarem em procedimentos de contratação pública na União Europeia em igualdade de circunstâncias com os operadores económicos dos Estados-Membros. Além disso, o Protocolo Adicional ao Acordo de Associação entre a Comunidade Económica Europeia e a Turquia, não se desenvolveu no sentido de eliminar progressivamente a discriminação entre os operadores económicos turcos e os operadores económicos da União Europeia².
- A entidade adjudicante croata tinha autorizado a sociedade turca a participar no concurso público e as disposições que transpõem a Diretiva para o direito croata eram, até então, interpretadas, como se explica no processo judicial, como aplicáveis indistintamente a todos os concorrentes da União Europeia provenientes de Estados terceiros podendo, como tal, ser invocadas pela sociedade turca³.

No Acórdão, o TJUE não chegou a decidir sobre a exclusão do concorrente turco, mas afirmou que este não podia beneficiar do “tratamento não menos favorável” reconhecido pelo artigo 43.^º da Diretiva, não podendo, por conseguinte, invocar os artigos 36.^º e 76.^º da Diretiva para contestar a decisão de adjudicação, uma vez que a República da Turquia não é signatária do GPA ou de um acordo internacional equivalente.

¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de outubro de 2024, processo C-652/22, Kolin İnşaat Turizm Sanayi v. Ticaret, EU:C:2024:910.

² Pontos 48 e 49 do Acórdão

³ Ponto 52 do Acórdão.

Além disso, são também relevantes para a análise do Acórdão as seguintes considerações:

Em primeiro lugar, **a política comercial comum é da competência exclusiva da União Europeia** e inclui a determinação das condições segundo as quais os operadores económicos de Estados terceiros podem participar em procedimentos de contratação pública na União Europeia. Prova de que esta é uma competência exclusiva da União Europeia e não dos seus Estados-Membros, é o Instrumento de Contratação Pública Internacional⁴, enquanto ato legislativo que tem a sua origem no artigo 207.^o do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Por conseguinte, qualquer medida de exclusão de procedimentos de contratação pública dos operadores económicos de Estados terceiros deve ser adotada pela União Europeia, quer para garantir um acesso igual e recíproco aos procedimentos de contratação pública, quer para aplicar um regime que os exclua ou que preveja um ajuste do resultado da comparação das suas propostas com as propostas apresentadas por outros operadores económicos⁵.

Em segundo lugar, **e não existindo um ato comunitário para o efeito, cabe à entidade adjudicante apreciar se esse operador económico deve ser admitido num procedimento de adjudicação de um contrato público** e, em caso afirmativo, se se deve prever um ajuste do resultado da comparação entre as propostas apresentadas, mas sem que esse operador económico possa invocar a Diretiva, uma vez que, conforme referido acima, não tem direito ao tratamento não menos favorável⁶.

No entanto, o TJUE estabelece que a entidade adjudicante deve especificar, nos documentos do concurso, as modalidades de tratamento que reflitam a diferença objetiva entre os operadores económicos de Estados terceiros que não celebraram um acordo internacional com a União Europeia, por um lado, e os operadores económicos da União Europeia e dos Estados terceiros que celebraram esse acordo com a União Europeia, por outro. Além disso, no Acórdão prevê-se ainda que qualquer modalidade de tratamento que se estabeleça deve estar em conformidade com determinados requisitos, como a transparência ou a proporcionalidade, e ser apreciada exclusivamente à luz do direito nacional⁷.

Em terceiro lugar, e em qualquer caso, a entidade adjudicante está proibida de interpretar e de aplicar as disposições nacionais de transposição da Diretiva aos operadores económicos de Estados terceiros que não tenham celebrado com a União Europeia um acordo internacional que garanta um acesso igual e recíproco aos procedimentos de contratação pública⁸.

II. A relevância do Acórdão

O Acórdão é relevante na medida em que é a primeira decisão do TJUE a aplicar a Diretiva no que respeita a contratos públicos que envolvam operadores económicos de Estados terceiros, nele ficando clara a possibilidade de se estabelecer uma diferenciação no tratamento dos operadores económicos de Estados terceiros que não assinaram o GPA ou acordo equivalente com base no direito nacional. No Acórdão, a questão da exclusão do concorrente turco não foi invocada, uma vez que a sua participação era permitida ao abrigo da legislação croata.

