CAPÍTULO 12

SELEÇÃO QUALITATIVA DOS INTERESSADOS E APRECIAÇÃO DAS SUAS PROPOSTAS.

Processo 76/81 (Transporoute)
Acórdão de 10 de fevereiro de 1982

Coletânea, 1982, página 417
ECLI:EU:C:1982:49

"La diretive 71/305 du Conseil doit être interpretée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'un État membre exige d'un soumissionaire établi dans un autre État membre qu'il fasse la preuve de ce qu'il remplit les critéres enoncés aux articles 23 à 26 de cette directive et relatifs à son honorabilité et à sa qualification professionelle par d'autres moyens, telle une autorisation d'établissement, que ceux enoncés par ces dispositions.
(...)."

COMENTÁRIO :

Trata-se da primeira decisão do Tribunal de Justiça sobre as diretivas de coordenação de procedimentos pré-contratuais, no contexto de um reenvio prejudicial. E dirigiu-se logo a dois temas muito importantes : a seleção qualitativa (incluindo a questão do duplo registo profissional) e o critério de adjudicação (especificamente o regime do preço anormalmente baixo). No processo principal um empreiteiro belga viu, - perante uma entidade adjudicante luxemburguesa, - a sua proposta não ser aceite porque não estava registado profissionalmente no Grão-Ducado (não ser titular de algo semelhante a um alvará de construção português) e por ser considerado o preço apresentado anormalmente baixo. Sobre a questão do duplo registo (e da proibição da sua exigência, até por coerência com as disposições do Tratado sobre a liberdade de prestação de serviços), a pronúncia do Tribunal é muito clara : a matéria constante dos artigos 23 a 26, da diretiva 71/305/CEE, que se refira à honorabilidade e qualificação profissional, é provada suficientemente pelos meios que esse mesmo documento prevê, e não por outros exigidos pela entidade adjudicante (como o registo na lista profissional nacional). Esta declaração geral tem muitas consequências,

como se pode comprovar pela simples observação de cada um dos artigos referidos : artigo 23 (sobretudo temas de honorabilidade, com esclarecimento de como se prova o respeito por eles), artigo 24 (registo comercial e listas profissionais no Estado-Membro de estabelecimento ; artigo 25 (termos de capacidade económica e financeira, e modo como se demonstram) e artigo 26 (termos de capacidade técnica e, igualmente, modo como se demonstra). Não constando o duplo registo desta enunciação, não pode ser exigida pelas entidades adjudicantes. Um ponto merece destaque especial : o Tribunal aproveitou (número 10, do acórdão) a posição expressa pelo Governo do Luxemburgo de que as disposições nacionais em causa (as quais permitiam o comportamento efetivamente assumido pela entidade adjudicante) visavam a definição da honorabilidade e da habilitação profissional, e não a aferição da capacidade dos empreiteiros. O comentário ao segundo parágrafo das conclusões (não numerado, no original) consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo).

Processos 27/86 CEI), 28/86 (Bellini) e 29/86 (Bellini) apensos
Acórdão de 9 de julho de 1987

Coletânea, 1987, página 3347
ECLI:EU:C:1987:355

"1) O artigo 25º da Directiva 71/305/CEE, de 26 de Julho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não enuncia taxativamente os elementos que permitem determinar a capacidade financeira e económica de um empresário.

2) Pode ser solicitado aos concorrentes à execução da obra, a título de elemento comprovativo, na acepção do artigo 25º da Directiva 71/305/CEE, a indicação do volume global de trabalhos atribuídos a uma empresa, e nem esse artigo nem qualquer outra disposição da directiva se opõem a que um Estado-membro possa fixar o volume dos trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente.

3) Os artigo 25º, 26º, alínea d), e 28º da Directiva 71/305/CEE devem ser interpretados no sentido de não se oporem a que uma entidade adjudicante exija de um empreiteiro aprovado num outro Estado-membro a prova de que dispõe do montante mínimo de fundos próprios e do número de operários e quadros requerido pela legislação nacional, mesmo que esse empreiteiro faça, no Estado-membro de estabelecimento, de uma classe correspondente à requerida pela referida legislação nacional em virtude da importância dos trabalhos a adjudicar."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O caso desenvolve-se na Bélgica, onde um empreiteiro italiano, cumprindo as obrigações de seleção qualitativa da lei italiana, foi afastado por não cumprir os requisitos quanto à capacidade financeira e económica definidos na lei belga. Como se pode constatar facilmente da decisão, outros elementos sobre a capacidade técnica foram igualmente exigidos e apreciados. O Tribunal entendeu, no fundo, que nada daquilo que era pedido pela lei belga constituía uma discriminação, antes sendo resultado da definição para a aptidão de qualquer empreiteiro, independentemente do seu país de estabelecimento. No ponto 15 do acórdão, surge-nos o seguinte, e importante, passo – ***"15. A directiva*** (71/305/CEE, nota nossa) ***não estabelece assim uma regulamentação comunitária uniforme e exaustiva. No âmbito das regras comuns que contém, os Estados-membros permanecem livres para manter ou promulgar normas substantivas ou processuais em matéria de empreitadas de obras***

públicas, desde que respeitem todas as disposições pertinentes de direito comunitário e, designadamente, as proibições que decorrem de princípios consagrados no Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livres prestação de serviços". *Tenha-se em atenção que as normas belgas em questão (constantes de um decreto real de 31 de janeiro de 1978), executavam os princípios enunciados em legislação muito anterior (decreto-lei de 3 de fevereiro de 1947) e fixavam um limite de valor das empreitadas que podiam estar adjudicadas a um empreiteiro. A filosofia declarada destas regras era a de que, ultrapassado um montante específico (que era igualmente fixado por lei ou regulamento) o empreiteiro poderia não ter a capacidade adequada para a execução capaz de todas as suas obras em simultâneo. Outros interpretaram este dispositivo como um meio de distribuir as adjudicações, evitando a concentração dos contratos atribuídos em poucas empresas. Como o Tribunal aceitou colocar este tema como sendo de capacidade - e não, como no processo Transporoute, como de comprovação da honorabilidade ou da habilitação profissional, - produziu um juízo de aceitação daquilo que, realmente, não passava de um instrumento protecionista. E estendeu o seu entendimento a que, sempre respeitado que se mantivesse na aferição da capacidade, outros elementos adicionais pudessem ser exigidos pelas autoridades nacionais. Tudo sem se considerar infração às disposições da diretiva 71/305/CEE.*

Processo C-31/87 (Beentjes)
Acórdão de 20 de setembro de 1988

Coletânea, 1988, página 4635
ECLI:EU:C:1988:422

"1) (...).

2) - O critério da experiência específica para o trabalho é um critério legítimo de capacidade técnica com vista à verificação da aptidão dos empreiteiros. Quando tal critério resulte de uma disposição da legislação nacional para a qual remete o anúncio do concurso, tal critério não está sujeito, por força da directiva, a exigências particulares de publicidade no anúncio ou no caderno de encargos.

3) (...)."

COMENTÁRIO :

Na esteira do decidido pelo Tribunal no processo CEI/Bellini (processos apensos 27 a 29/86), reconhece-se a liberdade das entidades adjudicantes estabelecerem critérios de seleção qualitativa adequados à adjudicação do contrato em causa. Desde que referida especificamente à capacidade, sem extrapolar para os campos da verificação da honorabilidade ou da pura habilitação profissional. Há que ver, contudo, que este acórdão versa, num caminho paralelo, sobre o critério de adjudicação, e não só sobre a seleção qualitativa. Há uma precisão, na parte final da segunda conclusão, quanto ao regime de publicidade, considerando-se suficiente a referência para o cumprimento de disposições nacionais vigentes.

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 9 (entidade adjudicante). O comentário ao resto da segunda conclusão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baico). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública). Neste último caso, muita atenção ao facto de o Tribunal reconhecer o efeito direto a uma quantidade considerável de normas da diretiva 71/305/CEE. Concretamente, a tudo quanto constava dos seus artigos 20, 26 a 29. Um deles refere-se à capacidade técnica (26). Outro sobre o encadeamento dos elementos até à adjudicação (20), e, finalmente, a regulamentação da adjudicação, ela própria (artigo 29).

Processo C-389/92 (Ballast I)
Acórdão de 14 de abril 1994

Coletânea, 1994, página I-1289
ECLI:EU:C:1994:133

"A Directiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou sucursais, e a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, devem ser interpretadas no sentido de que permitem, para efeitos de apreciação dos critérios que o empreiteiro deve satisfazer aquando da análise de um pedido de aprovação apresentado por uma pessoa colectiva dominante no seio de um grupo tomar em consideração as sociedades que pertencem a esse grupo, na medida em que a pessoa colectiva em causa prove que pode efectivamente dispor dos meios dessas sociedades necessários à execução das empreitadas. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se essa prova foi feita no processo principal."

COMENTÁRIO :

Trata-se da primeira decisão sobre o recurso a elementos de entidades terceiras, para a demonstração da capacidade. Um grupo empresarial holandês, o Ballast Nedam Group, não viu renovada a sua aprovação profissional até aí concedida pelas autoridades belgas, no contexto da revisão da situação dos empreiteiros aprovados, determinada pelo decreto real de 9 de agosto de 1982 (invocando a execução de um decreto-lei de 3 de fevereiro de 1947). O fundamento de tal recusa foi : ***"3. (...) A decisão ministerial foi adoptada, na sequência de parecer desfavorável da comissão de aprovação dos empreiteiros, com fundamento em aquela sociedade não poder ser considerada como empreiteiro de obras públicas, visto, tratando-se de uma holding, a sociedade não executar ela própria as obras, invocando, para justificar as suas capacidades, as obrs executadas pelas suas filiais, todas elas pessoas colectivas".*** *Este aresto decide sobre matéria de grande relevo na contratação pública, seja em termos europeus, seja, evidentemente, nas consequências para as soluções legislativas nacionais. A consideração dos recursos de todas as empresas, nomeadamente daquela que não é uma*

empreiteira (a holding) conclui, em princípio, pela não indispensabilidade da titularidade de um alvará, mesmo nos Estados-membros que os exigem, é uma das brechas que esta decisão abre (outra hipótese é poder dar/exigir um alvará a estas holding, alterando, para isso, as leis do exercício da atividade da construção). Veja-se que, neste caso, só é decidido aquilo que diz respeito a uma relação de domínio pleno de uma empresa sobe a outra. Nada mais. No fundo, o Tribunal, ao valorizar a aferição da capacidade financeira dos interessados, conforme o dispunha a diretiva 71/305/CEE, para concluir ***: "15 (...) uma sociedade holding que não execute ela própria obras, em virtude de as suas filiais que as realizem serem pessoas colectivas distintas, não pode, com esse fundamento, ser afastada dos processos de participação nas empreitadas de obras públicas".*** *Enfatize-se, novamente, que esta amplitude interpretativa do Tribunal de Justiça se justifica pelo facto de ser considerada a matéria como atinente à verificação ou comprovação da capacidade dos empreiteiros. Um ponto de interesse, também, é o de o Tribunal de Justiça valorizar a definição de empreitada de obra pública, na diretiva 71/305/CEE, da qual consta a realização da obra, seja por que meio for, onde se incluiria o recurso aos meios de filiais (é este o fundamento que é invocado no número 15, do acórdão, atrás transcrito). Como o Tribunal usou o termo "permitem", e não afirmou a obrigação perentória de considerar a holding e as suas filiais, a matéria que esteve em questão neste processo foi continuada noutro, o C-5/97 (Ballast-II). Tenha-se em consideração a referência (confirmada) à aplicação também das normas da diretiva 71/304/CEE. Como nota final, a própria linguagem técnica a que o Tribunal de Justiça recorreu (por exemplo, a disponibilidade dos meios da entidade dominada) foi-se consolidando ao longo de dezenas de anos, sem modificação significativa, influenciando mesmo soluções posteriores do direito da União (vide artigo 63, da diretiva 2014/24/UE).*

Processo C-324/93 (Evans Medical)
Acórdão de 28 de março de 1995

Coletânea, 1995, página I-563
ECLI:EU:C:1995:84

"1) (...).
2) (...).
3) (...).
4) A Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público, conforme alterada pela Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, deve ser interpretada no sentido de que autoriza as entidades aí referidas, que desejem adquirir diacetilformina, a atribuir o contrato tendo em consideração a capacidade das empresas proponentes de assegurar de modo fiável e constante o abastecimento do Estado-Membro em causa"

COMENTÁRIO :

O produto a ser adquirido por entidades adjudicantes britânicas era, e é, um estupefaciente, que pode também ser utilizado para fins clínicos. O que implica a consideração de instrumentos jurídicos internacionais. Estando esclarecida a licitude da aquisição, a parte que mais importa à contratação pública, unindo os artigos 30 e 36 do Tratado CEE e as disposições da diretiva 77/62/CEE já alterada, à época, pela diretiva 88/295/CEE, com a particularidade de o Reino Unido invocar a necessidade de proteger a sobrevivência da empresa que poderia disponibilizar esse produto, dada a especialidade desse mercado. Da fundamentação do acórdão, ponto 39, consta o seguinte : ***"Há que responder a esta questão no sentido de que uma prática nacional que consiste em recusar uma licença para a importação de estupefacientes provenientes de outro Estado-membro não beneficia da derrogação do artigo 36º do Tratado quando for justificada pela necessidade de assegurar a sobrevivência de uma empresa, mas pode, em contrapartida, beneficiar dessa derrogação quando a protecção da saúde e da vida das pessoas exigir que seja garantido um abastecimento estável de estupefacientes para fins médicos essenciais e esse objetivo não possa ser atingido de forma igualmente eficaz por medidas menos restritivas das trocas intracomunitárias".*** *Num segundo aspeto, a decisão do Tribunal pode trazer alguma polémica. Com efeito, e apesar de a*

redação de parte do aresto poder merecer diversas interpretações, parece que uma qualidade da empresa estava a ser transportada para o critério de adjudicação, em contravenção do modelo constante do artigo 17 da diretiva 77/62/CEE (inalterado pela diretiva 88/295/CEE), que a legislação sobre empreitadas havia introduzido anteriormente (artigo 7º na versão original da diretiva 71/305/CEE, que passou a 20 com a diretiva 89/440/CEE). Um passo da fundamentação da decisão (página I-612, ponto 50) mostra a ambiguidade da pronúncia – ***"(...) a diretiva deve ser interpretada no sentido de que autoriza as entidades aí referidas, que desejem adquirir diacetilmorfina, a atribuir o contrato tendo em consideração a capacidade das empresas proponentes de assegurar de modo fiável e constante o abastecimento do estado-membro em causa".*** *Parece evidente que se invade a área do critério de adjudicação. Mas não deixa de se constatar a jurisprudência muito generosa quanto à definição, e aferição, das condições de capacidade. Sobre a compatibilidade entre esta orientação e a taxatividade dos requisitos de capacidade, e dos meios para a provar, será um tema sempre presente nas decisões do Tribunal de Justiça neste campo. O comentário às três primeiras conclusões consta do capítulo 19 (liberdade de circulação de mercadorias).*

Processo C- 5/97 (Ballast II)
Acórdão de 18 de dezembro de 1997

Coletânea, 1997, página I-7549
ECLI:EU:1997:636

"A Directiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédia de agências ou de sucursais, e a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação do processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas, devem ser interpretadas no sentido de que a autoridade competente para decidir um pedido de aprovação apresentado por uma pessoa colectiva dominante de um grupo tem a obrigação, quando está provado que essa pessoa colectiva pode efectivamente dispor dos meios das sociedades pertencentes ao grupo necessários à execução das empreitadas, de tomar em consideração as referências dessas sociedades para apreciar a aptidão da pessoa colectiva em causa, em conformidade com os critérios mencionados nos artigos 23º a 28º da Directiva 71/305."

COMENTÁRIO :

A similitude entre o processo C-389/92 e o C-5/97 não se resume a ter sido provocado pelo mesmo grupo económico (Ballast Nedam Group, de origem holandesa). Pelo contrário, decorre da primeira decisão, e é, no essencial, um seu esclarecimento. No processo C-389/92 o Tribunal havia declarado que as normas em questão da diretiva 71/305/CEE permitiam que fosse tomada em consideração todas as sociedades de um grupo, na condição de que a cabeça delas (a holding) pudesse efetivamente dispor dos meios das sociedades controladas. Não tinha esclarecido se era obrigatório que o fizesse esse exercício. Entretanto, a holding Ballast teve a renovação da sua aprovação no registo profissional na Bélgica recusada, porque a entidade pública que a tal procede não tinha a compreensão de que era obrigatório que fosse deferido o pedido de aprovação (de acordo com a decisão no processo C-389/92). O segundo acórdão sobre a mesma temática deixa bem claro que é obrigatória a consideração da posição da sociedade holding, sendo-lhe concedida a aprovação na lista profissional. Como fundamentado no ponto 13, do acórdão : ***"13. Resulta do conjunto destas considerações que uma sociedade holding que não execute ela própria os trabalhos não pode ser afastada dos processos de***

participação nas empreitadas de obras públicas e, em consequência, da inscrição numa lista oficial de empreiteiros aprovados, se demonstrar que pode efectivamente dispor dos meios das suas filiais que são necessários à execução das empreitadas, excepto se as referências dessas filiais não corresponderem aos critérios de selecção qualitativa mencionados nos artigos 23º a 28º da Directiva 71/305".

Processo C-176/98 (Holst Italia)
Acórdão de 2 de dezembro de 1999

Coletânea, 1999, página I-8607
ECLI:EU:C:1999:593

"A Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretada no sentido de permitir a um prestador que, para provar que satisfaz as condições económicas, financeiras e técnicas de participação num concurso destinado a celebrar um contrato público de serviços, invoque as capacidades de outras entidades, qualquer que seja a natureza jurídica das relações que com elas mantém, na condição de poder provar que tem efectivamente à disposição os meios dessas entidades necessários para a execução do contrato. Compete ao juiz nacional apreciar se tal prova foi feita no processo principal."

COMENTÁRIO :

Se bem que, neste caso, esteja em causa a disciplina da diretiva 92/50/CEE, e não a 71/305/CEE, é evidente a semelhança deste raciocínio do Tribunal de Justiça com os das decisões dadas nos processos C-389/92 (Ballast I) e C-5/97 (Ballast II). O processo nacional opunha a Holst Italia à comuna de Cagliari, por esta ter adjudicado um serviço de recolha e tratamento de águas residuais domésticas a uma empresa sua concorrente. Essa adjudicatária havia apresentado, no concurso utilizando, - para corresponder às exigências de curriculum que eram exigidas, - dados relativos ao volume de negócios e a atividade no setor em causa que não eram suas, mas de uma empresa com que tinha relação. O Tribunal de Justiça aceitou esta prática, colocando unicamente como requisito, que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se exato, o ***"poder provar que tem efetivamente à disposição os meios dessas entidades para a execução do contrato".*** *Ou seja, em coerência com os casos que envolveram o grupo Ballast, se bem que esclarecendo outro tópico.*

Processo C-315/01 (GAT)
Acórdão de 19 de junho de 2003

Coletânea, 2003, página I-6351
ECLI:EU:C:2003:360

"1) (...).
2) A Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, opõe-se a que, no âmbito de um processo de adjudicação de um concurso público de fornecimento, a entidade adjudicante tenha em conta o número das referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes não como critério de verificação da aptidão destes últimos para executar o contrato em causa, mas como critério de adjudicação.
3)(...)."

COMENTÁRIO :

Este é o mais importante acórdão do Tribunal de Justiça quanto ao encadeamento entre a fase de verificação da aptidão dos interessados e a fase de definição e aplicação do critério de adjudicação*. E parece bem mais claro do que o que havia sido decidido pelo Tribunal de Justiça do processo C-324/93 (Evans Medical). Este encadeamento necessário mantém-se, em nossa opinião, em todo o percurso legislativo que, para já, se conclui da diretiva 2014/24/EU (vide seu artigo 56). Da afirmação que consta da segunda conclusão resulta uma nítida separação entre o que se refere ao proponente, e o que se refere à sua proposta. E que se começa por verificar as condições de capacidade (em relação a quem não for excluído), para, depois, se passar à apreciação concreta das qualidades da sua oferta. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso) e à terceira no capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo).*

Processo C-226/04 (La Cascina e Zilch) e C-228/04 (Consorzio G.f.M.) apensos
Acórdão de 9 de fevereiro de 2006

O comentário a este acórdão consta do capítulo 13 (dívidas fiscais ou à segurança social e exclusão de participação). Esteve em causa a apreciação do sistema nacional italiano de regularização da situação contributiva, para se poder participar em procedimentos de contratação pública.

Processo C-399/05 (Comissão *versus* Grécia)
Acórdão de 18 de julho de 2007

Coletânea, 2007, página I-101
ECLI:EU:C:2007:446

"1) É negado provimento ao recurso.
2) A Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

A Comissão tinha levado a Grécia perante o Tribunal de Justiça devido ao facto, invocado por ela, de a DEI, empresa pública de eletricidade, na fase final de um concurso para a construção e início de operação da central termoelétrica de Lavrio, ter selecionado duas empresas que não reuniam as condições enunciadas nos documentos pré-contratuais. Quanto à primeira questão, a de um membro de um agrupamento não possuir as qualidades necessárias, o Tribunal respondeu que não era necessário que todos os membros de um agrupamento tivessem todas as qualidades exigidas. Sobre a experiência que deveriam ter os interessados, o Tribunal contextualizou a matéria explicando que tal não afastava que se concretize na execução de partes de obras anteriores (e não em obras completas), porque isso não constava das regras do concurso. Quanto à segunda questão, o ponto era de que faltava o contrato de manutenção a longo prazo, o qual só fora apresentado por uma empresa terceira, que não integrava o agrupamento. Um passo dos documentos pré-contratuais, que mencionava que tal contrato devia ser exclusivamente do concorrente, não bastou para que o Tribunal considerasse que o objetivo principal dessa regra fosse prejudicado, pois que a responsabilidade pela manutenção não deixava de recair sobre o proponente. Por tudo isto, o Tribunal de Justiça considerou que a Comissão não tinha conseguido provar o seu caso, e a sua razão. O mesmo se passava com a suposta violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento. Como sucede em numerosas decisões do Tribunal de Justiça, está muito presente o objetivo das diretivas sobre contratação pública, que é o de permitir a participação do maior número de interessados (ou, pelo menos, de um número que assegure uma real concorrência). Logo, só se exclui concorrente, ou sua proposta, por motivo muito forte. E depois de ponderar todos os interesses, e valores, em causa.

Processo C-532/06 (Lianakis)
Acórdão de 24 de janeiro de 2008

O comentário a este acórdão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo), mas dirige-se, em parte, a uma zona de fronteira entre o critério de adjudicação e a seleção qualitativa. Para essa distinção, a decisão deve ser cuidadosamente considerada.

Processo C-199/07 (Comissão *versus* Grécia)
Acórdão de 12 de novembro de 2009

Coletânea, 2009, página I-10669
ECLI:EU:C:2009:693

"1) Em razão, por um lado, da exclusão, em virtude da secção III, ponto 2.1.3., alínea b), segundo parágrafo, do anúncio de concurso difundido pela ERGA OSE AE em 16 de Outubro de 2003, com os números 2003/S 205-185214 e 2003/S 206-186119, dos gabinetes de estudos e dos projectistas estrangeiros que manifestaram o seu interesse em relação aos concursos lançados pela ERGA OSE AE nos seis meses anteriores à data de manifestação de interesse em relação ao concurso que é objecto do referido anúncio, e que tinham declarado qualificações correspondentes a categorias de diplomas diferentes das que são requeridas para esse concurso, em razão, por um lado, da inexistência de distinção, na secção IV, ponto 2, do mesmo anúncio, entre critérios de selecção qualitativa e critérios de adjudicação do contrato em causa, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 4º, nº 2, e 34º, nº 1, alínea a), da 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.

2) A acção é julgada improcedente quanto ao restante.

3) A Comissão das Comunidades Europeias e a República Helénica suportarão as suas próprias despesas."

COMENTÁRIO :

Estava em causa a consideração, num procedimento pré-contratual desencadeado pela ERGA OSE AE (empresa pública pertencente ao organismo helénico de caminhos de ferro), destinado a adjudicar a realização de um estudo respeitante a projetos imobiliários e eletromecânicos no quadro da construção de uma estação ferroviária. Logo, uma entidade adjudicante operando num dos setores especiais, o dos transportes. O contrato tinha um valor estimado (€ 3.420.000), que atingia o limiar aplicável. A disposição do anúncio seria contrária aos números 1 e 2, do artigo 31, da diretiva 93/38/CEE, na medida em que previa uma situação adicional de exclusão. Ora essas disposições visavam a disciplina dos concursos limitados, e o caso do processo principal era um concurso público. A Comissão não punha em causa o sistema global grego de seleção qualitativa, e a classificação dos gabinetes projetistas em função da sua

experiência. O problema era a limitação de acesso, nos termos descritos na conclusão atrás reproduzida. Não sendo aplicável o referido artigo 31, o Tribunal de Justiça afirmou : ***"45. No presente caso, é certo que resulta da redacção da cláusula contida na secção III, ponto 2.1.3., alínea b), segundo parágrafo, do anúncio de concurso controvertido que visivelmente os candidatos estrangeiros que se manifestaram anteriormente em relação a outros anúncios de concurso lançados pela mesma entidade adjudicante não dispõem, ao contrário dos candidatos nacionais, da possibilidade de invocarem junto da referida entidade todos os seus diplomas ou qualificações profissionais. 46. Em contrapartida, a referida cláusula, tal como permite afirmar que essa entidade recusaria, em princípio, ter em conta diplomas ou elementos de qualificação profissional emitidos por outro Estado-Membro".*** *Com esta última afirmação, o Tribunal de Justiça considerou improcedente um dos pontos arguidos pela Comissão, que tinha a ver com a violação de regras de reconhecimento mútuo dos títulos de qualificação formal. Mas considerou uma violação efetiva de normas da diretiva 93/38/CEE, o que constava do anúncio, com o seguinte texto :* ***"2.1.3. Capacidade técnica : (...) Não serão aceites gabinetes de estudo/projectistas estrangeiros que tenham manifestado interesse no concurso para o estudo nos seis meses anteriores à data da sua manifestação de interesse no presente concurso e que tenham declarado habilitações equivalentes às categorias certificadas diferentes das agora exigidas".*** *A sensação que fica é que o Tribunal de Justiça valorizou a real distinção de tratamento entre nacionais e estrangeiros, mas não fez o mesmo quanto à limitação constante da parte final do texto da cláusula em questão. E desconsiderou a posição do Governo da República Helénica (nº 36, do acórdão), que apontou que sempre poderiam os interessados buscar esclarecimento do sentido real da limitação da discriminação, demonstrando que possuíam as habilitações requeridas.*

Processo C-213/07 (Michaniki)
Acórdão de 16 de dezembro de 2008

Coletânea, 2008, página I-9999
ECLI:EU:C:2008:731

"1) O artigo 24º, primeiro parágrafo, da Directiva 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 Directiva 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, deve ser interpretado no sentido de que enumera de forma exaustiva as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade a qualidade profissional susceptíveis de justificar a exclusão de um empreiteiro da participação num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas. Contudo, essa directiva não impede que um Estado-Membro preveja outras medidas de exclusão com o fim de garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que for necessário para alcançar esse objetivo.

2) O direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objetivos legítimos da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, institui uma presunção inilidível de incompatibilidade entre a qualidade de proprietário, sócio, acionista importante ou quadro dirigente de uma empresa que exerce uma actividade no sector da comunicação social e de proprietário, sócio, accionista importante ou quadro dirigente de uma empresa à qual o Estado ou outra pessoa colectiva do sector público em sentido lato atribuam a execução de empreitadas de obras, de fornecimentos ou de serviços."

