

CAPÍTULO 10

INTERESSADO, CONCORRENTE, CANDIDATO, OPERADOR ECONÓMICO.

Processo C-94/99 (ARGE)

Acórdão de 7 de dezembro de 2000

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Aborda-se a licitude da participação em procedimentos pré-contratuais de organizações subvencionadas por entidades adjudicantes. O que foi aceite pelo Tribunal de Justiça. Uma decisão, pelo menos, surpreendente.

Processo C-57/01 (Makedoniko Metro e Michaniki)

Acórdão de 23 de janeiro de 2003

Coletânea, 2003, página I-1091

ECLI:EU:C:2003:47

“1) A Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas.

2) (...).”

COMENTÁRIO :

O motivo pelo qual a conclusão abrange tanto uma empreitada como uma concessão reside no facto de, no reenvio prejudicial não ter o órgão jurisdicional nacional precisado qual dos dois tipos de contratos estava em causa. O tribunal fundamentou, sucintamente : “60. A única disposição da Directiva 93/37 que diz respeito aos agrupamentos de empresas é o seu artigo 21º. Ora, este limita-se por um lado, a precisar que os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a apresentar propostas e, por outro, a proibir que a sua transformação numa forma jurídica determinada seja exigida antes de a empreitada ter sido atribuída ao agrupamento seleccionado. 61. É forçoso reconhecer que este artigo não contém qualquer disposição relativa à composição de tais agrupamentos. A regulamentação da composição inscreve-se, pois, na competência dos Estados-Membros”. O comentário à segunda conclusão deste acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-314/01 (Siemens e ARGE Telekom)

Acórdão de 18 de março de 2004

O comentário a este acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso). Interveio também uma cláusula de limitação à subcontratação.

Processos C-21/03 (Fabricom) e C-34/03 (Fabricom) apensos Acórdão de 3 de março de 2005

Coletânea, 2005, página-1559

ECLI:EU:C:2005:127

“1) A Directiva 92/50/CCE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, alterada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, mais especialmente o seu artigo 3º, nº 2, da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, alterada pela Directiva 97/52/CE, mais especialmente o seu artigo 5º, nº 7, a Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, alterada pela Directiva 97/52, mais especialmente o seu artigo 6º, nº 6, bem como a Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, alterada pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, mais especialmente o seu artigo 4º, nº 2, opõem-se a uma norma, como a prevista no artigo 26º, do decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos públicos de empreitadas, de fornecimentos e de serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, e no artigo 32º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos públicos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços e às concessões de obras públicas, nos termos da qual uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não está autorizada a apresentar uma candidatura ou uma proposta num concurso público relativo a empreitadas para a realização dessas obras, fornecimentos ou serviços, sem que seja dada a oportunidade de provar que, nas circunstâncias do caso concreto, a experiência por ela adquirida não pode ter falseado a concorrência.

2) (...).”

COMENTÁRIO :

Antes do mais, seja realçada a abrangência desta decisão, que cobre todos os diplomas legislativos comunitários sobre contratação pública (à época), e, por

consequência, todos os contratos públicos incluídos na política de coordenação de processos de adjudicação, tanto nos agora setores especiais, como nas disposições de alcance geral. O litígio, nos processos principais, opunha a Fabricom e o Estado belga, sobretudo a propósito do disposto na seguinte disposição da legislação nacional : ***“As pessoas encarregadas da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não estão autorizadas a apresentar uma candidatura ou uma proposta num concurso público relativo a uma empreitada para a realização dessas obras, fornecimentos ou serviços”***. Por dois processos desencadeados na justiça belga, a Fabricom impugnou normas como as citadas, seja na legislação de aplicação geral, seja na que regulava a contratação nos setores especiais. Daí resultam dos processos, que, apensos, originaram uma única decisão do Tribunal de Justiça. No acórdão não só se reconhece que quem desenvolve uma atividade anterior, durante a qual pode ter acesso a informação privilegiada, se coloca numa situação diferente de todos os outros, como isso pode ser uma violação ao princípio da igualdade de tratamento, trave-mestra do direito comunitário da contratação pública. Porém, o Tribunal valoriza sobretudo o facto de, segundo as normas em causa no processo principal, a pessoa em questão não ter qualquer oportunidade de esclarecer se está, ou não, em condições concretas que se considerem lesivas de uma leal concorrência – ***“33. (...) há que observar que uma norma como a que está em causa no processo principal não deixa à pessoa que efectuou determinados trabalhos qualquer hipótese de demonstrar que, no seu caso concreto, os problemas referidos nos n.ºs 29 e 30 do presente acórdão não se colocam. 34. Ora, esta norma ultrapassa o que é necessário para alcançar o objectivo da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes. 35. Com efeito, a aplicação da referida norma pode ter por consequência que as pessoas que efectuaram determinados trabalhos preparatórios fiquem excluídas do processo de adjudicação, sem que a sua participação neste último constitua um risco para a concorrência entre os concorrentes”***. Portanto, não é propriamente uma decisão definitiva sobre a existência, ou não, de conflitos de interesse, ou de violação do princípio da igualdade de tratamento, mas a afirmação de que se não for dada a oportunidade a quem possa estar em semelhante condição de explicar se tais riscos se concretizam, não pode ser alvo de uma exclusão por mero efeito de uma regra geral. No entanto, não deixa de ter um significado essencial a diferença das partes finais de cada uma das conclusões, porque uma refere a oportunidade de provar que não houve privilégio, e outra a simples declaração do interessado de que não beneficiou de qualquer vantagem real face aos seus pares. O comentário à segunda conclusão está no capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-129/04 (Espace Trianon)

Acórdão de 8 de setembro de 2005

O comentário a este acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso). A chamada de atenção aqui justifica-se por se tratar do exercício de direito de recurso no contexto de um consórcio, onde se debateu a necessidade da impugnação ser feita pelo consórcio, qua tale, e não pelos seus membros, isoladamente, se isso estiver previsto na lei nacional.

Processo C-357/06 (Frigerio Luigi & Co)

Acórdão de 18 de dezembro de 2007

Coletânea, 2007, página I-12311

ECLI:EU:C:2007:818

“O artigo 26º, nºs 1 e 2, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, na redação dada pela Directiva 2001/78/CE da Comissão, de 13 de setembro de 2001, opõe-se a disposições nacionais com as que estão em causa no processo principal que impedem candidatos ou proponentes habilitados, ao abrigo da legislação do Estado-Membro em causa, a prestar o serviço em questão, incluindo os que estão constituídos em agrupamentos de prestadores de serviços, de apresentar propostas num processo de adjudicação de contrato público de serviços cujo valor ultrapassa o limiar de aplicação da Directiva 92/50, pela simples razão de que esses candidatos ou proponentes não revestem a forma jurídica correspondente a determinada categoria de pessoa colectiva, a saber, a das sociedades de capitais. Dentro da margem de apreciação que lhe é concedida pelo seu direito nacional, cabe ao órgão jurisdicional nacional interpretar e aplicar as disposições do direito interno em conformidade com as exigências do direito comunitário e, se essa interpretação conforme não for possível, deixar de aplicar qualquer disposição de direito interno contrária a essas exigências.”

COMENTÁRIO :

Esta é mais uma decisão coerente com jurisprudência anterior, representando uma orientação no sentido de proporcionar, até ao limite, a participação do maior número de concorrentes nos procedimentos pré-contratuais. O caso concreto desenrola-se em Itália, onde ocorreu o litígio entre a empresa Frigerio Luigi (como representante de uma associação temporária de empresas) e a comuna de Triuggio, a propósito da adjudicação de um contrato público de gestão de serviços de higiene ambiental, impugnada judicialmente pela Frigerio. Por sua decisão de 29 de novembro de 2005, o conselho municipal de Triuggio adjudicou a uma empresa concorrente da Frigerio (a ASML) o contrato em questão. Mas não só. Através da mesma deliberação, o referido conselho comprometeu-se a tornar-se sócio da ASML, reestruturando-a, de modo a exercer sobre tal sociedade um poder de direção e controlo, análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. Ou seja, uma tentativa de construir um modelo Teckal de contratação interna, mediante a aquisição de ações de uma empresa privada. Além disso, afirmava que a Frigerio, como sociedade de pessoas (segundo a denominação de direito italiano)

*não podia ambicionar tal contrato, porque a lei nacional (decreto legislativo nº267/2000) reservava a atividade em causa a sociedades de capitais (nova denominação constante da lei italiana). Aplicando o nº 2, do artigo 26, da diretiva 92/50/CEE, o Tribunal concluiu : **“Decorre desta disposição que as entidades adjudicantes também não podem excluir candidatos ou proponentes habilitados, ao abrigo de legislação do Estado-Membro em causa, a prestar o serviço em questão, pela simples razão de que a forma jurídica destes não corresponde a uma categoria específica”**.*

Processo C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur)
Acórdão de 19 de junho de 2008

O comentário a este acórdão consta do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação). É um caso muito específico, pois resulta numa pronúncia sobre se, com as alterações operadas num contrato anterior, entre as quais uma subjetiva, se constituiu uma nova relação jurídica.

