O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DE TERCEIROS PARA EFEITOS DE PARTICIPAÇÃO NUM CONCURSO

DÉBORA MELO FERNANDES

Advogada

Palavras-chave: capacidade financeira; capacidade técnica; aproveitamento da capacidade de terceiros; concurso limitado; qualificação; efeito direto; declaração bancária; Diretivas; jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Keywords: financial ability; technical ability; rely on the ability of third parties; restricted tender; qualification; direct effect; bank declaration; Directives; case-law of the Court of Justice.

Resumo: O Código dos Contratos Públicos não admite, por regra, a possibilidade de os candidatos num determinado procedimento concursal aproveitarem a capacidade financeira de terceiros para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos fixados pela entidade adjudicante. No presente artigo, a autora reflete sobre se estava na liberdade do legislador nacional limitar um direito consagrado nas Diretivas europeias em matéria de contratação pública e, em caso negativo, quais as consequências dessa limitação. Nele conclui que o legislador não podia ter procedido a tal limitação e que, por conseguinte, por força da teoria do efeito direto vertical, os candidatos num procedimento que tenha por objeto um contrato abrangido pelas Diretivas poderão invocar, perante a entidade adjudicante, o direito que lhes é diretamente atribuído por estas, mesmo contra o disposto no Código dos Contratos Públicos.

Abstract: As a rule, the Public Contracts Code does not allow candidates in a tender to rely on the financial ability of third parties for the purposes of filling the minimum requirements set by the awarding authority. In this article, the author reflects on whether the national legislator could have limited a right established in the European Directives on public contracts and, if not, what the consequences of such limitation are.

The author concluded that the national legislator was not allowed to limit such right; therefore, in accordance with the theory of vertical direct effect, candidates in a tender procedure which object is a contract covered by the Directives may invoke before the awarding authority the right directly attributed to them by these Directives, even if contrary to the provisions of the Public Contracts Code.

1. Enquadramento da questão

A exigência, por parte de uma entidade adjudicante, de que os interessados em participar num concurso preencham determinados requisitos de capacidade técnica e/ou financeira ⁽¹⁾ destina-se a assegurar que apenas apresentarão proposta entidades que beneficiem de um conjunto de *situações, qualidades, características ou outros elementos de facto* que, à partida, garantam uma adequada execução do contrato a celebrar.

Se é certo que, em princípio, esses requisitos de capacidade têm de ser preenchidos pelos próprios interessados em participar no procedimento, a verdade é que tem sido admitido que um interessado aproveite, dentro de determinadas condições, a capacidade de terceiros ⁽²⁾

⁽¹⁾ Tendo em conta os procedimentos de contratação pública previstos no Código dos Contratos Públicos, a exigência do preenchimento de determinados requisitos de capacidade técnica ou financeira só pode ocorrer num concurso limitado por prévia qualificação, num procedimento de negociação, num diálogo concorrencial ou num sistema de qualificação. Hoje em dia, tal exigência é proibida nos ajustes diretos e nos concursos públicos, na medida em que foi eliminada destes procedimentos, por opção exclusiva do legislador português, a fase de qualificação, na qual tem lugar a aferição da capacidade técnica e financeira dos candidatos. Nestes procedimentos, apenas é possível agora avaliar as propostas, através dos seus *atributos*, estando completamente vedado às entidades adjudicantes proceder à avaliação de "*situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*", isto é, da capacidade técnica e financeira dos mesmos (cf. artigo 75.º/1 do Código dos Contratos Públicos).

⁽²⁾ Não cabe na economia do presente texto analisar o aproveitamento da capacidade de terceiros por via da constituição de agrupamentos de operadores económicos, embora os diferentes membros de um agrupamento também sejam, uns relativamente aos outros, terceiros. Para os efeitos deste texto, são considerados *terceiros* apenas as entidades com as quais não existe uma associação através da consti-

DOCTRINA E COMENTÁRIO

O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros...

para efeitos de participação no concurso, a fim de contornar a incapacidade de preencher, por si só, tais requisitos.

Tal possibilidade encontra-se hoje expressamente prevista nos artigos 47.º/2 e 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE ⁽³⁾ e no artigo 54.º/5 e 6 da Diretiva 2004/17/CE ⁽⁴⁾ (adiante conjuntamente designadas por “Diretivas”), tendo a sua consagração tido origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, atualmente Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJ”), e radicando também na emergência de uma política de apoio às pequenas e médias empresas (“PME”) ⁽⁵⁾.

Seria, por isso, de esperar que o Código dos Contratos Públicos ⁽⁶⁾ (“CCP”), que transpôs aquelas Diretivas, tivesse acolhido regras que refletissem, de forma mais ou menos próxima, o seu sentido. No entanto, não foi isso que sucedeu: como adiante se verá, o CCP não permite, por regra, o recurso à capacidade financeira de terceiros.

Perante este distanciamento da solução consagrada no direito da União Europeia, coloca-se a dúvida de saber se estava na disposição do

tuição de um agrupamento, nos termos previstos no artigo 54.º do Código dos Contratos Públicos.

⁽³⁾ Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviço.

⁽⁴⁾ Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

⁽⁵⁾ A expressão “PME” é utilizada no presente texto na aceção que lhe é dada pela Recomendação 2003/361/CE da Comissão, publicada no JOUE L-124, de 20 de maio de 2003, nos termos da qual são PME as empresas que empregam até 250 trabalhadores e cujo volume de negócios anual não excede os 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede os 43 milhões de euros.