COMENTÁRIO :

Como a jurisprudência veio a destacar posteriormente, esta decisão marcou muito a definição da matéria da seleção qualitativa. O processo principal, decorrido na Grécia, opôs a sociedade Michaniki ao Conselho Nacional da Radiotelevisão (ESR) e ao Ministro de Estado, a respeito da decisão da ESR de emitir a favor da empresa Pantechniki um certificado comprovativo da inexistência de incompatibilidades no âmbito de um processo de adjudicação de uma empreitada de obra pública. O concurso público fora

desencadeado pela Erga OS, sociedade de direito grego, por sua decisão de 22 de maio de 2002, para a realização de obras de terraplanagem e de obras técnicas de infraestrutura da nova linha ferroviária de duas vias de alta velocidade entre Corinto e Kiato, com o valor estimado de € 51.700.000. Participaram no concurso a Michaniki e a Sarantopoulos, a quem foi adjudicado o contrato, tendo sido esta última absorvida, depois, pela Pantechniki. Antes da celebração do contrato, a Erga OSE notificou a ESR dos dados relativos à identidade dos accionistas importantes, dos membros do conselho de administração e de direção da Pantechniki, para obter o certificado de não existência de incompatibilidades. O certificado foi emitido a 30 de outubro de 2002. O que significava que estava fora da citada incompatibilidade um indivíduo (K.Satantopoulos) que era parente de outro indíviduo (G.Sarantopoulos) que tinha duas participações em sociedade gregas com atividade na comunicação social. A Michaniki impugnou a emissão de tal certificado, e desse processo nasceu o reenvio prejudicial. O Tribunal de Justiça considerou : ***"42. À semelhança do Conselho da União Europeia, há que salientar (...) que o critério do legislador comunitário consistiu em apenas instituir causas de exclusão baseadas no apuramento objectivo de factos ou comportamentos próprios do empreiteiro em causa, susceptíveis de pôr em causa a honorabilidade profissional ou a sua aptidão económica e financeira para levar a cabo as obras abrangidas pelo contrato público a cuja adjudicação se candidata. 43. Nestas condições, o artigo 24º, primeiro parágrafo, da Directiva 93/37 deve ser interpretado no sentido de que enumera de forma taxativa as causas susceptíveis de justificar a exclusão de um empreiteiro da participação num processo de adjudicação por razões relativas às suas qualidades profissionais e baseada em elementos objetivos. Por conseguinte, esse preceito obsta a que os Estados-Membros ou as entidades adjudicantes completem a lista nela contida com outras causas de exclusão, baseadas em critérios relativos à qualidade profissional (v., por analogia, acórdão La Cascina e o. já referido, nº 22)".*** *Mas o respeito pela lista taxativa em matéria de honorabilidade ou qualidade e habilitação profissionais não impede aquilo que o Tribunal de Justiça apelida de* ***"normas substantivas destinadas a garantir, nomeadamente, o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento"*** *(nº 44, do acórdão). Continuando :* ***47. Daqui resulta que um Estado-Membro pode prever, além das causas de exclusão baseadas em considerações objetivas sobre a qualidade profissional, taxativamente enumeradas no artigo 24º, primeiro parágrafo, da Directiva 93/37, medidas de exclusão destinadas a***

garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento de todos os concorrentes e da transparência no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos". *Com proporcionalidade e sem que tais medidas provoquem discriminação entre os interessados. Quanto à legislação grega acerca das incompatibilidades com atividade no setor da comunicação social, o Tribunal de Justiça não aceita uma norma cega, sem que seja dada a possibilidade aos interessados de demonstrar que não se encontram na situação visada.*

Processo C-538/07 (Assitur)
Acórdão de 19 de maio de 2009

Coletânea, 2009, página I-4219
ECLI:EU:C:2009:317

"O artigo 29º, primeiro parágrafo, 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, deve ser interpretado no sentido de que não obsta a que um Estado-Membro preveja, além das causas de exclusão que esta disposição comporta, outras causas de exclusão destinadas a garantir o respeito pelos princípios gerais da igualdade de tratamento e da transparência, com a condição de tais medidas não ultrapassem o que é necessário para alcançar este objetivo.
(...)."

COMENTÁRIO

Por anúncio publicado a 30 de setembro de 2003, a Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano abriu um concurso público para adjudicar, ao preço mais baixo, o serviço postal, designadamente a recolha e a distribuição de correio e de documentação diversa, por sua própria conta, bem por conta da empresa Cadcamera, para o triénio 2004 a 2006, com um valor estimado de € 530.000, sem IVA. Foram admitidas a concurso as empresas SDA Express Courier, a Poste Italiane e a Assitur. Esta última requereu que as duas primeiras fossem excluídas, dadas as ligações existentes entre elas. A SDA era a 100% da Attività Mobiliari, a qual, por sua vez, era a 100% da Poste Italiane. O pedido de exclusão não foi aceite, e o contrato adjudicado à DAS, a 2 de dezembro de 2003. O Tribunal abordou a matéria da exclusão da seguinte forma : ***"20. O Tribunal de Justiça sublinhou, no que respeito ao artigo 24º, primeiro parágrafo, da Directiva 93/37, que reproduz as mesma causas de exclusão que figuram no artigo 29º, primeiro parágrafo, da Directiva 92/50, que a vontade do legislador comunitário foi de apenas estabelecer nessa disposição causas de exclusão que se referem unicamente às qualidades profissionais dos interessados. Na medida em que reproduz essas causas de exclusão, esta enumeração foi considerada taxativa pelo Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Michaniki, C-213/07), ainda não publicado na Colectânea, nºs 42 e 43, assim como a jurisprudência aí referida. 21. O Tribunal de Justiça acrescentou que esta enumeração taxativa não exclui, porém, a faculdade de os***

Estados-Membros manterem ou estabelecerem, além destas causas de exclusão, regras materiais destinadas, designadamente, a garantir, em matéria de contratos públicos, o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento de todos os proponentes e da transparência, que constituem a base das directivas comunitárias relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos, mas com a condição de que o princípio da proporcionalidade seja observado". *Logo, uma decisão com uma importante interpretação das normas em causa, da diretiva 92/50/CEE, sobre a não taxatividade das condições de exclusão (nos termos exatos em que o Tribunal de Justiça apontou), a qual deve ser cotejada com o teor das normas dessa diretiva. Coisa diferente foi a análise das normas italianas, sobre o tópico que seria decidida na segunda conclusão. Porque, mesmo com esta pronúncia, censurou também qualquer solução de exclusão automática de interessados, como a que estava numa legislação italiana de 1994 pelo simples facto de estarem numa situação de domínio entre si. O comentário à conclusão que integra o segundo parágrafo consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico)*

Processo C-74/09 (Bâtiments et Ponts)
Acórdão de 15 de julho de 2010

Coletânea, 2010, página I-7271
ECLI:EU:C:2010:431

"1) O direito da União deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que impõe ao empreiteiro sedeado noutro Estado-Membro a obrigação, para efeitos da adjudicação de um contrato público no Estado-Membro da entidade adjudicante, de estar inscrito, neste último Estado-Membro, num registo relativo à inexistência das causas de exclusão enumeradas no artigo 24º, primeiro parágrafo, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, desde que essa obrigação não entrave nem retarde a participação do empreiteiro no procedimento de adjudicação em causa, nem gere custos administrativos excessivos, e tenha unicamente por objecto a verificação das qualidades profissionais do interessado, na acepção dessa disposição.

2) O direito da União deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional por força da qual a verificação dos certificados emitidos a um empreiteiro de outro Estado-Membro pelas autoridades fiscais e de segurança social deste último Estado-Membro é confiada a uma instância diferente da entidade adjudicante, quando :

- essa instância é composta maioritariamente por pessoas nomeadas pela organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores do sector da construção na província em que decorre a adjudicação do contrato público em causa ; e
- esse poder abrange a fiscalização substantiva da validade dos referidos certificados."

COMENTÁRIO :

Esta importante, e especialmente interessante, decisão resultou de um litígio entre a Bâtiments et Ponts, sociedade de direito belga, e a WIS, sociedade de direito alemão à Berlaymont 2000, entidade adjudicante belga. Em 1994 a Berlaymont abriu um concurso público para proceder à adjudicação das obras de remodelação do edifício da Comissão Europeia, sito num terreno de propriedade do Estado belga. A 16 de fevereiro de 1995, a Berlaymont 2000 publicou um aviso de retificação, de onde constava a

menção à necessidade de os interessados estarem de posse de um certificado, emitido de acordo com o Decreto Real de 3 de outubro de 1978, certificado esse que atestava o cumprimento das suas obrigações em matéria de segurança social, impostos e IVA, e que só podia ser obtido caso os interessados constassem de um registo próprio. Para participarem no concurso, a Bâtiments et Ponts e a WIG constituíram um consórcio que apresentou proposta para a realização da obra. A WIG não apresentou o certificado atrás citado, e a a 20 de junho de 2005, a Berlaymont adjudicou o contrato a outro concorrente. Foi feita impugnação desta decisão, mas o Conseil d'État considerou que, à data da apresentação das propostas, o consórcio não estava em condições de participar no procedimento. Em primeiro lugar, colocava-se a questão de saber se as declarações de inexistência de dívidas fiscais e à segurança social podiam ser, na realidade, duas : uma relativa à atividade no Estado-Membro de estabelecimento e outra quanto a situação similar no Estado-Membro onde decorre o procedimento, e a obra será executada. A fundamentação foi : ***41. (...) é concebível que o empreiteiro em questão possa ter tido, no Estado-Membro da entidade adjudicante, uma actividade económica susceptível de gerar dívidas fiscais e de segurança social nesses Estado-Membro. Essas dívidas podem resultar não só de actividades económicas exercidas durante a execução de contratos públicos, mas também de actividades exercidas fora desse âmbito. Ademais, mesmo que não tenha sido exercida nenhuma actividade económica por esse empreiteiro no Estado-Membro da entidade adjudicante, é legítimo que as autoridades desse Estado-Membro queiram estar em condições de se assegurar disso. 42. Consequentemente, não se pode considerar que uma legislação nacional seja contrária às regras da União, apenas porque prevê a obrigação de registo para efeitos dessa fiscalização também para os empreiteiros sedeados noutro Estado-Membro diferente daquele em que decorre a adjudicação do contrato em causa".*** *Logo, o Tribunal aceitava o princípio de que as declarações de inexistência de dívidas poderiam cobrir quer a situação no Estado-Membro de estabelecimento, quer a situação no Estado-Membro onde decorra o procedimento e seja o contrato executado. Depois, o Tribunal reitera que as condições enunciadas no artigo 24, primeiro parágrafo, da diretiva 93/37/CEE, o Tribunal considera que a obrigação do registo, para ser obtido o certificado em causa, não poderia ser tida como um requisito adicional, mas um mero instrumento para comprovar algo que já era pedido. Mas o Tribunal limita toda esta operação a uma simples verificação, e, por isso, terá de conter-se, quanto ao que constava da primeira questão do reenvio,*

ao que já era exigido pelo primeiro parágrafo do artigo 24, da diretiva 93/37/CEE. Mas existia outro tema, colocado pelo tribunal nacional, e que era atinente a quem efetuava essa verificação, se ela não fosse feita pela própria entidade adjudicante. Aqui, a censura do Tribunal é tão clara como a pronúncia favorável à questão anterior : ***"58. Importa ainda averiguar se a composição e competências da instância à qual, por força da legislação nacional em causa no processo principal, é confiada essa verificação são conciliáveis com o objectivo de garantir a observância do direito da União em matéria de contratos públicos. 59. Quanto a este aspecto, resulta, por um lado, dos autos que, de acordo com essa legislação, as instâncias competentes em matéria de registo, denominadas 'comissões de registo', são constituídas ao nível das províncias e têm uma composição tripartida. Nos termos do artigo 16º do Decreto Real de 1978, são compostas por três funcionários nomeados pelas autoridades públicas, um dos quais assume a presidência, e por seis pessoas nomeadas paritariamente sob proposta das organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores do sector da construção na província em causa. 60. Verifica-se que esta instância é composta maioritariamente por pessoas que representam interesses privados e que nenhum elemento dos autos indica que a participação dessas pessoas na referida instância tenha carácter puramente consultivo. 61. Em face da sua composição, não se pode considerar que esta instância seja imparcial e neutra. (...)".***

Processo C-368/10 (Comissão *versus* Países Baixos)
Acórdão de 10 de maio de 2012

ECLI:EU:C:2012:284

"1) Em razão do facto de, no quadro da adjudicação de um contrato público para o fornecimento e gestão de máquinas de café, que foi objeto de um anúncio publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 16 de agosto de 2008, a província de Noord-Holland :

- (...) ;
- (...) ;
- ter estabelecido um nível mínimo de capacidade técnica não autorizado pelos artigos 44º, nº 2, e 48º, da mesma diretiva (*2004/18/CE, nota nossa*), ao impor, a título das exigências de aptidão e dos níveis mínimos de capacidade estabelecidos no caderno de encargos aplicável no quadro do referido concurso, a condição de que os proponentes respeitassem 'os critérios de sustentabilidade das aquisições e da responsabilidade social das empresas' e indicassem como é que respeitam esses critérios e 'contribu(em)para tornar o mercado do café mais sustentável e para tornar a produção de café ecológica, social e economicamente responsável' ;
- (...),

o Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas disposições.

2) A ação deve ser julgada improcedente quanto ao restante.

3) O Reino dos Países Baixos é condenado nas despesas."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O comentário ao primeiro parágrafo, da conclusão inicial, consta do capítulo 19 (liberdade de circulação de mercadorias), ao segundo parágrafo, do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo) e ao quarto parágrafo, do capítulo 5 (princípios gerais).

Processo C-218/11 (Hochtief II)
Acórdão de 18 de outubro de 2012
ECLI:EU:C:2012:643

"1) Os artigos 44º, nº 2, e 47º, nº 1, alínea b), 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 uma autoridade adjudicante está autorizada a exigir um nível mínimo de capacidade económica e financeira com referência a um ou vários elementos específicos do balanço, desde que estes sejam objetivamente adequados a dar informação sobre esta capacidade por parte de um operador económico e que este nível esteja ajustado à importância do contrato em questão, no sentido de que constitui objetivamente um indício positivo da existência de uma base económica e financeira bastante para levar a bom termo a execução deste contrato, sem todavia, ir além do que é razoavelmente necessário para esse fim. O requisito de um nível mínimo de capacidade económica e financeira não pode, em princípio, ser afastado unicamente pelo motivo de este nível dever ser justificado com referência a um elemento do balanço a respeito do qual podem existir divergências entre as legislações dos vários Estados-Membros.

2) O artigo 47º da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que, quando um operador económico se encontra na impossibilidade de satisfazer um nível mínimo de capacidade económica e financeira, que consiste em que o resultado constante do balanço dos candidatos ou proponentes não tenha sido negativo em mais do que um exercício dentro dos últimos três últimos exercícios encerrados, devido a uma convenção por força da qual este operador económico transfere sistematicamente os seus lucros para a sua sociedade-mãe, a este não resta outra possibilidade, para satisfazer o nível mínimo de capacidade, senão recorrer às capacidades de outra entidade, em conformidade com o nº 2 do referido artigo. A este respeito, é irrelevante que as legislações do Estado-Membro de estabelecimento do referido operador económico e do Estado-Membro do estabelecimento da entidade adjudicante divirjam no sentido de que tal convenção é autorizada sem limitações pela legislação do primeiro Estado-Membro ao

passo que, de acordo com a legislação do segundo, só o é na condição de a transferência não ter por efeito tornar negativo o resultado constante do balanço."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a sucursal húngara da Hochtief, sociedade de direito alemão, e a Direção de Proteção do Ambiente e das Questões Hidráulicas da Transdanúbia Setentrional, entidade adjudicante húngara, a propósito de um concurso limitado para adjudicação de uma empreitada para a realização de infraestruturas de transporte. Concurso esse aberto a 25 de julho de 2006. No que dizia respeito à capacidade económica e financeira dos candidatos, a entidade adjudicante exigiu a apresentação de um documento uniforme, elaborado de acordo com as normas contabilísticas, e fixou um nível mínimo que consistia no facto de o resultado constante do balanço não ser negativo em mais do que um exercício dentro dos três últimos exercícios encerrados. A Hochtief Hungria contestou a licitude do requisito, quer face à lei húngara, quer face à diretiva 2004/18/CE. A pronúncia do Tribunal é de particular interesse : ***"26. Por força do artigo 44º, nº 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18, uma entidade adjudicante está autorizada a exigir um nível mínimo de capacidade económica e financeira nos termos do artigo 47º desta diretiva. Este último artigo prevê no seu nº 1, alínea b), que a entidade adjudicante pode, designadamente, requerer aos candidatos e aos proponentes que provem esta capacidade através da apresentação do balanço. 27. Importa. todavia, constatar que um nível mínimo de capacidade económica e financeira não poderia ser formulado com referência ao balanço, em geral. Daqui se conclui que a faculdade prevista no artigo 44º, nº 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18 só pode ser exercida, no tocante ao referido artigo 47º, nº 1, alínea b), com referência a um ou vários elementos específicos do balanço". 28. Quanto à escolha desses elementos, o artigo 47º da Diretiva 2004/18 confere uma ampla liberdade às entidades adjudicante (...)".*** *Mas teria de ser exercida de modo a estar ligado e ser proporcional ao objeto do contrato. Sucede que as legislações dos Estados-Membros respeitantes às contas anuais das sociedades não estão completamente harmonizadas, pelo que :* ***"30. (...) não é possível excluir que existam divergências entre estas legislações no tocante a um elemento específico do balanço"*** *; e, :* ***"32. Daqui decorre que o requisito de um nível mínimo de capacidade económica e financeira não pode, em princípio, ser afastado unicamente pelo motivo de este nível dever ser justificado***

com referência a um elemento do balanço a respeito do qual podem existir divergências entre as legislações dos vários Estados-Membros". *Depois, quanto à matéria restante do reenvio, o Tribunal declarou, após caraterizar as diferenças entre a lei húngara e a lei alemã, sendo que no contexto desta última (que rege a Hochtief AG, sociedade que detém 100% da Hochtief Hungria), não se limita a possibilidade de a sociedade-mãe decidir que os lucros de uma sua filial lhe serão transferidos, mesmo quando esta transferência tenha por efeito tornar negativo o resultado constante do balanço da filial. Coisa que não ocorre na legislação húngara. Neste contexto, o Tribunal continuou :* ***"37. Afigura-se que, em tal situação, a impossibilidade em que uma filial se encontra de satisfazer um nível mínimo de capacidade económica e financeira fixado com referência a um elemento específico do balanço, decorre, em última análise, não de uma divergência de legislação, mas de uma decisão da sua sociedade-mãe, que obriga esta filial a transferir-lhe sistematicamente a totalidade dos seus lucros. 38. Em tal contexto, a referida filial dispõe unicamente da faculdade prevista no artigo 47º, nº 2, da Diretiva 2004/18, que lhe permite recorrer à capacidade económica e financeira de outra entidades através da apresentação do compromisso desta última de colocar os meios necessários à sua disposição. Impõe-se constatar que esta faculdade é particularmente ajustada a tal contexto, visto que a sociedade-mãe pode assim sanar a impossibilidade na qual colocou a sua filial de satisfazer um nível mínimo de capacidade".***

Processo C-465/11 (Forposta)
Acórdão de 13 de dezembro de 2012
ECLI:EU:C:2012:801

"1) O artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/17/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 obsta a uma regulamentação nacional que prevê a existência de uma falta grave em matéria profissional, conducente à exclusão automática do operador económico em causa do processo de adjudicação de um contrato público em curso, quando, em razão de circunstâncias imputáveis a este mesmo operador económico, a entidade adjudicante tenha revogado ou denunciado um contrato público anterior celebrado com o referido operador, ou o tenha rescindido, se esta revogação, denúncia ou rescisão do contrato tiver ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo em curso e o valor da parte do contrato público anterior não executada ascender a, pelo menos, 5% do valor do contrato.

2) Os princípios e as normas do direito da União em matéria de contratos públicos não justificam que, em razão da salvaguarda do interesse público e dos interesses legítimos das entidades adjudicantes, bem como da manutenção de uma concorrência leal entre operadores económicos, uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, imponha a uma entidade adjudicante que exclua automaticamente de um processo de adjudicação de um contrato público um operador económico numa hipótese como a visada pela resposta à primeira questão prejudicial."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O caso desenvolveu-se na Polónia, num litígio que opôs a empresa Forposta e a ABC Direct Contact à Poczta Polska (empresa pública detida a 100% pelo Estado polaco, e que exerce a sua atividade no setor dos serviços postais) a respeito da decisão desta última de as excluir de um procedimento para adjudicação de um contrato público cujo objeto era a distribuição de encomendas postais nacionais e internacionais, encomendas postais Plus, envios postais entregues contra pagamento e encomendas postais sujeitas a condições especiais. Tal contrato a celebrar atingia o limiar previsto na

diretiva 2004/17/CE. A entidade adjudicante selecionou as propostas das duas empresas referidas. Nada foi apresentado pelos outros interessados em sentido contrário, e convidou-as a celebrar contratos. Porém, na data limite para tal (21 de julho de 2011), a Poczta Polska anulou a adjudicação, invocando problemas legais relativos à condição dessas empresas. Fundou a sua decisão na violação de normas nacionais sobre contratação pública. Duas questões prejudiciais foram colocadas, sendo o resumo da primeira o seguinte, de acordo com o Tribunal de Justiça : ***"22. (...) o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial se o artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que considera existir uma falta grave em matéria profissional, conducente à exclusão automática do operador económico em causa do processo de adjudicação de um contrato público em curso, quando, em razão de circunstâncias imputáveis a esse mesmo operador económico, a entidade adjudicante tenha revogado ou denunciado um contrato público anterior celebrado com o referido operador, ou o tenha rescindido, se esta revogação denúncia ou rescisão do contrato tiver ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo em curso e o valor da parte do contrato público não executada ascender a, pelo menos, 55 do valor total deste contrato".*** *Constatando que, face ao teor da alínea d), primeiro parágrafo, nº 2, do artigo 45, da diretiva 2004/18/CE, permitiriam aos Estados-Membros preencher, na sua legislação, os conceitos de "falta", "grave" e "matéria profissional", com respeito pelas normas gerais. E aqui a pronúncia do Tribunal de Justiça muda de sentido :* ***"34. (...) é a própria regulamentação nacional em causa no processo principal que determina os parâmetros com base nos quais um comportamento anterior de um operador económico impõe à entidade adjudicante em causa a exclusão automática desse operador de um novo processo de adjudicação de um contrato público, sem deixar a esta entidade adjudicante a faculdade de apreciar, caso a caso, a gravidade do comportamento pretensamente culposo do referido operador económico no quadro da execução do contrato anterior"***. *E concluiu que houve excesso do legislador polaco quando aproveitou a margem de apreciação de que efetivamente beneficiava (nº 35, do acórdão). Na mesma direção respondeu à segunda questão prejudicial :* ***"41. (...) os princípios e as normas do direito da União em matéria de contratos públicos não justificam que, em razão da salvaguarda do interesse público e dos interesses legítimos da entidade adjudicante, bem como da manutenção de***

uma concorrência leal entre operadores económicos, uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, imponha a uma entidade adjudicante que exclua automaticamente de um processo de adjudicação de um contrato público um operador económico numa hipótese como visada pela resposta à primeira questão prejudicial". *Uma vez mais, a necessidade de uma apreciação objetiva, e não o estabelecimento de uma regra de exclusão automática. Finalmente, o Governo polaco, na audiência de alegações, havia solicitado a limitação dos efeitos do presente acórdão. Essencialmente, que esta só dispusesse para o futuro, protegendo os efeitos já produzidos, das decisões da entidade adjudicante. Contextualizando a possibilidade de o fazer, em circunstâncias muito especiais (nº 45, do acórdão), o Tribunal não só não aceitou a argumentação substantiva das autoridades polacas, como afirmou que elas não haviam apresentado, no processo, evidência de que ocorreriam repercussões económicas graves para a República da Polónia (nº 48, do acórdão). Relevante, ainda, o modo como o Tribunal de Justiça aplicou normas das diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (especialmente, número 24, do acórdão), tendo em conta que a entidade adjudicante opera num dos setores especiais (serviços postais).*

Processo C-94/12 (Swm Costruzioni)
Acórdão de 10 de outubro de 2013
ECLI:EU:C:2013:646

"Os artigos 47º, nº 2, e 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 de contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, lidos em conjugação com o artigo 44º, nº 2, desta diretiva, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que proíbe, regra geral, os operadores económicos que participam num processo de adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas de recorrerem, para a mesma categoria de qualificação, às capacidades de várias empresas."

COMENTÁRIO :

E mais um processo emergente da realidade italiana, o litígio no processo principal, opôs o agrupamento temporário de empresas composto pela Swm e pela Mannochi à Provincia de Fermo, a propósito da decisão desta última de excluir o agrupamento de um processo de adjudicação de uma empreitada cujo objeto era o da construção de uma estrada. No contexto desse procedimento era exigido aos concorrentes que fizessem a prova das suas capacidades técnicas e profissionais através da apresentação de um certificado SOA correspondente à natureza e ao valor das obras. O agrupamento participou no referido processo por intermédio da Swm, mas para respeitar a exigência relativa à classe de certificação SOA exigida, apresentou os certificados SOA de duas empresas terceiras. O Tribunal de Justiça respondeu considerando que as normas da diretiva 2004/18/CE permitiam às entidades adjudicantes a comprovação das capacidades dos interessados com recurso a outras empresas. Concretamente, ***"32. (...) o Tribunal de Justiça referiu-se expressamente à faculdade de um operador económico utilizar, com vista à execução de um contrato, meios pertencentes a uma ou a várias outras entidades, eventualmente para além dos seus próprios meios (v., neste sentido, acórdãos de 2 de dezembro de 1999, Holst Italia, C-176/98, Colect. P. I-8607, nºs 26 e 27, e de 18 de março de 2004, ARGE TeleKom, C-314/01, Colect. P. I-2549, nº 43). 33. Há, assim, que considerar que a Diretiva 2004/18 permite acumular capacidades de vários operadores económicos para satisfazer as exigências mínimas de***

capacidade fixadas pela entidade adjudicante, desde que seja feita prova junto desta última de que o candidato ou o proponente que recorre às capacidades de uma ou de várias outras entidades disporá efetivamente dos meios destas últimas, que são necessários para a execução do contrato". *O Tribunal, sem prejuízo de aceitar que, em casos específicos, ligados ao objeto do contrato, se possa exigir que um interessado, ele próprio, tenha as certificações necessárias, opôs-se a que tal seja estabelecido por uma norma geral. Ver, sobre este tema, o capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico).*

Processo C-327/12 (SOA)
Acórdão de 12 de dezembro de 2013

O comentário a este acórdão consta do capítulo 17 (liberdade de estabelecimento). Está aqui colocada a chamada porque se trata de decidir sobre o estatuto e funcionamento das entidades privadas que, em Itália, certificam a capacidade dos empreiteiros (algo indispensável à participação em procedimentos pré-contratuais para adjudicação de empreitadas de obra pública, a partir de € 150.000). A exigência da certificação foi considerada uma restrição, nos termos do artigo 49 TFUE, mas justificada e proporcionada aos objetivos legítimos prosseguidos.

Processo C-440/13 (Croce Amica)
Acórdão de 11 de dezembro de 2014

Os comentários a este acórdão constam do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação) e 28 (meios de recurso). Tem relação com a seleção qualitativa dos interessados, porque trata (algo indiretamente) do regime de uma causa de exclusão por pendência de ação criminal.

Processo C-470/13 (Generali)
Acórdão de 18 de dezembro de 2014

O comentário a este acórdão consta do capítulo 6 (contratos cujo valor não atinja os limiares). Incide sobre a exclusão de um operador económico que foi condenado por violação do direito da concorrência, sendo relevante o contributo da jurisprudência para a definição do conceito de "falta profissional grave". O caso foi decidido face às regras sobre as liberdades fundamentais, e não foi produzida qualquer censura à solução legal húngara.