O Acórdão deixa claro que a competência em matérias relacionadas com a questão do acesso de operadores económicos de Estados terceiros aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos nos Estados-Membros pertence à União Europeia, mas admite a possibilidade de as entidades adjudicantes conferirem tratamento distinto a diferentes operadores económicos. Fica, assim, alguma incerteza quanto à forma como as entidades adjudicantes, cumprindo com os requisitos de transparência e proporcionalidade, podem conferir um tratamento distinto a diferentes operadores económicos, garantindo, ao mesmo tempo, os direitos de defesa dos concorrentes.

4 Regulamento (UE) 2022/1031 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de junho de 2022, relativo ao acesso de operadores económicos, bens e serviços de países terceiros aos mercados de contratos públicos e de concessões da União e que estabelece os procedimentos de apoio às negociações sobre o acesso de operadores económicos, bens e serviços da União aos mercados de contratos públicos e de concessões de países terceiros (Instrumento Contratação Pública Internacional - IPCI), JO L 173 de 30.6.2022, p. 1-16.

5 Pontos 56 a 61 do Acórdão.

6 Ponto 63 do Acórdão.

7 Pontos 64 e 66 do Acórdão.

8 Ponto 67 do Acórdão.

O Acórdão está em conformidade com os objetivos de instrumentos regulatórios recentes, como o Instrumento Internacional de Contratação Pública (que é pela primeira vez interpretado, ainda que de forma não exaustiva) ou o Regulamento sobre as Subvenções Estrangeiras⁹. Com efeito, o Acórdão não visa garantir um *level playing field* entre os operadores económicos que participam no concurso público e afasta-se do que tradicionalmente era a abordagem aberta e sem restrições da contratação pública na União Europeia.

O problema fundamental deste acórdão reside na sua aplicação prática, isto é, saber em que medida é que as entidades adjudicantes realizarão esta distinção. Ademais, é questionável o raciocínio que permite aplicar o direito nacional, uma vez que se trata de um domínio harmonizado e no qual, segundo o próprio TJUE, a União Europeia tem competência exclusiva. O tempo dirá se se trata de um acórdão isolado ou se o TJUE o irá concretizar ou ajustar. Em todo o caso, será necessário estar atento à forma como as autoridades nacionais interpretam este Acórdão.

⁹ Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2022, relativo às subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno, JO L 330 de 23.12.2022, p. 1-45.

Contactos



Sonsoles Centeno

Sócia

scenteno@perezllorca.com

T. +32 (0) 2 79 67 51



Débora Melo Fernandes

Sócia

deboramfernandes@perezllorca.com

T.+351 934 453 620



Beatriz García

Sócia

bgarcía@perezllorca.com

T. +34 91 423 20 78



Rita Leandro Vasconcelos

Sócia

rvasconcelos@perezllorca.com

T.+351 912 201 402



Elena Veleiro

Sócia

eveleiro@perezllorca.com

T. +34 91 423 66 72



Adolfo Mesquita Nunes

Sócio

adolfofmesquitahunes@perezllorca.com

T.+351 912 585 103



Natalia Olmos

Sócia

nolmos@perezllorca.com

T. +34 91 423 67 15



Escritórios

Europe ↗

Barcelona
Lisbon
Madrid

Brussels
London

America ↗

New York
Mexico City
Monterrey

Asia-Pacific ↗

Singapore

A informação constante da presente Nota Jurídica é de carácter genérico e não constitui assessoria jurídica.

Este documento foi elaborado a 4 de novembro de 2024, e a Pérez-Llorca não assume qualquer tipo de compromisso com a revisão ou atualização do seu conteúdo.

©2024 Pérez-Llorca. Todos os direitos reservados.

Pérez-Llorca App
Todo o conteúdo jurídico



perezllorca.com ↗