Processo C-538/07 (Assitur)

Acórdão de 19 de maio de 2009

Coletânea, 2009, página I-4219

ECLI:EU:C:2009:317

“(…).

O direito comunitário opõe-se a que uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objectivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea e concorrente num mesmo concurso, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respectivo no âmbito desse concurso.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Assitur Srl e a Cammera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura de Milão, relativa à compatibilidade com as disposições e os princípios acima mencionados de uma legislação nacional que proíbe a participação, de maneira separada e concorrente, num mesmo processo de adjudicação de sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de influência, no âmbito de um concurso público para adjudicar o serviço postal, designadamente a recolha e a distribuição do correio e de documentação diversa, por sua própria conta como por conta da sua empresa Cadcamera, para o triénio 2004 a 2006, e com um valor estimado de € 530.000, IVA excluído. O Tribunal valorizou muito (de modo negativo) o facto de a legislação não dar margem de manobra às entidades adjudicantes quanto à exclusão de concorrentes com a relação que está a seguir apontada : “27. Resulta da decisão de reenvio que a disposição em causa no processo principal, que está redigida em termos claros e imperativos, comporta, para as entidades adjudicantes, uma obrigação absoluta de excluir do processo de adjudicação as empresas que apresentem propostas separadas e concorrentes e que estejam ligadas entre si por relações de domínio, como as previstas pela legislação nacional em causa no processo principal. Assim, é forçoso concluir que a legislação nacional em causa no processo principal, na medida em que estende a proibição de participação num mesmo processo de adjudicação às situações em que a relação de domínio entre as empresas afectadas não tem qualquer incidência sobre o comportamento destas no âmbito de tais processos, excede o que é necessário para alcançar o objectivo de assegurar a aplicação dos

princípios da igualdade e da transparência". Assim resolveu o Tribunal de Justiça o segundo aspecto do problema que lhe fora colocado. Em perfeita coerência com outras suas decisões. O comentário à conclusão que integra o primeiro parágrafo consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).

Processo C-305/08 (CoNISMa)

Acórdão de 23 de dezembro de 2009

Coletânea, 2009, página I-12129

ECLI:EU:C:2009:807

“1) As disposições da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, concretamente o artigo 1º, nº 2, alínea a) e 8, primeiro e segundo parágrafos, que se referem ao conceito de ‘operador económico’, devem ser interpretadas no sentido de que permitem a participação, num contrato público de serviços, de entidades que não prossigam fins lucrativos a título principal, não tenham a estrutura organizacional de uma empresa nem uma presença regular no mercado, como as universidades e os institutos de investigação, assim como os agrupamentos constituídas por universidades e organismos da Administração Pública.

2) A Directiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que se opõe à interpretação de uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que proíbe as entidades que, como as universidades e os institutos de investigação, não prosseguem a título principal fins lucrativos de participarem num processo de adjudicação de um contrato público, mesmo que essas entidades estejam habilitadas pelo direito nacional a prestar os serviços referidos no contrato em questão.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha o CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) à Regione Marche, a propósito da decisão desta última em não admitir a participação do referido agrupamento num processo de adjudicação, em 2007, de um contrato público de serviços tendo por objeto a elaboração de um levantamento marinho-sísmico estratigráfico, composto pela extração e recolha de amostras no mar no troço da costa entre a zona de Pesaro e a zona de Civitanova Marche. O argumento principal da Região era a de que, no artigo 34, do Decreto Legislativo nº 163/2006, que contém uma lista de quem se pode apresentar a um procedimento pré-contratual, não constavam entidades como o consórcio referido. Depois de efetuar um considerável percurso sobre diversos aspetos de jurisprudência anterior,

como o da irrelevância de uma forma jurídica específica de um agrupamento, e a eventual distorção da concorrência pelo facto de se admitirem, como proponentes ou candidatos entes públicos (ou que não prossigam fins lucrativos a título principal) o Tribunal de Justiça afirmou : ***“42. (...) resulta tanto das normas comunitárias como da jurisprudência do Tribunal de Justiça que pode apresentar uma proposta ou candidatar-se qualquer pessoa ou entidade que, tendo em conta os requisitos estabelecidos no anúncio do concurso público, se considere apta a assegurar a execução desse contrato, directamente ou recorrendo à subcontratação, independentemente do seu estatuto de direito privado ou de direito público e da questão de saber se é sistematicamente activa no mercado ou se apenas intervém ocasionalmente, ou se é subvencionada por fundos públicos ou não (...)”***. A questão a que se dirige a segunda conclusão é ligeiramente diferente. Aqui a pergunta era a de saber se entidades como as universidades e os institutos de investigação, que prosseguem objetivos diferentes da prestação de serviços, mas que possam a tal ser autorizados pela legislação nacional, ou por decisões administrativas, poderiam ter limitado o seu direito de participação em processos de contratação pública. A resposta do Tribunal é simples : pode efetivamente suceder que não estejam autorizadas a efetuar prestações de serviços, em geral. Mas se estiverem *“habilitadas pelo direito nacional a prestar os serviços”* em causa, estão-nos para todos os efeitos, incluindo os relativos à contratação pública.

Processo C-376/08 (Serrantoni)
Acórdão de 23 de dezembro de 2009

Este acórdão está comentado no capítulo 6 (contratos cujo valor não atinja os limiares). Trata-se, uma vez mais, da apreciação da lei italiana que penaliza a apresentação de propostas por empresas que tenham relação entre si, com exclusão automática.

Processo C-502/11 (Vivaio dei Molini)

Despacho de 4 de outubro de 2012

ECLI:EU:C:2012:613

“O direito da União, e, nomeadamente o artigo 6º da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, conforme alterada pela Diretiva 2001/78/CE da Comissão, de 13 de setembro de 2001, opõe-se a uma legislação nacional, tal como a que está em causa no processo principal, que proíbe a uma sociedade tal como uma sociedade civil que tem a qualidade de ‘empreiteiro’ na aceção da Diretiva 93/37, de participar nos concursos unicamente devido à sua forma jurídica.”

COMENTÁRIO :

Mais um acórdão em que o Tribunal de Justiça opta por uma interpretação totalmente favorável à mais ampla participação possível de interessados em procedimentos de adjudicação. Ilegalizando, por isso, condições precisas de leis nacionais que conduzem, por motivos não considerados pertinentes, à redução da concorrência. O caso passa-se em Itália, opondo a empresa Vivaio del Molino (constituída, segundo a lei italiana, como “società semplice”) à Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, um organismo público com competência sobre a regularidade das adjudicações. A Vivaio dei Molini é um empresário agrícola, nos termos do código civil italiano, e a forma jurídica de constituição está aí expressamente prevista. E estava inscrita na lista de construtores, para a execução de obras com finalidade agrícola. Com a emergência das SOA, a Autoridade (em 2004) proibiu-as de emitir licenças como as anteriores, para a execução de obras agrícolas em favor das denominadas sociedades simples. Mas a SOA emitiu mesmo uma, em benefício da Vivaio dei Molini, pelo que foi expressamente questionada pela Autoridade a esse propósito, em 2005. Como consequência deste procedimento, a SOA retirou a credenciação à Vivaio dei Molini, ainda em 2005. Deste ato a empresa recorreu. No âmbito deste processo, o Consiglio de Stato considerou que haveria que solicitar a interpretação do Tribunal de Justiça, perante normas eventualmente pertinentes, constantes, então, da diretiva 93/37/CEE. E a conclusão foi a habitual, ou seja, que a mera forma jurídica que o operador económico assumia não pode conduzir à sua exclusão (muito menos automática) de procedimentos de adjudicação. E desconsiderou os argumentos que permitiriam abrir uma exceção a este princípio, dadas as características das sociedades simples italianas.

Processo C-42/13 (Cartiera dell'Adda)

Acórdão de 6 de novembro de 2014

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais).