Processo C-549/13 (Bundesdruckerei)
Acórdão de 18 de setembro de 2014
ECLI:EU:C:2014:2235

"Numa situação como a que está em causa do processo principal, em que um proponente pretende executar um contrato público recorrendo exclusivamente a trabalhadores contratados por um subcontratante estabelecido num Estado-Membro diferente do da entidade adjudicante, o artigo 56º TFUE opõe-se à aplicação de uma regulamentação do Estado-Membro dessa entidade adjudicante que obriga esse subcontratante a pagar aos referidos trabalhadores um salário mínimo fixado por essa regulamentação."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Bundesdruckerei GmbH (Imprensa Federal) à cidade de Dortmund, a propósito da obrigação que figura no caderno de encargos relativo a um contrato público de serviços da cidade de Dortmund de garantir aos trabalhadores de subcontratantes de proponentes o pagamento de um salário mínimo previsto na regulamentação do Land da entidade adjudicante, mesmo quando o subcontratante em causa tenha sede noutro Estado-Membro e que as prestações relativas à execução do contrato em causa aí sejam executadas. Em maio de 2003, a cidade de Dortmund abriu um concurso europeu relativo à digitalização de documentos e à conversão de dados para o serviço de urbanismo daquela cidade. O valor estimado ascendia a um valor próximo de € 300.000. Para concorrer, cada proponente tinha de entregar uma declaração pela qual declarava que se comprometia a pagar aos seus trabalhadores um salário horário mínimo de € 8,62, e a exigir aos seus subcontratantes que se comprometessem a cumprir essa disposição. Um dos interessados, a Bundesdrukerei comunicou à entidade adjudicante que pretendia que interviesse na execução do contrato exclusivamente uma empresa com sede na Polónia, subcontratante esse que não estava em condições de cumprir a disposição controversa, que, aliás, considerava contrária ao direito dos contratos públicos. E pediu que a mesma regra não se lhe aplicasse. A cidade de Dortmund respondeu que não estava em condições de aceitar esse pedido, dada a regulamentação laboral em vigor no seu Land. Daqui nasceu o processo judicial de onde resultou a questão prejudicial. No qual foi chamada a atenção para a decisão do Tribunal de Justiça no processo C-465/11 (Forposta). Apreciando a matéria de fundo, o Tribunal começou por esclarecer qual a legislação aplicável : ***"24. Quanto ao alcance da questão prejudicial, importa constatar que, ao***

contrário da situação em causa noutros processos, como as que deram origem ao acórdão Rueffert (EU:C:2008:189), a Diretiva 96/71 não é aplicável ao litígio no processo principal. 25. Com efeito, é pacífico que o proponente que interpôs recurso no processo principal não pretende executar o contrato público no território alemão através do destacamento de trabalhadores do seu subcontratante, uma filial a 100% com sede na Polónia. 26. Pelo contrário, nos próprios termos da questão prejudicial, esta diz respeito a uma situação na qual 'o subcontratante tem a sua sede noutro Estado-Membro da UE (diferente da Alemanha) e os seus trabalhadores, para executarem as prestações objeto do contrato, trabalham exclusivamente no país de origem do subcontratante"'. *Como sucedeu no caso Forposta, o Tribunal chamou a atenção de que ,se a medida era para proteção dos trabalhadores, não se compreenderia que só abrangesse a execução de contratos públicos. Logo, não se poderia justificar com tal proteção. Mais ainda, não podia a medida em causa ser justificada pelo objetivo de estabilidade dos regimes de segurança social, porque, em caso de necessidade dos trabalhadores envolvidos na execução do contrato, tivessem que solicitar apoios por parte da segurança social, seria na Polónia, e não da Alemanha. Assim sumaria o Tribunal de Justiça os seus fundamentos da decisão :* ***"34. (...) essa regulamentação, ao impor, nessa situação, um salário mínimo fixo que corresponde ao exigido para assegurar uma remuneração conveniente aos trabalhadores do Estado-Membro da entidade adjudicante à luz do custo de vida existente nesse Estado-Membro, mas que não tem relação com o custo de vida prevalecente no Estado-Membro no qual serão efetuadas as prestações relativas ao contrato público em causa, impedindo, assim, os subcontratantes estabelecidos neste último Estado-Membro de retirar uma vantagem competitiva das diferenças existentes entre os salários respetivos, excede o necessário para assegurar que seja alcançado o objetivo da proteção dos trabalhadores.".*** *Apesar de estarem em litígios duas entidades públicas alemãs, este processo nada tem a ver com os sistemas de contratação interna, agindo uma delas como concorrente, e outra como entidade adjudicante.*

Processo C-552/13 (Grupo Hospitalario Quirón)
Acórdão de 22 de outubro de 2015

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). É feita aqui uma chamada de atenção porque se trata da apreciação da licitude de uma especificação técnica, cuja infração provocaria uma exclusão automática da proposta.

Processo C-601/13 (Ambisig I)
Acórdão de 26 de março de 2015
ECLI:EU:C:2015:204

"Para a celebração de um contrato de prestação de serviços de caráter intelectual, de formação e consultoria, o artigo 53º, nº 1, alínea a), 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, não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros."

COMENTÁRIO :

O processo principal opôs a Ambisig-Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA, à Nersant-Associação Empresarial da Região de Santarém, a propósito de um procedimento para adjudicação de um contrato público de serviços de formação e consultadoria para a execução de um projeto denominado "Move PME". O contrato foi adjudicado a uma empresa concorrente. O tema fundamental em disputa residia em que factor integrante do critério da proposta economicamente mais vantajosa era do seguinte texto : ***"Avaliação da equipa-40% i) Este factor será obtido tendo em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e a análise curricular"****, que a Ambisig considerava contrário ao disposto no nº 1, do artigo 75, do Código dos Contratos Públicos. O que o Tribunal de Justiça apreciou foi se o disposto nas regras deste procedimento era compatível com o disposto no nº 1, do artigo 53, da diretiva 2004/18/CE. Ou seja, o Tribunal não aprofundou a relação entre as qualidades do proponente versus qualidade da proposta, por entender que isso nem sequer era necessário, para responder à questão prejudicial. Assim, depois de caraterizar o modelo de definição do critério de adjudicação, conclui cristalinamente :* ***"33. Quando um contrato desse tipo deva ser executado por uma equipa, a competência e a experiência dos seus membros são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa. Essa qualidade pode ser uma caraterística intrínseca da proposta e estar ligada ao objeto do contrato, na aceção do artigo 53º, nº 1, alínea a), da Diretiva 2004/18".*** *Sem quaisquer ambiguidades. Este acórdão provocou alguma excitação em Portugal, mas*

sem qualquer justificação. Com efeito, o modelo de apreciação separada do interessado em relação à sua proposta existe na legislação europeia desde que o artigo 20, da diretiva 71/305/CEE desenhou o iter valorativo que termina com a adjudicação. Importante para o conjunto desse modelo é, sim, o acórdão dado no processo C-315/01 (GAT), a 19 de junho de 2003.

Processo C-115/14 (Regiopost)
Acórdão de 17 de novembro de 2015
ECLI:EU:C:2015:760

"1) O artigo 26º 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, conforme alterada pelo Regulamento (CE) nº 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de uma entidade regional de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que impõe aos proponentes e seus subcontratantes que se obriguem, por meio de uma declaração escrita que deve ser junta à proposta, a pagar ao pessoal contratado para executar as prestações objeto do contrato público em causa um salário mínimo fixado por essa legislação.

2) O artigo 26º da Diretiva 2004/18, conforme alterada pelo Regulamento nº 1521/2011, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação de uma entidade regional de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que prevê excluir da participação num processo de adjudicação de um contrato público, os proponentes e seus subcontratantes que recusem obrigar-se, por meio de uma declaração escrita que deve ser junta à sua proposta, a pagar ao pessoal contratado para executar as prestações objeto do contrato público em causa um salário mínimo fixado nessa legislação."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Regiopost GmbH & Co KG e a cidade de Landau, na Alemanha, a propósito da obrigação de os proponentes e seus subcontratantes, no âmbito da adjudicação de um contrato público de serviços postais dessa cidade, se obrigarem a pagar um salário mínimo ao pessoal que execute as prestações objeto desse contrato público, cumprindo disposições da LTTG (Lei do Land da Renânia-Palatinado sobre a garantia da observância das convenções coletivas e do salário mínimo nas adjudicações de contratos públicos, de 1 de dezembro de 2010). Essa lei continha um valor mínimo hora, que entretanto fora atualizado de € 8,50 para € 8,70, em 2012. As prestações do contrato a celebrar residiam na recolha e entrega de cartas ee encomendas, para um período de dois anos, podendo a entidade adjudicante

prorrogá-lo por duas vezes, no máximo, pelo período de um ano de cada vez. O contrato era apelidado de contrato-quadro. O artigo 26 da diretiva 2004/18/CE tinha o seguinte texto, sob a epígrafe "condições de execução do contrato" : ***"As entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos de execução de um contrato podem, designadamente, visar considerações de índole social e ambiental".*** *Segundo o acórdão :* ***"21. À data dos factos no processo principal, não havia nenhuma convenção coletiva que fixasse um salário mínimo e que vinculasse as empresas do setor dos serviços postais nos termos da AEntG*** (lei alemã sobre destacamento de trabalhadores, nota nossa). ***Nessa mesma data, as empresas também não estavam sujeitas à obrigação de pagamento de um salário mínimo instituído pela Lei de 11 de agosto de 2014 sobre a regulamentação de um salário mínimo em geral".*** *A entidade adjudicante exigiu à RegioPost a apresentação das citadas declarações, e não as tendo recebido, excluiu-a do procedimento. O órgão jurisdicional de reenvio colocou as suas questões, baseando-se, também, no disposto na diretiva 96/71/CEE, sobre o destacamento transnacional de trabalhadores, no âmbito da União. O Tribunal de Justiça começou por salientar que o dever de transparência fora cumprido, porquanto as regras controvertidas foram expressas nos documentos pré-contratuais. Apreciando a temática na perspetiva do eventual destacamento de trabalhadores, o Tribunal de Justiça abordou-a face ao disposto no nº 2, do artigo 3º, da diretiva 96/71/CEE. Trata-se de matéria que gera uma perceção de potenciais contradições de jurisprudência, conforme o ângulo pelo qual se aprecia o tema controvertido.*

Processo C-203/14 (Maresme)
Acórdão de 6 de outubro de 2015

ECLI:EU:C:2015:664

"1. (...).

2) O artigo 52º da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que, embora contenha certas exigências relativamente à determinação dos requisitos para a inscrição dos operadores económicos nas listas oficiais nacionais e para a certificação, não define de forma exaustiva os requisitos para a inscrição desses operadores económicos nas listas oficiais nacionais ou os requisitos para a sua admissão e certificação, nem os direitos e os deveres das entidades públicas a este respeito. Em qualquer caso, a Diretiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional nos termos da qual, por um lado, as administrações públicas nacionais autorizadas a fazer as obras, fornece os produtos ou prestar os serviços visados pelo anúncio de concurso em causa não podem ser inscritas nessas listas ou não podem beneficiar dessa certificação, quando, por outro lado, o direito de participar no concurso público em causa é reservado apenas aos operadores que figurem nas referidas listas ou têm a referida certificação."

COMENTÁRIO :

Num caso ocorrido em Espanha, uma entidade pública foi excluída de um procedimento de adjudicação, por não apresentar um certificado, que lhe foi recusado por ser uma entidade pública, o Tribunal respondeu assim : ***"40 (...), uma legislação que recusa a inscrição nas listas ou a certificação em causa às administrações públicas autorizadas, enquanto operadores económicos, a fazer as obras, fornecer os produtos ou prestar serviços referidos no anúncio de concurso em causa, reservando o direito de participar num concurso público aos outros operadores económicos que estão inscritos nessas listas ou que beneficiam dessa certificação, priva o direito de tais entidades públicas participarem nesses concurso de qualquer efeito útil e não pode, portanto, ser considerada conforme ao direito da União".*** *O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico), onde é afirmado, correspondendo a jurisprudência constante, que uma entidade pública adjudicante também pode agir como operador económico.*

Processo C-234/14 (Ostas celtnieks)
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). Estava em causa um requisito da lei letã quanto à invocação dos recursos de outras entidades para prova de capacidade. Requisito esse que obrigava a que existisse um vínculo expresso entre o proponente e esse interessado, por meio de um contrato, ou mesmo da constituição de uma nova pessoa jurídica. Foi considerado contrário à diretiva 2004/18/CE.

Processo C-324/14 (Partner Apelski)
Acórdão de 7 de abril de 2016

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública), 5 (princípios gerais) e 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico). Nele se discutiu um caso de recurso a capacidades de entidades terceiras, por parte de um concorrente. A decisão é especialmente relevante porque nele também se debateram os casos em que se possam admitir restrições ao princípio atrás enunciado.

Processo C-387/14 (Esaprojekt)
Acórdão de 4 de maio de 2017
ECLI:EU:C:2017:338

"1) O artigo 51º, 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, lido em conjugação com o artigo 2º dessa diretiva, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, depois de expirado o prazo concedido para a apresentação de candidaturas num concurso público, um operador económico transmita à entidade adjudicante, para provar que preenche as condições de participação num procedimento de contratação pública, documentos que não constavam da sua proposta inicial, como um contrato executado por uma entidade terceira, bem como o compromisso desta última em colocar à disposição deste operador capacidades e recursos necessários à execução do contrato em causa.

2) O artigo 44º da Diretiva 2004/18, lido em conjugação com o artigo 48, nº 2, alínea a), desta diretiva e com o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos que figura no artigo 2º desta, deve ser interpretado no sentido de que não permite a um operador económico invocar as capacidades de outra entidade, na aceção do artigo 48º, nº 3, da referida diretiva, através da adição do conhecimento e da experiência de duas entidades que, consideradas individualmente, não dispõem das capacidades exigidas para a execução de um determinado contrato, no caso de a entidade adjudicante considerar que o contrato em causa é indivisível e que tal exclusão da possibilidade dde recorrer às experiências de vários operadores económicos tenha uma ligação com e seja proporcional ao objeto do contrato em causa, o qual deve ser realizado por um único operador.

3) O artigo 44º da Diretiva 2004/18, lido em conjugação com o artigo 48º, nº 2, alínea a), desta diretiva e com o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos que figura no artigo 2º desta, deve ser interpretado no sentido de que não permite a um operador económico, que participa individualmente num procedimento de adjudicação de um contrato público, recorrer à experiência de um agrupamento de empresas, de que fez parte no

âmbito de outro contrato público, se não tiver participado de forme efetiva e concreta na realização deste último.

4) O artigo 45º, nº 2, alínea g), da Diretiva 2004/18, que permite que um operador económico seja excluído de participar num concurso público se for responsabilizado pelo facto de com 'culpa grave' ter prestado declarações falsas ao fornecer as informações pedidas pela entidade adjudicante, deve ser interpretado no sentido de que pode ser aplicado quando o operador em causa tenha sido responsável por uma negligência que reveste uma certa gravidade, a saber, uma negligência suscetível de ter um impacto determinante nas decisões de exclusão, de seleção ou de adjudicação de um contrato público, independentemente da constatação de uma falta intencional por parte desse operador.

5) O artigo 44º da Diretiva 2004/18, lido em conjugação com o artigo 48º, nº 2, alínea a), desta diretiva e com o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos que figura no artigo 2º desta, deve ser interpretado no sentido de que permite que um operador económico alegue a sua experiência invocando simultaneamente dois ou vários contratos como constituindo um único concurso, desde que a entidade adjudicante não tenha excluído tal possibilidade devido a exigências que estejam ligadas com e sejam proporcionais ao objeto e às finalidades do concurso público em causa."

COMENTÁRIO :

Neste processo são abordados diversos temas relacionados com a seleção qualitativa, alguns dos quais já tinham merecido a pronúncia do Tribunal de Justiça. O litígio no processo principal opunha a empresa Esaprojek à Provincia de Lodz, na Polónia, a propósito da adjudicação de um contrato público que tinha por objeto a modernização de sistemas informáticos existentes e a implementação de novos sistemas em estabelecimentos de saúde, ao abrigo do projeto de serviços do sistema de informações médicas regional. O anúncio foi publicado no JOUE a 29 de novembro de 2013. O concurso era aberto e dividido em vários lotes, sendo que a divergência se estabeleceu, em especial, quanto ao lote 3. O Tribunal descreveu a divergência do seguinte modo ***"18. Conforme previsto no ponto 6.1. do caderno de encargos, para justificar a sua experiência, cada candidato proponente que apresentasse uma proposta para o lote nº 3 devia nomeadamente ter executado pelo menos dois contratos que incluíssem, para cada um deles, um fornecimento, uma instalação, uma configuração e uma implementação de um sistema***

hospitalar integrado (HIS) nos departamentos branco e cinzento (estas qualificações significavam cinzento para os departamentos administrativos e branco para os médicos, nota nossa) ***para um estabelecimento de saúde com um mínimo de 200 camas, com um valor não inferior a 450.000 zlótis polacos (PLN) (cerca de € 101.676,08) estando incluído neste montante o imposto sobre o valor acrescentado (IVA). 19. Para este efeito, cabia a cada operador económico apresentar, nomeadamente, um inventário dos principais fornecimentos prestados no decurso dos três anos que antecederam o prazo para a apresentação da proposta ou, se fosse caso disso, no decurso de uma atividade com uma atividade inferior, precisando o objeto, o valor, a data de execução e as entidades por conta das quais esses fornecimentos fossem prestados e anexando os documentos justificativos que comprovassem a sua regular execução".*** *Um concorrente entregou os elementos solicitados, a empresa Konsultant Komputer, e mereceu a seleção para a adjudicação para o lote nº 3. A Esaproekt impugnou essa decisão, contestando a qualidade da informação constante dos documentos entregues pela Konsultant. No decurso do processo de impugnação, a Konsultant confirmou que as prestações relativas a um hospital o tinham sido não no âmbito de um contrato, mas de dois, sendo cada um deles para o setor cinzento e outro para o setor branco, e que algumas das prestações em causa teriam sido executadas por uma entidade terceira, a Medinet Systemy A entidade adjudicante foi solicitando ao adjudicatário que completasse a sua documentação. O Tribunal começou por responder :* ***"41. No presente caso, a Konsultant Komputer apresentou à entidade adjudicante, depois de expirado o prazo concedido para a apresentação de candidaturas no concurso público em causa, documentos que não figuravam na sua proposta inicial. Em especial, conforme foi indicado no nº 27 do presente acórdão, este operador mencionou um contrato executado por uma entidade terceira, bem como o compromisso desta última em colocar à disposição do referido operador os meios necessários à execução do contrato em causa no processo principal. 42. Ora, tais precisões, longe de representarem uma simples clarificação pontual ou uma correção de erros materiais manifestos, na aceção da jurisprudência recordada no nº 38 do presente cordão, constituem, na realidade, uma alteração substancial e significativa da proposta inicial que se assemelha mais à apresentação de uma nova proposta".*** *E, -* ***"44. Nestas condições, ao admitir que o operador económico em causa apresente os documentos em questão para completar s sua proposta***

inicial, a entidade adjudicante acaba por favorecer indevidamente esse operador, face aos outros candidatos e viola assim os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação dos operadores económicos, bem como o dever de transparência que deles deriva, e aos quais as entidades adjudicantes estão submetidas nos termos do artigo 2º da Diretiva 2004/18". *Sobre o recurso à capacidade de outras entidades, para comprovar as qualidades pedidas aos interessados, o Tribunal reiterou a aprovação de princípio, constante já de jurisprudência anterior, mas não deixou de reproduzir as limitações a essa possibilidade :* ***"48. (...) como já foi declarado pelo Tribunal de Justiça, as disposições da Diretiva 2004/18 não se opõem a que o exercício do direito consagrado no artigo 47º, nº 2, e no artigo 48º, nº 3, desta diretiva seja limitado em circunstâncias excecionais (acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C.2016:214, nº 39 e jurisprudência já referida. 40. Com efeito, não se pode excluir que alguns dos trabalhos apresentem particularidades que necessitam de uma determinada capacidade que não pode ser obtida através da acumulação das capacidades inferiores de vários operadores. Perante esta hipótese, a entidade adjudicante pode exigir que o nível mínimo da capacidade em causa seja alcançado por um único operador económico ou, eventualmente, pelo recurso a um número limitado de operadores económicos, nos termos do artigo 44º, nº 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18, desde que esta exigência tenha uma ligação com e seja proporcional ao objeto do contrato em causa (...)"***. *Face aos dados deste processo, ou seja, o que foi exigido para participar e como o foi, e a relação de tais exigências com o objeto do futuro contrato, o Tribunal de Justiça considerou que* ***"53. (...) o operador económico em causa não pode recorrer às capacidades de uma entidade terceira para provar que dispõe das capacidades exigidas para executar o contrato público em causa no processo principal".*** *Quanto a um outro, e importante, aspeto, o Tribunal considerou que a experiência de um determinado operador económico, valorizada por reunir as condições de participação num procedimento pré-contratual, não se atinge só por ter integrado um agrupamento de empresas, mas pela participação concreta na execução do contrato (vide número 63, do acórdão e* ***"64. Daqui resulta que um operador económico não pode invocar, a título de experiência exigida pela entidade adjudicante, as prestações efetuadas pelos outros membros de um agrupamento de empresas, em cuja realização não participou de forma efetiva e concreta"***. *Continuando, o Tribunal de Justiça interpretou o conceito de "falta grave",*

constante da alínea g), do nº 2, do artigo 45, da diretiva 2004/18/CE. E concluiu que não era necessário um comportamento intencional, que expressasse uma vontade declarada de comprometer a aplicação da lei (nº 70, do acórdão) - ***"71. (...) para considerar que o candidato proponente atuou com 'culpa grave', a aceção da referida disposição, e para o excluir assim de um concurso público, basta que este tenha sido considerado responsável por uma negligência que revista uma certa gravidade, a saber, uma negligência suscetível de ter uma influência determinante nas decisões de exclusão, de seleção ou de adjudicação de um contrato público".*** *Confirmou também que o conceito de "culpa grave" poderia ser desenvolvido e concretizado, pela lei nacional (nº 74, do acórdão), e conforme o dispositivo da diretiva 2004/18/C poderia conduzir à exclusão (artigo 75, do acórdão). Sobre q questão final, que tinha a ver com a identificação dos termos da utilização dos elementos que expressassem a experiência dos interessados. Trata-se de uma matéria algo marginal, que o Tribunal de Justiça resumiu deste modo ao que estava em causa, tendo em conta o teor das normas dos artigos 44 e 48, da diretiva 2004/18/CE :* ***"79. (...) um operador económico mencione a sua experiência referindo-se simultaneamente a dois ou a vários contratos como constituindo um único concurso, embora entidade adjudicante não tenha previsto expressamente tal possibilidade no anúncio de concurso nem no caderno de encargos"****. O problema, nada comum, resultava de ter sido esse o comportamento de um dos interessados, a Konsultant. O Tribunal de Justiça resolveu esta questão assim :* ***"84. No presente caso, conforme resulta da decisão de reenvio, embora seja certo que a entidade adjudicante não previu explicitamente nos documentos do concurso a possibilidade de o candidato proponente se poder referir a dois ou a vários contratos como constituindo um único concurso, não é menos certo que tal possibilidade também não foi expressamente excluída no anúncio de concurso nem no caderno de encargos. 85. Nestas condições, não se pode a priori excluir qua experiência necessária para a execução do contrato em causa, adquirida pelo operador económico no âmbito não apenas de um contrato mas de dois ou vários contratos diferentes, não possa ser considerada como sendo suficiente pela entidade adjudicante e permita assim que o concurso público em questão seja adjudicado ao referido operador."***

Processo C-406/14 (Wroclaw Miasco)
Acórdão de 14 de julho de 2016
ECLI:EU:C:2016:562

"1) A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, conforme alterada pelo Regulamento (CE) nº 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, deve ser interpretado no sentido de que uma entidade adjudicante não está autorizada a exigir, mediante uma cláusula contida no caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que o futuro adjudicatário desse contrato execute, pelos seus próprios meios, uma determinada percentagem das obras objeto do referido contrato.
2) (...)."

COMENTÁRIO :
A lei dos contratos públicos da Polónia, de 29 de janeiro de 2004, continha uma disposição com o seguinte texto : ***"No caderno de encargos, a entidade adjudicante pode determinar qual a parte do contrato que não deve ser adjudicado a um subcontratado".*** *O caderno de encargos de um concurso limitado para adjudicação de um contrato público relativo à construção parcial de uma via de cintura interna, lançado pela câmara de Wroclaw, continha a seguinte cláusula :* "***O operador económico deve executar, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% dos trabalhos abrangidos pelo contrato".*** *As autoridades nacionais encarregues de fiscalização de determinadas ações cofinanciadas pelos fundos estruturais da União Europeia aplicou, pela inserção da cláusula em causa, uma correção financeira, diminuindo o montante de cofinanciamento. A autarquia arguiu o disposto pelo Tribunal de Justiça do processo C-314/01 (Siemens e ARGE Telekom). O Tribunal lembrou expressamente o decidido no processo C-94/12 (Smn). O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 27 (fundos estruturais).*

Processo C-425/14 (Edilux)
Acórdão de 22 de outubro de 2015

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Trata-se da apreciação de uma norma nacional que determina a exclusão automática pela não entrega de um documento designado "protocolo de legalidade", instrumento essencial de luta contra a criminalidade organizada no âmbito da contratação pública.

Processo C-27/15 (Pippo Pizzo)
Acórdão de 2 de junho de 2016
ECLI:EU:C:2016:404

"1) Os artigos 47º e 48º 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 a uma legislação nacional que autoriza um operador económico a recorrer às capacidades de uma ou de várias entidades terceiras para satisfazer as exigências mínimas de participação num procedimento de concurso que esse operador apenas preenche parcialmente.

2) O princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência devem ser interpretados no sentido de que se opõem à exclusão de um operador económico do processo de adjudicação de um concurso público na sequência do incumprimento, por parte desse operador, de uma obrigação que não resulta expressamente dos documentos referentes a esse processo ou da lei nacional em vigor, mas da interpretação dessa lei e desses documentos e do mecanismo de colmatação das lacunas existentes em tais documentos, por parte das autoridades ou tribunais administrativos. Nestas circunstâncias, os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem ao facto de se permitir ao operador económico que regularize a sua situação e cumpra a referida obrigação dentro de um prazo fixado pela entidade adjudicante."

<u>COMENTÁRIO :</u>

Nesta decisão há um reiterar de jurisprudência anterior quanto a diversas matérias. O litígio estabeleceu-se entre a firma Pippo Pizzo, em termos individuais e como representante de uma associação temporária de empresas (que incluía também a firma Onofaro Antonino), e a CRGT, Srl, a propósito da adjudicação de uma concessão do serviço de gestão dos desperdícios e resíduos produzidos a bordo dos navios. Em 2012, a Autorità Portuaria de Messina, em Itália, lançou o concurso em causa, numa base quadrienal, para a adjudicação do contrato referido, sendo que esse serviço, ou essa concessão de serviço, era assegurada pela CRGT. Quatro propostas foram apresentadas. Em 4 de junho de 2013, a CRGT, que celebrara um contrato de utilização das capacidades da RIAL e dois outros proponentes

tiveram conhecimento da sua exclusão por não terem pago a contribuição prevista na Lei nº 266/2005 à Autorità di vigilanza dei contratti pubblici. Por isso, o contrato foi adjudicado à Pippo Pizzo. A CRGT impugnou o acto de adjudicação, e daí decorreu o reenvio prejudicial. Sobre a primeira pergunta, o Tribunal de Justiça confirmou, naturalmente, que um concorrente podia recorrer a capacidades de terceiros, para apresentar a sua proposta. O nº 2, do artigo 47, e o nº 3, do artigo 48, da diretiva 2004/18/CE dava base suficiente para tal, em linha com jurisprudência anterior. Mas limitou esse entendimento, segundo a liberdade das autoridades nacionais em definir os requisitos que mais lhes interessem. Com este fundamento : ***"28. No entanto, o Tribunal de Justiça salientou que não se pode excluir que há empreitadas cujas particularidades necessitam uma determinada capacidade não suscetível de ser obtida através da soma de capacidades inferiores de vários operadores. Nessa situação, o Tribunal de Justiça reconheceu que a entidade adjudicante pode exigir que o nível mínimo da capacidade em causa seja alcançado por um único operador económico ou pelo recurso a um número limitado de operadores económicos, desde que esta exigência tenha uma ligação e seja proporcionada ao objeto do contrato em causa. Contudo, o Tribunal de Justiça precisou que, dado essa hipótese representar uma situação excecional, as exigências em questão não podem ser erigidas em regras gerais pelo direito nacional (v., neste sentido, acórdão de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C.2013:646, nºs 35 e 36)".*** *No que diz respeito à relevância de pagamento de uma taxa, o Tribunal aponta ao facto de essa exigência não constar dos documentos pré-contratuais. E que, a ser aplicável essa obrigação, deveria ser equilibrada com a possibilidade de sanar tal falta, num prazo específico a ser concedido para o efeito. No entanto, a temática da exclusão por algo que não consta dos documentos pré-contratuais é um tema recorrente, que mereceu, posteriormente a este acórdão de 2016, várias decisões, nem sempre no mesmo sentido (embora cada caso tenha as suas particularidades, e mereça um enquadramento específico adequado).*

Processo C-46/15 (Ambisig II)
Acórdão de 7 de julho de 2016
ECLI:EU:C:2016:530

"1) O artigo 48º, nº 2, alínea a), ii), segundo travessão, 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, na falta da sua transposição para o direito interno, preenche as condições para conferir aos particulares direitos que possam ser invocados nos órgãos jurisdicionais contra as entidades adjudicantes, desde que estas entidades públicas ou tenham sido encarregadas, por um ato de uma autoridade pública, de presta, sob controlo desta, um serviço de interesse público e disponham, para esse efeito, de poderes que exorbitem das normas aplicáveis às relações entre particulares.

2) O artigo 48º, nº 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à aplicação de regras estabelecidas por uma entidade adjudicante, como as que estão em causa no processo principal, que não permitem a um operador económico provar a sua capacidade técnica através de uma declaração unilateral, exceto se comprovar a impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção de declaração do adquirente privado.

3) O artigo 48º, nº 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação das regras estabelecidas por uma entidade adjudicante, como as que estão em causa no processo principal, que, sob pena de exclusão da candidatura do proponente, exigem que a declaração do adquirente privado contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência."