⁽⁶⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, tendo sido objeto de alteração posterior pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 223/2009, de 11 de setembro, e 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelos Decretos-Leis n.ºs 131/2010, de 14 de dezembro, e 40/2011, de 22 de março, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

legislador nacional limitar, nos termos em que o fez, um direito que as Diretivas conferem aos interessados nos procedimentos de contratação pública por elas abrangidos e, em caso negativo, quais as consequências dessa limitação. É desta questão que trata o presente texto.

2. O direito de recorrer à capacidade de terceiros no direito da União Europeia: em especial, a jurisprudência do Tribunal de Justiça

Antes da aprovação das Diretivas, o direito da União Europeia não continha qualquer regra expressa que tratasse diretamente a questão. Com efeito, as anteriores diretivas em matéria de contratação pública ⁽⁷⁾ só muito lateralmente tocavam o tema.

Posteriormente, com a aprovação das Diretivas, veio a ser expressamente consagrada a possibilidade de recorrer à capacidade de terceiros para efeitos de participação num procedimento pré-contratual.

De facto, no que diz respeito à capacidade financeira, o já mencionado artigo 47.º/2 da Diretiva 2004/18/CE prevê que “[u]m operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Deverá nesse caso provar à entidade adjudicante que disporá efectivamente dos recursos necessários, por exemplo, através da apresentação do compromisso de tais entidades nesse sentido”. O artigo 54.º/5 da Diretiva 2004/17/CE, aplicável aos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (ditos “sectores especiais”), tem uma redação praticamente idêntica.

Já no que se refere à capacidade técnica, o artigo 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE estabelece que “[u]m operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Deverá nesse caso provar à entidade adjudicante que, para a realização do contrato, disporá dos meios necessários, por exemplo, através do compromisso de tais entidades de colocar os meios necessários à sua dispo-

⁽⁷⁾ Não só as revogadas pelas Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, como as anteriores a essas.

sição”. No âmbito dos setores especiais, a redação do artigo 54.º/6 da Diretiva 2004/17/CE é, também a este propósito, praticamente idêntica.

Refira-se, a este propósito, que as Propostas das diretivas ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾ que irão, a muito breve trecho ⁽¹⁰⁾, substituir as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE contêm também disposições que preveem o recurso à capacidade de terceiros em termos idênticos aos atualmente consagrados nos artigos 47.º/2 e 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 54.º/5 e 6 da Diretiva 2004/17/CE. Trata-se do artigo 62.º da Proposta de diretiva que irá substituir a Diretiva 2004/18/CE e do artigo 73.º da Proposta de diretiva que irá substituir a Diretiva 2004/17/CE.

Ora, a consagração expressa deste direito nas Diretivas radica, por um lado, assumidamente, na emergência de uma política de apoio às PME, enquanto forma de garantir um melhor acesso destas ao mercado, e, de uma forma mais geral, no respeito pelo princípio da concorrência ⁽¹¹⁾.

Com efeito, já em 27 de novembro de 1996, a Comissão postulava, no seu «Livro Verde sobre os Contratos Públicos na União Europeia: Pistas de Reflexão para o Futuro» ⁽¹²⁾, que deviam ser adotadas medidas

⁽⁸⁾ As versões iniciais das Propostas de diretivas, elaboradas pela Comissão, podem ser encontrados em: COM/2011/0896 final — 2011/0438 (COD), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PT:PDF> e COM/2011/0895 final — 2011/0439 (COD), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0895:FIN:PT:PDF>.

⁽⁹⁾ Na sequência de um longo processo de negociação, chegou-se, em junho de 2013, a um acordo informal sobre os textos destas Propostas de diretivas, cujas versões iniciais foram elaboradas e submetidas pela Comissão em dezembro de 2011. Os textos finais das diretivas terão agora de ser aprovados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho.

⁽¹⁰⁾ De acordo com as mais recentes versões das Propostas, as diretivas deverão ser transpostas no prazo de 24 meses a contar da respetiva entrada em vigor, o que ocorrerá 20 dias após a publicação no JOUE.

⁽¹¹⁾ Para uma breve análise da política europeia de apoio às PME e da sua repercussão no direito europeu da contratação pública, ver Martin BÜRGI, “Small and medium-sized enterprises and procurement law — European legal framework and German experiences”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, disponível em www.westlaw.com.

⁽¹²⁾ JOUE C-583.

tendentes à redução das desvantagens das PME no acesso aos contratos públicos. E, na sua Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 10 de novembro de 2005 ⁽¹³⁾, a Comissão elegeu a melhoria do acesso das PME aos mercados como uma das formas de aplicação do Programa Comunitário de Lisboa.

Ainda neste contexto, a Comissão elaborou, em junho de 2008, um «Código Europeu de Boas Práticas para Facilitar o Acesso das PME aos Contratos Públicos» ⁽¹⁴⁾, cujo duplo objetivo passa por: “1) *proporcionar aos Estados-membros e às respectivas entidades adjudicantes orientações gerais sobre o modo como podem aplicar o quadro jurídico comunitário por forma a reforçar a participação das PME nos processos de adjudicação de contratos, e 2) dar maior evidência a regras e práticas nacionais que aumentem o acesso das PME aos contratos públicos*”.

De acordo com este documento, uma das principais dificuldades sentidas pelas PME no acesso ao mercado dos contratos públicos é o estabelecimento de exigências desproporcionadas em matéria de qualificação e de garantias financeiras. Nesta sequência, alertou a Comissão para a circunstância de as Diretivas permitirem a um operador económico recorrer às capacidades de outras empresas, independentemente dos laços jurídicos que os liguem, bem como agrupar-se com outros operadores e beneficiar, por essa via, das respetivas capacidades. Acrescentou a Comissão que “*as entidades adjudicantes são obrigadas pela legislação comunitária a aceitar estas formas de cooperação entre PME*”.