Processo C-538/13 (eVigilo)
Acórdão de 12 de março de 2015

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo) e 28 (meios de recurso). A chamada de atenção neste capítulo justifica-se pelo facto de ter sido apreciada uma situação de potencial conflito de interesses, num procedimento pré-contratual com vários interessados.

Processo C-568/13 (Data Medical Service)

Acórdão de 18 de dezembro de 2014

ECLI:EU:C:2014:2466

“1) O artigo 1º, alínea c), da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, opõe-se a uma legislação nacional que exclui a participação de um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, nos processos de adjudicação de contratos públicos, devido à sua qualidade de entidade pública empresarial, se e na medida em que esse estabelecimento estiver autorizado a operar no mercado em conformidade com os seus objetivos institucionais e estatutários.

2) As disposições da Diretiva 92/50 e, em especial, os princípios gerais da livre concorrência, da não discriminação e da proporcionalidade subjacentes a esta diretiva devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que permite a um estabelecimento hospitalar público, como o que está em causa no processo principal, que participa num concurso, apresentar uma proposta com a qual nenhum concorrente pode competir, graças aos financiamentos públicos de que beneficia. No entanto, no âmbito da análise do caráter anormalmente baixo de uma proposta, com base no artigo 37º dessa diretiva, a entidade adjudicante pode tomar em consideração a existência de um financiamento público de que esse estabelecimento beneficia, tendo em conta a faculdade de rejeitar essa proposta.”

COMENTÁRIO :

O processo principal do qual emergiu o reenvio prejudicial desenvolveu-se em Itália, opondo a Azienda Ospedaliero-Universitaria di Caregio, de natureza pública e a firma Data Medical Service, a propósito da regularidade da exclusão da participação da primeira entidade num processo de adjudicação de um contrato público de serviços. Por anúncio publicado a 5 de outubro de 2005, a Região da Lombardia lançou um concurso público para a adjudicação, segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, do serviço trienal de tratamento de dados para a avaliação externa da qualidade dos medicamentos. A Azienda (que inclui um hospital público) ficou classificada em primeiro lugar e, por isso, o contrato foi-lhe adjudicado, a 26 de maio de 2006. A Data Medical Service impugnou essa adjudicação, porque os financiamentos públicos de que beneficiava a Azienda permitiam-lhe apresentar um preço muito mais baixo do que os seus concorrentes. Além disso, cairia no regime do preço anormalmente baixo. Depois de um longo contencioso, durante o qual se manteve firme a Data Medical

Service, emergiram as questões prejudiciais. Veja-se que ainda se aplicava a diretiva 92/50/CEE, porque a data limite para transposição da diretiva que lhe sucedeu (2004/18/CE) tinha sido estabelecida para 31 de janeiro de 2006. O Tribunal de Justiça lembrou jurisprudência anterior que viabilizava a participação de entidades públicas como concorrentes em procedimentos de adjudicação de contratos públicos, o mesmo aplicou neste processo. Como exemplos dessas decisões apontou C- 107/98 (Teckal), C- (CoNISMa) e C- (Ordine degli Ingegneri

Processo C-203/14 (Maresme)

Acórdão de 6 de outubro de 2015

ECLI:EU:C:2015:664

“1) O artigo 1º, nº 8, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que o conceito de ‘operador económico’ que figura no segundo parágrafo desta disposição inclui as administrações públicas, as quais podem, portanto, participar em concursos públicos se e na medida em que estejam habilitados a prestar serviços no mercado mediante remuneração.

2) (...)”

COMENTÁRIO:

O litígio no processo principal opôs o Consorci Sanitari del Maresme à Corporació de Salut de Maresme i la Selva, em Espanha (Catalunha), a propósito de uma decisão que recusou ao Consorci a autorização para participar num concurso para a adjudicação de serviços de ressonância magnética destinados aos centros de cuidados geridos pela Corporació. Os cadernos de encargos deste concurso impunham que os proponentes provassem a sua capacidade apresentando um certificado denominado “de classificação”. O Consorci não apresentou tal certificado, nem depois de ser instado especificamente para tal, pelo comité de avaliação. Mas forneceu uma declaração pela qual se obrigava a afetar recursos provenientes de uma sociedade comercial e uma outra que certificava a sua qualidade de entidade pública. Foi, mesmo assim, excluída do procedimento. O Tribunal respondeu assim: “34. (...) resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que pode apresentar uma proposta ou candidatar-se qualquer pessoa ou entidade que, tendo em conta os requisitos estabelecidos no anúncio do concurso, se considere apta a assegurar a execução desse contrato, diretamente ou recorrendo à subcontratação, independentemente do seu estatuto de direito privado ou de direito público e da questão de saber se é sistematicamente ativa no mercado ou se apenas intervém ocasionalmente, ou se é subvencionada por fundos públicos ou não (v. acórdão CoNISMa, C-306/08, EU:2009:807, nº 42, e, neste sentido, acórdão Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, nº 35”. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).

Processo C-234/14 (Ostas Celtniks)

Acórdão de 14 de janeiro de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação, ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Trata-se de um processo em que estava em causa o recurso a entidades terceiras para a execução de um contrato de empreitada, e condições específicas a esse propósito, estabelecidas nos documentos pré-contratuais.

Processo C-324/14 (Partner Apelski)

Acórdão de 7 de abril de 2016

ECLI:EU:C:2016:214

“1) Os artigos 47º, nº 2, e 48º, nº 3, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços devem ser interpretados no sentido de que :

- reconhecem o direito de todo e qualquer operador económico a invocar, relativamente a um contrato determinado, as capacidades de outras entidades, qualquer que seja a natureza do vínculo que o ligue a essas entidades, desde que se prove à autoridade adjudicante que o candidato ou o proponente virá a dispor efetivamente dos meios das referidas entidades que sejam necessários para a execução desse contrato ;
- não se exclui que o exercício do referido direito possa ser limitado, em circunstâncias especiais, tendo em vista o objeto do contratos e as finalidades do mesmo. É esse o caso quando as capacidades de que dispõe a entidade terceira, necessárias para a execução desse contrato, não possam ser transmitidas ao candidato ou proponente, de forma que este não possa invocar essas capacidades a não ser que essa entidade terceira participe direta e pessoalmente na execução do referido contrato.

2) O artigo 48º, nºs 2 e 3, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que, tendo em conta o objeto e as finalidades de um contrato determinado, a entidade adjudicante pode, em circunstâncias especiais, para efeitos da correta execução desse contrato, indicar expressamente, no aviso do concurso ou no caderno de encargos, regras precisas segundo as quais os operadores económicos podem invocar as capacidades de outras entidades, desde que essas regras tenham ligação e sejam proporcionadas ao objeto e fins desse contrato.

3) (...).

4) (...).

5) (...).

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs a firma Partner Apelski Dariuz e a administração dos serviços de limpeza da cidade de Varsóvia, a respeito da exclusão da primeira do concurso para a adjudicação do contrato público relativo à limpeza mecânica polivalente da referida cidade, para os anos de 2014 a 2017.