COMENTÁRIO :

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto) Entendemos reproduzi-la aqui, e fazê-la acompanhar de algumas observações, para melhor se analisar a decisão, no seu conjunto. O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Ambisig-Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA e a AICP-Associação de Industriais do Concelho de Pombal, a propósito da exclusão da citada empresa, por parte da AICP, de um concurso limitado por prévia qualificação, para a

adjudicação de um contrato público de serviços, com o objeto de implementação de sistemas de gestão do ambiente, qualidade e plataforma tecnológica em treze empresas. Por decisão de 27 de março de 2014, a AICP aprovou o relatório final de qualificação elaborado pelo júri, que excluía a proposta da Ambisig, por esta não cumprir as normas sobre a demonstração da capacidade técnica. Esta última levou o caso à justiça administrativa, que deu parcialmente provimento à sua ação. Porém, tal decisão judicial desconsiderou a matéria de eventual contradição entre norma da diretiva 2004/18/CE e as regras do procedimento pré-contratual em questão. Como se verá do decurso do processo, estava em causa a interpretação, e aplicação do segundo travessão, constante da subalínea ii), da alínea a),do nº 2, do artigo 48, da diretiva citada. Cujo texto é : ***"2. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidades das obras, dos produtos ou dos serviços : a) (...) ii) Lista dos principais fornecimentos ou serviços efetuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados. Os fornecimentos e as prestações de serviços serão provadas : (...) – quando o destinatário tiver sido um adquirente privado, por declaração reconhecida do adquirente ou, na sua falta, por simples declaração do operador económico".*** *As regras em causa do procedimento tinham o seguinte texto :* ***"12, nº 1, Para qualificação dos candidatos é necessário apresentar os seguintes documentos da candidatura : (...) c) Declaração do cliente, em papel timbrado e carimbado, a comprovar a implementação do sistema de gestão do ambiente e/ou da qualidade do concorrente, de acordo com o modelo de declaração constante do Anexo VIII ao presente programa. A declaração deverá contar com o reconhecimento da assinatura e da qualidade m que assina, feita por notário, advogado ou outra entidade com competência ; (...) f) Declaração do cliente em papel timbrado e carimbado a comprovar a implementação de sistemas de gestão,, desenvolvimento e implementação de plataforma tecnológica em rede, software de sistemas de gestão e as acções de coordenação pelo concorrente, indicando o respectivo valor, de acordo com o modelo de declaração constante do Anexo IX ao presente programa. A declaração deverá conter o reconhecimento da assinatura e da qualidade em que assina, feita por notário, advogado ou outra entidade com competência".*** *A primeira questão submetida ao Tribunal de Justiça, sobre o efeito direto das normas atrás reproduzidas, foi assim respondida, depois de recordados os requisitos*

gerais a este propósito (serem incondicionais e suficientemente precisas) : ***"17. (...) há que constatar, como salientou o advogado-geral no nº 25 das suas conclusões, que o artigo 48º, nº 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 satisfaz estes critérios, dado que, por um lado, enuncia uma obrigação que não requer nenhuma medida complementar nem está subordinada à adoção de um ato das instituições da União ou dos Estados-Membros e, por outro, indica, de forma clara e completa, os elementos que podem ser solicitados aos operadores económicos para comprovar a sua capacidade, nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos"****. O efeito direto permitia a invocação perante qualquer tipo de entidades, incluindo a adjudicante no presente procedimento, a AICP (nºs 22 e 23, do acórdão). Quanto às restantes questões, sempre quanto quanto à compatibilidade das mesmas regras da diretiva 2004/18/CE, com as do procedimento pré-contratual, e respetiva interpretação feita conjuntamente, o Tribunal reiterou o entendimento (decorrente expressamente da letra da diretiva) que* ***"34. Um operador económico só pode ser autorizado pelas entidades adjudicantes a fazer a prova da sua capacidade técnica através de uma declaração unilateral se não conseguir obter uma declaração reconhecida do adquirente privado".*** *Mas não se ficou por aqui. Depois de lembrar que o sistema constante do artigo 48, da diretiva 2004/18/CE era um "sistema fechado" (nº 36, do acórdão), o Tribunal de Justiça declarou que seriam desproporcionais aos objetivos concretos do direito da União as regras de um procedimento pré-contratual que só no caso de "impossibilidade absoluta" (nº 41, do acórdão) de obter uma declaração do adquirente privado.* ***"42. Em contrapartida, são conformes com o princípio da proporcionalidade as regras de um procedimento de concursos nos termos dos quais um operador económico possa também utilizar tal declaração unilateral quando demonstre, através de elementos objetivos e a verificar caso a caso, a existência de uma dificuldade séria que o impeça de obter essa declaração, por exemplo, devido à má vontade do adquirente privado em causa, na medida em que estas regras não geram para o operador em questão um ónus probatório excessivo em relação à prossecução desses mesmos objetivos".*** *Sobre a última questão, a de ser obrigatório, sob pena de exclusão, de que a declaração do adquirente privado, tivesse de a assinatura reconhecida por notário, advogado ou outra entidade com competência, o Tribunal de Justiça começou por lembrar a letra das normas em causa da diretiva 2004/18/CE, que contêm a expressão "declaração reconhecida pelo adquirente". Aqui, como noutros processos, teve de se recorrer às diferentes*

versões linguísticas da diretiva 2004/18/CE, que não ajudam a esclarecer qual o conteúdo unívoco das normas em causa. Lembrando a jurisprudência sobre necessidade da uniformidade de interpretação – ***"48. (...) as disposições do direito da União devem ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme, à luz das versões redigidas em todas as línguas da União. Assim, em caso de divergência entre as diversas versões linguísticas de um texto do direito da União, a disposição em questão deve ser interpretada em função da economia geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento (acórdão de 15 de outubro de 2015, Grupo Itelevesa e o., C-168/14, de EU:C:2015:685, nº 42 e jurisprudência referida)".*** *Depois de considerar que a disposição controvertida dos documentos não era uma mera precisão, mas de uma "alteração substancial" (nº 50, do acórdão), o Tribunal de Justiça conclui :* ***55. (...) a economia geral e a finalidade da Diretiva 2004/18 levam a optar pela interpretação segundo a qual a 'declaração reconhecida' do aquirente privado, que figura na versão em língua portuguesa do artigo 48º, nº 2, alínea a), ii), segundo travessão, deste diretiva, requer apenas apresentação de uma declaração redigida por esse adquirente, não podendo as entidades adjudicantes exigir outro formalismo, como o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência."***

Processo C-171/15 (Connexxion Taxis Services)
Acórdão de 14 de dezembro de 2016
ECLI:EU:C:2016:948

"1) O direito da União, em particular o artigo 45º, nº 2, 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, não se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que obriga uma entidade adjudicante a analisar, de acordo com o princípio da proporcionalidade, se se deve objetivamente proceder à exclusão de um candidato a um contrato público que tenha cometido uma falta profissional grave.

2) As disposições da Diretiva 2004/18, nomeadamente as do seu artigo 2º e do seu anexo VII A, ponto 17, lidas à luz do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência dele resultante, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a que uma entidade adjudicante decida atribuir um contrato público a um proponente que tenha cometido uma falta profissional grave, pelo facto de a exclusão desse proponente do procedimento de adjudicação ser contrária ao princípio da proporcionalidade, quando, segundo as condições do concurso desse contrato, um proponente que tenha cometido uma falta profissional grave deve ser necessariamente excluído sem se ter em conta o caráter proporcionado ou não dessa sanção."

COMENTÁRIO :

Trata-se de uma decisão particularmente interessante em matéria de exclusão de um interessado num procedimento, devido ao cometimento de falta profissional grave. O processo principal desenvolveu-se nos Países Baixos, e opôs a firma Connexxion Taxi Services ao Ministério da Saúde, Bem-Estar e dos Desportos e a uma associação de várias empresas. Em 10 de julho de 2012 o Ministério lançou um procedimento de adjudicação de um contrato de serviços de transporte suprarregional para fins sociais e recreativos destinado a pessoas com mobilidade reduzida. Na regulamentação precisa do concurso estava incluída a seguinte regra : ***"as propostas a que seja aplicável uma causa de exclusão são rejeitadas e o seu conteúdo não será apreciado"****. A 8 de outubro de 2012, o Ministério comunicou à Connexxion a adjudicação do contrato à associação atrás citada, que também havia concorrida. A 20 de novembro*

de 2012 a Autoridade Neerlandesa da Concorrência aplicou coimas a duas empresas integrantes da associação, e quadros seus, por violações das disposições nacionais em matéria de concorrência, consubstanciados em vários acordos ilegais. O Tribunal apreciou assim um primeiro aspeto da disciplina das causas de exclusão : ***"29. (...) o artigo 45º, nº 2, da Diretiva 2004/18 não prevê uma aplicação uniforme das causas de exclusão aí indicadas, ao nível da União, na medida em que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar de modo nenhum essas causas de exclusão ou de as integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que poderá variar consoante os casos, em função de considerações de natureza jurídica, económica ou social que prevaleçam a nível nacional. Neste contexto, os Estados-Membros têm o poder de moderar ou de flexibilizar os critérios estabelecidos nessa disposição (acórdão de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, nº 36 e jurisprudência aí referida".*** *Conclui pela aplicação, em geral, do princípio da proporcionalidade aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, o que afeta todas as decisões assumidas pela entidade adjudicante no procedimento (nº 32). Sobre o caso em concreto :* ***"36. Não se pode excluir a possibilidade de, logo na redação dos documentos do contrato em causa, a entidade adjudicante considerar, em função da natureza do contrato e do caráter sensível das prestações que dele são objeto e ainda dos requisitos em matéria de honestidade profissional e de fiabilidade dos operadores económicos que daí resultem, que a prática de uma falta grave em matéria profissional se deve traduzir na rejeição automática da proposta e na exclusão do proponente culpado dessa falta, desde que esteja assegurado o respeito do princípio da proporcionalidade na apreciação da gravidade dessa falta".*** *Logo, o Tribunal de Justiça valida a possibilidade de exclusão automática, desde que esteja isso mesmo previsto nos documentos pré-contratuais, se bem que num caso tão particular como este, em que é a entidade adjudicante que invoca o princípio da proporcionalidade, para não cumprir o que estabeleceu nas regras do concurso. E alerta :* ***"43. "(...) a análise da exclusão em causa à luz do princípio da proporcionalidade, apesar de as condições do concurso do contrato considerado preverem a rejeição, sem análise à luz desse princípio, das propostas abrangidas por essa causa de exclusão, pode criar incerteza nos operadores económicos interessados e ir contra o princípio da igualdade de tratamento e o respeito do dever de transparência."***

Processo C-199/15 (Ciclat)
Acórdão de 10 de novembro de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 13 (dívidas fiscais ou à segurança social e exclusão de participação). Mas interessa também ao presente capítulo, pois que lida com a possibilidade de exclusão automática por incumprimento de obrigações à segurança social.

Processo C-225/15 (Domenico Politanò)
Acórdão de 8 de setembro de 2016
ECLI:EU:C:2016:645

"1) A 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, e, em especial, o seu artigo 47º devem ser interpretados no sentido de que uma regulamentação nacional que regula a adjudicação de concessões no domínio dos jogos de fortuna e azar, como a que está em causa no processo principal, não é abrangida pelo seu âmbito de aplicação.

2) O artigo 49º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional como a que está em causa no processo principal, que impõe aos operadores que queiram participar num concurso para adjudicação de concessões em matéria de jogos e de apostas a obrigação de fazer prova da sua capacidade económica e financeira mediante declarações emitidas por, pelo menos, duas instituições bancárias, sem permitir que essa capacidade seja igualmente demonstrada por outros meios, desde que tal disposição preencha as condições de proporcionalidade fixadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar."

<u>COMENTÁRIO :</u>

Na descrição dada quanto ao processo principal, pelo próprio Tribunal de Justiça : ***"11. Em 6 de fevereiro de 2015, numa inspeção efetuada no estabelecimento comercial denominado 'Betuniq' sito em Polistena (Itália), gerido por D.Politanò e dependente da UniqGroup, Ltd, sociedade de direito maltês, os serviços de polícia administrativa da Questura di Reggio Calabria (polícia da Região da Calabria, Itália) constataram que a atividade de recolha de apostas era aí exercida sem concessão prévia".*** *O juiz de instrução criminal do Tribunal de Palmi ordenou a apreensão preventiva dos bens utilizados nessa atividade. E Domenico Politanò, na sua impugnação judicial, invocou a suposta incompatibilidade entre o direito da União e a regulamentação italiana. Porque a citada UniqGroup tinha sido excluída, no concurso para a atribuição das concessões, ocorrido em 2012, por não ter apresentado duas declarações de capacidade económica e financeira, emitidas por outras tantas instituições bancárias. O que, em outros aspetos,*

teria violado o artigo 47 da diretiva 2004/18/CE, que estabelece outras normas para a demonstração capacidade económica e financeira dos interessados, mais flexíveis do que as estabelecidas para a atribuição das concessões de jogos de fortuna e azar. Porém, como o Tribunal de Justiça afirmou, estas concessões eram de outra natureza jurídica das concessões de serviços que a diretiva abrange (número 33, do acórdão). Por outro lado, quanto às exigências concretas, desde que proporcionadas, nada tinham de contrário quanto às bases da liberdade de estabelecimento (artigo 49 TFUE). E, para esta afirmação, servia o seguinte fundamento : ***"46. (...) a obrigação de fornecer declarações emitidas por duas instituições bancárias, é manifestamente suscetível de assegurar que o operador económico dispõe de capacidade económica e financeira que lhe permita cumprir as obrigações que poderá contrair para com os apostadores vencedores. (...)".***

Processo C-292/15 (Hoermann Reisen)
Acórdão de 27 de outubro de 2016
ECLI:EU:C:2016:817

"1) O artigo 5º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) nº 1191/69 e (CEE) nº 1107/70 do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que, num procedimento de adjudicação de um contrato de serviço público de transporte de passageiros por autocarro, o artigo 4º, nº 7, deste regulamento continua a ser aplicável a esse contrato.
2) O artigo 4º, nº 7, do Regulamento nº 1370 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que a entidade adjudicante fixe em 70% a proporção de prestação autónoma pelo operador encarregado da gestão e da prestação de um serviço público de transporte de passageiros por autocarro como o que está em causa no processo principal."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs a empresa Hoermann Reisen à cidade de Augsburgo e ao distrito de Augsburgo, na Alemanha, a propósito da legalidade de um concurso de serviços públicos de transporte de passageiros. A 7 de março de 2015, as entidades adjudicantes publicaram no JOUE um anúncio relativo à prestação de serviços públicos de transportes de passageiros por autocarro em certas linhas regionais. Segundo este anúncio de concurso, os proponentes estavam autorizados a recorrer a empresas subcontratadas na proporção máxima de 30% da prestação, calculada em função dos quilómetros do itinerário. A Hoermann Reisen impugnou este requisito. Intervinha aqui o nº 1, do artigo 5º, do regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, que continha diversas normas sobre a subcontratação, e ainda sobre a relação entre essas normas e as das diretivas 2004/17CE e 2004/18/CE. Porque o nº 1, do artigo 5º, do regulamento 1370/2007, dispunha : ***"1. Os contratos de serviço público devem ser adjudicados de acordo com as regras do presente regulamento. No entanto, os contratos de serviços ou os contratos públicos de serviços, tal como definidos das Directivas 2004/17/CE ou 2004/18/CE, para o transporte público de passageiros por autocarro ou eléctrico, devem ser adjudicados nos termos dessas***

directivas na medida em que tais contratos não assumam a forma de contratos de concessão de serviços, tal como definidos nessas directivas. Sempre que os contratos devam ser adjudicados nos termos das Directivas 2004/17/CE ou 2004/18/CE, não se aplica o disposto nos nºs 2 a 6, do presente artigo". *As extensas disposições constantes dos números 2 a 6, deste artigo 5º, dirigiam-se a regras específicas para os procedimentos regulados pelo regulamento em causa. Quanto ao âmbito de aplicação desse regulamento, o Tribunal de Justiça salienta que* ***– "46. (...) importa salientar que a Diretiva 2004/18 alterada é de aplicação geral, enquanto o Regulamento nº 1370/2007 apenas tem por objeto os serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros. 47. Ora, na medida em que tanto o artigo 4º, nº 7, deste regulamento, como o artigo 25º da Diretiva 2004/18 alterada contêm regras relativas à subcontratação, há que considerar que a primeira disposição constitui uma regra especial relativamente às previstas na segunda disposição e, enquanto lex specialis, prevalece sobre estas".*** *Por isso, o nº 1, do artigo 5º do regulamento nº 1370/2007 deveria ser interpretado como resultando que o nº 7, do artigo 4º, do mesmo regulamento seria aplicável a este contrato. O texto em causa era o seguinte –* ***"7. Os documentos relativos aos concursos e os contratos de serviço público devem ser transparentes quanto à possibilidade ou impossibilidade de subcontratação, e, caso esta seja possível, quanto à sua extensão. Em caso de subcontratação, o operador encarregado da gestão e da prestação de serviço público de transporte de passageiros, de acordo com o presente regulamento, é obrigado a prestar ele próprio uma parte substancial dos serviços públicos de transporte. Um contrato de serviço público que abranja simultaneamente a concepção, o estabelecimento e a exploração de serviços públicos de transporte de passageiros pode autorizar a subcontratação total para efeitos de exploração daqueles serviços. Os contratos de serviço público devem determinar de acordo com o direito nacional e comunitário as condições aplicáveis à subcontratação".*** *Em consequência,, haveria que esclarecer sobre se a legislação se opunha, ou não, a que a entidade adjudicante fixasse em 70% a proporção da prestação própria do operador económica adjudicatário. A aplicação do citado regulamento conduz, naturalmente, a validar a restrição à subcontratação apontada, algo que não seria possível com as diretivas de 2004. Logo, o Tribunal de Justiça, independentemente da referência negativa às concessões de serviços que consta do nº 1, do artigo 5º do regulamento 1370/2007, validou o nº 7, do artigo 4º, como lei*

*especial. Como está claramente no seguinte passo do acórdão – "**41. (...) para efeitos de adjudicação de um contrato de serviço público de transporte de passageiros por autocarro como o que está em causa no processo principal, apenas não se aplica o disposto no artigo 5º, nºs 2 a 6, do Regulamento nº 1370/2007, continuando, porém, a ser aplicáveis as restantes disposições do regulamento. 42. Nestas condições, conclui-se que o artigo 4º, nº 7, do Regulamento nº 1370/2007 se aplica em caso de adjudicação de um contrato de serviço público de transporte de passageiros por autocarro abrangido pelo artigo 5º, nº 1, deste regulamento."*

Processo C-298/15 (Borta)
Acórdão de 5 de abril de 2017
ECLI:EU:C:2017:266

"1) No que respeita a um contrato público que não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, conforme alterada pelo Regulamento (CE) nº 1336/2013 da Comissão, de 13 de dezembro de 2013, mas que apresente interesse transfronteiriço certo, os artigos 49º e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição de uma regulamentação nacional, como o artigo 24º, nº 5, da Lietuvos Respublikos viesuju pirkimy istatymas (Lei lituana relativa aos contratos públicos), que prevê que, em caso de recurso a subcontratantes para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, o adjudicatário é obrigado a realizar ele próprio a obra principal definida como tal pela entidade adjudicante.

2) No que respeita a tal contrato público, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência que decorrem nomeadamente dos artigos 49º e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que a entidade adjudicante modifique, após a publicação do anúncio do concurso, uma cláusula do caderno de encargos relativa às condições e às modalidades de acumulação das capacidades profissionais, como a cláusula 4.3. em causa no processo principal, sob reserva, em primeiro lugar, de que as modificações efetuadas não sejam a tal ponto substanciais que teriam atraído potenciais concorrentes que, na falta dessas modificações, não estariam em condições de apresentar uma proposta, em segundo lugar, que as referidas modificações sejam objeto de publicidade adequada, e, em terceiro lugar, que se efetuem antes da apresentação das propostas pelos proponentes, que o prazo de apresentação dessas propostas seja prorrogado quando as modificações em causa sejam significativas, que a duração dessa prorrogação dependa da importância dessas modificações e que essa duração seja suficiente para permitir aos operadores económicos interessados adaptar a sua proposta em conformidade, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

3) O artigo 54º, nº 6, da Diretiva 2004/17, conforme alterada pelo Regulamento nº 1336/2013, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma cláusula de um caderno de encargos, como a cláusula 4.3. em causa no processo principal, que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, exige que a contribuição de cada um deles para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais corresponda proporcionalmente, à parte das obras que executará efetivamente se o contrato em questão lhe for adjudicado."

COMENTÁRIO :

A decisão do Tribunal de Justiça neste processo é muito importante, por abrangente em relação aos tópicos relativos à execução do contrato pelo proponente, ou por este em conjunto com terceiras entidades. O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Borta à Direção do Porto Marítimo Nacional de Klaipeda, na Lituânia a respeito da legalidade do caderno de encargos do contrato de empreitada relativo à renovação do cais desse porto. O anúncio original foi publicado a 5 de abril de 2014, para adjudicação de um contrato que não atingia o limiar definido pela diretiva 2004/17/CE, para adjudicação de empreitadas. Em primeiro lugar, foi importante definir em que termos o Tribunal de Justiça poderia intervir, num caso em que a entidade adjudicante tinha escolhido expressamente governar o procedimento de adjudicação, e o contrato, pela diretiva 2004/17/CE. Assim : ***"33. (...) importa recordar que, quando uma legislação nacional se conforma, nas soluções que dá a situações que não são abrangidas pelo ato da União em causa, com as soluções adotadas pelo referido ato, existe um interesse certo da união em que, para evitar divergências de interpretações futuras, as disposições retomadas desse ato sejam interpretadas de modo uniforme (v., neste sentido, acórdãos de 18 de outubro de 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, nº 46, e de 7 de novembro de 2013, Romeo, C-3131/12, EU:C:2013:718, nº 22"****. Logo, o Tribunal analisou o caso face à legislação ordinária, sem deixar de referir (nº 36, do acórdão) que poderia igualmente levar em conta as liberdades económicas fundamentais e os princípios gerais, como se perceberá da precisa decisão, e das várias conclusões. No processo em concreto, estava em causa uma regra dos documentos pré-contratuais que, em linha com disposições da lei lituana sobre contratos públicos, obrigava a que no caso de a ser uma associação de interessados a apresentar proposta, todos os seus componentes teriam de cumprir os requisitos enquanto às capacidades profissionais. Mas não só. Por alterações aos termos iniciais desse*

documentos, o acórdão descreve assim as novas regras : ***" 19. No seguimento de duas revisões sucessivas, uma por iniciativa da autoridade portuária e a outra na sequência de reclamações formuladas pela Borta, a referida cláusula 4.3. acrescenta a essas prescrições que, em caso de apresentação de tal proposta conjunta, a contribuição de cada proponente para cumprir as exigências acima referidas deve corresponder, proporcionalmente, à parte das obras que este se comprometa a realizar em conformidade com o contrato de associação e que executará efetivamente em caso de adjudicação do contrato".*** *Sobre se a disposição da lei letã que impõe em caso de recurso a subcontratantes, o adjudicatário teria de executar a obra principal, o Tribunal de Justiça, depois de constatar que a diretiva 2004/17/CE não continha normas destinadas a resolver a situação, entendeu recorrer aos princípios gerais e às regras das liberdades económicas fundamentais, para concluir pela ilicitude da norma nacional referida, pela relação dessa regra com o objeto do contrato a adjudicar (nº 44, do acórdão). Saliente-se que o órgão jurisdicional de reenvio considerou que a adjudicação deste contrato apresentava um interesse transfronteiriço certo (nº 45, do acórdão). O que o Tribunal de Justiça fez, como noutras decisões, foi reconhecer que a medida constante da lei nacional era uma restrição à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços (nº 50, do acórdão). E depois, indagou sobre se a medida era proporcionada aos objetivos legítimos que se pretendessem atingir. Desde a possibilidade de prever normas menos limitativas até se seria necessária à proteção dos interesses das pequenas e médias empresas. E conclui que, no caso concreto da legislação nacional em causa, não havia motivos justificativos para considerar a restrição como aceitável. Depois, quanto à possibilidade de modificar os documentos pré-contratuais, algo que a lei letã previa, não encontrou o Tribunal de Justiça qualquer norma da diretiva 2004/17/CE, que disciplinasse a situação concreta. Logo, teria novamente de ser face às normas sobre as liberdades económicas fundamentais e face aos princípios gerais que a resposta tinha de ser encontrada. E, aqui, desde que não fossem os interessados colocados em situação diferente entre si, nada impedia que se produzissem as citadas modificações, respeitadas que fossem três condições : que as modificações não alterem, substancialmente, o contrato a adjudicar (nº 74, do acórdão) ; que as mesmas modificações sejam alvo de publicidade adequada, acessível todos os interessados(nº 75, do acórdão) e ; que as modificações sejam, naturalmente, feitas antes da apresentação das propostas, e que o prazo da sua apresentação seja prorrogado (nº 76, do acórdão). De acordo com os autos, todos estes requisitos se verificavam. Finalmente, coube ao Tribunal de Justiça apreciar a regra da lei letã, que*

exigia a titularidade de todos os intervenientes na execução da obra, das capacidades profissionais adequadas, algo que foi adaptado nos documentos pré-contratuais deste concurso, para os termos referidos no início deste comentário. Aqui, o Tribunal de Justiça considerou que estaria em condições e aplicar normas da diretiva 2004/17/CE, em concreto o nº 6, do artigo 54, desse documento legislativo. E dada a liberdade que essa disposição conferia aos termos de execução do contrato, considerou que a restrição concreta era inaceitável (nº 92, do acórdão). Mas não sem antes afirmar que, em tese, se poderia exigir, face ao direito da União, o cumprimento de regras similares. Em concreto : ***"91. (...) não se pode excluir que, tendo em conta a tecnicidade e a importância das obras em causa no processo principal, a correta execução das mesmas exija que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, daca um deles execute as tarefas específicas correspondentes, tendo em conta o objeto e a natureza dessas obras ou tarefas, às suas próprias capacidades profissionais. 92. Não obstante, não parece ser esse o alcance da cláusula 4.3. do caderno de encargos em causa no processo principal. Com efeito, como salientou, em substância, a advogada-geral nos nºs 63 e 64 das suas conclusões, esta cláusula exige que exista uma correspondência meramente aritmética entre a contribuição de cada proponente em causa para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais e a parte das obras que esse proponente se compromete a realizar e que executará efetivamente em caso de adjudicação do contrato. Em contrapartida, esta cláusula não tem em conta a natureza das tarefas a realizar por cada proponente nem as competências técnicas próprias de cada um deles. Nestas circunstâncias, a referida cláusula 4.3. não impede que um dos proponentes em causa execute tarefas específicas para as quais, na realidade, não possui experiência ou as capacidades exigidas."***

Processo C-542/15 (Angela Manzo)
Despacho de 28 de setembro de 2016
ECLI:EU:C:2016:730

"1) Os artigos 49º e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que sujeita os operadores que pretendem responder a um anúncio de concurso para concessões em matéria de jogos e de apostas à obrigação de provar a sua capacidade económica e financeira mediante declarações de pelo menos duas instituições bancárias, sem outra possibilidade de demonstrar essa capacidade, quando essa disposição preenche os requisitos de proporcionalidade fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

2) A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação das empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, em especial o artigo 47º, deve ser interpretada no sentido de que uma legislação nacional que disciplina as concessões em matéria de jogos de fortuna e de azar, como a que está em causa no processo principal, não está abrangida no seu âmbito de aplicação."

<u>COMENTÁRIO :</u>

Uma decisão perfeitamente em linha com outras de objeto semelhante, como a dada no processo C-225/15 (Domenico Politanò). Quanto à questão da incidência das normas da diretiva 2004/18/CE, a simples descrição do objeto desta (empreitadas, fornecimentos, serviços e concessões de obras públicas e de serviços) resolve-a. O artigo 47, da diretiva 2004/17/CE dispunha sobre a capacidade económica e financeira dos interessados em contratar, e dos meios para a demonstrar. Sobre a licitude, perante as liberdades económicas fundamentais, das exigências de demonstração da capacidade financeira, o Tribunal não viu matéria para crítica, desde que proporcionadas aos objetivos legitimamente prosseguidos.

Processo C-76/16 (Ingsteel)
Acórdão de 13 de julho de 2017
ECLI:EU:C:2017:549

"1) O artigo 47º, nº 1, alínea a), 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 não se opõe a que uma entidade adjudicante exclua um proponente de um contrato público, por este não respeitar o requisito da capacidade económica e financeira previsto o anúncio de concurso, relativo à apresentação de uma declaração emitida por uma instituição bancária nos termos da qual esta se compromete a conceder um crédito no montante fixado nesse anúncio de concurso e a garantir que esse proponente a disponibilização desse montante durante todo o período da execução do contrato.