Neste mesmo sentido, a Comissão aprovou, também em junho de 2008, uma Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada «*“Think Small First” Um “Small Business Act” para a Europa*» ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ JOUE C-551.

⁽¹⁴⁾ SEC(2008)2193, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_pt.pdf.

⁽¹⁵⁾ COM(2008) 394 final, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:PT:PDE>.

Por outro lado, a consagração expressa nas Diretivas do direito de beneficiar das qualidades técnicas e financeiras de terceiros resultou também, em primeira linha, do labor jurisprudencial do TJ, que, ancorado nas liberdades de prestação de serviços e de estabelecimento, foi paulatinamente extraindo aquele que podemos designar como *princípio geral de possibilidade de aproveitamento da capacidade de terceiros*. Fazemos um excuroso por tal jurisprudência.

2.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

A linha jurisprudencial ⁽¹⁶⁾ que abriu portas à existência dos artigos das Diretivas acima citados ⁽¹⁷⁾ foi inaugurada pelo acórdão *Ballast Nedam I* ⁽¹⁸⁾, de 14 de abril de 1994, através do qual o TJ lançou as fundações de uma solução que viria, posteriormente, a receber contornos bastante mais generosos.

Neste processo, estava em causa um litígio que opunha uma sociedade de direito holandês, a *Ballast Nedam Groep* (“BNG”), ao Estado Belga, a respeito da não renovação por parte do Ministro das Obras Públicas do título de empreiteiro de obras públicas detido por aquela sociedade. A decisão ministerial de não renovação do título foi adotada, na sequência de parecer desfavorável da comissão de aprovação dos empreiteiros, com fundamento no facto de a BNG não poder ser considerada como empreiteiro de obras públicas, em virtude de não executar ela própria as obras que lhe eram objeto de adjudicação. Na verdade, tratando-se de uma *holding*, esta invocava as obras executadas pelas filiais, todas elas pessoas coletivas distintas, para demonstrar as capaci-

⁽¹⁶⁾ Para uma breve análise da jurisprudência adiante citada, ver Ana Gouveia MARTINS, “Concurso Limitado por Prévia Qualificação”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, organização de Pedro GONÇALVES, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 269 e 270.

⁽¹⁷⁾ Artigos 47.º/2 e 48.º/3 da Diretiva 2004/18/CE e artigo 54.º/5 e 6 da Diretiva 2004/17/CE.

⁽¹⁸⁾ P. C-389/92, de 14/4/1994 (Colet., p. I-1289).

dades que lhe eram exigidas para obter (ou, no caso, renovar) o título de empreiteiro de obras públicas.

A questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional belga (o *Raad van State van België*) ao TJ era a seguinte: «*A Directiva 71/304/CEE (...) e a Directiva 71/305 do Conselho (...), em especial os artigos 1.º, 6.º, 21.º, 23.º e 26.º, permitem que, em conformidade com a regulamentação belga de aprovação de empreiteiros de obras públicas, relativamente à pessoa colectiva dominante de um “grupo” de direito neerlandês, para apreciar os critérios que o empreiteiro deve satisfazer, designadamente o da capacidade técnica, só se tenha em conta a entidade jurídica da pessoa colectiva dominante e não as “sociedades de grupo” que, cada uma com personalidade jurídica própria, pertencem ao referido “grupo”?*»⁽¹⁹⁾.

A BNG e a Comissão defendiam uma resposta negativa à questão prejudicial assim colocada, aludindo a certas disposições das Diretivas 71/304/CEE⁽²⁰⁾ e 71/305/CEE⁽²¹⁾. Entre outras, foi invocada a alínea e) do artigo 26.º da Directiva 71/305/CEE, que expressamente previa a possibilidade de apresentação, para efeitos da demonstração da capacidade técnica, de uma declaração que mencionasse os técnicos ou os serviços técnicos a que o empreiteiro recorreria para a execução da obra, quer estivessem *ou não* integrados na empresa. Foi também invocado o artigo 1.º da mesma directiva, o qual definia empreitada de obras públicas como a “*realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades da entidade adjudicante*”.

O TJ acabou por acolher a argumentação da BNG e da Comissão e entendeu que decorria das Diretivas 71/304/CEE e 71/305/CEE que “*as empreitadas de obras públicas podem ser adjudicadas não apenas à pessoa individual ou colectiva que execute por si esses trabalhos, mas tam-*

⁽¹⁹⁾ Cf. parágrafo 5 do acórdão.

⁽²⁰⁾ 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 de sucursais.

⁽²¹⁾ Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

bém a quem os faça executar através de agências ou sucursais, ou a quem recorra a técnicos ou serviços externos, ou também a um agrupamento de empreiteiros, seja qual for a sua forma jurídica” ⁽²²⁾.

Daqui extraiu o TJ a conclusão de que “[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 de sucursais, e a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processo 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” (o destaque é nosso).

Em suma, resulta do acórdão *Ballast Nedam I* que uma sociedade pode, com vista a obter a sua inscrição numa lista oficial de empreiteiros, invocar a capacidade técnica, financeira e económica ⁽²³⁾ das suas filiais para demonstrar o preenchimento dos requisitos de capacidade que lhe são exigidos para obter o título de empreiteiro de obras públicas, desde que consiga provar que pode efetivamente dispor dos meios destas necessários à execução das empreitadas.

Três anos depois, no acórdão *Ballast Nedam II* ⁽²⁴⁾, o TJ foi mais longe. Neste caso, o TJ foi chamado a pronunciar-se, em sede de reenvio prejudicial, sobre a interpretação a dar ao seu acórdão *Ballast Nedam I*,

⁽²²⁾ Cf. parágrafo 13 do acórdão.