O concurso público, aberto em dezembro de 2013, deveria terminar com um leilão eletrónico. O objeto do referido contrato foi dividido em oito partes, correspondentes a vários bairros de Varsóvia, o que permitia aos proponentes apresentarem propostas para a totalidade, ou para alguma, ou algumas, delas. Como descrito no acórdão : **“21. Como previsto no caderno de encargos, para justificarem as suas capacidades técnicas, os proponentes apresentariam uma lista dos serviços de limpeza durante o inverno das ruas por tecnologia húmida prestados nos últimos três anos anteriores à data da expiração do prazo para a apresentação das propostas. Esses serviços deviam ter um valor global mínimo de 1.000.000 de zlóti polacos (PLN((cerca de 224.442 euros) por cada uma das oito partes objeto do concurso em causa. Por conseguinte, para fazerem uma proposta pela totalidade do objeto do concurso, os proponentes tinham de provar ter prestado serviços com o valor mínimo de 8.000.000 PLN (cerca de 1.795.537 euros)”**. A Partner apresentou proposta para todo o objeto, a qual incluía a participação de uma outra entidade, a PUM, uma empresa com sede em Grudziadz, a cerca de 230 Km de Varsóvia, comum compromisso que interviria diretamente na execução do contrato. Desenvolveu-se um processo de pedido de esclarecimentos entre a entidade adjudicante e a Partner, o qual não permitiu ultrapassar as dúvidas quanto à participação da PUM em tal execução, nomeadamente pela distância entre a sede da referida empresa, e o local de prestação de serviços. A entidade adjudicante rejeitaram a proposta da Partner e concluíram o processo, com o leilão eletrónico. A Partner impugnou esta decisão, junto da Secção Nacional de Recurso, que apresentou diversas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Começou este por lembrar que cabe às entidades adjudicantes verificar a aptidão dos proponentes, e que, de acordo com o nº 2, do artigo 47, e nº 3, do artigo 48, da diretiva 2004/18/CE, e que os interessados podem aproveitar da capacidade de outras entidades, desde que provem à entidade adjudicante que dispõem efetivamente dos meios necessários à execução do contrato. E que tal vale como regra geral, e não para ser unicamente respeitado em situações excecionais (nº 36, do acórdão). Seguindo jurisprudência anterior, reafirmou que o recurso a capacidades de outras entidades não pode servir só para um **“cumprimento formal”** das regras do procedimento (nº 38, do acórdão). E que, em casos excecionais, pode ser limitado o recurso a entidades terceiras, desde que exista relação forte com o objeto do contrato a adjudicar e seja proporcionado ao objetivo prosseguido. Portanto, tudo conduzindo ao envolvimento da entidade, ou entidades, terceira(s) na execução do contrato, podendo ser inviável o que o Tribunal de Justiça apelida de “transmissão” de qualidades da entidade terceira ao proponente. Aqui, o Tribunal de Justiça, de modo prudente e depois de caracterizar a especialização profissional necessária para o cumprimento das prestações (evidencia as tarefas de limpeza em particular no inverno rigoroso

polaco), salienta algumas especificidades do contributo da PUM, sem fechar (como se depreende da primeira conclusão) : **“47. Ora, tendo em conta o objeto do concurso em causa no processo principal e as suas finalidades, não será de excluir que a participação prevista da PUM, que consiste no simples exercício de atividades de consulta e de formação, não possa ser considerada suficiente para garantir à Partner a colocação à disposição efetiva dos meios necessários para a execução do referido concurso, no sentido da jurisprudência recordada no nº 33 do presente acórdão. Isso é ainda mais justificado pelo facto de, como resulta da decisão de reenvio, a sede da PUM estar situada na cidade de Grudziadz, ou seja, a 230 Km de Varsóvia”**. Numa questão prejudicial seguinte, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a entidade adjudicante pode, nos documentos pré-contratuais, estabelecer os termos nos quais os proponentes podem recorrer às qualidades de terceiros. A resposta, de algum modo, já estava dada, e limitado o seu âmbito, anteriormente no acórdão. Ou seja, em condições excecionais tal seria possível, se indispensável para garantir a boa execução do contrato : **“55. (...) não poderia à partida excluir-se que a entidade adjudicante pudesse, para a correta execução do contrato em causa, indicar expressamente, no aviso do concurso ou no caderno de encargos, regras precisas que permitam ao operador económico invocar as capacidades de outras entidades. 56. Todavia, quando a entidade adjudicante decida utilizar essa faculdade, incumbe-lhe assegurar-se de que as regras estabelecidas tenham ligação e sejam proporcionadas ao objeto e às finalidades desse contrato”**. Os comentários às terceira e quarta conclusões constam do capítulo 5 (princípios gerais). O comentário à quinta conclusão está no capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública).

Processo C-396/14 (Hojgaard)

Acórdão de 4 de maio de 2017

ECLI:EU:C:2016:347

“O princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, que consta do artigo 10º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, conjugado com o artigo 51º da mesma, deve ser interpretado no sentido de que uma entidade adjudicante não viola esse princípio quando autoriza um dos dois operadores económicos que integravam um agrupamento de empresas que foi, enquanto tal, convidado por essa entidade a apresentar uma proposta a substituir-se a esse agrupamento na sequência da dissolução deste e a participar, em nome próprio, num procedimento por negociação para adjudicação de um contrato público, desde que esteja assente, por um lado, que esse operador económico satisfaz por si só as exigências definidas pela referida entidade e, por outro, que a continuidade da sua participação no referido procedimento não acarreta uma deterioração da situação concorrencial dos demais proponentes.”

COMENTÁRIO :

O artigo 10 da diretiva 2004/17/CE tinha a seguinte redação : “as entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente”. O caso desenrola-se na Dinamarca, com um litígio entre as empresas Hojgaard e Zublin à Banedanmark, entidade gestora das infraestruturas ferroviárias a respeito da regularidade da adjudicação de um contrato público, no contexto de um procedimento por negociação com publicação prévia de anúncio. O contrato tinha como objeto a construção de uma nova linha ferroviária entre Copenhaga e Rindsted, e o valor da adjudicação foi de, aproximadamente, € 123.402.000. A entidade adjudicante foi confrontada com a situação de uma das empresas de um consórcio anterior (a Pihl, do consórcio Aarsleff e Pihl) ter sido declarada insolvente. Não tendo o administrador de insolvência comunicado o interesse em manter o consórcio, a Aarsleff propôs-se substituir o consórcio de que fazia parte, isso foi aceite pela entidade adjudicante. Finalmente, a Aarsleff venceu o concurso, numa decisão que foi impugnada pelo consórcio Hojgaard e Zublin. A decisão do Tribunal de Justiça é muito controversa, se bem que no acórdão se aponte : “35. (...) há que salientar que a diretiva 2004/17 não prevê regras que digam respeito especificamente às alterações supervenientes quanto à composição de um agrupamento de

operadores económicos que foi pré-selecionado enquanto proponente num concurso público, uma vez que a regulamentação de uma tal situação decorre da competência dos Estados-Membros (v. neste sentido, acórdão de 23 de janeiro de 2003, Makedoniko Metro e Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:-47, nº 61). 36. Nem a regulamentação dinamarquesa nem o anúncio do concurso em causa no processo principal comportam regras específicas a este respeito. Assim sendo, a possibilidade de a entidade adjudicante autorizar uma tal alteração deve ser analisada à luz dos princípios gerais do direito da União, designadamente do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência que dele decorre, bem com dos objetivos deste ordenamento em matéria de contratos públicos". Numa interpretação muito discutível, o Tribunal entendeu que, sancionando uma alteração da composição de um dos interessados pré-selecionados, não tinha colocado os outros numa situação desigual. Pura subjetividade.

Processo C-406/14 (Wroclaw Miasto)

Acórdão de 14 de julho de 2016

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas) e 27 (fundos estruturais). Mas importa aqui porque trata de um caso em que os documentos pré-contratuais impunham a realização de obras, sem possibilidade de subcontratação, de uma parte das obras integrantes de um contrato de empreitada, seguindo o modelo da lei polaca de contratação pública. O que foi considerado contrário ao disposto na diretiva 2004/18/CE.

Processo C-425/14 (Edilux)

Acórdão de 22 de outubro de 2015

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Visa uma situação de exclusão automática pela falta de entrega de um “protocolo de legalidade”, em Itália. Trata-se de uma decisão que suscita alguma perplexidade, dada a situação concreta, e a necessidade de dotar o Estado de medias eficazes na luta contra a criminalidade organizada.

Processo C-27/15 (Pippo Pizzo)

Acórdão de 2 de junho de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Porém, aborda com profundidade o envolvimento de terceiras entidades na execução de um contrato público, e como as entidades adjudicantes podem exigir que a realização de prestações seja diretamente por quem apresente a proposta, e não pela “soma de capacidades inferiores de vários operadores”.

Processo C-292/15 (Hoermann Reisen)

Acórdão de 27 de outubro de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Estava em causa a consideração de um regime mais limitativo à subcontratação, tal como constante das diretivas de 2004, regime esse estabelecido no regulamento 1370/2007, sobre o transporte rodoviário e ferroviário de passageiros.

Processo C-296/15 (Borta)

Acórdão de 5 de abril de 2017

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Novamente o tema da subcontratação, agora face à lei lituana.

Processo C-223/16 (Casertana Costruzioni)

Acórdão de 14 de setembro de 2017

ECLI:EU:C:2017:685

“O artigo 47º, nº 2, e o artigo 48º, nº 3, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à legislação nacional que exclui a possibilidade de um operador económico que participa num concurso substituir uma empresa auxiliar que perdeu as qualificações exigidas depois da apresentação da proposta e que tem por consequências a exclusão automática desse operador.”