2) O artigo 47º, nº 5, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que, quando o anúncio de concurso exigir a apresentação de uma declaração de uma instituição bancária, nos termos da qual esta se compromete a conceder um crédito no montante fixado nesse anúncio de concurso e a garantir a esse proponente a disponibilização desse montante durante toda a duração da execução do contrato, a circunstância de as instituições bancárias a quem o proponente se dirige não se considerarem em condições de emitir uma declaração nos termos assim indicados, pode constituir um 'motivo fundamentado', na aceção deste artigo, que permite, sendo caso disso, ao referido proponente provar a sua capacidade económica e financeira através de qualquer outro documento que a entidade adjudicante considere adequado, desde que esse proponente esteja objetivamente impossibilitado de apresentar as referências pedidas pela entidade adjudicante, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a Ingsteel e a Metrostar ao Instituto dos Contratos Públicos da Eslováquia, a propósito de um processo de adjudicação de um contrato público desencadeado pela Federação Eslovaca de Futebol. O concurso tinha por objeto a remodelação, modernização e construção de dezasseis estádios de futebol, e foi lançado em 2013. O seu

valor estimado era de € 25.000.000, sem IVA. Nos termos do concurso, era exigido que o concorrente apresentasse uma declaração emitida por um banco eslovaco, ou uma filial eslovaca de um banco internacional, afirmando que seria lhe seria concedido um crédito no montante mínimo de € 3.000.000, válido durante todo o período da duração do contrato. Esta declaração devia ser apresentada sob a forma de contrato de mútuo ou de um contrato de abertura de crédito e ter sido emitido por pessoa autorizada a vincular a instituição bancária. A Metrostar apresentou, para participar no referido concurso, uma declaração de uma instituição bancária que continha informações relativas à abertura de um crédito em conta corrente de montante superior a € 5.000.000 e uma declaração de compromisso de honra, segundo a qual, se a sua proposta fosse selecionada, teria à disposição na sua conta, no momento da celebração do contrato de empreitada de obras e durante toda a execução do contrato com a entidade adjudicante, o montante mínimo de € 3.000.000. Declarou o concorrente que só deste modo conseguia cumprir as exigências do procedimento, depois de consultar vários bancos eslovacos. Apesar disso, a entidade adjudicante exclui-o do concurso, decisão confirmada pelo Instituto dos Contratos Públicos. A Metrostar impugnou judicialmente desta decisão. O Tribunal de Justiça afirmou : ***"32. (...) há que recordar que o artigo 47º da Diretiva 2004/18 confere uma ampla liberdade às entidades adjudicantes, como resulta designadamente da expressão 'regra geral' prevista nesta disposição. Com efeito, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, contrariamente ao artigo 48º desta diretiva, que estabelece um sistema fechado que limita os modos de avaliação e de verificação de que dispõem as referidas entidades e, portanto, as suas possibilidades de formular requisitos, o nº 4, do artigo 47º, autoriza expressamente as entidades adjudicantes a escolher as referências comprobatórias que devem ser apresentadas pelos candidatos ou pelos proponentes para justificarem a sua capacidade económica e financeira. Referindo-se o o artigo 44º, nº 2, da Diretiva 2004/18 a esse artigo 47º, a mesma liberdade de escolha existe no que respeita aos níveis mínimos de capacidade económica e financeira (.v. neste sentido, acórdão de 18 de outubro de 2012, Edukovizig e Hochtief Construction, C-218/11 EU:C:2012:643, nº 28".*** *Recordando que esta liberdade tem de ser utilizada com relação direta ao objeto do contrato e conduzir a instrumentos proporcionados aos objetivos pretendidos. E considerou que o que era exigido era adequado para a seleção qualitativa para pretender a adjudicação do contrato em causa, seja na sus vertente inicial, seja na disponibilização por todo o período de duração do contrato,*

estimada em quarenta e oito meses. O tribunal nacional havia colocado uma segunda questão, muito interessante, não sobre a licitude da exigência, mas se se deveria considerá-la cumprida, dada a informação colhida no sistema bancário eslovaco. Com a natural precaução envolvida em processos desta natureza – ***"45. (...) cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se o proponente afastado estava na impossibilidade objetiva de apresentar as referências pedidas pela entidade adjudicante (...) ; 46. Só no caso de o órgão jurisdicional nacional de reenvio declarar que existe essa impossibilidade objetiva é que deve verificar se a entidade adjudicante tinha motivos para considerar que a declaração sob compromisso de honra apresentada pelo proponente não constituía um documento adequado para provar a sua capacidade económica e financeira (...)".*** *Mas declara que se tal posição for assumida pelo tribunal nacional, é possível uma interpretação compatível do artigo 47, da diretiva 2004/18/CE, que a valida. Há uma última questão colocada pelo tribunal nacional, que supostamente implicaria o recurso à interpretação da diretiva 89/665/CEE. O Tribunal considerou que tal questão não continha os elementos suficientes e adequados para produzir uma resposta. Por isso, considerou-a inadmissível.*

Processo C-131/16 (Archus e Gama)
Acórdão de 11 de maio de 2017
ECLI:EU:C:2017:358

"1) O princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, enunciado no artigo 10º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, a entidade adjudicante convide um proponente a apresentar as declarações ou os documentos exigidos pelo caderno de encargos e que não tenham sido por ele apresentados no prazo fixado para a apresentação das propostas. Em contrapartida, este artigo não se opõe a que a entidade adjudicante convide um proponente a clarificar uma proposta ou a retificar um erro material manifesto que a mesma comporte, desde que, todavia, esse convite seja dirigido a todos os proponentes que se encontrem na mesma situação, que todos os proponentes sejam tratados de forma igual e leal e que essa clarificação ou essa retificação não possa ser equiparada à apresentação de uma nova proposta, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.
2) (...)."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Empresa de Extração de Petróleo e Gás da Polónia e duas empresas (Archus e Gama, em conjunto), a respeito das decisões da primeira de excluir as suas propostas e de aceitar a da empresa Digital-Center, no contexto de um concurso público aberto por anúncio publicado no JOUE a 3 de junho de 2015. O objeto do contrato a adjudicar era a prestação de serviços de digitalização do espólio do Arquivo Geológico Central da entidade adjudicante e a elaboração de uma versão eletrónica dos documentos para disponibilização na sua rede interna. Os concorrentes deveriam ainda depositar o montante de 20.000 zlótis polacos (PLN) a título de garantia da sua proposta. A 15 de outubro de 2015, o agrupamento Archus e Gama dirigiu à entidade adjudicante um pedido de correção da sua proposta, invocando a existência de um erro involuntário, pedido esse destinado a substituir por uma nova de amostra de microfilme a que haviam anexado à sua proposta, como era imposto pelos documentos pré-contratuais (para a identificação e descrição

desta matéria, serve o nº 13, do acórdão). Continuando, ***"19. Após a análise das duas amostras de microfilmes fornecidas pelas sociedades Archus e Gama, a entidade adjudicante rejeitou finalmente a sua proposta por não ser conforme com o referido ponto 4.1., alínea b) do caderno de encargos. Considerou que as amostras de microfilme apresentadas por estas sociedades não permitiam obter uma leitura de uma cópia de um documento microfilmado em formato A O com uma resolução mínima de 200 dpi. Por outro lado, considerou a proposta apresentada pela Digital-Center a mais vantajosa".*** *As sociedades Archus e Gama impugnaram não só a decisão relativa à sua exclusão, mas também a da escolha da proposta do seu concorrente. A primeira questão prejudicial foi assim resumida pelo Tribunal de Justiça :* ***"24. Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, enunciado no artigo 10º, da Diretiva 2004/17, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, no âmbito de um concurso público, a entidade adjudicante convide os proponentes a apresentarem as declarações ou os documentos necessários que não tenham sido por eles apresentados no prazo fixado para a apresentação das propostas ou a retificarem essas declarações ou esses documentos em caso de erros, sem que a entidade adjudicante esteja, por outro lado, obrigada a informar os referidos proponentes de que não podem alterar o conteúdo das propostas apresentadas".*** *Salientando a importância decisiva do principal da igualdade de tratamento –* ***"corresponde à essência das regras da União relativas aos procedimentos de adjudicação"****, e que naturalmente implica que todos os concorrentes tenham as mesmas oportunidades e as suas propostas beneficiem das mesmas condições. Identificando que a negociação entre a entidade adjudicante e um, ou vários, concorrente(s), é, salvo regra expressa, proibida, e que isso* ***"27. (...) implica que, em princípio, uma proposta não pode ser alterada após a sua apresentação, quer seja por iniciativa da entidade adjudicante quer do proponente".*** *Depois de sinalizar que o Tribunal de Justiça já aceitara, em casos excecionais, mas para correção de erros manifestos, ou clarificações menores, mas que isso não se podia confundir com o que fosse, materialmente, a apresentação de uma nova proposta (nº 31, do acórdão). E precisou :* ***"33. (...) um pedido de clarificação não pode suprir a falta de um documento ou de uma informação cuja comunicação era requerida pelos documentos do concurso, estando a entidade adjudicante obrigada a observar estritamente os critérios que ela própria fixou".*** *Logo, censurou a*

atitude da entidade adjudicante, se bem que esclarecendo que a disposição da lei nacional polaca que determina que as entidades adjudicantes deveriam convidar os interessados a corrigir algo que se apresente deficiente nas suas propostas, não é forçosamente contrária ao direito da União, desde que se contenha nos limites apontados na jurisprudência do Tribunal de Justiça (números 37 e 38). Quanto à segunda questão, o respetivo resumo foi o seguinte : ***"40. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, se o artigo 10º da Diretiva 2004/17 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, nas circunstâncias do processo principal, a entidade adjudicante retenha a caução paga por um proponente no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, quando este não apresentou os documentos que comprovam que a sua proposta cumpria os requisitos fixados no caderno de encargos pela entidade adjudicante, porque o conteúdo da sua proposta tinha sido modificado, ou quando não consentiu que a entidade adjudicante corrigisse a sua proposta, com a consequência de que essa proposta não pôde ser selecionada".*** *Aqui, o Tribunal de Justiça considerou a questão inadmissível porque :* ***44. (...) importa constatar que, como resulta da decisão de reenvio, as circunstâncias do processo principal não correspondem manifestamente a nenhuma das duas situações equacionadas pelo órgão jurisdicional de reenvio no âmbito da sua segunda questão".*** *O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).*

Processo C-178/16 (Impresa Mantovani)
Acórdão de 20 de dezembro de 2017
ECLI:EU:C:2017:1000

"A 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, especialmente o seu artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alíneas c), d) e g), e os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que permite à entidade adjudicante :
- tomar em consideração, de acordo com as condições que fixou, uma condenação penal, mesmo não transitada em julgado, aplicada ao administrador de um empresa proponente, por um crime que afete a honorabilidade profissional dessa empresa, quando aquele tenha cessado funções no ano anterior à publicação do anúncio de concurso público, e
- excluir a referida empresa da participação no processo de adjudicação do contrato em causa, com o fundamento de, ao não declarar essa condenação ainda não transitada em julgado, não se dissociou completa e efetivamente da conduta do referido administrador."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Província de Bolzano e a empresa Mantovani, em nome próprio e de sociedade principal de um agrupamento temporário de empresas a constituir. Estava em causa um concurso para a adjudicação de uma empreitada relativa ao financiamento, conceção do projeto definitivo e execução, construção e gestão de um estabelecimento prisional, desencadeado a 27 de julho de 2013. A despesa estimada era de € 165.400.000. A Mantovani apresentara um pedido de participação, a 16 de dezembro de 2013. Para tal entregou as declarações necessárias de acordo com a lei italiana, de onde constava que o seu presidente, diretor-geral e representante legal não tinha sido objeto de nenhuma sentença condenatória transitada em julgado. Esta declaração foi confirmada posteriormente pela Mantovani. A entidade adjudicante obteve o certificado de registo criminal do indivíduo em causa, de onde constava uma condenação, com sentença de 5 de dezembro de 2013, transitada em julgado em 29 de março de 2014. O que a Mantovani veio a confirmar

posteriormente, depois de ter sido instada para tal pela entidade adjudicante, a 29 de maio de 2014, esclarecendo que a pessoa em causa tinha sido exonerado de todos os cargos na empresa. Após outros atos visando o esclarecimento da questão, a entidade adjudicante decidiu excluir a Mantovani, em 27 de fevereiro de 2015. A Mantovani impugnou judicialmente este ato. O Tribunal de Justiça resume, assim, a questão prejudicial : ***"26. Como decorre da indicações constantes da decisão de reenvio, a Mantovani foi afastada do processo de adjudicação do contrato por ter comunicado tardia e insuficientemente os elementos de apreciação necessários para demonstrar a sua dissociação relativamente à conduta do seu administrador. Em especial foi censurada por não ter indicado, nas suas declarações de 4 e de 16 de dezembro de 2013, que o seu ex-administrador era arguido numa acção penal que deu origem a uma transação penal em audiência à porta fechada, em 6 de dezembro de 2013".*** *A Comissão considerava que esta situação era suscetível de integrar a causa de exclusão prevista na alínea d), primeiro parágrafo, do nº 2, do artigo 45, da diretiva 2004/18/CE, pela ocorrência de uma falta grave em matéria profissional. O Tribunal de Justiça salientou a margem de que os Estados-Membros dispõem para concretizar, adaptando, algumas das normas em questão. E afirmou, para a interpretação das normas da diretiva, no contexto que lhe foi apresentado :* ***"41. De acordo com a jurisprudência referida no nº 31 do presente acórdão, o Estado-Membro pode flexibilizar as condições de aplicação das causas de exclusão facultativas e, assim, renunciar à aplicação de uma causa de exclusão em caso de dissociação entre a sociedade proponente e a conduta constitutiva de um crime. Nesse caso, pode também determinar as condições dessa dissociação e exigir, como o faz a lei italiana, que a sociedade proponente informe a entidade adjudicante de uma sentença condenatória do seu administrador, mesmo não tenho essa condenação transitado em julgado".*** *De facto, o decreto legislativo nº 163/2006, na alínea c) do nº 1, do seu artigo 38, disciplina, em grande detalhe, o funcionamento da exclusão, e o mecanismo de dissociação, incluindo o efeito sobre responsáveis demitidos. Concluindo, o Tribunal de Justiça acolheu como válido face ao direito da União, o modo como O Legislador italiano transpôs a diretiva 2004/18/CE, neste particular. E considerou, complementarmente, que a aplicação de nenhum dos princípios referidos pelo órgão jurisdicional de reenvio estava comprometida, dados os valores que a legislação italiana pretendia proteger.*

Processo C-223/16 (Casertana Costruzione)
Acórdão de 14 de setembro de 2017

ECLI:EU:C: 2017:685

"O artigo 47, 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 contrato 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 consequência a exclusão automática desse operador."

COMENTÁRIO :

Está reproduzida também neste capítulo a conclusão expressa neste processo, de modo a se compreender perfeitamente o equilíbrio (ou o resultado pretendido) entre a abertura à maior participação possível de interessados, e a não alteração das condições de concurso. Em nome do respeito pelos princípios gerais, e, em especial, da igualdade de tratamento. O comentário completo consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico).

Processos C-523/16 (MATI SUD) e C-536/16 (Duemme) apensos
Acórdão de 28 de fevereiro de 2018
ECLI:EU:C:2018:122

"O direito da União nomeadamente o artigo 51º 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, os princípios relativos à adjudicação dos contratos públicos, entre os quais figuram os princípios da igualdade de tratamento e da transparência previstos no 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, e do artigo 2º, da Diretiva 2004/18 bem como o princípio da proporcionalidade, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem, em princípio, a uma legislação nacional que estabelece um mecanismo de retificação do processo, nos termos do qual a entidade adjudicante pode, no âmbito do processo de adjudicação de um contrato público, convidar qualquer proponente cuja proposta padeça de irregularidades substanciais, na aceção da referida legislação, a regularizar a sua proposta, sem prejuízo do pagamento de uma sanção pecuniária, desde que o montante desta sanção se mantenha compatível com o princípio da proporcionalidade, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar.

Em contrapartida, estas mesmas disposições e princípios devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que estabelece um mecanismo de retificação do processo, em aplicação do qual a entidade adjudicante pode exigir a um proponente, através do pagamento pelo mesmo de uma sanção pecuniária, que sane a falta de um documento que, segundo as disposições expressas dos documentos do contrato, deve conduzir à sua exclusão, ou que elimine as irregularidades que afetam a sua proposta de uma forma que as correções ou alterações operadas correspondam à apresentação de uma nova proposta".

COMENTÁRIO :

Uma vez mais a tensão entre a promoção da maior concorrência possível, com a admissão de correções a irregularidades nas candidaturas ou propostas, e o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento. Por exemplo, se a entrega de um documento é determinada como obrigatória e a falta da entrega cominada expressamente com a exclusão, permitir uma segunda oportunidade para o cumprir seria tratar o interessado em causa de modo diferente face aos que haviam executado o que era solicitado originalmente. A particularidade deste caso é que uma legislação nacional (italiana, constante de uma alteração ao seu Código dos Contratos Públicos, de 12 de abril de 2006) admitia correções contra o pagamento de uma sanção pecuniária. Os dois processos (C-523/16 e C-536/16) foram apensos, dado que a questão jurídica essencial para a resposta era a mesma. No processo C-523/16, o litígio estabeleceu-se entre a Centostazioni, que faz parte do grupo Ferrovie dello Stato, que havia lançado um concurso público (em 8 de janeiro de 2016) para adjudicação de um contrato público tendo por objeto as 'operações integradas de manutenção, ordinária e extraordinária, e o fornecimento de energia aos imóveis das estações ferroviárias', pelo período de 36 meses, e a MATI SUD, enquanto líder de um agrupamento temporário de empresas. O valor estimado do contrato era de € 170.864.780,81. Nos documentos do concurso referia-se a possibilidade de a entidade adjudicante pedir a regularização de qualquer proposta, sob pena de exclusão, implicando a satisfação deste pedido o pagamento de uma sanção pecuniária de € 35.000. Um dos documentos de apresentação obrigatória era relativa a um compromisso a ser firmado pelos membros de um agrupamento temporário de empresas. Declaração essa que teria de ser apresentada uma por cada lote. A MATI SUD apresentou uma proposta para os lotes 1 e 2, mas a declaração citada não estava assinada pelo seu representante legal. A entidade adjudicante notificou a MATI SUD para corrigir a sua proposta, e proceder ao pagamento da quantia referida. A MATI SUD entregou novos documentos, mas não pagou o devido. Por isso, a entidade adjudicante indicou que se faria pagar através da execução parcial da caução provisória. No processo C-536/16, o litígio formou-se entre a Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri i Periti Commerciali (CNPR, uma caixa profissional de contabilistas e revisores) e a empresa Duemme, a propósito de um concurso público para a celebração de um acordo-quadro de gestão da carteira de títulos da CNPR, concurso esse lançado em outubro de 2014. O valor estimado desse contrato era de € 20.650,000. Nos documentos pré-contratuais, a sanção pecuniária era estabelecida em € 50.000, para a correção de irregularidades. Um dos documentos cuja entrega era

obrigatória consistia numa declaração sob compromisso de honra que atestasse estarem reunidas a condições previstas no artigo 38º, do Código dos Contratos Públicos. A Duemme não juntou declarações compatíveis com o previsto. Por isso a entidade adjudicante convidou-a a retificar a falta, pagando a sanção pecuniária de € 50.000. A Duemme corrigiu, mas recusou-se a pagar o montante referido. Como no outro processo, a entidade adjudicante indicou que se faria pagar pela execução parcial da caução provisória. Quer no processo que envolvia a MATI SUD como no que tinha a Duemme como interessada, foram desencadeados processos judiciais pretendendo a anulação da aplicação da sanção pecuniária. Depois de esclarecer que apreciaria a questão prejudicial face ao disposto nas diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, e de identificar que não existe, na regulação das contratações nos setores especiais, um conjunto normativo correspondente ao do artigo 51, da diretiva 2004/18/CE – cujo texto era : ***"A entidade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados e documentos apresentados em aplicação dos artigos 45º a 50º"****, passou aos temas essenciais. Declarando que, mesmo na previsão citada da diretiva 2004/18/CE, não define a lei como e com que limites a sua execução é possível, o Tribunal de Justiça lembrou jurisprudência anterior –* ***"49. Importa igualmente recordar que o artigo 51º da Diretiva 2004/18 não pode ser interpretado como permitindo à entidade adjudicante aceitar quaisquer retificações às omissões que, segundo as disposições expressas dos documentos do concurso, devem conduzir à exclusão do proponente (Acórdãos de 6 de novembro de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, nº 46, e de 10 de novembro de 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, nº 30".*** *Lembrou igualmente a possibilidade, em geral, de corrigir pequenas erros, como erros materiais manifestos (nº 50, do acórdão). Mas afirmou que, em caso algum, este tipo de operações poderia ser, em substância, representar a apresentação de uma nova proposta (nº 52, idem). E trouxe o princípio da proporcionalidade, que deve inspirar qualquer solução neste particular. A posição do Tribunal de Justiça sustentou assim a sua posição :* ***"55. (...) importa declarar que conforme salientou o advogado-geral nos nºs 60 e 61 das conclusões, o próprio conceito de irregularidade substancial que não está definido no artigo 38º, nº 2.bis, do Código dos Contratos Públicos, não se afigura compatível nem com o disposto no artigo 51ºda Diretiva 2004/18 nem com os requisitos a que está subordinada a clarificação de uma proposta, no âmbito de um contrato público abrangido pela Diretiva 2004/17, por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça recordada nos nºs 49 a 52, do***

presente acórdão. 56. Daqui resulta que o mecanismo da retificação do processo previsto no artigo 38º, nº 2.bis, do Código dos Contratos Públicos não pode ser aplicado no caso de a proposta apresentada não poder ser regularizada ou clarificada na aceção da jurisprudência recordada nos nºs 49 a 52 do presente acórdão e que, por conseguinte, nenhuma sanção lhe pode ser aplicada neste caso". *O Tribunal de Justiça, sem eliminar, em tese, a hipótese de correção, ou retificação, de uma proposta, invalida a solução italiana concreta, exceto se o órgão jurisdicional de reenvio considerar que o caso se contenha nas baias da jurisprudência expressamente invocada (nº 57, sempre do acórdão). Além disso, acompanhou a crítica do advogado-geral sobre a desproporcionalidade do montante das sanções (as duas, parte destes processos apensos). Suportado no seguinte argumento :* ***"62. (...) a aplicação automática da sanção assim antecipadamente fixada, independentemente da natureza das regularizações efetuadas pelo proponente negligente e, portanto, igualmente sem qualquer fundamentação individualizada, não se afigura compatível com as exigências decorrentes do respeito pelo princípio da proporcionalidade."***

Processo C- 35/17 (Saferoad)
Acórdão de 13 de julho de 2017

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). Neste processo o Tribunal de Justiça reiterou que era incompatível com o princípio da igualdade de tratamento a exclusão de um interessado por motivo que não constasse expressamente dos documentos pré-contratuais, como cominação dessa mesma exclusão.

Processo C-124/17 (Vossloh)
Acórdão de 24 de outubro de 2018
ECLI:EU:C:2018:855

"1) O artigo 80º 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, lido em conjugação com o artigo 57º, nº 6, 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 não se opõe a uma disposição do direito nacional que exige a um operador económico, que pretenda demonstrar a sua fiabilidade apesar da existência de uma importante causa de exclusão, que esclareça completamente os factos e circunstâncias relacionados, com a infração penal ou a falta cometida, colaborando ativamente não só com a autoridade responsável pelo inquérito, mas também com a autoridade adjudicante, no âmbito da função própria desta última, a fim de lhe apresentar a prova do restabelecimento da sua fiabilidade, desde que essa colaboração seja limitada às medidas estritamente necessárias para esse exame.

2) O artigo 57º, nº 7, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que, quando um operador económico adotar um comportamento abrangido pela causa de exclusão referida no artigo 57º, nº 4, alínea d), desta diretiva, que tenha sido punido por uma autoridade competente, o período máximo de exclusão é calculado a contar da data de decisão desta autoridade."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Vossloh Laeis GmbH à Stadtwerke Muenchen GmbH (uma empresa pública municipal) a propósito da exclusão da primeira de um sistema de qualificação criado pela segunda, no âmbito da adjudicação dos contratos públicos abrangidos pelo domínio do fornecimento de elementos das vias férreas. Esse sistema de qualificação tinha sido estabelecido em 2011, e fora prorrogado várias vezes, a última das quais em 22 de dezembro de 2015, tendo terminado no final de 2016. A Vossloh fabrica elementos para as linhas ferroviárias, como carris e outros em aço, além de outros bens e equipamentos. Em março de

2016, a Autoridade Federal da Concorrência alemã aplicou-lhe uma coima por ter participado, até 2011, em acordos abrangidos pelo direito e práticas concertadas que diziam respeito a agulhas, aplicando-lhe a regra da clemência, para ter em conta a cooperação de que tinha feito prova. A Stadtwerke Muenchen que era uma entidade suscetível de ter sofrido um prejuízo devido ao cartel da linha férrea, intentou uma ação cível de indemnização contra a Vossloh Laeis. No âmbito de um procedimento de adjudicação, a Stadtwerke manifestou dúvidas, em comunicação de 15 de junho de 2016, quanto à fiabilidade da Vossloh, dada a sua participação no citado cartel. A Vossloh respondeu a 16 de junho de 2016, mas recusou dar conhecimento da decisão da Autoridade Federal da Concorrência., por considerar que a sua colaboração com a Autoridade seria suficiente para saneamento interno. A 4 de novembro de 2016, a Vossloh foi excluída do procedimento. A Vossloh impugnou o ato de exclusão. Tendo em conta que o contrato é celebrado no setor dos transportes, e a data dos factos, são relevantes para o enquadramento jurídico da matéria o artigo 80, da diretiva 2014/25/UE, e o nº 6 da diretiva 2014/24/UE. A primeira disposição tem o seguinte texto, sob a epígrafe "utilização dos motivos de exclusão e dos critérios de seleção, previstos na Diretiva 2014/14/UE" : ***"1. As regras e os critérios objetivos de exclusão e de seleção dos operadores económicos que requerem a qualificação num sistema de qualificação e as regras e os critérios objetivos de exclusão e de seleção dos candidatos e dos proponentes nos concursos abertos, nos concursos limitados ou nos procedimentos por negociação, nos diálogos concorrenciais ou nas parcerias para a inovação, podem incluir os motivos de exclusão enumerados no artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições nele definidos. Se a entidade for uma autoridade adjudicante, esses critérios e regras incluem os motivos de exclusão enumerados no artigo 57º, nºs 1 e 2, da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições nele definidos. Se os Estados-Membros assim o exigirem, esses critérios e regras devem ainda incluir os motivos de exclusão enumerados no artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições definidos no mesmo artigo. Os critérios e regras definidos no sº 1, do presente artigo podem incluir os critérios de seleção estabelecidos no artigo 58º da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições nele definidos, nomeadamente no que respeita a limites aos requisitos relativos aos volumes de negócios anuais, conforme previsto no nº 3, segundo parágrafo, do mesmo artigo. 3. Para efeitos de aplicação do disposto nos nºs 1 e 2 do presente artigo, aplicam-se os artigos 59º a 611º da diretiva 2014/24/UE".*** *A falta profissional grave como motivo*

potencial de exclusão consta da alínea c), do nº 4, do artigo 57, da Diretiva 2014/24/UE, e a celebração de acordos visando a distorção da concorrência, da alínea d), dos mesmos número e artigo. O nº 6, do artigo 57, da Diretiva 2014/24/EU, prevê um sistema de justificação de fiabilidade, ***"não obstante a existência de uma importante causa de exclusão".*** *Coerentemente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é prestada uma atenção especial aos procedimentos e diligências para verificação do comportamento do interessado posterior ao cometimento da falta grave, e à troca de informações relevantes a esse propósito. O Tribunal frisa, igualmente, que quando se menciona a colaboração com as autoridades competentes, elas tanto são a adjudicante, como aquela (caso da Autoridade Federal da Concorrência) responsável por um inquérito em matéria especial, e pela aplicação da sanção. Em concreto :* ***"29. Mais especificamente, numa situação como a que está em causa no processo principal, o proponente é nomeadamente obrigado a provar que esclareceu totalmente os factos e as circunstâncias do cartel no qual participou, colaborando ativamente com a autoridade da concorrência responsável pela investigação desses factos".*** *O que não dispensa o esclarecimento de toda a situação perante a entidade adjudicante respetiva. O Tribunal de Justiça viabiliza, assim, a solução nacional alemã, que impõe o esclarecimento total da falta grave, e dos atos e meios aplicados para colmatar a situação, seja perante a entidade pública responsável pela sanção, seja perante a entidade adjudicante (nº 33, do acórdão). Um segundo tema jurídico foi suscitado, assim resumido pelo Tribunal de Justiça :* ***"34. (...) o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 57º, nº 7, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que, quando um operador económico adotar um comportamento abrangido pela causa de exclusão referida no artigo 57º, nº 4, alínea d),desta diretiva, que tenha sido punido por uma autoridade competente, o período máximo de exclusão deve ser calculado a contar da data da decisão dessa autoridade".*** *A Vossloh sustentou que o prazo deveria ser contado do fim da participação no cartel, e não da decisão sancionatória, sendo esse o "facto pertinente" mencionado na parte final do nº 7, do artigo 57. O Tribunal afirmou :* ***"38. No caso em apreço, o comportamento abrangido pela importante causa de exclusão foi punido por uma decisão da autoridade competente, proferida no âmbito de um processo regulado pelo direito da União ou pelo direto nacional e destinado à constatação de uma infração a uma regra de direito. Nessa situação, por razões de coerência com as modalidades de cálculo do prazo previsto para as causas de exclusão obrigatórias,***

mas também da previsibilidade e segurança jurídica, há que considerar que a duração de três anos referida no artigo 57º, nº 7, da Diretiva 2014/24 é calculada a contar da data dessa decisão" ; "41. Por conseguinte, o período de exclusão deve ser calculado não a partir da participação no cartel, mas da data em que o comportamento foi objeto de uma declaração de infração pela autoridade competente". *O prazo de impedimento para infração nos termos do nº 4, do artigo 57, da Diretiva 2014/24/UE, tinha um máximo de três anos, com a sua aplicação concreta matizada pelo cumprimento, ou não, do disposto no nº 6, do mesmo artigo, sendo mesmo possível desconsiderar a exclusão, se ela não tiver sido imposta por decisão sancionatória de entidade competente.*

Processo C-144/17 (Loyd's of London)
Acórdão de 8 de fevereiro de 2018

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Aborda motivos de exclusão automática de um procedimento devido a propostas apresentadas por sociedades do mesmo grupo, e com uma assinatura comum entre elas. Uma vez mais, desde que se considerasse que as propostas em causa eram independentes, tal era possível. Mesmo quando a pessoa que assine as duas propostas seja a mesma !