⁽²³⁾ Apesar de, no caso concreto, estar em causa um litígio referente ao aproveitamento da capacidade técnica, o TJ, no parágrafo 17 do acórdão, admitiu indistintamente o aproveitamento de qualidades técnica e económico-financeiras de terceiros.

⁽²⁴⁾ P. C-5/97, de 18/12/1997 (Colet., p. I-7549).

visto que as partes nesse litígio não se entendiam quanto ao alcance a dar a esse acórdão. Assim, o *Raad van State van België* decidiu colocar ao TJ uma nova questão prejudicial, pretendendo saber, no essencial, “se resulta do acórdão BNG I que as Directivas 71/304 e 71/305 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 referidas sociedades”⁽²⁵⁾.

A BNG e a Comissão consideravam que se devia responder afirmativamente à questão, ao passo que o Governo belga sustentou, referindo-se ao acórdão de 8 de Julho de 1987, CEI e o. (27/86, 28/96 e 29/86, Colet., p. 3347), que os Estados-Membros dispõem de uma competência discricionária quando apreciam os critérios de classificação que um empreiteiro deve cumprir aquando da análise de um pedido de aprovação apresentado por uma pessoa coletiva dominante de um grupo, mesmo que a condição fixada pelo TJ esteja preenchida.

O TJ, depois de invocar a argumentação expendida no acórdão *Ballast Nedam I*, concluiu que “as Directivas 71/304 e 71/305 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 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 23.º a 28.º da Directiva 71/305”⁽²⁶⁾ (o realce é nosso).

Por outras palavras, o TJ manifestou o entendimento de que as referidas diretivas não só *permitted*, como *obligated* as entidades adjudicantes a tomarem em consideração as referências das filiais,

⁽²⁵⁾ Cf. parágrafo 6 do acórdão.

⁽²⁶⁾ Cf. parágrafo 14 do acórdão.

DOCTRINA E COMENTÁRIO

O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros...

quando a pessoa coletiva dominante demonstrasse que poderia efetivamente dispor dos meios das suas filiais necessários à execução da obra ⁽²⁷⁾.

No acórdão *Holst Italia* ⁽²⁸⁾, de 2 de abril de 1999, o TJ veio introduzir três importantes esclarecimentos suplementares ou adicionais relativamente ao entendimento que inaugurou com os acórdãos *Ballast Nedam*.

Estava em causa, neste processo, um litígio que opunha a *Holst Italia SpA* (“Holst Italia”) à comuna de Cagliari a propósito da adjudicação por esta comuna à *Ruhrwasser AG International Water Management* (“Ruhrwasser”), por concurso limitado (*licitazione privata*), de um serviço de recolha e tratamento de águas residuais domésticas. No anúncio do concurso, exigia-se que as empresas interessadas em concorrer demonstrassem um determinado volume de negócios anual médio, relativamente ao período de 1993-1995, no domínio da gestão das estações de tratamento de águas e das estações elevatórias, e, por outro lado, a gestão efetiva de pelo menos uma estação de tratamento de águas residuais domésticas durante dois anos consecutivos no decurso dos três últimos anos, sob pena de exclusão do processo de adjudicação.

Com o fim de comprovar a sua capacidade para participar no concurso, a *Ruhrwasser* apresentou documentação relativa aos meios detidos por outra entidade, o organismo de direito público alemão *Ruhrverband*, único acionista da empresa *RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft*, a qual participou, com cinco outras sociedades, na criação da empresa comum *Ruhrwasser* sob a forma de uma sociedade anónima de direito alemão de que cada uma das sociedades-mãe possui 1/6, o que teve por objetivo permitir a estas sociedades obter contratos no estrangeiro relativos à recolha e ao tratamento das águas.

⁽²⁷⁾ Cf., neste sentido, Rhodri WILLIAMS, “The European Commission’s Communication on the participation of European Economic Interest Groupings in public contracts and programmes financed by public funds”, in *Public Procurement Law Review*, 1998, disponível em www.westlaw.com e Adrian BROWN, “Case C176/98: technical and financial standing of contractors; bidder’s reliance upon the resources of parent companies”, in *Public Procurement Law Review*, 2000, disponível em www.westlaw.com.

⁽²⁸⁾ P. C-176/98, de 2/4/1999 (Colet., p. I-8607).

A *Holst Italia*, que também participou no concurso, mas cuja proposta foi considerada menos vantajosa pela entidade adjudicante, formulou ao *Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna* um pedido de anulação da deliberação do conselho municipal de Cagliari que aprovou a adjudicação do contrato à *Rubrwasser*, com o fundamento de que esta não apresentara a documentação exigida para poder apresentar propostas.

O tribunal italiano, tendo dúvidas sobre se as diferenças em matéria de direito e de facto impediam a aplicação da solução adotada pelo TJ nos seus precedentes acórdãos, decidiu submeter a este Tribunal a seguinte questão prejudicial: “[p]ermite 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, que uma sociedade comprove possuir as qualificações técnicas financeiras exigidas para admissão a um concurso organizado para a concessão de um serviço público invocando as referências de outra sociedade que é a única accionista de uma das sociedades que tem participação na primeira das sociedades referidas?”⁽²⁹⁾.

Neste caso, discutia-se, portanto, simultaneamente a possibilidade de aproveitamento da capacidade financeira (volume de negócios relativo ao período de 1993-1995) e da capacidade técnica (gestão efetiva de pelo menos uma ETAR doméstica durante 2 anos consecutivos nos últimos três anos) de uma empresa por outra empresa, no âmbito de um concurso para a concessão do serviço de gestão de estações de tratamento de águas residuais domésticas e estações elevatórias, sendo a empresa concorrente detida, apenas indireta e minoritariamente, pela empresa cuja capacidade pretendia aproveitar.