COMENTÁRIO:

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Casertana Costruzioni e vários entes públicos, num processo de adjudicação de um contrato que envolvia a elaboração de um projeto de obras, a coordenação da segurança na fase de projeto e a execução de obras. Estava em causa a compatibilidade entre o direito da União e sobretudo a seguinte disposição da lei italiana, parte do artigo 49, do decreto legislativo nr 163-Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE : “Quer se apresente sozinho ou faça parte de um consórcio ou de um agrupamento na aceção do artigo 34º, o proponente de um concurso público específico de obras, fornecimentos ou serviços, pode satisfazer a exigência relativa aos critérios de natureza económica, financeira, técnica, organizacional, ou seja, obter a certificação SOA, recorrendo às capacidades de outra entidade ou ao certificado SOA de outra entidade”. A Casertana apresentou proposta no âmbito de um agrupamento temporário de empresas na qualidade de líder, e declarou recorrer a duas empresas auxiliares, sendo uma delas o Consorzio Stabile GAP. Durante o procedimento, e após a fase final de admissão, a GAP perdeu a sua qualificação para a categoria de prestações exigida no concurso, caindo para uma categoria inferior. Com isso, a proposta da GAP perdeu a adjudicação para outro agrupamento. No jogo de recursos interpostos pelas duas interessadas, a adjudicatária invocou que a falta do agrupamento GAP provocava a exclusão pura e simples desse concorrente. Da questão prejudicial constava a aplicação simultânea das diretivas 2004/18/CE e 2014/24/UE, afastando o Tribunal esta última, não só pelo facto de ser a primeira que estava em vigor como porque a invocação da segunda não envolvia o esclarecimento de qualquer dúvida sobre normas da primeira. O Tribunal foi claro : “34 (...) por um lado, os princípios da igualdade de tratamento e da não

discriminação impõem que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implicam assim que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes. Por outro lado, o dever de transparência tem por finalidade garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Esta obrigação implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, de forma, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-los da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa (acórdãos de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, nº 61 e jurisprudência referida, e de 4 de maio de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, nº 36)". Tenha-se presente que existe uma tensão permanente (resolvida prudentemente pelo Tribunal de Justiça conforme as especificidades de cada processo), entre proteger a maior concorrência possível (só aceitando o afastamento de interessados ou das suas propostas, em situações limite) e o respeito pelos princípios gerais, sobrelevando o da igualdade de tratamento. Neste processo, a alteração ocorrida na composição de um agrupamento, e pelos motivos que ocorreu, foi considerada impossível de aceitar. Sufragando a solução legislativa italiana, que foi considerada como prevendo casos de exclusão que eram proporcionados aos objetivos legítimos prosseguidos.

Processo C-531/16 (Specializuotas transportas)

Acórdão de 17 de maio de 2018

O comentário a esta acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Refere-se, também, e uma vez mais, à temática da apresentação de propostas, no mesmo procedimento, por empresas com ligação entre si.

Processo C-144/17 (Lloyd's of London)

Acórdão de 8 de fevereiro de 2018

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Refere-se à apresentação de propostas, no mesmo procedimento, por empresas com ligação entre si. A decisão do Tribunal de Justiça foi, uma vez mais, a de permitir, em princípio a licitude da apresentação de propostas dessas empresas, desde que as mesmas fossem verdadeiras ofertas independentes. No caso, as duas propostas tinham sido assinadas pela mesma pessoa.

Processo C-300/17 (Hochtief III)

Acórdão de 7 de agosto de 2018

O comentário a este acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso). Trata-se de um potencial conflito de interesses, envolvendo a participação de um perito que havia trabalhado para a entidade adjudicante, e que, posteriormente, surgiu como chefe de projeto de um consórcio concorrente.

Processo C-697/17 (Telecom Italia)

Acórdão de 11 de julho de 2019

ECLI:EU:C:2019:599

“O artigo 28º, nº 2, primeiro parágrafo, 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 deve ser interpretado no sentido de que, tendo em conta a exigência de identidade jurídica e material entre os operadores económicos pré-selecionados e os que apresentam as propostas, não se opõe a que, no âmbito de um concurso limitado de adjudicação de um contrato público, um candidato pré-selecionado, que se compromete a incorporar outro candidato pré-selecionado, ao abrigo de um acordo de fusão celebrado entre a fase de pré-seleção e a de apresentação das propostas e executado após essa fase de apresentação, possa apresentar uma proposta.”

COMENTÁRIO :

*Em maio de 2016, a Infratel, uma empresa pública encarregue pelo Ministério do Desenvolvimento Económico da gestão dos projetos de criação de uma rede de banda larga e ultra larga em Itália, desencadeou um concurso limitado para adjudicação de contratos públicos para a construção, manutenção e gestão de uma rede passiva pública de banda ultra larga nas zonas ditas ‘brancas’ de várias regiões, a saber, Abruzzo, Molise, Emília-Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto. Existiam cinco lotes, e estavam caracterizados os diversos momentos do procedimento, da apresentação de pedidos de participação (18 de julho de 2016), até à apresentação de propostas (17 de outubro de 2016), passando pelo envio de convites para apresentação de propostas aos operadores pré-selecionados. A Enel Open Fiber apresentou as melhores propostas para todos os lotes, tendo a Telecom Italia ficado em segundo lugar em quatro deles, e em terceiro no lote 4. Do processo administrativo percebeu-se que, entre a fase de pré-seleção e a data para a apresentação das propostas, por meio de um acordo de aquisição da Metroweb (um dos candidatos pré-selecionados, mas que não apresentou proposta) pela Enel Open Fiber, conduziu a uma fusão por incorporação nesta última da Metroweb (e suas subsidiárias). A questão prejudicial residiu, como se depreende da conclusão do acórdão, sobre a “exigência de identidade jurídica e material entre os operadores económicos pré-selecionados e os que apresentam as propostas”. E como deveria ser interpretada primeira frase do nº 2, do artigo 28, da diretiva 2014/24/UE, cujo texto é: “**2. Só podem apresentar propostas os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a sua avaliação das informações prestadas**”. O Tribunal de Justiça lembrou o processo C-396/14 (Højgaard) e a respetiva decisão, perante normas da diretiva*

2004/17/CE. E que, apesar de ter havido uma alteração que conduziu a uma diminuição de capacidade de um agrupamento de empresas, foi viabilizada a situação. Aqui, há alteração que conduz a um aumento de capacidade. E o princípio de apresentar a proposta quem foi selecionado também é cumprido (nº 39, do acórdão). Como o processo de fusão em causa foi notificado à Comissão Europeia, que a ela não se opôs, - nem a suspendeu pelo facto do concurso limitado estar em curso, - deve considerar-se que tal é suficiente para desvalorizar as particularidades (troca de informação privilegiada entre ex-candidatos, por exemplo) deste processo. Assim está nos números 51 a 53, do acórdão. Ou seja, uma vez mais, a defesa da possibilidade de apresentação do maior número de propostas, desde que, na interpretação do Tribunal de Justiça, não tenha havido violação dos princípios fundamentais.

Processo C-63/18 (Vitali)

Acórdão de 26 de setembro de 2019

Trata-se de mais um caso em que foi censurada, pelo Tribunal de Justiça, uma disposição nacional (Itália) que estabelecia limites à subcontratação. O comentário consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).

Processo C-267/18 (Delta)

Acórdão de 3 de outubro de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Refere-se a relevância de uma anterior rescisão de contrato, por subcontratação sem autorização da entidade adjudicante, para efeitos de exclusão em procedimento atual.

Processo C-402/18 (Tedeschi)

Acórdão de 27 de novembro de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Trata-se de um processo em que se discutiu um limite à subcontratação, constante da lei italiana, e também de um outro limite, este quanto à diferença de preços entre os que resultam da adjudicação, e os praticados em subcontratação, pelo adjudicatário. Ambos soluções da legislação foram consideradas contrárias ao direito da União.

Processo C-219/19 (Parsec Fondazione)

Acórdão de 11 de junho de 2020

ECLI:EU:C:2020:470

“O artigo 19º, nº 1, e o artigo 80º, nº 2, 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 lidos à luz do considerando 14 desta diretiva, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exclui a possibilidade de as entidades sem fins lucrativos participarem num procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços de engenharia e de arquitetura, mesmo quando essas entidades estejam habilitadas pelo direito nacional a prestar os serviços objeto do contrato em causa”.