Processo C-41/18 (Meca)
Acórdão de 19 de junho de 2019
ECLI:EU:C:2019:507

"O artigo 57º, nº 4, alíneas c) e g), 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 ao abrigo da qual a impugnação judicial da decisão de resolver um contrato público tomada por uma autoridade adjudicante devido a deficiências significativas verificadas durante a sua execução impede a autoridade adjudicante que lança um novo concurso de efetuar qualquer apreciação, na fase da seleção dos proponentes, sobre a fiabilidade do operador a que diz respeito essa resolução."

COMENTÁRIO :

O texto das alíneas c) e g), do nº 4, do artigo 57, da diretiva 2014/24/EU é o seguinte : ***"4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação de num procedimento de contratação, numa das seguintes situações : (...) c) Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade ; (...) g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, À condenação por danos ou a outras sanções comparáveis"***. *O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a comuna da Nápoles e a empresa Meca srl, a propósito da decisão da entidade adjudicante de autorizar outra empresa, a Sirio, Srl, a prosseguir com a sua participação num concurso destinado a adjudicar um contrato público de serviços relativo a refeições escolares no ano letivo de 2017/2018. Tal contrato estava dividido em dez lotes, cada um correspondendo a uma das circunscrições territoriais do município em causa. A Sirio tinha sido parte de um contrato anterior com objeto similar, para dois lotes, e que fora rescindido em maio de 2017, devido a casos de intoxicação alimentar causados pela presença de bactérias coliformes nos géneros servidos numa cantina escolar. Esta decisão da entidade*

adjudicante foi objeto de recurso por parte da Sirio. Em consequência, o contrato para os dois lotes, anteriormente celebrado pela Sirio, para o ano letivo 2016/2017, foi atribuído à Meca. O Tribunal de Justiça começa por, quanto à matéria legalmente pertinente, notar que houve evolução entre as soluções da diretiva 2004/18/CE e as da diretiva 2014/24/UE, - ***"27. (...) é inegável que a Diretiva 2014/24 restringe a margem dos Estados-Membros. Com efeito, enquanto a remissão para a legislação e a regulamentação nacionais estava prevista em cinco das sete hipóteses que constavam do artigo 45º, nº 2, da Diretiva 2004/18, atualmente, de entre as nove hipóteses previstas no artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24, apenas a hipótese mencionada na alínea b) deste nº 4 contém essa remissão".*** *E salienta outro aspeto muito relevante, na estrutura das normas citadas :* ***"28. (...) Resulta assim da redação da referida disposição que foi às autoridades adjudicantes, e não a um órgão jurisdicional nacional, que foi confiada a tarefa de apreciar se um operador económico deve ser excluído de um procedimento de contratação".*** *E que a exclusão de participação pode ocorrer a qualquer momento, do procedimento, conforme o nº 5, do artigo 57, da diretiva de 2014. Como a lei italiana impunha a exclusão obrigatória com base na verificação de um vasto conjunto de hipóteses (entre os quais a rescisão de contrato anterior), não deixando à entidade adjudicante espaço de liberdade, que não o resultante da interpretação concreta dessas normas, provocando uma restrição do poder de apreciação das propostas, em qualquer procedimento posterior. Resulta da alínea c), do nº 5, do artigo 80, do Código dos Contratos Públicos italiano. Continuando :* ***"38. Com efeito, a faculdade de apreciação que o artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24 confere à entidade adjudicante fica paralisada pela simples impugnação judicial por um candidato ou proponente da resolução de um contrato público anterior de que o mesmo era signatário, mesmo que tenha parecido que a sua conduta apresentou deficiências suficientes para justificar essa resolução. 39. Além disso, uma norma como a enunciada no artigo 80º, nº 5, alínea c), do Código dos contratos Públicos não incentiva, de forma evidente, um adjudicatário que foi objeto de uma decisão de resolução de um contrato público a adotar medidas corretivas. Nesta medida, essa regra é suscetível de colidir com os preceitos do artigo 57º, nº 6, da Diretiva 2014/24".*** *Tenha-se em atenção que o Tribunal de Justiça responde às questões que lhe são colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, e não à interpretação da lei nacional. No presente processo, cremos que outras dúvidas se poderiam suscitar na aplicação das normas do Código dos Contratos Públicos italiano, porque estas utilizam a expressão, para a*

declaração da resolução – ***"não impugnada judicialmente ou confirmada por decisão judicial"****, para fazer operar a obrigação de exclusão. Mas certo é que estas outras dúvidas não constaram da questão prejudicial.*

Processo C-63/18 (Vitali)
Acórdão de 26 de setembro de 2019
ECLI:EU:C.2019:787

"A 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) 2015/2170 da Comissão, de 24 de novembro de 2015, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que limita a 30% a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros."

COMENTÁRIO :

Temos, de novo, o tema da subcontratação, ou, melhor, da validade, face ao direito da União para a contratação pública, dos limites à subcontratação. O litígio no processo principal desenvolveu-se em Itália, entre a Vitali Spa e a Autostrade per l'Italia, Spa, a respeito de uma decisão assumida por esta última, enquanto entidade adjudicante, de excluir a primeira de um concurso limitado (desencadeado com a publicação de um anúncio em agosto de 2016) destinado a adjudicar as obras de ampliação da quinta via da autoestrada A8 entre a portagem de Milão (Norte) e a interligação de Lainate. O valor estimado do contrato era de € 85.211.216,84, sem IVA. Nos fundamentos da impugnação, a Vitali colocou a eventual contradição entre o limite de 30% em subcontratação e a regulamentação europeia, limite esse que a Autostrade tinha invocado para justificar a exclusão. O Tribunal de Justiça declarou : ***"27. (...) segundo jurisprudência constante, e como resulta do considerando 78 da Diretiva 2014/24, é do interesse da União que, em matéria de contratos públicos, seja reforçada a abertura de um concurso público para a concorrência. O recurso à subcontratação, que é suscetível de favorecer o acesso de pequenas e médias empresas aos contratos públicos, contribui para a prossecução deste objetivo (v. neste sentido, acórdão de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C-2017:266, nº 48, e jurisprudência referida. 28. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou no nº 35 do Acórdão de 14 de julho de 2016, Wroclaw Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), que tinha por objeto a interpretação da Diretiva 2004/18, que uma cláusula do caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que impõe restrições ao recurso à subcontratação de uma parte do contrato, fixada de forma abstrata numa determinada***

percentagem deste, e isto independentemente da possibilidade de verificar as capacidades dos eventuais subcontratantes e sem nenhuma menção à natureza essencial das tarefas em causa, é incompatível com essa diretiva, aplicável no âmbito do litígio que deu origem ao referido acórdão". *O Tribunal de Justiça frisa a evolução legislativa entre a diretiva 2004/18/CE e a diretiva 2014/24/UE, mas conclui :* ***"30. Todavia, não se pode deduzir da vontade do legislador da União de enquadrar com mais precisão, através da adoção de tais regras*** (regras mais precisas sobre as condições de subcontratação, que foram ineridas em 2014, nota nossa)***, as situações em que o proponente recorreu à subcontratação que os Estados-Membros têm agora a faculdade de limitar a subcontratação a uma parte do contrato fixada de forma abstrata numa determinada percentagem deste, à semelhança do limite imposto pela regulamentação em causa no processo principal".*** *Assim, o sentido da jurisprudência manteve-se.*

Processo C-101/18 (Idi)
Acórdão de 28 de março de 2019
ECLI:EU:C:2019:267

"O artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alínea b), 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 não se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que permite excluir de um processo de adjudicação de um contrato público um operador económico que, à data da decisão de exclusão, tenha apresentado um pedido de acordo de credores, reservando-se o direito de apresentar um plano que preveja a prossecução da atividade."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O litigio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Idi Srl à Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis) a propósito da exclusão do agrupamento temporário de empresas, de que a Idi era mandatária, num processo de adjudicação de um contrato público de serviços relativo à direção de obras, medição e contabilidade, assistência na receção e na coordenação da segurança e em matéria de saúde. O anúncio foi publicado a 24 de julho de 2013, e o valor estimado do contrato era de € 2.028.096,59. A 29 de abril de 2014, o contrato foi adjudicado provisoriamente ao agrupamento temporário de empresas de que fazia parte a Idi e a TEI. Esta última apresentou a 18 de junho de 2014, perante o Tribunal de Milão um pedido de acordo de credores. E a Arcadis excluiu o agrupamento temporário de empresas do procedimento em causa, dado que, no seu pedido de acordo de credores, a TEI não havia junto um plano que previsse a prossecução da atividade, desaproveitando, assim, uma exceção que consta expressamente da lei falimentar. O Tribunal de Justiça começou por lembrar – ***"35. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quanto aos contratos públicos abrangidos pela Diretiva 2004/18, o artigo 45º, nº 2, dessa diretiva deixa aos Estados-Membros a aplicação dos sete casos de exclusão que refere, relativos à honestidade profissional, à solvabilidade ou à fiabilidade dos candidatos de um contrato, como revela a expressão 'pode ser excluído do procedimento de contratação' que consta do início dessa disposição (acórdão de 14 de dezembro de 2016,***

Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, nº 28)". *E salientou que basta a pendência de uma ação de falência ou liquidação (pu similar), para se poder ser, segundo a respetiva legislação nacional, excluído. A solução italiana, para a conjugação do desejo de participar num procedimento de contratação de um contrato público com a pendência de um processo da natureza dos atrás referidos foi* ***– "43. É certo que resulta da decisão de reenvio que um operador económico que apresentou um pedido de acordo judicial que inclui um plano para a prossecução da sua atividade pode, em condições fixadas pelo direito nacional, participar em processos de adjudicação de contratos públicos. Por conseguinte, a legislação italiana cria uma diferença de tratamento entre os operadores económicos que apresentaram um pedido de acordo de credores, quanto à sua capacidade de participar em processos de adjudicação de contratos públicos, consoante esses operadores económicos tenham ou não incluído, no seu pedido de acordo, um plano que preveja a prossecução da atividade. 44. Contudo, esta diferença de tratamento não é contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça".*** *E validou todo o sistema nesta matéria, aceitando a utilização da flexibilidade que as normas da diretiva em causa previu. Além de considerar que, com a simples apresentação do pedido de acordo de credores, estava pendente a ação.*

C-267/18 (Delta)
Acórdão de 3 de outubro de 2019
ECLI:EU:C:2019:826

"O artigo 57º, nº 4, alínea g), 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 a subcontratação, por um operador económico, de uma parte das obras no âmbito de um contrato público anterior, decidida sem o consentimento da entidade adjudicante e que deu lugar à rescisão do referido contrato, constitui uma deficiência significativa ou persistente verificada na execução de um requisito essencial desse contrato, na aceção dessa disposição, e é, portanto, suscetível de justificar a exclusão desse operador económico da participação num procedimento de contratação pública ulterior se, após ter efetuado a sua própria avaliação da idoneidade e da fiabilidade do operador económico afetado pela rescisão do contrato público anterior, a entidade adjudicante que organiza esse procedimento de contratação pública ulterior, considerar que essa subcontratação implica a rutura da relação de confiança com o operador económico em causa. Antes de decidir dessa exclusão, a entidade adjudicante deve, no entanto, nos termos do artigo 57º, nº 6, desta diretiva, conjugado com o considerando 102 da mesma diretiva, permitir a esse operador económico apresentar as medidas corretivas que adotou na sequência da rescisão do contrato público anterior."

<u>COMENTÁRIO :</u>
A alínea h), do nº4, do artigo 57, da diretiva 2014/24/UE, tem o seguinte texto : ***"As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações : (...) h) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato da concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções administrativas".*** *O litígio estabeleceu-se na Roménia entre um empreiteiro (Delta) e uma empresa pública de administração de infraestruturas rodoviárias (CNAIR) a propósito da*

exclusão da Delta de um concurso público para adjudicação de uma empreitada de alargamento de uma estrada nacional, desencadeado por anúncio publicado a 25 de julho de 2017, com valor muito superior ao limiar de aplicação das normas europeias de contratação pública. Porém, como antecedente relevante, em 3 de outubro de 2004, o município de Râminu Vâlcea adjudicou uma empreitada de obras de renovação e modernização de uma estrutura recreativa a uma associação temporária de empresas (ATE), liderada pela Delta. A 7 de junho de 2017 o município rescindiu esse contrato, porque essa ATE havia a um subcontratante sem o consentimento da entidade adjudicante. A 25 de julho de 2017, o município divulgou a decisão de rescisão, na plataforma apropriada a tal, segundo o regime legal romeno. A 27 de julho de 2017, a CNAIR lançou o procedimento do qual haveria de resultar o litígio, e a Delta, no contexto de outra ATE. Consultada pela CNAIR a informação constante da plataforma eletrónica referida, foram pedidos esclarecimentos à Delta. Que desvalorizou a falta que havia conduzido à rescisão, e informou, por sua vez, que havia a impugnado judicialmente. A CNAIR bastou-se com o facto de o "ato de verificação" (ato previsto na legislação romena, que confirma a existência de incidentes nas qualidades dos interessados) não ter sido cancelado ou, pelo menos, suspenso. Ao que acrescia outro elemento : no preenchimento do DEUCP (Documento Europeu Único de Contratação Pública), a Delta não havia referido o incidente de rescisão do contrato. Do modo como veio formulada a questão, o Tribunal de Justiça fez o seguinte resumo : ***"24. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que a subcontratação, por um operador económico, de uma parte das obras no âmbito de um contrato público anterior, decidida sem o consentimento da entidade adjudicante e que deu origem à rescisão do referido contrato, constitui uma deficiência significativa ou persistente verificada na execução de um requisito essencial desse contrato público, na aceção dessa disposição, e justifica a exclusão desse operador económico da participação num procedimento de contratação pública ulterior".*** *Depois de salientar que o legislador da União, com a redação dada ao nº 4, do artigo 57, conferiu exclusivamente à entidade adjudicante o poder de exclusão de um procedimento (nº 25), o Tribunal de Justiça reservou o seguinte :* ***"28. (...) uma entidade adjudicante não pode automaticamente deduzir da decisão de outra entidade adjudicante de rescindir um contrato público anterior, com o fundamento de que o adjudicatário subcontratou uma parte das obras sem a sua aprovação prévia, que foram cometidas***

deficiências significativas ou persistentes por este adjudicatário, na aceção do artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, relativamente à execução de um requisito essencial desse contrato público". *Por isso, teria a CNAIR de determinar, em sua opinião, se o recurso a um subcontratante sem autorização afetava a execução de um requisito essencial de um contrato público anterior ao do seu procedimento de adjudicação (nº 31, do acórdão), se o contrato incluía uma obrigação de execução pessoal, ou não (nº 32), se o recurso ao subcontratante era suscetível de ser considerado uma alteração substancial da proposta apresentada (nº 33, conforme jurisprudência dos processos C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur e C-91/08, Wall). E respeitar o contraditório, em toda a operação de análise da falta (números 37 e 38). A declaração no DEUCP não foi abordada, e não constava da questão prejudicial, apresentada pelo Tribunal de Recurso de Bucareste.*

Processo C-309/18 (Lavorgna)
Acórdão de 2 de maio de 2019
ECLI:EC:C:2019:350

"Os princípios da segurança jurídica, da igualdade de tratamento e da transparência, conforme previstos na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa os contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, segundo a qual a não indicação em separado dos custos de mão de obra, numa proposta financeira apresentada no âmbito de um processo de adjudicação de contratos públicos, implica a exclusão dessa proposta sem possibilidade de sanação dos vícios processuais, incluindo no caso de a obrigação de indicar esses custos em separado não estar especificada na documentação do concurso, na medida em que esta condição e esta possibilidade de exclusão estão claramente previstas na legislação nacional relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos para a qual era feita uma remissão expressa nessa documentação. Todavia, se as disposições do anúncio do concurso não permitem que os proponentes indiquem estes custos nas suas propostas financeiras, os princípios da transparência e da proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que se permita aos proponentes regularizar a sua situação e cumprir as obrigações previstas na legislação nacional na matéria, num prazo fixado pela autoridade adjudicante."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a empresa Lavorgna srl à comuna de Montelanico, em Itália, à comuna de Supino à comuna de Sgurgolae à comuna de Trivigliano, a respeito da adjudicação de um contrato público a uma empresa que não indicou de forma distinta os custos de mão de obra na sua proposta financeira. Por anúncio publicado em 29 de setembro de 2017, a comuna de Montelanico lançou um procedimento de concurso público cujo valor atingia o limiar para que interviesse diretamente o direito da União sobre contratos públicos. Como aponta o Tribunal de Justiça : ***"8. (...) Este anúncio*** (do procedimento atrás referido, nota nossa) ***não recordava expressamente a obrigação que incumbe aos operadores de indicarem na sua proposta financeira os custos de mão de obra, prevista no artigo 95º, nº 10, do Código dos Contratos***

Públicos". *Seis concorrentes apresentaram propostas, entre os quais a Gea e a Lavorgna. A Gea, e outros concorrentes, foram convidados pela entidade adjudicante a indicar os seus custos de mão de obra, não constantes das respetivas propostas. A Lavorgna foi colocada em segundo lugar, e o contrato adjudicado à Gea. A Lavorgna impugnou judicialmente a decisão, por entender que a Gea deveria ter visto a sua proposta excluída. Matéria semelhante já tinha sido objeto de decisão (após cuidada interpretação), como se depreende das conclusões dos processos C-27/15 (Pippo Pizzo), C-695/15 (MB), C-140/16 (Edra Costruzione) e C-162/16 (Spinosa). E o Tribunal de Justiça havia afirmado que a exclusão baseada em interpretação de normas jurídicas, e não da aplicação de comandos expressos de exclusão, constante dos documentos pré-contratuais, não seria possível, juridicamente. Aqui a posição não foi propriamente a mesma, embora, como será visto infra, terão existido motivos para tal, que vão além da questão principal antes tratada. Depois de reiterar a necessidade, para que seja respeitado o princípio da igualdade de tratamento, e a transparência de todo o processo, a necessidade de serem elaboradas regras claras e precisas para a participação no procedimento, também concordou que, nos termos do nº 5, do artigo 65, da diretiva 2014/24/UE, os Estados-Membros podem determinar o que tem de ser obrigatoriamente entregue. Como a descriminação dos custos de mão de obra, como era o caso. E avançou no seu raciocínio :* ***"26. (...) embora o órgão jurisdicional de reenvio saliente que o anúncio de concurso em causa no processo principal não recordava explicitamente a obrigação que incumbe aos potenciais proponentes, prevista no artigo 95º, nº 10, do Código dos Contratos Públicos, de indicarem, na proposta financeira, os respetivos custos de mão de obra, resulta, no entanto, dos elementos dos autos que o Tribunal de Justiça dispõe que esse anúncio precisava que, 'para tudo o que não esteja expressamente previsto neste anúncio, nos documentos e no caderno de encargos do concurso público, aplicam-se as regras do Código dos Contratos Públicos. 27. Daqui resulta que qualquer proponente razoavelmente informado e normalmente diligente podia, em princípio, tomar conhecimento das normas pertinentes aplicáveis ao procedimento de concurso em causa no processo principal, incluindo a obrigação de indicar na proposta financeira os custos de mão de obra".*** *Com isto, o Tribunal de Justiça aceitaria a exclusão (nº 28, do acórdão). Mas o tema não fica por aqui :* ***"29. Todavia, resulta das observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça pela Gea que o formulário previamente elaborado que os proponentes no concurso púbico em causa no processo principal deviam obrigatoriamente utilizar não***

lhes permitia materialmente indicar os custos da mão de obra em separado. Além disso, o caderno de encargos relativo a este concurso precisava que os proponentes não podiam apresentar qualquer documento que não tivesse sido especificamente solicitado pela autoridade adjudicante". *O que poderia ser um elemento decisivo, o que foi remetido ao órgão jurisdicional de reenvio para verificar. Porque a* ***"confusão"*** *(assim identificada no número 30, do acórdão) criada aos concorrentes, poderia ser relevante. Por tudo isto, a pronúncia do Tribunal de Justiça ficou-se pela afirmação de uma dupla interpretação normativa. Dupla, por ter um conteúdo até à última frase, e outro, nesse trecho.*

Processo C-395/18 (Tim)
Acórdão de 30 de janeiro de 2020
ECLI:EU:C:2020:58

"O artigo 57º, nº 4, alínea a), 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, não se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante tem a faculdade, ou mesmo a obrigação, de excluir o operador económico que tenha apresentado a proposta de participação no procedimento de contratação, quando o motivo de exclusão referido nessa disposição for constatado em relação a um dos subcontratantes mencionados na proposta desse operador. Em contrapartida, esta disposição, lida em conjugação com o artigo 57º, nº 6, desta diretiva, bem como o princípio da proporcionalidade opõem-se a uma regulamentação nacional que prevê o automatismo dessa exclusão."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Tim Spa-Direzione e coordinamento Vivendi SA à Consip, Spa e ao Ministério da Economia e das Finanças a propósito da exclusão da Tim de um procedimento de concurso público lançado pela Consip. O anúncio desse concurso foi publicado a 3 de agosto de 2016 no JOUE e a Consip, agindo como central de compras da Administração Pública italiana pretendia contratar um sistema de comunicação ótica, denominado "Sistema Wavelength Division Multiplexing", ou WDM. A Tim apresentou uma proposta, na qual mencionava três subcontratantes a quem pretendia recorrer para a execução do contrato, anexando o Documento Único Europeu de Contratação Pública (DUECP) de cada uma delas. Segundo a descrição do acórdão : ***"14. No decurso do procedimento, a autoridade adjudicante constatou que um dos subcontratantes mencionados pela Tim na sua proposta não cumpria as normas relativas ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Consequentemente, a Consip excluiu a Tim do concurso, em aplicação do artigo 80º, nº 5, alínea i), do Código dos Contratos Públicos".*** *O que ditou a exclusão da Tim, que impugnou judicialmente esse ato negativo. A Diretiva 2014/24/UE, através da alínea a), do nº 4, do seu artigo 57, dispõe o seguinte :* ***"4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação numa das seguintes***

situações : a) Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis a que se refere o artigo 18º, nº 2". *O nº 2, do artigo 18, nº 2, da mesma diretiva, tem o seguinte texto :* ***"2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constante do anexo X".*** *Existe, portanto, uma considerável liberdade para os Estados-Membros, e as suas entidades adjudicantes, decidirem sobre as condições de exclusão, mesmo sem escolherem as situações previstas na diretiva. Só que esse exercício tem de respeitar os requisitos gerais do direito da União. O Tribunal de Justiça começou por considerar que era legítima a imputação de uma falta, mesmo que referida a um subcontratante potencial (parte final do número 35, do acórdão). E também que, para cumprir os objetivos nobres da melhor contratação, ou da promoção do bem estar coletivo, não é impossível que se preveja a exclusão de um interessado num procedimento (nº 40, igualmente do acórdão). Mas há que respeitar, entre outros, o princípio da proporcionalidade. Por isso, a pronúncia do Tribunal foi :* ***"50. (...) quando corre o risco de ser excluído da participação no procedimento de contratação, em razão de um incumprimento das obrigações em matéria ambiental, social e laboral imputável a um dos subcontratantes a quem poderia recorrer, o operador económico que tenha apresentado a proposta pode demonstrar à autoridade adjudicante que se mantém fiável não obstante a existência desse motivo de exclusão, devendo a autoridade adjudicante, em conformidade com o artigo 57º, nº 6, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24, apreciar os elementos de prova apresentados por esse operador, em função da gravidade da situação e das circunstâncias particulares do caso concreto".*** *É de salientar a forma como o Tribunal de Justiça coloca a questão do subcontratante, nomeadamente o efeito automático sobre o potencial contratante principal : a exclusão. O Tribunal entende que esse automatismo acaba por incidir sobre os direitos do potencial adjudicatário, criando uma limitação na concorrência que se poderia melhor estabelecer com um número mais alargado de propostas aceites, que constitui um dos principais objetivos das diretivas sobre contratação pública. E, continuando :* ***"52. Em especial, essa regulamentação não permite à autoridade adjudicante ter em conta, para efeitos de avaliação da situação, uma série de fatores***

pertinentes, como os meios de que o operador económico que tinha apresentado a proposta dispunha para verificar a existência de um incumprimento por parte dos subcontratantes ou a presença de uma indicação, na sua proposta, de que está em condições de executar o contrato sem ter necessariamente de recorrer ao subcontratante". *Logo, o que estava desconforme ao direito da União era o automatismo que implicava a exclusão, coartando a própria entidade adjudicante no seu poder de apreciação da falta em causa. Daí a censura à regulamentação nacional que a previa.*

Processo C-402/18 (Tedeschi)
Acórdão de 27 de novembro de 2019
ECLI:EU:C:2019:1023

"A 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 interpretada no sentido de que :

- se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a 30% a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros ;
- se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a possibilidade de reduzir os preços aplicáveis às prestações subcontratadas em mais de 20% em relação aos preços que resultam da adjudicação."