Ora, o TJ decidiu que “a Directiva 92/50 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 con-

⁽²⁹⁾ Cf. parágrafo 16 do acórdão.

trato. Compete ao juiz nacional apreciar se tal prova foi feita no processo principal⁽³⁰⁾ (realce aditado).

Nestes termos, o TJ veio, em primeiro lugar, clarificar que a possibilidade de aproveitamento da capacidade de terceiros é também aplicável no domínio dos contratos públicos de serviços, afirmando que “[é] (...) permitido a um prestador que não preenche por si só as condições mínimas exigidas para participar no processo de adjudicação de um contrato de serviços invocar perante a entidade adjudicante as capacidades de terceiros a que conta recorrer se o contrato lhe for adjudicado”⁽³¹⁾.

Depois, o TJ determinou que o recurso às capacidades de terceiros não está dependente da existência de uma relação de domínio entre as empresas em causa. Neste sentido, o TJ decidiu que uma entidade pode sempre invocar as capacidades de outras entidades, “qualquer que seja a natureza jurídica das relações que com elas mantém”. Ficou, assim, afastada qualquer dúvida que pudesse subsistir quanto à possibilidade de uma filial poder também beneficiar das capacidades da empresa mãe — nesta perspetiva, o acórdão *Holst Italia* é o reverso dos acórdãos *Ballast Nedam*.

Por último, o TJ clarificou ainda que é vedado a uma entidade adjudicante presumir que uma empresa pode, nomeadamente por estar inserida no mesmo grupo ou por exercer um poder de domínio, beneficiar dos meios de outra empresa, sublinhando que é essencial que a empresa beneficiária consiga provar que terá efetivamente ao seu dispor os meios necessários para a execução do contrato⁽³²⁾.

No mais recente aresto sobre o tema, o acórdão *Siemens AG*⁽³³⁾, proferido em 18 de março de 2004, o TJ aprofundou a ideia de que o aproveitamento da capacidade de um terceiro é independente da natureza jurídica da relação que une o beneficiário ao terceiro.

⁽³⁰⁾ Cf. parágrafo 31 do acórdão.

⁽³¹⁾ Cf. parágrafo 27 do acórdão.

⁽³²⁾ Cf., em especial, o parágrafo 30 do acórdão. Neste sentido, vejam-se também as conclusões do Advogado-geral Léger apresentadas em 23 de setembro de 1999, no âmbito deste processo: “*Pouco importa, em suma, o método utilizado para garantir uma colocação à disposição efectiva do concorrente dos meios e garantias exigidos pela entidade adjudicante, desde que essa colocação possa ter lugar*”.

⁽³³⁾ P. C-314/01, de 18/03/2004 (Colet., p. I-2549).

Estava em causa um litígio que opunha as sociedades *Siemens AG Österreich* (“Siemens”) e *ARGE Telekom & Partner* (“ARGE Telekom”) à *Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger* (união das caixas de segurança social austríaca — “Hauptverband”), na sua qualidade de entidade adjudicante, a respeito de um processo de adjudicação de um contrato em duas fases relativo à conceção, elaboração e realização de um sistema de processamento eletrónico de dados em cartões com *chip* integrado, incluindo o fornecimento, a inicialização, a personalização, a distribuição e a eliminação dos cartões em toda a Áustria, a instalação e a manutenção de terminais por setor, bem como o apoio à unidade de processamento eletrónico de dados do sistema, o apoio à unidade do centro de chamadas, à gestão dos cartões e aos restantes serviços necessários ao funcionamento do referido sistema.

Neste caso, o órgão jurisdicional alemão que julgava o processo principal (o *Bundesvergabeamt*) decidiu suspender a instância e submeter ao TJ uma série de questões prejudiciais, entre as quais a seguinte: “*Resulta das disposições da Directiva 89/665 [...], em especial do artigo 2.º, n.º 7, lido, se necessário, em conjugação com o disposto na Directiva 92/50 [...], em especial o artigo 25.º e o artigo 32.º, n.º 2, alínea c), ou qualquer outra disposição de direito comunitário, em especial à luz do efeito útil que preside à interpretação do direito comunitário, que uma cláusula do concurso que proíbe a subcontratação de elementos essenciais da prestação, impede que o proponente demonstre, não obstante a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial do acórdão [Holst Itália, já referido], através da apresentação como prova do contrato celebrado com o subcontratante, que dispõe efectivamente dos meios de terceiros, e o priva, deste modo, do direito de invocar os meios de terceiros para provar a sua capacidade e que dispõe efectivamente dos meios de terceiros, é de tal modo contrária ao direito comunitário que se deve entender que um contrato celebrado na sequência de tal concurso deve considerar-se nulo, em especial quando a ordem jurídica interna já contém disposições que ferem de nulidade os contratos contrários à lei?*”⁽³⁴⁾.

Por outras palavras, neste processo, o TJ foi chamado a pronunciar-se, entre outras, sobre a questão de saber se uma disposição concursal que

⁽³⁴⁾ Cf. parágrafo 30 do acórdão.

DOCTRINA E COMENTÁRIO

O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros...

proibia o recurso à subcontratação de partes importantes do contrato em apreço no processo principal era, ou não, contrária à Diretiva 92/50, tal como interpretada pelo próprio TJ no acórdão *Holst Italia*.