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura ao Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e à Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), a propósito da decisão da ANAC que indeferiu o pedido da Parsec no registo nacional das sociedades de engenheiros e de profissionais habilitados a prestar serviços de arquitetura e engenharia. A Parsec é uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos, constituída segundo a lei civil italiana. Tem importantes valências, nas áreas do estudo das catástrofes naturais, proteção civil e ambiental, etc, tendo mesmo criado um observatório de sismologia. Segundo o relato do próprio Tribunal de Justiça : “11. A fim de poder participar em concursos para a adjudicação do serviço de classificação do território com base no risco sísmico, a Parsec apresentou um pedido de inscrição no registo mantido pela ANAC para os operadores habilitados a prestar serviços de engenharia e arquitetura. Todavia, uma vez que a Parsec não estava abrangida por qualquer das categorias de operador económico referidas no artigo 46º, nº 1, do Código dos Contratos Públicos, a ANAC emitiu uma decisão de indeferimento de pedido de inscrição. (...). Naturalmente, a Parsec interpôs recurso para os tribunais desta decisão negativa, e desse processo emergiu a questão prejudicial. O Tribunal de Justiça começou por referir a decisão dada a 23 de dezembro de 2009, no processo C-305/08 (CoNISMa), e sublinhou a continuidade das soluções legislativas entre a diretiva 2004/18/CE e a diretiva 2014/24/UE, quanto à noção de “operador económico”(número 22 do acórdão, referindo expressamente o considerando 14 do diploma legislativo de 2014). E concluiu de modo cristalino : “23. (...) o direito nacional não pode proibir uma fundação sem fins lucrativos que esteja habilitada a prestar determinados serviços no mercado nacional de participar em procedimentos de adjudicação de contratos públicos

relativos à prestação dos mesmos serviços". E tudo quanto o Governo italiano carregou para o processo foi considerado insuficiente para justificar a proibição do registo em causa. Por exemplo, que - "as pessoas que prestassem esses serviços de modo contínuo" e fossem do mesmo modo remunerados garantiriam um mais alto nível de profissionalismo. E o Tribunal de Justiça fechou a sua decisão deste modo : "27. Por último, acrescente-se que o legislador da União foi sensível à importância de os candidatos e proponentes no domínio dos contratos públicos de serviços e de obras, bem como de certos contratos públicos de fornecimento, apresentarem um elevado grau de profissionalismo. Foi para este efeito que previu, no artigo 19º, nº 1, da Diretiva 2014/24, a possibilidade de obrigar as pessoas coletivas a indicarem, nas suas propostas ou pedidos de participação, os nomes e as habilitações profissionais relevantes das pessoas encarregadas da execução do contrato em questão. Em contrapartida, este legislador não estabeleceu, para esse mesmo efeito, qualquer tratamento diferenciado em razão da forma jurídica sob a qual esses candidatos e proponentes optaram por operar."

Processo C-436/20 (ASADE I)
Acórdão de 14 de julho de 2022

A primeira conclusão desta decisão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). A segunda conclusão está comentada no capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Discutiu-se o estatuto de entidades prestadoras de serviços sociais, sendo o modelo da lei (regional) espanhola considerado, no essencial e que toca à reserva de mercado para certo tipo de operadores económicos.

Processo C-461/20 (Advania Sverige)

Acórdão de 3 de fevereiro de 2022

ECLI:EU:C:2022:72

“O artigo 72º, nº 1, alínea d), ii), 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, deve ser interpretado no sentido de que se deve considerar que um operador económico que, na sequência da declaração de insolvência do adjudicatário inicial que conduziria a uma liquidação, apenas retomou os direitos e obrigações deste último decorrentes de um acordo-quadro celebrado com uma autoridade adjudicante sucede a título parcial na posição desse adjudicatário inicial, na sequência de operações de reestruturação, na aceção dessa disposição”.

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a firma Advania e a Agência Nacional de Serviços Jurídicos, Financeiros e Administrativos (Suécia), por um lado, e a firma Dustin Sverige AB, a respeito da decisão de esta agência aprovar a transmissão de quatro acordos-quadro sem novo procedimento de contratação. A citada agência havia adjudicado seis acordos-quadro para aquisição de material informático, após a realização de concursos limitados. Dois à Dustin e quatro a uma outra empresa, a Misco. Esta última, a 4 de dezembro de 2017, dirigiu à agência um pedido de cessão da posição contratual a favor da Advania. A 17 de dezembro de 2017, a Misco foi declarada insolvente, a 18 de janeiro de 2018 o seu administrador de insolvência celebrou um acordo com a Advania, que previa a cessão dos acordos-quadro e em fevereiro de 2018 a agência autorizou a cessão. A Dustin impugnou judicialmente essa cessão, por entender que se deveria ter desencadeado um procedimento pré-contratual, ao abrigo da diretiva 2014/24/UE. O Tribunal de Justiça começou por lembrar que de acordo com jurisprudência anterior, sempre que haja alteração substancial, deverá ser aplicado novo procedimento (números 18 e 19, do acórdão). Mas salientou a norma derogatória constante da subalínea ii), alínea d), do número 1, do artigo 72, da diretiva 2014/24/UE : “1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos : (...) d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos : (...) ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro

operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva". Aponta, também, que no caso em apreço não está em causa a transmissão universal, mas só a tomada de posição nos acordos-quadro. E validou a licitude da cessão de posição contratual em questão, por meio de uma interpretação contextualizada do conceito de "operações de reestruturação" (número 38, do acórdão).

Processo C-642/20 (Caruter)

Acórdão de 28 de abril de 2022

ECLI:EU:C:2022:308

“O artigo 63º, 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, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional segundo a qual a empresa responsável por um agrupamento de operadores económicos que participa num procedimento de adjudicação de um contrato público deve cumprir a maior parte dos requisitos previstos no anúncio de concurso e executar a maior parte das prestações desse contrato”.

COMENTÁRIO :

O tema que ocupou este acórdão está longe de ser novo. Porém, face à questão que foi colocada ao Tribunal de Justiça e o facto de se aplicarem normas da diretiva 2014/24/UE, tornam-no particularmente importante. O processo principal decorreu em Itália, e opôs a firma Caruter a nove comunas e uma empresa pública provincial, a propósito

Processo C-676/20 (ASADE II)
Despacho de 31 de março de 2023

O comentário a este acórdão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Veja-se o que foi dito, pouco atrás sobre o processo-436/20 (ASADE I). Neste caso estava em causa legislação regional da Comunidade de Aragão.

Processo C-461/20 (Advania Sverige)

Acórdão de 3 de fevereiro de 2022

ECLI:EU:C:2022:72

“O artigo 72º, nº 1, alínea d), ii), 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, deve ser interpretado no sentido de que se deve considerar que um operador económico que, na sequência da declaração de insolvência do adjudicatário inicial que conduziu à sua liquidação, apenas retomou os direitos e obrigações deste último decorrentes de um acordo-quadro celebrado com uma autoridade adjudicante sucede a título parcial na posição desse adjudicatário inicial, na sequência de operações de reestruturação, na aceção desta disposição”.

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Advania Sverige e a Agência Nacional de Serviços Jurídicos, Financeiros e Administrativos (sueca) e firma Dustin Sverige AB, a propósito da decisão de esta Agência aprovar a transmissão de quatro acordos-quadro sem novo procedimento de contratação em conformidade com a Diretiva 2014/24. A Advania foi selecionada na primeira fase de contratação, mas não foi convidada a apresentar proposta. A Dustin e a Misco mereceram a adjudicação de dois contratos à Dustin e quatro à Misco. Agora aproveitando diretamente o relato do acórdão : “8. Por carta de 4 de dezembro de 2017, a Misco requereu à Agência Nacional de Serviços Jurídicos que autorizasse a cessão à Advania dos quatro acordos-quadro de que era titular. Em 12 de dezembro de 2017, a Misco foi declarada insolvente e, em 18 de janeiro de 2018, o seu administrador de insolvência celebrou um acordo com a Advania que previa a cessão destes acordos-quadro. A Agência Nacional de Serviços Jurídicos autorizou essa cessão em fevereiro de 2018”. A Dustin impugnou judicialmente esta operação. O Tribunal de Justiça considerou a cessão uma alteração substancial do contrato (números 18 a 21, do acórdão). Mas chamou a atenção de que a lei, por meio da subalínea ii), alínea d), do nº1, do artigo 72, da Diretiva 2014/24/UE, continha uma disposição excecional derogatória à abertura de novo procedimento : “21. Resulta assim da redação deste artigo que o mesmo subordina particularmente a aplicação da derrogação em causa à condição de a substituição do antigo adjudicatário decorrer de uma transmissão universal ou parcial que ocorre na sequência de operações de reestruturação, nomeadamente de insolvência”. E, conforme se confirma da conclusão, o Tribunal de Justiça aceita, no caso que lhe foi sujeito, a aplicação da norma derogatória, mesmo se tenha um efeito parcial.