<u>COMENTÁRIO</u>

O litígio no processo principal opôs a Tedeschi Srl, em nome próprio e na qualidade de mandatária de um agrupamento temporário de empresas e o Consorzio Stabile Istant Service, em nome próprio e na qualidade de mandante de um agrupamento temporário de empresas à C.M. Service Srl e À Uniservitºa degli Studi di Roma La Sapienza, a propósito da adjudicação de um contrato público de serviços de limpeza. Estava em causa a apreciação, face ao direito da União, das seguintes normas do artigo 118, do decreto legislativo 163/2006 (Código dos Contratos Públicos) – **"2. *A entidade adjudicante deve indicar no projeto e no anúncio de concurso cada uma das prestações e, para as empreitadas de obras, a categoria principal com o respetivo montante e as outras categorias, relativas a todas as outras operações previstas no projeto, igualmente acompanhadas do seu montante. Todas as prestações e operações, independentemente da categoria a que pertençam, podem ser subcontratadas e encomendadas separadamente, Quanto às empreitadas de obras, no que respeita à categoria principal, o regulamento define a percentagem suscetível de ser objeto de subcontratação, que pode eventualmente variar em função das categorias, mas sem exceder em qualquer caso* (30%). *Para os serviços e os fornecimentos, essa percentagem refere-se ao valor atual do contrato* (...) 4. *O adjudicatário deve praticar, relativamente às prestações adjudicadas em subcontratação, os***

mesmos preço unitários que resultam da adjudicação, sem poder aplicar reduções superiores a (20%)". *Por anúncio publicado no JOUE em dezembro de 2015, a Universidade de Roma La Sapienza lançou um procedimento para adjudicação de um contrato público de limpeza, por cinco anos, e um valor estimado de € 46.300.968,40. O critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa. A C.M. Service foi classificada em segundo lugar, e impugnou judicialmente a atribuição do contrato ao agrupamento temporário de empresas Tedeschi, invocando o desrespeito pelas normas nacionais atrás citadas. Quanto à primeira questão, ou seja, a limitação do recurso à subcontratação numa determinada percentagem do valor do contrato, o Tribunal de Justiça lembrou sobretudo a decisão no processo C-406/14 (Wroclav Miasto), de 14 de julho de 2016, e os termos em que se pode restringir a colaboração de subcontratados (nº 37, do acórdão). Mas comparou-a com a solução legislativa italiana :* ***"38. (...) que impõe uma limitação do recurso à subcontratação de uma parte do montante do contrato, fixada de forma abstrata numa percentagem deste independentemente da possibilidade de verificaras capacidades dos eventuais subcontratados e a natureza essencial das tarefas em causa (...)".*** *O Tribunal de Justiça lembrou ainda, em especial para a situação em Itália, para a qual aceitou restrições às regras fundamentais e aos princípios gerias para a luta contra a criminalidade organizada (processo C-425/14, Edilux, acórdão de 22 de outubro de 2015). Porém, para o caso vertente, entendeu que se tinha ido além do necessário para atingir um objetivo como o citado, o qual é invocado, no presente processo, pelo Governo italiano (nº 40, do acórdão). Sobre a segunda questão (proibição de reduzir os preços aplicáveis às prestações subcontratadas em mais de 20% em relação aos preços que resultam da adjudicação), e tendo as autoridades italianas indicado que tal seria uma proteção dos trabalhadores dos subcontratados, o Tribunal de Justiça declarou :* ***"59. (...) a limitação dos 20% é suscetível de tornar menos atrativa a possibilidade oferecida pela Diretiva 2004/18 de recorrer à subcontratação para a execução de um contrato, uma vez que essa regulamentação limita a eventual vantagem concorrencial em termos de custos que os trabalhadores subcontratados apresentam para as empresas que pretendam prevalecer-se dessa possibilidade".*** *Considerou, assim, que não tinham sido apresentados argumentos que justificassem seja a limitação à subcontratação, seja a restrição quantitativa dos preços envolvidos nessa subcontratação. Ou seja, as afirmações legais de índole geral, sem possibilidade de comprovar, no caso concreto, se seriam aceitáveis as limitações em causa, seriam desproporcionadas à prossecução de objetivos de índole geral.*

Processo C-425/18 (Consorzio Nazionale Servizi)
Despacho de 4 de junho de 2019

ECLI:EU:C:2019:476

"O artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativo 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 se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que é interpretada no sentido de que exclui do âmbito de aplicação da 'falta grave'' cometida por um operador económico 'em matéria profissional' os comportamentos constitutivos de uma violação das regras a concorrência, constatados e punidos pela autoridade nacional da concorrência por meio de decisão confirmada por um órgão jurisdicional, e que impede as entidades adjudicantes de apreciarem de forma autónoma essa violação para eventualmente excluírem esse operador económico de um processo de adjudicação de um contrato público."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs o Consorzio Nazionale Servizi Societè Cooperativa (CNS) ao Gruppo Torinese Trasporti GTT Spa (GTT) tendo por objeto a anulação da decisão desta última de retirar a adjudicação de um contrato público à CNS. A GTT é uma sociedade que explora serviços no domínio dos transportes ferroviários urbanos, dos transportes em tram (elétricos), dos transportes em filobus e dos transportes em autocarros. Por meio de um anúncio publicado no JOUE em 30 de julho de 2015 e de um convite de 27 de novembro de 2015, abriu um concurso limitado, ao abrigo da diretiva 2004/17/CE, para a adjudicação do serviço de limpeza dos veículos, das instalações e dos locais, do serviço de transporte e de abastecimento dos veículos e de serviços acessórios de estabelecimentos da entidade adjudicante. A GTT indicou que, considerando os seis lotes em que se dividia, o montante do concurso quase atingia quase € 30 milhões. Depois de ter atribuído, a 14 de julho de 2017, três dos seis lotes à CNS, a GTT retirou essa adjudicação. O motivo para tal foi a existência de uma decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), de 22 de dezembro de 2015, que aplicara à CNS uma coima no montante de € 56.190.090 pela sua participação num acordo restritivo da concorrência de tipo horizontal, a qual tinha por objeto influenciar o resultado de um

procedimento de contratação levado a cabo por outra entidade administrativa. Esta decisão fora confirmada por decisão judicial transitada em julgado. O Tribunal de Justiça considerou que estava em condições de decidir, por despacho, aplicando o previsto no artigo 99, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, porque considerou que a resposta à questão prejudicial podia ser deduzida da jurisprudência. A matéria sobre qual decidir residia não esclarecimento sobre se uma violação em matéria de concorrência podia constituir uma "falta profissional grave". A afirmação, embora reprodutora de decisões anteriores, do que é a jurisprudência quanto ao tema das exclusões, consta essencialmente dos números 25 a 28 do acórdão. Para concluir nesta último : ***"Daqui resulta de que os conceitos de 'falta grave' cometida em 'matéria profissional', que figuram no referido artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alínea d), podem ser precisados e explicitados pelo direito nacional, no respeito, contudo, do direito da União (Acórdão de 13 de dezembro de 2012,Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11 EU:C:2012:801, nº 26)".*** *E considera que o conceito de "falta em matéria profissional" abrange qualquer comportamento culposo que afete a credibilidade profissional, não podendo ser limitado tal entendimento por legislação nacional. E que poderia até resultar de uma decisão de um organismo como a AGCM. Mas não só. O Tribunal de Justiça reiterou a necessidade da decisão de exclusão ser efetuada e fundada na apreciação por parte da entidade adjudicante. E da sua vontade. Não de uma decisão automática de uma entidade externa. Vejamos :* ***"34. (...) importa precisar que de uma decisão de uma autoridade nacional de concorrência que constate uma violação das regras da concorrência não pode resultar uma exclusão automática de um operador económico de um procedimento de contratação pública. Com efeito, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a constatação da existência de uma 'falta grave' requer, em princípio, que se proceda a uma apreciação concreta e individualizada da atitude do operador económico em causa (v., neste sentido, acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact C-465/11, EU:C:2012:801, nº 31)".***

Processo C-552/18 (Indaco)
Despacho de 20 de novembro de 2019
ECLI:EU:C:2019:997

"O artigo 57º, nº 4, alíneas c) e g), 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 nos termos da qual a interposição de recurso judicial de uma decisão de rescisão de um contrato público tomada pela autoridade adjudicante durante a execução desse contrato, por 'falta profissional grave', impede a autoridade adjudicante que abre um novo concurso de excluir um operador, na fase da seleção dos proponentes, com base na apreciação da fiabilidade desse operador"

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Indaco Service Soc coop sociale (agindo em nome próprio e na de mandatária da Coop sociale il Melograno) à prefeitura de Taranto (Itália), devido ao facto de esta última ter excluído a Indaco de um procedimento pré-contratual. Estava em causa a contradição eventual do disposto nas alíneas c) e g), do nº 4, do artigo 57, da diretiva 2014/24/UE, face ao determinado na alínea c), do parágrafo 5, do artigo 80, do Código dos Contratos Públicos italiana, que só permitia às entidades adjudicantes excluir um participante num procedimento com fundamento em má prestação em contrato anterior que haja conduzido à resolução do contrato, se essa declaração não tiver sido impugnada em tribunal, ou confirmada a respetiva correção pela mesma via. No caso concreto, a prefeitura de Taranto abriu, publicando um anúncio a 21 de fevereiro de 2017, um procedimento aberto para adjudicação de um serviço de acolhimento temporário de estrangeiros requerentes de apoio internacional, para o período de 1 de maio a 31 de dezembro de 2017

Processo C-219/19 (Parsec Fondazione)
Acórdão de 11 de junho de 2020

Processo C-387/19 (RTS)
Acórdão de 14 de janeiro de 2021
ECLI:EU:C:2021:13

"1) O artigo 57º, nº 6, de 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) 2015/2170 da Comissão, de 24 de novembro de 2015, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma prática por força da qual um operador económico é obrigado a fornecer espontaneamente, quando apresenta o seu pedido de participação ou a sua proposta, a prova de medidas corretivas tomadas para demonstrar a sua fiabilidade, não obstante a existência, a seu respeito, de um motivo de exclusão facultativo referido no artigo 57º, nº 4, desta diretiva, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2015/2170, quando essa obrigação não resulta da regulamentação nacional aplicável nem dos documentos do concurso. Em contrapartida, o artigo 57º, nº 6, da referida diretiva, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2015/2170, não se opõe a tal obrigação quando esta estiver prevista de forma clara, precisa e unívoca na regulamentação nacional aplicável e for levada ao conhecimento do operador económico em causa pelos documentos do concurso.

2) (...)."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre duas sociedades belgas e a Região da Flandres, a propósito da decisão desta última de excluir essas sociedades de um procedimento de contratação pública, desencadeado pela publicação de um anúncio, em 11 de maio de 2016. O objeto era uma empreitada. As empresas excluídas, com fundamento em terem cometido faltas profissionais graves, impugnaram a decisão para si negativa, e do processo contencioso resultaram duas questões prejudiciais, submetidas ao Tribunal de Justiça. A segunda, exclusivamente sobre o eventual efeito direto do nº 6, do artigo 57, da diretiva 2014/24/UE, está comentada no capítulo 4 (efeito direto). A primeira sobre o sistema de "self-cleaning", previsto nessas normas (e também no nº 9, do artigo 38, da diretiva 2014/23/UE), que admite que o interessado que haja cometido falhas ao abrigo dos números iniciais do referido artigo 57, possa, com a assunção de medidas corretivas "recuperar a fiabilidade". No presente processo não está, em primeira linha, em causa a apreciação de tal sistema, mas como ele

se possa cumprir. Concretamente, se o interessado que haja cometido falha e se haja tentado redimir, tem de expor a sua situação de modo espontâneo, ou a solicitação da entidade adjudicante. O Tribunal de Justiça afirmou : ***"27. Há que salientar que nem a redação do artigo 57º, nº 6, da Diretiva 2014/24, nem o considerando 102 dessa diretiva precisam de que forma nem em que fase do procedimento de contratação pode ser fornecida a prova das medidas corretivas. 28. Nestas condições, há que salientar que à luz apenas da redação do artigo 57º, nº 6, da Diretiva 2014/24, a possibilidade deixada aos operadores económicos de fornecerem a prova das medidas corretivas tomadas pode ser exercida tanto por sua iniciativa como por iniciativa da autoridade adjudicante, da mesma forma que pode ser exercida tanto no momento da apresentação do pedido de participação ou da proposta como numa fase posterior do procedimento".*** *Atenção que o Tribunal de Justiça não contesta o facto de poder ser exigida total informação sobre o histórico dos interessados, desde que resulte da regulamentação nacional e seja reproduzida nos documentos do concurso (ver a parte final da primeira conclusão, e os números 30 a 32, do acórdão). Fundamental, portanto, que a informação disponibilizada pelas entidades adjudicantes assegure o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento, evitando qualquer equívoco quanto às obrigações para uma participação regular. Na ausência de informação precisa quanto aos aspetos atrás referidos, a entidade adjudicante tem o dever de notificar os interessados sobre as medidas corretivas, antes de excluir, ou não, algum (número 41, do acórdão). Um tema preliminar, que teve a ver com a diretiva aplicável, mereceu a seguinte análise, e conclusão que aqui se reproduz :* ***"24. No caso em apreço, tendo em conta o facto de o anúncio de pré-informação ter sido publicado antes do prazo fixado para a transposição da Diretiva 2014/24, ao passo que o anúncio de concurso foi publicado em data posterior a essa, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar em que data a autoridade adjudicante escolheu o tipo de procedimento que pretendia seguir e dirimiu definitivamente a questão de saber se existia ou não a obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação do contrato público em causa no processo principal".***

Processo C-472/19 (Vert Marine)
Acórdão de 11 de junho de 2020
ECLI:EU:C:2020:468

"1) O artigo 38º, nº 9, da Diretiva 2014/23 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que não concede a um operador económico condenado por sentença transitada em julgado por uma das infrações referidas no artigo 38º, nº 4, desta diretiva e que é objeto, por esse motivo, de uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão a possibilidade de apresentar a prova de que tomou medidas corretivas suscetíveis de demonstrar o restabelecimento da sua fiabilidade.

2) O artigo 38º, nºs 9 e 10, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que o exame da adequação das medidas corretivas tomadas pelo operador económico seja confiado às autoridades judiciárias, desde que o regime nacional instituído para esse efeito respeite todas as exigências estabelecidas no artigo 38º, nº 9, desta diretiva e que o procedimento aplicável seja compatível com os prazos impostos pelo procedimento de contratação por meio de uma concessão. Além disso, o artigo 38º, nº 9, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que permite às autoridades judiciárias levantar a uma pessoa uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão na sequência de uma condenação penal, eliminar tal proibição ou excluir qualquer menção da condenação no registo criminal, desde que esses procedimentos judiciais satisfaçam efetivamente às condições previstas e ao objetivo prosseguido por esse regime e, em especial, permitam, quando um operador económico pretende participar num procedimento de contratação por meio de uma concessão, levantar, em tempo útil, a proibição que lhe foi imposta, tendo unicamente em conta a adequação das medidas corretivas invocadas por esse operador e avaliadas pela autoridade judicial competente em conformidade com as exigências previstas nessa disposição, que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar."

COMENTÁRIO :

Este aresto é de uma importância transcendente, dado ser um teste a um novo mecanismo legal trazido pelas diretivas de 2014 : a possibilidade de sanação de ilegalidades graves, por parte de um interessado, as quais, até aí, o impediriam de participar em procedimentos de adjudicação de contratos públicos. De acordo com a descrição feita pelo próprio Tribunal de Justiça : ***"2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Vert Marine SA ao Premier ministre (Primeiro-Ministro) e ao ministre de l'Économie et des Finances (ministro da economia e das Finanças) (França) a respeito de um pedido de revogação de determinadas disposições do Decreto nº 2016-86, de 1 de fevereiro de 2016, relativos aos contratos de concessão (JORF de 2 de fevereiro de 2016, texto nº 20), apresentado por esta sociedade".*** *A sociedade Vert Marine é uma empresa especializada na gestão delegada de instalações desportivas e de lazer, explorando essencialmente concessões outorgadas por entidades públicas. Como era arguido que o disposto no artigo 38, da diretiva 2014/23/UE (nomeadamente o seu número 9), é útil reproduzir aqui um seu trecho :* ***"9. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos nºs 4 e 7 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar que é fiável, não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. Se as provas forem consideradas como suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento. Para o efeito, o operador económico deve provar que ressarciu ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave, esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e tomou medidas técnicas, organizativas e de pessoal concretas e adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves. As medidas tomadas pelos operadores económicas são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração ou falta grave cometida. Quando as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão. Um operador económico que tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação ou concessão não pode recorrer à possibilidade prevista no presente número durante o período de exclusão resultante dessa decisão nos Estados-Membros onde esta produz efeitos".*** *É aqui, como sucede com o disposto no nº 6, do artigo 57, da diretiva 2014/24/UE, que reside o sistema de "self-*

cleaning". A única exceção a este método situa-se na situação de um interessado não poder concorrer, em cumprimento de uma sentença transitada em julgado que haja determinado um período de proibição de participação. E como salienta o Tribunal de Justiça : ***"20. (...) resulta sem ambiguidade da redação do artigo 38º, nº 9, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/23 que a exclusão deve resultar diretamente de uma decisão transitada em julgado relativa a um determinado operador económico, e não apenas pelo facto, nomeadamente, de uma condenação ter sido proferida por decisão transitada em julgado por um das razões enumeradas no artigo 38º, nº 4 da Diretiva 2014/23".*** *O conteúdo das "condições de aplicação", que consta do nº 10, do artigo 38, de modo que não fruste o direito conferido pela diretiva foi expressamente lembrado pelo Tribunal de Justiça (números 23 e 24, do acórdão). Portanto, a conclusão sobre as regras francesas impugnadas foi substancialmente negativa, em resposta à primeira questão prejudicial. No que diz respeito à segunda questão prejudicial, ela consistia em saber que autoridades, ou tipo de autoridades, estão encarregues de* ***"avaliar a adequação das medidas corretivas invocadas pelo operador económico"****, na expressão do acórdão. E conclui :* ***"27 (...). Nestas condições, cabe aos Estados-Membros, quando determinam as condições de aplicação desta disposição, por força do artigo 38º, nº 10, dessa diretiva, precisar, na sua regulamentação nacional, a identidade da autoridade habilitada a proceder a essa avaliação, de modo a que o operador económico possa exercer de maneira efetiva o direito que lhe é conferido pelo artigo 38º, nº 9, primeiro parágrafo, da referida diretiva".*** *A segunda questão, contudo, tinha outra vertente, no contexto da qual se perguntava, caso fosse, como foi, positiva a consideração que cabe aos Estados-Membros a definição das autoridades, e de que poderiam ser as autoridades judiciais, se* ***"14. (...) mecanismos de direito francês, como o levantamento, a reabilitação judicial e a exclusão da menção de condenação no Boletim nº 2, do registo criminal podem ser equiparados a dispositivos de execução na aceção da diretiva ?*** *(reprodução da segunda parte da segunda questão prejudicial). O Tribunal de Justiça declarou que era ao órgão judicial de reenvio que caberia a apreciação desta matéria, e que não cabia ao primeiro* ***"32. (...) pronunciar-se, no âmbito de um processo apresentado nos termos do artigo 267º TFUE, sobre a compatibilidade de normas de direito interno com o direito da União (...)".*** *No essencial, não pode o Tribunal de Justiça substituir-se ao órgão judicial nacional, o qual terá igualmente que apreciar se um prazo de*

cinco anos de proibição de participação (previsto na lei francesa) será excessivo, e por isso, impeditivo do cumprimento dos objetivos da diretiva.

Processo C-598/19 (Conacee)
Acórdão de 6 de outubro de 2021
ECLI:EU:C:2021:810

"O artigo 20º, 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 não se opõe a que um Estado-Membro imponha requisitos adicionais relativamente aos enunciados nessa disposição, excluindo assim dos processos de adjudicação de contratos públicos reservados certos operadores económicos que preenchem os requisitos dessa disposição, sob reserva de respeito, por esse Estado-Membro, dos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade."

COMENTÁRIO :

O nº1, do artigo 20, da diretiva 2014/24/UE, tem o seguinte texto : ***"1. Os Estados-Membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratação pública a entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos".*** *O litígio no processo principal estabeleceu-se entre em Espanha, entre a Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) e a Diputación Foral de Guipuzkoa, a respeito de um decisão do conselho de administração deste concelho foral, de 15 de maio de 2018, que aprova as instruções destinadas às entidades adjudicantes dessa instituição relativamente a determinados contratos reservados. A Conacee uma associação sem fins lucrativos de direito espanhol cujos membros são federações e associações de centros especiais de emprego. A Conacee interpôs, a 23 de julho de 2018, no Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, um recurso contencioso de anulação da citada decisão, que aprovou as referidas instruções, as quais reservavam esse tipo de contratos a centros especiais de emprego de iniciativa social ou às empresas de inserção o direito de participar nos procedimentos de adjudicação. Estava em causa, na questão prejudicial, saber se os requisitos de participação que constam do nº 1, do artigo 20, da diretiva 2014/24/EU eram taxativos. Caso o fossem, as normas espanholas seriam abusivamente limitativas do direito de participação, ao afastar uma*

associação sem fins lucrativos, em benefício de centros de emprego especial que podem ter participação privada, ou a empresas de inserção. O Tribunal começou por declarar que, para proceder à interpretação de normas do direito da União haveria que considerar os objetivos da legislação em causa (números 19 a 26, do acórdão). Depois, salientou que a política social é um campo em que os Estados-Membros dispõem de uma ***"27. (...) ampla margem de apreciação na definição das medidas suscetíveis de realizar um objetivo determinado em matéria de política social e de emprego".*** *Discutiu-se, ainda, os efeitos perversos de soluções normativas como as sub judice, caso a interpretação fosse meramente literal (por absurdo, o despedimento de outros trabalhadores para cumprir a quota de 30%). E concluindo provisoriamente :* ***"32. (...) há que interpretar o artigo 20º, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE no sentido de que os requisitos que enumera não são taxativos e que os Estados-Membros têm a faculdade de impor, se for caso disso, requisitos adicionais que as entidades referidas nessa disposição devem preencher para poderem participar nos processos de adjudicação de contratos públicos reservados".*** *Os verdadeiros limites ao recurso a essa prerrogativa estavam no respeito pelos princípios gerais de igualdade de tratamento e da proporcionalidade. Remetendo a confirmação de que não ocorria violação desses princípios (números 34, 38, 41 e 44, do acórdão, entre outros), para o órgão jurisdicional nacional, o Tribunal de Justiça, no entanto, afirmou ainda :* ***"44. Quanto à questão de saber se estas exigências*** *(da lei espanhola, nota nossa)* ***não vão além do necessário para alcançar esse objetivo, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se tanto o facto de uma entidade com fins lucrativos participar, maioritariamente, de forma direta ou indireta, num centro especial de emprego de iniciativa social como o reinvestimento de apenas uma parte dos lucros nos referidos centros são suscetíveis de garantir que estes últimos possam alcançar o referido objetivo de uma forma tão eficaz como por meio de aplicação dos requisitos mencionados no número anterior".*** *Não é preciso enfatizar a riqueza de tópicos que há que percorrer para efetuar uma adequada interpretação das normas do direito da União. A vasta batalha jurídica que isso provocou, antes e depois da pronúncia do Tribunal de Justiça, é disso prova.*

Processo C-927/19 (Klaipedos)
Acórdão de 7 de setembro de 2021
ECLI:EU:C:2021:700

"1. O artigo 58º 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 a obrigação de os operadores económicos demonstrarem que realizam um determinado volume de negócios anual médio no domínio das atividades abrangidas pelo contrato público em causa constitui um critério de seleção relativo à capacidade económica a financeira desses operadores, na aceção do nº 3, desta disposição.

2. As disposições conjugadas do artigo 58º, nº 3, e do artigo 60º, nº 3, da Diretiva 2014/24 devem ser interpretadas no sentido de que, no caso de uma entidade adjudicante ter exigido que os operadores económicos tivessem realizado um volume de negócios mínimo determinado no domínio objeto do contrato público em causa, um operador económico só pode, para provar a sua capacidade económica e financeira, invocar os rendimentos auferidos por um agrupamento temporário de empresas ao qual pertenceu se efetivamente tiver contribuído, no âmbito de um contrato público determinado, para a realização de uma atividade desse agrupamento análoga àquela que é objeto do contrato público relativamente ao qual esse operador pretende fazer prova da sua capacidade económica e financeira.

3. O artigo 58º, nº 4, e os artigos 42º e 70º, da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que são suscetíveis de se aplicar concomitantemente a uma prescrição técnica contida num concurso público.

4.(...).

5.(...)

6. (...).

7. O artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24, deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se sobre um litígio entre um operador económico excluído da adjudicação de um contrato e uma entidade adjudicante, pode afastar-se da apreciação feita por esta última sobre a licitude do comportamento do operador económico ao qual o contrato foi adjudicado e, portanto, extrair daí todas as consequências necessárias na sua decisão. Em contrapartida, em

conformidade com o princípio da equivalência, esse órgão jurisdicional só pode conhecer oficiosamente do fundamento relativo ao erro de apreciação cometido pela entidade adjudicante se o direito nacional o permitir.

8. O artigo 63º, nº 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o artigo 57º, nº 4, dessa diretiva, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual, quando um operador económico, membro de um agrupamento de operadores económicos, prestou falsas declarações ao fornecer as informações exigidas para a verificação da inexistência de motivos de exclusão do agrupamento ou do preenchimento por este último dos critérios de seleção, sem que os seus parceiros tivessem tido conhecimento dessas falsas declarações, pode ser decretada uma medida de exclusão de qualquer procedimento de contratação pública contra todos os membros desse agrupamento."

COMENTÁRIO :

As conclusões 4, 5 e 6 estão comentadas no capítulo 28 (meios de recursos). A conclusão 7 consta de ambos os comentários deliberadamente, dada a relevância dela, perante o conjunto do acórdão. O processo principal desenvolveu-se na Lituânia entre o UAB (Centro Regional de Gestão dos Resíduos da Região de Klaipeda à Ecoservice Klaipeda UAB, a respeito da adjudicação de um contrato público de recolha e transporte de resíduos urbanos a um agrupamento de operadores económicos composto pela Klaipedos autobusy paskas e pela Parsekas UAB e pela Klaipedos transportas. Por anúncio de concurso público publicado em 27 de setembro de 2018, a entidade adjudicante lançou um concurso público internacional para contratação de serviços de recolha e transporte de resíduos urbanos do município de Neringa para as instalações de tratamento do aterro da região de Klaipeda. Seguindo o texto do acórdão

PROCESSO C-6/20 (Innove)
Acórdão de 20 de maio de 2021
ECLI:EU:C:2021:402

"1) Os artigos 2º e 46º 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 se opõem a uma regulamentação nacional por força da qual a entidade adjudicante deve exigir, num anúncio de concurso e como critério de seleção qualitativa, que os proponentes façam prova, no momento em que apresentam a sua proposta, de que dispõem de um registo ou de uma autorização exigida pela regulamentação aplicável À atividade objeto do contrato público em causa, emitida pela autoridade competente do Estado-Membro de execução desse contrato, mesmo que já possuam um registo ou uma autorização semelhante no Estado-Membro em que estão estabelecidos.

2) O princípio da proteção de confiança legítima deve ser interpretado no sentido de que não pode ser invocado por uma entidade adjudicante que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público, tenha, para dar cumprimento à regulamentação nacional relativa aos géneros alimentícios, exigido aos proponentes que disponham, no momento em que apresentam a sua proposta, de um registo ou de uma autorização emitida pela autoridade competente do Estado-Membro de execução do contrato."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O processo principal decorreu na Estónia, onde o Ministério dos Assuntos Sociais desencadeou dois concursos públicos para adjudicação de contratos destinados à compra de ajuda alimentar às pessoas mais carenciadas, um em 2015 e outro em 2017, cujo valor estimado era, em cada caso, de € 4.000.000. Segundo o relato do próprio Tribunal de Justiça : ***"24. No âmbito do primeiro contrato, foi inicialmente exigido que os proponentes dispusessem da autorização do Veterinaar-ja Toiduamet (Serviço Alimentar e Veterinário, Estónia), considerando-se esta autorização necessária para a execução do contrato. No entanto, durante o processo de adjudicação deste, o procedimento de concurso foi alterado a fim de substituir essa***

exigência pela obrigação de apresentar um certificado relativo ao cumprimento das obrigações em matéria de informação e de autorização previstas na Lei dos géneros alimentícios e que eram necessários à execução do referido contrato. 25. No âmbito do segundo contrato, a entidade adjudicante exigiu desde logo o certificado mencionado no número anterior. 26. No âmbito de cada um destes dois contratos públicos, foram celebrados acordos-quadro com os três proponentes selecionados". *Em sede de execução dos contratos, foram negados pagamentos pelo Ministério dos Assuntos Sociais, pela falta da titularidade do certificado, ou autorização, referidos, invocando posição conforme do Ministério das Finanças. Do contencioso que se formou, foram apresentadas três questões prejudiciais, tendo o Tribunal de Justiça respondido às duas primeiras conjuntamente, salientando que o primeiro concurso estava abrangido pela incidência da diretiva 2004/18/CE e o segundo, - em princípio, e seguindo o critério do momento da adjudicação - pela diretiva 2014/24/UE (números 42 e 43, do acórdão), algo que não foi precisado pelo órgão jurisdicional de reenvio, que nada perguntou quanto a hipotéticas violações de normas da diretiva 2014/24/EU ; não sendo possível determinar a data de abertura do procedimento, o Tribunal de Justiça cingiu-se a responder ao que lhe foi suscitado. Porém, como precisa o Tribunal de Justiça :* ***"43. (...) o conteúdo dos artigos 2º e 46º da Diretiva 2004/18 foi retomado na Diretiva 2014/24".*** *Na descrição oficial dessas duas primeiras questões prejudiciais, sintetizou o Tribunal de Justiça :* ***"41. Com a primeira e segunda questões, que devem ser analisadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 2º e 46º da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional por força da qual a entidade adjudicante deve exigir, num anúncio de concurso e como critério de seleção qualitativa, que os proponentes façam prova, no momento em que apresentam a sua proposta, de que dispõem de um registo ou de uma autorização exigida pela regulamentação aplicável à atividade que é objeto do contrato público em causa e concedida pela autoridade competente do Estado-Membro de execução desse contrato, mesmo que já possuam um registo ou autorização semelhante no Estado-Membro em que estão estabelecidos".*** *O Tribunal de Justiça frisou que* ***"49. (...) um proponente deve poder provar a sua aptidão para executar um contrato público apoiando-se em documentos, como um certificado de inscrição no registo profissional ou comercial, emitidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro em que está***

estabelecido". *Apoiou-se no primeiro parágrafo do artigo 46, da diretiva 2004/18/CE, e nas alíneas d) e j) ii, do nº 2, do artigo 48, do mesmo diploma. Mais ainda :* ***"52. Por outro lado, deve-se salientar que a violação do artigo 46º da Diretiva 2004/18 implica necessariamente a violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento dos proponentes, tal como garantidos no artigo 2º desta diretiva, uma vez que o requisito de que os proponentes disponham de uma autorização de uma autoridade estónia ou que cumpram obrigações em matéria de informação e de autorização na Estónia é discriminatória e não se afigura justificada, relativamente aos proponentes estabelecidos noutros Estados-Membros".*** *Punha-se ainda a questão de existir contradição entre o citado artigo 46, da diretiva 2004/18/CE e um regulamento estónio, destinado à proteção da vida e da saúde humanas, mas que também deveria assegurar a livre circulação dos géneros alimentícios na União. Sendo que as suas normas (em nenhuma das quais estava prevista a necessidade de dispor de um armazém situado em território estónio, algo que só constava dos documentos do concurso. A terceira questão prejudicial foi assim resumida pelo Tribunal de Justiça :* ***"67. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o princípio da proteção da confiança legítima deve ser interpretado no sentido de que pode ser invocado por uma entidade adjudicante que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público, tenha, para dar cumprimento à regulamentação nacional relativa aos géneros alimentícios, exigido aos proponentes que disponham, no momento em que apresentam a sua proposta, de um registo ou de uma autorização emitida pela autoridade competente do Estado-Membro de execução do contrato".*** *Sem prejuízo da importância do princípio da proteção da confiança legítima, o Tribunal de Justiça, na ausência da prestação, por uma entidade pública, de garantias precisas, incondicionais e concordantes com uma posição transmitida por um ente público a um particular, e tendo em conta a conceção unitária do Estado, concluiu :* ***"71, Assim, no âmbito do litígio no processo principal, o facto de o Ministério das Finanças já ter aprovado uma prática contrária ao direito da União não pode ser invocado pelo Ministério dos Assuntos Sociais para deixar perdurar essa prática ou, pelo menos, para neutralizar os seus efeitos passados".*** *Ver a decisão dada no processo C-295/20 (Sanresa), emitida a 8 de julho de 2021, no mesmo sentido.*

Quanto à terceira questão prejudicial, o Tribunal de Justiça apreciou o seguinte : ***"68. Resulta da decisão de reenvio que, no litígio do processo principal, o Ministério dos Assuntos Sociais considera que, se lhe fosse imputada a violação dos artigos 2º e 46º da Diretiva 2004/18, essa violação das regras de adjudicação de contratos públicos da União não deveria produzir efeitos por força do princípio da proteção da confiança legítima, uma vez que, antes da adoção da decisão de correção financeira de 30 de outubro de 2018, os auditores do Ministério das Finanças aprovaram, por duas vezes, o requisito imposto a todos os proponentes, incluindo aos estabelecidos num Estado-Membro diferente da República da Estónia, de apresentar, aquando da submissão da sua proposta, uma autorização de atividade emitida pelo Serviço Alimentar e Veterinários".*** *E resolve-a do seguinte modo :* ***"69. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o direito de invocar o princípio da proteção da confiança legítima só é extensivo a um particular ao qual uma autoridade administrativa nacional tenha suscitado expectativas fundadas devido a garantias precisas, incondicionais e concordantes, provenientes de fontes autorizadas e fiáveis, que a mesma lhe forneceu (v., neste sentido, Acórdãos de 7 de agosto de 2018, Ministru kabinets, C-120/17, EU:C:2018:638, nº 50 e jurisprudência referida, de 5 de março de 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, nº 97 e de 19 de dezembro de 2019, GRDF, C-236/18, EU:C:2019:1120, nº 46). 70. Todavia, a conceção unitária do Estado, que prevalece tanto no direito internacional como no direito da União (v., neste sentido, Acórdão de 5 de março de 1996, Brasserie du Pêcheur e Factorame, C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, nº 34), exclui, por princípio, que uma autoridade nacional possa invocar o princípio do direito da União de proteção da confiança legítima num litígio que a coloque em liça com outra entidade estatal. 71. Assim, no âmbito do litígio no processo principal, o facto de o Ministério das Finanças já ter aprovado uma prática contrária ao direito da União não pode ser invocado pelo Ministério dos Assuntos sociais para deixar perdurar essa prática ou, pelo menos, para neutralizar os seus efeitos passados."***

Processo C-210/20 (Rad Service)
Acórdão de 3 de junho de 2021
ECLI:EU:C:2021:445

"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, lido em conjugação com o artigo 57º, nº 4, alínea h), desta diretiva, e à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante deve automaticamente excluir um proponente de um procedimento de adjudicação de contrato público quando uma empresa auxiliar, a cujas capacidades pretende recorrer, forneceu declaração enganosa quanto à existência de condenações penais transitadas em julgado, sem poder impor, ou, no mínimo, permitir, em tal hipótese, a esse proponente que substitua a referida entidade".