Neste contexto, o TJ afirmou que “a Directiva 92/50, que tem por objectivo eliminar os entraves à livre circulação de serviços na celebração de contratos de direito público de serviços, visa, expressamente no seu artigo 25.º, a possibilidade de o proponente subcontratar uma parte do contrato a terceiros, na medida em que esta disposição prevê que a entidade adjudicante pode pedir a esse proponente que indique na sua proposta a parte do referido contrato que tenciona subcontratar. Além disso, quanto aos critérios de selecção qualitativos, o artigo 32.º, n.º 2, alíneas c) e h), da referida directiva prevê expressamente a possibilidade de justificar a capacidade técnica do prestador de serviços através da indicação dos técnicos ou dos organismos técnicos, independentemente de estarem ou não integrados na empresa desse prestador de serviços, de que dispõe para a execução do serviço, ou ainda pela indicação da parte do contrato que eventualmente tenciona subcontratar”⁽³⁵⁾ (realce aditado). Dizendo de outro modo, o TJ sublinhou que é permitido a um concorrente que não preencha, por si só, as condições mínimas exigidas para participar no procedimento adjudicatório invocar as capacidades de “terceiros a que conta recorrer se o contrato lhe for adjudicado”⁽³⁶⁾, isto é, de subcontratados.

No caso concreto, o TJ acabou por considerar que a disposição concursal em causa no processo principal (o ponto 1.8 do concurso) não era ilegal, na medida em que não proibia, “durante a fase do exame das propostas e da selecção do adjudicatário do contrato, o recurso por este último à subcontratação para as prestações essenciais do contrato”, apenas proibindo tal subcontratação na fase de execução do contrato e visando “evitar que a execução de partes essenciais do contrato [fosse] confiada a entidades em relação às quais a entidade adjudicante não pôde verificar as capacidades técnicas e económicas durante a selecção do adjudicatário”⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Cf. parágrafo 42 do acórdão.

⁽³⁶⁾ Cf. parágrafo 43 do acórdão.

⁽³⁷⁾ Cf. parágrafo 47 do acórdão.

Em suma, ao concluir que “*uma pessoa que invoque as capacidades técnicas e económicas de terceiros aos quais tenciona recorrer se o contrato lhe for adjudicado apenas pode ser afastada se não conseguir demonstrar que dispõe efectivamente dessas capacidades*”, acabou por firmar doutrina no sentido de que o estabelecimento de limitações, por parte da entidade adjudicante, à possibilidade de subcontratação de determinadas prestações é proibido na medida em que impeça os interessados de recorrer, para efeitos de qualificação, e nessa fase, às capacidades das empresas que pretendem subcontratar se vierem a ser adjudicatários ⁽³⁸⁾.

3. A proibição do aproveitamento da capacidade financeira de terceiros pelo Código dos Contratos Públicos

O CCP contém algumas regras que constituem manifestação da possibilidade de aproveitamento da capacidade de terceiros consagrada nas Diretivas.

Assim, em matéria de *capacidade técnica*, regem os artigos 168.º/4 ⁽³⁹⁾, 179.º/2 ⁽⁴⁰⁾, 246.º/7 ⁽⁴¹⁾ e 318.º/5 ⁽⁴²⁾, que admitem que um candidato

⁽³⁸⁾ O artigo 318.º/5 do CCP é tributário desta doutrina, muito embora apenas seja aplicável na sua letra ao aproveitamento da capacidade técnica, porque, como se verá, o aproveitamento da capacidade financeira é liminarmente rejeitado pelo CCP.

⁽³⁹⁾ A redação do artigo 168.º/4 é a seguinte: “*Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiros, independentemente do vínculo que com eles estabeleça, nomeadamente o de subcontratação, a respectiva candidatura é ainda constituída por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objecto do contrato a celebrar*”.

⁽⁴⁰⁾ O artigo 179.º/2 dispõe que “*Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiras entidades, a capacidade destas apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objecto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometam a realizar*”.

⁽⁴¹⁾ O artigo 246.º/7 prevê que “*os interessados podem, para preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica ou de capacidade financeira, recorrer a terceiras entidades, independentemente do vínculo que com elas estabeleçam, desde que apresentem declarações através das quais estas se comprometam, incondicionalmente, a disponibilizar, até ao termo da duração do sistema de qualificação, os meios necessários àquele preenchimento*”.

possa invocar a capacidade de um terceiro para preencher os requisitos de capacidade técnica exigidos no procedimento, independentemente do vínculo jurídico estabelecido com esse terceiro.

Já no âmbito da *habilitação legal* ⁽⁴³⁾, o CCP também prevê a faculdade, embora restringida aos contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de apresentação de alvarás ou de outros títulos de registo da titularidade de subcontratados (Cf. artigo 81.º/3 ⁽⁴⁴⁾).

Contrariamente ao que acontece com a capacidade técnica e a habilitação legal, não existe no CCP qualquer norma que regule — e, portanto, permita — o aproveitamento da capacidade financeira de terceiros ⁽⁴⁵⁾. Não existem, designadamente, normas semelhantes às contidas nos artigos 168.º/4 e 179.º/2 do CCP sobre o aproveitamento da capacidade técnica de terceiros.

A única exceção pode ser encontrada no já mencionado artigo 246.º/7 do CCP, segundo o qual “*os interessados podem, para preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica ou de capacidade*

A redação desta norma anda muito perto da letra das disposições que visa transpor — os n.ºs 4 e 5 do artigo 53.º (“*Sistemas de qualificação*”) da Diretiva 2004/17/CE.

⁽⁴²⁾ O artigo 318.º/5 estabelece que a “*estipulação contratual prevista no número anterior não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do co-contratante*”.