Processo C-642/20 (Caruter)

Acórdão de 28 de abril de 2022

ECLI:EU:C:2022:308

“O artigo 63º 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 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional segundo a qual a empresa responsável por um agrupamento de operadores económicos que participa num procedimento de adjudicação de um contrato público deve cumprir a maior parte dos requisitos previstos no anúncio de concurso e executar a maior parte das prestações desse contrato.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a firma Caruter Srl e um grupo de autarquias e outros entes públicos a respeito da adjudicação de um contrato público de serviços de remoção, recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos triados e não triados e de outros serviços de salubridade pública em 33 municípios integrados na SRR (Società per la Regolamentazione del servizio di gestione Rifiuti) Messina Provincia SCpA, em Itália. De acordo com o relato do próprio Tribunal de Justiça : “10. A SRR iniciou um procedimento de contratação pública para adjudicação dos serviços de remoção, recolha e transporte para as instalações de tratamento de resíduos sólidos urbanos triados e não triados, incluindo resíduos equiparados, e outros serviços de salubridade pública, em 33 municípios nela integrados. O contrato, no valor de 42.005.042,16 euros sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA) e com a duração de sete anos, foi dividido em três lotes. O anúncio de concurso especificava, para cada lote, os requisitos de capacidade económica, financeira e técnica exigidos. Além disso, para efeitos de adjudicação do contrato, foi prevista a aplicação do critério da proposta economicamente mais vantajosa, com base na melhor relação qualidade/preço”. O lote 2 foi adjudicado a outro agrupamento de empresas que não integrava a Caruter, sendo esta decisão impugnada judicialmente, de onde resultou o reenvio prejudicial. A questão essencial era, também de acordo com a leitura do Tribunal de Justiça : “39. (...) ao obrigar a empresa responsável pelo agrupamento de operadores económicos a executar ‘a maior parte’ das prestações comparativamente a todos os membros do agrupamento, ou seja, a executar a maioria de todas as prestações abrangidas pelo contrato, o artigo 83º, nº 8, do Código dos Contratos Públicos estabelece um requisito mais rigoroso do que o previsto pela Diretiva 2014/24, que se limita a autorizar a autoridade adjudicante a prever, no anúncio do

concurso, que determinadas tarefas críticas sejam executadas diretamente por um participante no agrupamento de operadores económicos". Isto é, enquanto que o direito da União (artigo 63, nº 1, da diretiva 2014/24/UE) abre uma possibilidade a ser concretizada (ou não) pelas entidades adjudicantes, em Itália a legislação nacional obriga o líder do agrupamento a executar a maioria das prestações. Assim, o Tribunal de Justiça conclui pela contradição entre as duas soluções, ficando prejudicada a opção italiana. Não vamos aqui comentar o que consta dos números 39 a 43 do acórdão, que discute a questão da capacidade exigível aos concorrentes, e seus agrupamentos, por considerarmos que tal só é possível com a disponibilização de dados que não constam do acórdão (completo).

Processo C-676/20 (ASADE II)
Despacho de 31 de março de 2023

Processos C-213/21 e C-214/21 (Italy Emergenza)

Acórdão de 7 de julho de 2022

O comentário a este acórdão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Decidiu o Tribunal de Justiça sobre uma prioridade a organizações de voluntariado em relação a cooperativas sociais, determinada pela regulamentação nacional italiana, quanto ao transporte sanitário de urgência e emergência. Declarou a compatibilidade desse modelo com o direito da União, dada a exclusão de incidência quanto a certos contratos de serviços, tal como figura na alínea h), do artigo 10, da diretiva 2014/24/UE.

Processo C-403/21 (NV Construct)

Acórdão de 26 de janeiro de 2023

ECLI:EU:C:2023:

“1.)(...).

2.)(...).

3) O artigo 63º, nº 1., da Diretiva 2014/24

deve ser interpretado no sentido de que :

obsta a que um proponente seja excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato por não ter designado o subcontratante ao qual pretende confiar a execução de obrigações resultantes de regulamentações especiais aplicáveis a atividades relacionadas com o contrato em causa e não previstas nos documentos do concurso, na hipótese de esse proponente ter precisado na sua proposta que cumpriria essas obrigações recorrendo a capacidades de outra entidade, à qual, no entanto, não estava vinculado por um contrato de subcontratação.”

COMENTÁRIO :

O processo principal ocorreu na Roménia, opondo a SC NV Construct ao distrito de Timis, a propósito da adjudicação de um contrato público destinado a avaliar a viabilidade de construção de uma estrada, e nele se cruzam disposições do procedimento e outras não referidas nos documentos pré-contratuais, mas resultantes de legislação especial relacionada com o objeto do contrato público. Como para essa matéria particular o proponente apresentou uma outra entidade, embora sem a qualificar como subcontratado, o Tribunal de Justiça declarou : “72. Na hipótese de as obrigações que decorrem de regulamentações especiais aplicáveis às atividades relacionadas com o contrato em causa e não previstas nos documentos do concurso constituírem efetivamente critérios de seleção, na aceção do artigo 58º da Diretiva 2014/24, basta recordar que o artigo 63º, nº 1, desta diretiva confere a qualquer operador económico o direito de recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas, a fim de cumprir as diferentes categorias de critérios de seleção enumerados no artigo 58º, nº 1, da referida diretiva e concretizadas nos nºs 2 a 4, do mesmo artigo (...).” Logo, bastaria uma declaração de compromisso em que estivesse claro que o proponente disporia dos meios que a terceira entidade tivesse, para o cumprimento do contrato. Não era necessário, portanto, recorrer especificamente à subcontratação, e, concomitantemente, não se podia excluir ninguém por não a ter escolhido para se relacionar neste contexto.

Processo C-416/21 (Omnibus Unternehmen)

Acórdão de 15 de setembro de 2022

ECLI:EU:C:

“1) O artigo 57º, nº 4, primeiro parágrafo, alínea d), 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, conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/2365 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017, lido em conjugação com o artigo 80º, nº 1, terceiro parágrafo, da 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 e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/2364 da Comissão, de 18 de novembro de 2017, deve ser interpretado no sentido de que :

o motivo facultativo de exclusão previsto neste artigo 57º, nº 4, primeiro parágrafo, alínea d), abrange os casos em que há indícios suficientemente plausíveis para concluir que os operadores económicos celebraram um acordo proibido pelo artigo 101º TFUE, mas não se limita apenas aos acordos previstos neste último artigo.

2) O artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2017/2365, lido em conjugação com o artigoº, nº 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/25, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2017/2364, deve ser interpretado no sentido de que :