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Rad Service Srl Unipersonale, a Cosmo Ambiente Srl e a Cosmo Scavi Srl, reunidas no agrupamento temporário de empresas ATE Rad Service a várias empresas e agrupamentos e à entidade adjudicante Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro pela decisão desta em excluir o ATE Del Debbio de um procedimento para atribuição de uma empreitada de obra pública. O anúncio foi publicado a 3 de janeiro de 2018, o objeto consistia em obras de demolição seletiva e mecânica dos edifícios do antigo hospital Misericordia e Dolce de Prato (Itália). O valor estimado era de € 5.673.030,73. No âmbito da sua proposta, o ATE Del Debbio invocava as capacidades técnicas e profissionais de uma empresa auxiliar. Tendo sido excluídos os ATEs Del Debbio e Daf, o ATE Rad Service passou a primeiro lugar na classificação provisória. Recorrendo à súmula do próprio Tribunal de Justiça : ***"15. A exclusão do ATE Del Debbio foi justificada pelo fornecimento de uma declaração da empresa auxiliar que não mencionava um patteggiamento, ou seja, uma sentença de aplicação da pena negociada no âmbito de um acordo entre partes, pronunciada contra o titular e representante legal da empresa em 14 de junho de 2013 e transitada em julgado em 11 de setembro de 2013. Ora, em direito italiano, o patteggiamento é expressamente equiparado, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, a uma condenação por crime de ofensas à***

integridade física por negligência, cometido em violação da regulamentação em matéria de proteção da saúde e de segurança no local de trabalho". *Apesar da lei italiana prever expressamente a exclusão obrigatória de quem preste declarações falsas, neste processo discutiu-se a compatibilidade entre o regime perentório de tal exclusão, face à diretiva 2014/24/UE, mas também perante os artigos 49 e 56 TFUE. O artigo 63, nº 1, segundo parágrafo, da citada diretiva, prevê a substituição de uma empresa auxiliar, quando esta não cumpra os critérios de seleção qualitativa do procedimento em causa, ou infrinja normas de idoneidade. No resumo da questão prejudicial, tal como feito pelo Tribunal de Justiça :* ***"27. (...) a questão submetida sugere que uma regulamentação nacional que prevê a exclusão automática de um proponente, quando uma entidade a cujas capacidades pretende recorrer tenha transmitido falsas informações, poderia colidir com o princípio da não discriminação, uma vez que a substituição dessa entidade é admitida quando esta última não preenche um critério de seleção ou quando contra ela existam motivos de exclusão obrigatórios".*** *Frisando que os Estados-Membros têm um considerável campo de ação para determinação das condições de aplicação dos motivos de exclusão facultativos previstos na diretiva :* ***"28. (...) Com efeito, em conformidade com o artigo 57º, nºs 4 e 7, da Diretiva 2014/24, os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar os motivos de exclusão facultativos nela indicados ou de os integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que pode variar consoante os casos, m função de considerações de ordem jurídica, económica ou social que prevaleçam a nível nacional".*** *E conclui :* ***"29. Nestas condições, impõe-se reformular a questão submetida e considerar que, com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 63º da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o artigo 57º, nºs 4, alínea h), e 6, deste diretiva, e à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante deve automaticamente excluir um proponente de um procedimento de adjudicação de um contrato público quando uma empresa auxiliar, a cujas capacidades pretende recorrer, forneceu uma declaração enganosa quanto à existência de condenações penais transitadas em julgado, sem poder impor, ou, no mínimo, permitir, em tal hipótese, a esse proponente que substitua a referida entidade, contrariamente ao que está previsto nas restantes hipóteses em que as entidades cujas capacidades o proponente invoca não preenchem um critério de***

seleção ou em relação às quais existem motivos de exclusão obrigatória". *Desta reformulação da questão prejudicial pode adivinhar-se a posição final do Tribunal de Justiça. E que a possibilidade de substituição da empresa auxiliar, parte do artigo 63, da diretiva 2014/24/UE, seria a chave do raciocínio (nº 33, do acórdão). O Tribunal de Justiça lembra, contudo, que mesmo antes do artigo 63, existe a possibilidade de admitir medidas corretivas a quem esteja abrangido por qualquer das situações previstas no artigo 57. E que mesmo a intervenção do seu nº 6, a propósito de empresas auxiliares, tem de ter outras consequências –* ***"38. (...) quando uma decisão transitada em julgado exclui da participação em procedimentos de contratação pública ou concessão uma entidade a cujas capacidades o proponente pretende recorrer, este deve poder, nesse casos, ser autorizado pela autoridade adjudicante a proceder à substituição dessa entidade".*** *Cuidou ainda o Tribunal de Justiça de determinar os limites à substituição em causa, e, sobretudo, que esta não conduzisse à apresentação substancial de uma nova proposta (especialmente nº 44, do acórdão).*

Processo C-54/21 (Anton Polska)
Acórdão de 17 de novembro de 2022
ECLI:EU:C:2022:888

"1) O artigo 18º, nº 1, e o artigo 21º, nº 1, em conjugação com o artigo 50º, nº 4, e o artigo 55º, nº 3, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE,
devem ser interpretados no sentido de que :
se opõem a uma legislação nacional em matéria de adjudicação de contratos públicos que exige que, com a única exceção dos segredos comerciais, as informações transmitidas pelos proponentes às entidades adjudicantes sejam integralmente publicadas ou comunicadas aos outros proponentes, bem como a uma prática das entidades adjudicantes que consiste em aceitar sistematicamente os pedidos de tratamento confidencial a título de segredos comerciais.
2) O artigo 18º, nº 1, o artigo 21º, nº a, e o artigo 55º, nº 3, da Diretiva 2014/24,
Devem ser interpretados no sentido de que :
a entidade adjudicante :

- deve, para efeitos de determinar se recusará, a um proponente cuja proposta admissível foi excluída, o acesso às informações que os outros proponentes tenham apresentado a propósito da sua experiência pertinente e das referências relativas a esta, a propósito da identidade e das qualificações profissionais das pessoas propostas para a execução do contrato ou dos subcontratantes, e a propósito da conceção dos projetos que se pretendem realizar no âmbito do contrato e do modo de execução do mesmo, apreciar se essas informações têm um valor comercial que não se limita ao contrato público em causa, uma vez que a sua divulgação é suscetível de prejudicar legítimos interesses comerciais ou a concorrência leal ;
- pode, por outro lado, recusar o acesso a essas informações quando, mesmo que estas não tenham esse valor comercial, a sua divulgação constitua um obstáculo à aplicação das leis ou seja contrária a um interesse público, e
- deve, quando o acesso integral às informações é recusado, conceder ao referido proponente o acesso ao conteúdo essencial dessas mesmas informações, de modo a que seja assegurado o direito à ação.

3) O artigo 18º, nº 1, da Diretiva 2014/24, lido à luz do artigo 67º nº 4, da mesma,

deve ser interpretado no sentido de que :

não se opõe a que sejam incluídas, entre os critérios de adjudicação do contrato, o 'conceito de desenvolvimento dos projetos' que se pretendem realizar no âmbito do contrato público em causa e a 'descrição do modo de execução' desse contrato, desde que esses critérios sejam acompanhados de especificações que permitam à entidade adjudicante avaliar de forma concreta e objetiva as propostas apresentadas.

4) (...)."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se na Polónia entre a firma Antea Polska SA, e outros e a Empresa pública de gestão de águas, a propósito da adjudicação de um contrato público à CDM Smith. Em 2019 a entidade adjudicante publicou um anúncio de concurso público para adjudicar um contrato cujo objeto era o desenvolvimento dos projetos relativos à gestão ambiental de determinadas bacias hidrográficas. A adjudicatária havia solicitado a classificação de diversos traços da sua proposta, numa situação que a Antea Polska, que impugnou a decisão de atribuição do contrato, qualificou do seguinte modo, segundo o relato do próprio acórdão : ***"29. A Antea considera ter sido privada do seu direito à ação, devido, por um lado, ao caráter excessivo do tratamento confidencial concedido às informações contidas nas propostas dos seus concorrentes, e, por outro, à falta de fundamentação adequada das classificações concedidas. À luz dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o direito ao tratamento confidencial de determinadas informações deve ser interpretado de forma estrita. Os operadores económicos que decidem participar num procedimento de adjudicação de um contrato público devem aceitar que determinadas informações sore as suas atividades sejam divulgadas".*** *O Tribunal de Justiça lembrou o objetivo do direito da União sobre contratação pública, de uma promoção de uma concorrência leal e plena. Logo, normas excecionais que permitem a confidencialidade de segredos comerciais insertos nas propostas, teriam de ser compatíveis com as garantias de transparência e igualdade de tratamento.*

A quarta conclusão está comentada no capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-195/21 (LB)
Acórdão de 31 de março de 2022
ECLI:

"1) O artigo 58º, nºs 1 e 4, 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, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, no âmbito de um processo de contratação pública, uma autoridade adjudicante possa estabelecer, nos critérios de seleção relativos à capacidade técnica e profissional dos operadores económicos, requisitos mais rigorosos do que os requisitos mínimos impostos pela legislação nacional, desde que sejam adequados a garantir que um candidato ou um proponente dispõe da competência técnica e profissional necessária para cumprir o contrato a adjudicar, estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionados a este.
2) (...)."

<u>COMENTÁRIO :</u>
O reenvio prejudicial ocorreu num processo em que o Tribunal de Contas da Bulgária aplicou, por decisão de 16 de dezembro de 2020 uma sanção administrativa a LB, presidente da Câmara de Lukovit, por violação das normas sobre contratação pública, no valor de 10.000 lev (cerca de € 5.100). Por meio de um contrato administrativo celebrado a 21 de março de 2018 entre o ministro do Ambiente e dos Cursos de Água (na sua qualidade de diretor da autoridade de gestão do programa operacional "Ambiente 2014-2020") e o município de Lukovit, foi atribuída uma subvenção cofinanciada pelo Fundo Europeu do Desenvolvimento Regional (FEDER) e pelo Fundo de Coesão no montante máximo de 649.732,14 BGN (cerca de € 331.000). A subvenção destinava-se ao financiamento de obras de estabilização de um deslizamento de terras na estrada que conduz a um aterro regional situado no território dessa cidade. A 5 de abril de 2018, o presidente da câmara de Lukovic lançou um concurso público para a adjudicação da empreitada. O valor estimado era de cerca de € 247.000, sem IVA. Das regras pré-contratuais constavam, entre outras, algumas regras de cuja aplicação resultou o contencioso : ***"25. Quanto às condições de participação nesse procedimento de contratação, o anúncio de concurso precisava, antes de mais, que cada participante devia estar inscrito no registo profissional central da indústria da construção para a***

execução de construções do grupo IV, categoria I, abrangidas pelo artigo 137º, nº 1, ponto 1, alínea g), da Lei do Ordenamento do Território, ou num registo correspondente para os participantes sediados noutro Estado-Membro". 26. Por outro lado, quanto aos requisitos relativos à 'capacidade técnica e profissional', o anúncio de concurso indicava que os candidatos deviam comprovar, nomeadamente, ter exercido atividades de construção de edifícios com um objeto idêntico ou semelhante ao do contrato em causa no processo principal, nos cinco anos anteriores à apresentação da proposta. O anúncio de concurso precisava, a este respeito, que devia entender-se por atividade 'similar' as atividades de consolidação de deslizamento de terras e/ou flancos de colina e/ou de margens e/ou de fossas ou de um edifício em construção equivalente. 27. Por último, quanto aos requisitos aplicáveis ao pessoal técnico de engenharia, o anúncio de concurso enunciava que as especificidades do contratos exigiam, nomeadamente, a presença de um diretor técnico de construção com a qualificação profissional de 'engenheiro de projeto' ou de 'engenheiro civil' ou de uma especialidade análoga, quando a qualificação tenha sido adquirida num Estado-Membro que não possua uma especialidade correspondente. O diretor técnico devia, além disso, comprovar ter uma experiência mínima de três anos na sua especialidade". *Foram apresentadas três propostas, por outros tantos concorrentes. Dois deles foram excluídos, por não cumprirem os critérios de seleção. A obra foi adjudicada e o respetivo contrato assinado, este último a 29 de agosto de 2018, com o preço contratual de cerca de € 245.500. De uma auditoria posteriormente realizada, resultou a aplicação de uma correção financeira de 5% do valor das despesas elegíveis do projeto. Os motivos para tal sanção financeira foram :* ***"29. (...) Esta autoridade*** (a gestora do programa operacional, nota nossa) ***criticou a autoridade adjudicante por ter, por um lado, avaliado uma proposta que não correspondia às especificações técnica prescritas e, por outro, dado instruções pouco claros e confusas a um dos participantes, o que conduziu à sua exclusão ilícita e o impediu de apresentar uma proposta cujo preço fosse inferior ao proposto pelo adjudicatário selecionado".*** *Os fundamentos em que o Tribunal de Contas veio a assentar a aplicação da sanção foram diferentes, e foram objeto da segunda conclusão do acórdão. Como é fácil de compreender, há toda uma série de questões importantes que é necessário resolver, para decidir neste processo, começando pelo valor do contrato, que é inferior ao limiar europeu para as empreitadas. Porém, como a lei búlgara (como a portuguesa) aplica as*

soluções do direito da União a todos os contratos públicos, é relevante o interesse em que seja produzida uma interpretação uniforme (número 44, do acórdão). Seguindo para a apreciação plena das questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça declara, de modo bem claro : ***"50. (...) uma vez que a autoridade adjudicante é quem está mais bem colocada para avaliar as suas próprias necessidades, o legislador da União reconheceu-lhe um amplo poder de apreciação para a determinação dos critérios de seleção, o que está patente, nomeadamente, na utilização recorrente do verbo 'poder' no artigo 58º da Diretiva 2014/24. Assim, em conformidade com o nº 1 deste artigo, esta autoridade beneficia de uma certa latitude para definir os requisitos de participação num procedimento de contratação pública que considere deverem estar ligados e ser proporcionados ao objeto do contrato, bem como adequados para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar. Mais concretamente, segundo o nº 4 do referido artigo, a autoridade adjudicante aprecia livremente os requisitos de participação que considera apropriados, do seu ponto de vista, a assegurar, nomeadamente, um nível de qualidade adequado na execução do contrato".*** *Portanto, o Tribunal de contas da Bulgária não tinha base legal para a aplicação da sanção imposta ao principal responsável da entidade adjudicante. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 27 (fundos estruturais).*

Processo C-316/21 (Monument Vandekerckhove)
Despacho de 6 de outubro de 2021

ECLI:EU:C:2021:837

"O artigo 63º, nº 1, segundo 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, considerado em conjunto com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da proporcionalidade enunciados no artigo 18º, nº 1, desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que, quando constate que uma entidade a cujas capacidades um operador económico pretende recorrer não cumpre os critérios de seleção, a entidade adjudicante é obrigada a pedir ao referido operador que substitua essa entidade, se não quiser ser excluído do processo de contratação pública em causa."

COMENTÁRIO :

O processo principal desenvolveu-se na Bélgica, opondo a firma Monument Vandekerckhove NV ao município de Gent, a propósito da decisão deste último de não a selecionar num procedimento destinado a adjudicar uma empreitada visando a reabilitação de gasómetros protegidos nessa cidade, e de o adjudicar ao agrupamento temporário de empresas constituído pelas sociedades Denys NV e Aelterman. Por anúncio publicado no Boletim das Adjudicações a 13 de dezembro de 2018, o citado município lançou um concurso público para adjudicação de um contrato com o referido objeto. O critério de adjudicação era unicamente o preço mais baixo, e o valor estimado de € 4.265.221,01, sem IVA. Apresentaram-se quatro concorrentes. Durante o procedimento, a entidade adjudicante dirigiu diversas questões sobre as competências técnicas do impugnante, nomeadamente sobre os subempreiteiros a que pretendia recorrer. Dos três subempreiteiros apresentados, só um satisfazia os requisitos técnicos, razão pela qual a proposta do empreiteiro em causa não foi considerada. No contencioso que se desencadeou, foi colocada a questão de saber se a entidade adjudicante teria a obrigação de notificar o concorrente com uma proposta como a referida de que teria de substituir os subempreiteiros que não reunissem os requisitos técnicos solicitados, ou se teria a faculdade de o fazer, ou não. Como decorre da conclusão, o Tribunal de Justiça optou pela via da obrigação. Uma vez mais, nota-se o predomínio de soluções que permitam a aceitação do maior número possível de propostas. Sempre com a reserva de que o órgão jurisdicional nacional de confirmar que esta

interpretação não pusesse em causa o respeito pelos princípios gerais da contratação pública.

Processo C-403/21 (NV Construct)
Acórdão de 26 de janeiro de 2023
ECLI:EU:C:2023:

"1) O artigo 58º 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, lido em conjugação com os princípios da proporcionalidade e da transparência garantidos no artigo 18º, nº 1, primeiro parágrafo, desta diretiva,
Deve ser interpretado no sentido de que :
A autoridade adjudicante pode impor como critérios de seleção obrigações resultantes de regulamentações especiais aplicáveis a atividades que poderão ser realizadas no âmbito da execução de um contrato público e que não têm importância significativa.
2) Os princípios da proporcionalidade e da transparência garantidos no artigo 18º, nº 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24,
devem ser interpretados no sentido de que :
obstam a que os documentos de concurso sejam automaticamente completados por critérios de qualificação resultantes de regulamentações especiais aplicáveis a atividades relacionadas com o contrato a adjudicar que não estavam previstas nesses documentos e que a autoridade adjudicante decidiu não impor aos operadores económicos em causa.
3) (...)."

COMENTÁRIO :
A terceira conclusão está comentada no capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico). O processo principal desenvolveu-se na Roménia, entre a sociedade SC NV Construct e o distrito de Timis, a respeito da adjudicação de um contrato público destinado a avaliar a viabilidade a construção de uma estrada. Lançado a concurso a 6 de abril de 2021, a apreciação das propostas levou à classificação da apresentada pela NV Construct em quarto lugar. A firma em causa impugnou essa grelha, pedindo a desqualificação dos três proponentes classificados à sua frente. Segundo o relato do próprio Tribunal de Justiça : ***"25. A NV Construct alega, em substância, que estes três proponentes não respeitaram os requisitos que não figuravam nos documentos do concurso mas que se impunham com base em leis especiais que regulam diversas atividades que deveriam ser realizadas na execução do contrato ou que poderão vir***

a sê-lo (...). *O Tribunal de Justiça preocupou-se em perceber qual a função que era dada ao cumprimentos de regulamentações especiais : se estas era critérios de seleção, prescrições técnicas ou condições de execução do contrato. No caso concreto, caraterizou as particularidades, entre as quais não serem essas condições de "importância significativa". Deste modo, considerou possível a sua ponderação, mas nunca para efeitos de exclusão automática de qualquer dos concorrentes. No acórdão identifica-se a questão do órgão que apresentou ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais, - o Conselho Nacional para Resolução das Reclamações" - não ser de natureza judicial. Porém, o Tribunal de Justiça considerou que, dada a sua independência, e por se constatar o caráter vinculativo da sua jurisdição, seria um "órgão jurisdicional", nos termos e para os efeitos do artigo 267, do TFUE.*

Processo C-416/21 (Omnibusunternehmen)
Acórdão de 15 de setembro de 2022

O comentário a este acórdão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico), e decidiu-se sobre a temática de propostas apresentadas por empresas de um mesmo grupo económico.

Processo C-486/21 (Sharengo)
Acórdão de 10 de novembro de 2022
ECLI:EU:C:2022:

"1. (...).
2. (...).
3. O artigo 38º, nº 1, da Diretiva 2014/23, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2019/1827, lido em conjugação com o anexo V, ponto 7, alínea b), e com o considerando 4 desta diretiva, bem como com o artigo 4º e o anexo XXI, ponto III.1.1. do Regulamento de Execução (UE) 2015/1986 da Comissão, de 11 de novembro de 2015, que estabelece os formulários tipo para publicação de anúncios no âmbito dos processos de adjudicação de contratos públicos e revoga o Regulamento de Execução (UE) nº 842/2011.
deve ser interpretado no sentido de que :
uma autoridade adjudicante pode exigir, a título de critérios de seleção de avaliação qualitativa dos candidatos, que os operadores económicos estejam inscritos no registo comercial ou no registo profissional, desde que um operador económico possa apresentar o seu registo semelhante no Estado-Membro em que está estabelecido.
4) O artigo 38º, nº 1, da Diretiva 2014/23, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2019/1827, lido em conjugação com o artigo 27º desta diretiva e com o artigo 1º do Regulamento (CE) nº 2195/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de novembro de 2002, relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos,
deve ser interpretado no sentido de que :
se opõe a que uma autoridade adjudicante, que impõe que os operadores económicos que estejam inscritos no registo comercial ou no registo profissional de um Estado-Membro da União Europeia, se refira não ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) constituído por códigos CPV mas à nomenclatura NACE Ver. 2, conforme estabelecida pelo Regulamento (CE) nº 1893/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 2006, que estabelece a nomenclatura estatística das atividades económicas NACE Revisão 2 e que altera o Regulamento (CEE) nº 3037/90 do Conselho, assim como certos regulamentos CE relativos a domínios estatísticos específicos
5. (...)."

Processo C-601/21 (Comissão *versus* Polónia)
Acórdão de 7 de setembro de 2023

O comentário a este acórdão consta do capítulo 7 (incumprimento de obrigações de transposição). A chamada de atenção neste capítulo 12 justifica-se pela importância dada à fase de intermédia de verificação da capacidade (números 102 e 103, do acórdão).

Processo C-631/21 (Taxis Horn Tours)
Acórdão de 10 de novembro de 2022
ECLI:EU:C:2022:869

"O artigo 59º, 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, lido em conjugação com o artigo 2º, nº 1, ponto 10, e o artigo 63º, desta diretiva, bem como com o anexo I do Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro, 2016, que estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Público, deve ser interpretado no sentido de que : uma empresa comum, que, sem ser uma pessoa coletiva, assume a forma de uma sociedade regulada pela legislação nacional de um Estado-Membro, que está inscrita no registo comercial deste, que pode ter sido constituída de modo temporário ou permanente e cujos sócios operam todos no mesmo mercado que ela e são solidariamente responsáveis pelo cumprimento integral das obrigações por ela contraídas, deve fornecer à autoridade adjudicante unicamente o seu próprio Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) quando pretende participar, a título individual, num procedimento de contratação pública ou apresentar uma proposta se demonstrar poder cumprir o contrato em causa utilizando apenas os seus próprios pessoal e material. Se, em contrapartida, para o cumprimento de um contrato público, essa empresa comum considera dever solicitar recursos próprios de alguns sócios, deve considerar-se que a mesma recorre às capacidades de outras entidades, na aceção do artigo 63º da Diretiva 2014/24, devendo então apresentar não só o seu próprio DEUCP mas também o DEUCP de cada um dos sócios a cujas capacidades pretende recorrer".

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Taxi Horn Tours BV aos municípios de Weert e Nederweert e à Touringcars VOF, a propósito da adjudicação, por esses municípios, de um contrato de transporte público por autocarro à Touringcars VOF, contra-interesssada. Até 1 de agosto de 2019, a Taxi Horn Tours assegurou o transporte dos alunos do ensino primário para as aulas de educação física por efeito de um contrato com as autarquias referidas. Estas, porém, decidiram desencadear um concurso público para vir a estabelecer uma nova relação contratual para o período

entre 1 de janeiro de 2020 e o final do ano letivo 2027/2028. Concorreram as duas firmas já mencionadas e os municípios adjudicantes manifestaram a sua intenção de preferir a proposta da Touringcars. Como argumento impugnatório a Taxi Horn Taxis alegou que a Touringcars era uma associação permanente de empresas dos seus dois sócios, pelo que deveriam ter submetido dois DEUCP (Documento Europeu Único de Contratação Pública), e não um, exclusivamente em nome da Touringcars. Caraterizando a situação concreta, era igualmente relevante a forma jurídica adotada pela adjudicatária : uma sociedade em nome coletivo, segundo a terminologia e o regime previstos na lei neerlandesa, que o Tribunal de Justiça entendeu merecer o estatuto de "operador económico". Como se pode concluir seja das conclusões, seja do corpo do acórdão, o Tribunal de Justiça preferiu construiu a sua posição com base na definição simples de "operador económico". Como se constata, por exemplo, deste passo : ***" 45. (...) a referida diretiva adota igualmente uma conceção lata do conceito de 'agrupamento de operadores económicos'. Com efeito, nos termos do artigo 19º, nº 2, primeiro parágrafo, da mesma diretiva, os agrupamentos de operadores económicos, incluindo agrupamentos temporários podem participar nos procedimentos de contratação pública, não podendo as autoridades adjudicantes exigir-lhes que tenham uma determinada forma jurídica para apresentarem a proposta ou um pedido de participação".*** *Salvaguardado o primado da maior participação a decisão do Tribunal de Justiça é duma simplicidade quase desconcertante : se a proposta for apresentada formalmente por uma entidade, basta a apresentação do DEUCP dela (o que, na prática, pode revelar-se algo complexo) ; se para além de apresentar a proposta, declarar que pretende recorrer a meios de outras entidades para a execução do contrato, e por respeito ao artigo 63 da diretiva 2014/24/UE, terá de submeter os DEUCP de cada uma dessas entidades, além da sua.*

Processo C-469/22 (Ambisig III)
Despacho de 10 de janeiro de 2023

O comentário a esta decisão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico), e é muito importante na caraterização da relação entre o direito de União e o nosso Código dos Contratos Públicos, no que diz respeito à demonstração das qualidades de um subcontratado. No CCP é num momento final (habilitação), nas diretivas terá de ser numa fase anterior.