⁽⁴³⁾ Sobre a distinção entre as fases de qualificação e de habilitação, pode ver-se Miguel Assis RAIMUNDO / Marco Real MARTINS, “Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 121, Ano 31, Jan-Mar 2010, pp. 7-31.

⁽⁴⁴⁾ A redação do artigo 81.º/3 é a seguinte: “*Para efeitos da verificação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes*”.

⁽⁴⁵⁾ Tendo em conta a eliminação da fase de qualificação dos procedimentos de concurso público e ajuste direto, tal norma, a existir, inserir-se-ia necessariamente no capítulo dedicado ao concurso limitado por prévia qualificação, aplicável por remissão ao procedimento de negociação e ao diálogo concorrencial.

financeira, recorrer a terceiras entidades, independentemente do vínculo que com elas estabeleçam, desde que apresentem declarações através das quais estas se comprometam, incondicionalmente, a disponibilizar, até ao termo da duração do sistema de qualificação, os meios necessários àquele preenchimento” (o destaque é nosso). Sucede que este artigo, por estar inserido no capítulo relativo aos sistemas de qualificação ⁽⁴⁶⁾, apenas é aplicável aos contratos celebrados nos sectores especiais e, mesmo aqui, apenas aos concluídos na sequência de um sistema de qualificação. Trata-se assim de uma norma cujo âmbito de aplicação se afigura muito restrito e sem aptidão para valer na maioria dos casos em que a questão se pode colocar.

Não se ignora, evidentemente, que o CCP reconhece a possibilidade de um interessado se apresentar a concurso sem demonstrar o preenchimento dos requisitos de capacidade financeira exigidos pelas respetivas peças procedimentais. Essa possibilidade encontra-se consagrada no artigo 179.º/3/a), segundo o qual, “[e]xclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1, considera-se que equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira referido no n.º 2 do artigo 165.º: a) A apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo VI do presente Código e do qual faz parte integrante”.

Todavia, há uma diferença entre isentar os candidatos da demonstração do preenchimento dos requisitos de capacidade financeira, reunida que esteja determinada condição, e admitir que aqueles invoquem a capacidade de terceiros para justificar esses mesmos requisitos. Por outras palavras, a possibilidade conferida pelo artigo 179.º/3/a) não se reconduz à admissibilidade do aproveitamento da capacidade de terceiros. São realidades distintas. Vejamos porquê.

A figura do aproveitamento, tal como consagrada no direito da União Europeia e no próprio CCP nos casos já mencionados, pressupõe que é dada aos candidatos a possibilidade de preencherem os requisitos mínimos exigidos no concurso através da apresentação de qualidades ou outros elementos de facto relativos a terceiros. Efetivamente, o

⁽⁴⁶⁾ Artigos 245.º a 250.º do CCP.

aproveitamento da capacidade de um terceiro opera segundo o seguinte esquema: (i) possibilidade de um interessado se apresentar a concurso invocando qualidades de terceiras entidades (experiência, currículo, volume de negócios, solvabilidade, valor de faturação, etc.), entregando para o efeito documentação comprovativa dessa capacidade (*objeto* do aproveitamento), a que se soma a (ii) exigência de apresentação de uma declaração de compromisso emitida pelo terceiro, de modo a que este fique, de alguma forma, ligado à (boa) execução do contrato (*garantia* do aproveitamento) ⁽⁴⁷⁾.

Ora, o artigo 179.º/3/a) afasta-se profundamente deste esquema. Com efeito, aquilo que é permitido fazer-se, por via desta disposição legal, é apresentar uma declaração bancária emitida por uma instituição de crédito, conforme modelo constante do anexo VI do CCP ⁽⁴⁸⁾, a qual afasta a necessidade de demonstração do preenchimento do requisito financeiro mínimo legalmente fixado. Como se vê, o candidato interessado na qualificação não se apresenta a concurso invocando as qualidades de um terceiro, o que significa que, pura e simplesmente, não há aproveitamento.

Mas, para além de, na sua essência, não constituir uma regra de aproveitamento, o artigo 179.º/3/a) afasta-se dos artigos 168.º/4 e 179.º/2 do CCP e das regras das Diretivas por três outras razões.

⁽⁴⁷⁾ Exemplificando: se, como requisito mínimo de capacidade técnica, for exigida a experiência na construção de dois túneis de determinada altura e largura, e se, para a demonstração dessa experiência, for solicitada a apresentação de declarações abonatórias emitidas pelos donos de obra, o candidato que não detenha tal experiência poderá apresentar-se a concurso munido das declarações abonatórias de uma terceira empresa (independentemente da relação jurídica estabelecida entre ambos), desde que, para o efeito, apresente a declaração a que se refere o artigo 168.º/4 do CCP.

⁽⁴⁸⁾ Através da declaração, a instituição de crédito obriga-se, perante o candidato e a própria entidade adjudicante, a pôr à disposição daquele “*todos os meios financeiros previsivelmente necessários ao integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar no caso de a adjudicação recair sobre a proposta a apresentar*” Cf. anexo VI). Essa obrigação traduz-se na atribuição ao candidato, desde o início do prazo de vigência do contrato, de “*uma linha de crédito que o habilita a sacar, para o efeito da execução do contrato, os referidos meios financeiros*” (Cf. anexo VI).

Em primeiro lugar, o terceiro que emite a declaração deve ser uma *instituição de crédito*, ao passo que nem o artigo 168.º/4 nem os artigos das Diretivas restringem o leque de terceiros que podem emprestar as suas capacidades.