o artigo 57º, nº 4, regula exaustivamente os motivos facultativos de exclusão suscetíveis de justificar a exclusão de um operador económico da participação num procedimento de contratação por razões baseadas em elementos objetivos relativos à sua qualidade profissional, bem como a um conflito de interesses ou a uma distorção da concorrência que resultaria da sua participação nesse procedimento. Todavia, o referido artigo 57º, nº 4, não impede que o princípio da igualdade de tratamento, previsto no artigo 36º, nº 1, da Diretiva 2014/25, possa obstar à adjudicação do contrato em causa a operadores económicos que constituem uma unidade económico e cujas propostas, embora apresentadas separadamente, não são autónomas nem independentes.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs o município de Aichach-Friedberg (Baviera, Alemanha) às firmas J. Sch Omnibusunternehmen (a seguir, J.) e K.Reisen (a seguir, K.), a propósito da adjudicação, por essa autarquia, de um contrato público de serviços públicos de transporte por autocarro. J. é um empresário em nome individual e a K.Reisen uma sociedade de responsabilidade limitada do qual J. é sócio gerente único. Em 27 de fevereiro de 2020 ambos apresentaram proposta, respondendo ao anúncio da autarquia publicado em 19 de dezembro de 2019. O património de J. foi alvo de um processo de insolvência, como reporta o acórdão : **“18. Em 2 de abril de 2020, J e a Reisen foram informados, por um lado de que as suas propostas tinham sido excluídas por violação das regras da concorrência, uma vez que tinham sido elaboradas pela mesma pessoa e, por outro, que o contrato em causa seria adjudicado à E.Gmbh & Co.KG”**. A primeira questão a ser suscitada foi assim resumida pelo próprio Tribunal de Justiça : **“35 (...) há que considerar que, com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 57.º, nº 4, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o artigo 80º, nº 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/25, deve ser interpretado no sentido de que o motivo facultativo de exclusão previsto neste artigo 57º, nº 4, primeiro parágrafo, alínea d), abrange apenas os casos em que há indícios suficientemente plausíveis para concluir que os operadores económicos violaram o artigo 101º TFUE”**. Tendo em conta a utilização do vocábulo “acordos”, o Tribunal de Justiça conclui que não se pode reduzir a incidência da normas em causa aos acordos de empresas a que refere o artigo 101º TFUE (números 37 a 39, do acórdão). Depois concretizou, recorrendo às regras da contratação pública : **“42. (...) o artigo 57, nº 4, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2014/24 visa permitir às autoridades adjudicantes apreciar e ter em conta a idoneidade de cada um dos operadores económicos, a fim de poder excluir dos procedimentos de contratação os proponentes não fiáveis com os quais não poderiam manter uma relação de confiança para velar a bom termo a prestação dos serviços em questão no âmbito da execução do contrato em causa”**. Logo, um escopo que não se confunde com o do artigo 101 TFUE, este inaplicável ao caso, tendo em conta a factualidade relevante. Um elemento algo caricato, relatado no número 50 do acórdão, também agia : se se tratava da mesma pessoa física, como poderia ela fazer um acordo consigo mesma, como salientou a Comissão Europeia no processo ? Recorrendo, uma vez mais, ao relato do Tribunal de Justiça : **“52. Com a segunda e terceira**

questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o artigo 80º, nº 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/25, deve ser interpretado no sentido de que este artigo 57º, nº 4, regula exhaustivamente os motivos facultativos de exclusão, o que impede que o princípio da igualdade de tratamento, previsto no artigo 36º, nº 1, da Diretiva 2014/25, possa obstar à adjudicação do contrato em causa a operadores económicos que constituem uma unidade económica e cujas propostas, embora apresentadas separadamente, não são autónomas nem independentes". Recorrendo a jurisprudência estável, (vide acórdão dado a 16 de dezembro de 2008, C-213/07, Michaniki ECLI:EU:C:2008/731), o Tribunal de Justiça lembrou que os motivos de exclusão facultativa sejam em princípio, exhaustivos, operam **"56. (...) baseados no apuramento objetivo de factos ou comportamentos próprios do operador económico em causa a honorabilidade profissional ou a sua aptidão económica ou financeira para levar a cabo as obras abrangidas pelo contrato público a cuja adjudicação se candidata ou, no que respeita aos contratos abrangidos pela Diretiva 2014/24, criar uma situação de conflito de interesses, ou uma distorção da concorrência (...)".** Tudo coberto pelo chapéu do princípio da igualdade de tratamento, que é aplicável mesmo no contexto de um regime jurídico que afirma a exaustividade da lista de causas de exclusão facultativas. Tudo se jogava na convicção do órgão de reenvio sobre a elaboração autónoma e independente de duas propostas apresentadas por duas organizações que eram uma única entidade. Como é que isso pode acontecer, o Tribunal de Justiça não explica. a

Processo C-631/21 (Taxi Horn Tours)

Acórdão de 10 de novembro de 2022

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas), e discutiu-se a obrigação de entrega do DEUCP, quando existam vários proponentes agrupados numa associação temporária, ou um só, com ou sem participação de outras entidades na execução.

Processo C-769/21 (BTA)
Acórdão de 8 de dezembro de 2022
ECLI:EU:C:

“O princípio da proporcionalidade, na aceção do artigo 18º, nº 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, deve ser interpretado no sentido de que :

se opõe a uma regulamentação nacional que impõe à entidade adjudicante que encerre um procedimento de adjudicação de um contrato público quando, em caso de retirada do proponente inicialmente selecionado por ter apresentado a proposta economicamente mais vantajosa, o proponente que apresentou a proposta seguinte economicamente mais vantajosa constituir com este último um único operador económico.”

COMENTÁRIO :

*O processo principal desenvolveu-se na Letónia, entre a firma BTA (Baltic Insurance Company), por um lado, e o Ministério da Justiça e o Organismo de Supervisão da Contratação Pública, por outro, a propósito de uma decisão de encerrar um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços de seguros de saúde. Em novembro de 2020, o Ministério da Justiça abriu um concurso público para adjudicação de um contrato de seguros para os seus empregados e colaboradores de outros serviços públicos. Vários concorrentes apresentaram propostas, sendo que a comissão de avaliação considerou que a Compensa tinha sujeito a melhor oferta. Porém, o Compensa recusou-se a celebrar o contrato, o que daria à BTA o direito à adjudicação. Porém, a mesma comissão solicitou a apresentação de uma declaração que afirmasse que a BTA e a Compensa não deviam ser consideradas conjuntamente um único e mesmo operador económico. A BTA declarou o contrário, e o Ministério encerrou o procedimento, aplicando legislação nacional nesse sentido. Em dezembro de 2020 o Ministério da Justiça abriu novo procedimento. Para além da reafirmação de jurisprudência toda ela voltada para o incremento da concorrência servida pelo acesso do maior número de propostas, o Tribunal de Justiça frisou um ponto importantíssimo : **“18. O facto de o montante da proposta do proponente inicialmente selecionado ser superior ao da sua proposta prova que as propostas não foram coordenadas, pelo que a anulação da primeira proposta não pôde conferir uma vantagem às sociedades do grupo”**. Mais adiante, : **“33. No caso em***

apreço, é manifesto que uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, ao impor à entidade adjudicante que encerre um procedimento de adjudicação de um contrato público nas circunstâncias referidas no nº 30 do presente acórdão, visa afastar qualquer potencial concertação entre os participantes num mesmo procedimento de adjudicação de um contrato público após a apresentação das suas propostas e garantir assim a manutenção de um nível suficiente de concorrência a fim de salvaguardar a igualdade de tratamento dos candidatos e a transparência do procedimento (...)". Censurando os diversos modelos de exclusão automática que constam das legislações nacionais, o Tribunal de Justiça chama o princípio da proporcionalidade para censurar a solução legislativa letã. E considera que tais modelos, que agem em diversos pontos dos procedimentos pré-contratuais, impedem a ponderação de valores necessária à aplicação da lei no caso concreto.

Processo C-469/22 (Ambisig III)
Despacho de 10 de janeiro de 2023
ECLI:EU:C:2023:25

“O artigo 63º, da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, lido em conjugação com o artigo 59º e o considerando 84 desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que :

se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual um operador económico que pretenda recorrer às capacidades de outra entidade para a execução de um contrato público apenas deve transmitir os documentos de habilitação dessa entidade e a declaração de compromisso desta última após a adjudicação do contrato em causa”.

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a firma Ambisig e a Fundação do Desporto, uma entidade pública, pelo facto desta última ter excluído a Ambisig de um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços, atribuindo o direito de firmar o contrato à Link Consulting. O Tribunal de Justiça identificou as normas do Código dos Contratos Públicos que permitem que os documentos de habilitação dos subcontratados só sejam exigidos com a notificação de habilitação (como, de resto, sucede com o proponente), e sobre elas se pronunciou deste modo : “25. Cabe então à entidade adjudicante, por força do artigo 63º, nº 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, verificar, em conformidade com os artigos 59º a 61º desta diretiva, em primeiro lugar, se as entidades a que o operador económico pretende recorrer cumprem os critérios de seleção relevantes e, em segundo lugar, se existem motivos de exclusão previstos no artigo 57º desta diretiva. Relativos a essas entidades. 26. Estas verificações devem poder ser efetuadas pela entidade adjudicante antes da adjudicação do contrato em causa (...)”. Esta decisão, por mero despacho, abala muito significativamente o sistema do nosso CCP. E, em nosso entender, com toda a propriedade. Para firmar a importância sistémica desta decisão, reproduzimos a questão que foi submetida pelo Supremo Tribunal Administrativo ao Tribunal de Justiça foi : “É conforme ao direito da União, em especial com o disposto no artigo 63º da Diretiva (2014/24), a solução do direito nacional segundo a qual, nos

procedimentos de concurso público em que haja recurso às capacidades de outras entidades para executar a prestação, quer os documentos de habilitação do subcontratado, quer a apresentação de uma declaração de compromisso deste, apenas têm de ser exigido(s) após a adjudicação ?”.