Em segundo lugar, a apresentação da declaração apenas funciona como sucedâneo do preenchimento do *requisito de capacidade previsto no artigo 165.º/2*, isto é, do requisito mínimo de capacidade financeira que a lei impõe e que encontra expressão no anexo IV do CCP ⁽⁴⁹⁾, não sendo possível a entrega dessa declaração como alternativa ao preenchimento dos requisitos que, nos termos do artigo 164.º/4, a entidade adjudicante pode fixar cumulativamente àquele. Pelo contrário, o artigo 168.º/4 não restringe o “empréstimo” de capacidade técnica a determinado tipo de requisitos ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ A inequação prevista no anexo IV do CCP pretende medir a capacidade de o candidato se endividar para mobilizar os meios necessários à integral execução do contrato. No caso de impossibilidade de preenchimento deste requisito (e só deste), a declaração bancária do anexo VI funciona como um sucedâneo.

⁽⁵⁰⁾ Não se ignora que esta última afirmação é discutível. Dispõe o artigo 179.º/2 que “a capacidade [técnica] apenas aproveita àquele na estrita medida das prestações objecto do contrato a celebrar que essas entidades se comprometam a realizar”. Ora, perante esta redação, pode colocar-se a questão de saber se a possibilidade de aproveitamento da capacidade técnica de terceiros exclui, ou não, a possibilidade de empréstimo de qualidades “pessoalíssimas”, as quais são insusceptíveis de se traduzirem na realização, por parte de quem empresta a capacidade, de prestações do contrato a celebrar. Como exemplo de uma qualidade “pessoalíssima” podemos pensar na experiência do terceiro. Embora extravase a questão tratada neste texto, sempre se deverá dizer que esta questão deve ser resolvida *secundum directivam*. Assim, embora a Diretiva 2004/18/CE exija expressamente a prova de que o interessado dispõe dos meios do terceiro necessários “para a realização do contrato” (cf. artigo 48.º/3), julgamos que não se poderá retirar desta exigência uma regra de proibição expressa de empréstimo de “qualidades pessoalíssimas”. Na verdade, quando a qualidade a aproveitar se traduza em algo que não é transponível para a execução do contrato (a mera experiência, por hipótese), deve entender-se que os meios necessários à realização do contrato que o terceiro pode pôr à disposição do beneficiário, sob compromisso de honra, são o *know-how* de que dispõe, independentemente de esse *know-how* se consubstanciar na execução de uma concreta prestação, como parece exigir o CCP. Concluindo, julgamos que, apesar da redação do artigo 179.º/2, o sentido geral desta

Em terceiro e último lugar, só é possível apresentar a declaração prevista no artigo 179.º/3/a) quando o modelo de qualificação adotado seja o *modelo simples* ⁽⁵¹⁾. Contrariamente, no âmbito da capacidade técnica, o CCP também permite o aproveitamento quando tenha sido escolhido o *modelo complexo* ou *sistema de seleção* ⁽⁵²⁾.

Ora, atento o exposto, impõe-se concluir que o CCP, por princípio ⁽⁵³⁾, não permite (por não o prever expressamente) o recurso à capacidade financeira de terceiros.

De facto, olhando para a consagração, no CCP, da admissibilidade do aproveitamento da capacidade de terceiros, para efeitos do preenchimento dos requisitos de capacidade técnica e de habilitação legal, bem como dos requisitos de capacidade financeira no âmbito de um sistema de qualificação, a não previsão expressa de regra relativa à capacidade financeira nos restantes procedimentos não pode ser encarada

norma, numa interpretação conforme ao direito da União Europeia, deve ser o de que o empréstimo e o correspondente aproveitamento da capacidade técnica não estão limitados a determinados tipos de qualidades.

⁽⁵¹⁾ Cf. a 1.ª parte do artigo 179.º/3: “*Exclusivamente para os efeitos do disposto no n.º 1*”.

⁽⁵²⁾ É verdade que, numa primeira leitura, poderia parecer que, também no âmbito da capacidade técnica, só é admissível o aproveitamento das qualidades de terceiros quando tenha sido adoptado o *modelo simples*. Com efeito, o artigo 179.º/2, que permite o aproveitamento de qualidades técnicas de terceiros, insere-se na norma que regula o *modelo simples*. No artigo 181.º, que rege o *modelo complexo*, não existe regra paralela à do artigo 179.º/2. No entanto, contra esta leitura, sempre se poderá dizer que o artigo 168.º/4 (que também regula o aproveitamento da capacidade técnica de terceiros, exigindo a apresentação de uma declaração de compromisso incondicional dos terceiros que emprestam a sua capacidade) tem vocação geral, não estando a sua aplicação circunscrita ao *modelo simples*. Por conseguinte, e numa interpretação conforme ao direito da União Europeia, julgamos que, apesar da inserção sistemática do artigo 179.º/2, a possibilidade de beneficiar das qualidades técnicas de terceiros existe também, por força do artigo 168.º/4, quando tenha sido escolhido o *modelo complexo*.

⁽⁵³⁾ Diz-se *por princípio* devido à já referida possibilidade de aproveitamento da capacidade financeira de terceiros no âmbito de um sistema de qualificação, nos termos previstos no artigo 246.º/7.

como uma simples omissão do legislador nacional, ultrapassável por meio de uma interpretação *secundum directivam*, mas antes como uma verdadeira proibição.

A isto acresce que, mesmo na parte em que o CCP admite o não preenchimento do requisito mínimo previsto no artigo 165.º/2 por parte dos interessados — por aplicação do artigo 179.º/3/a), que, pelas razões vistas, não se confunde com o aproveitamento das qualidades de terceiros —, essa possibilidade é de tal modo circunscrita que se degradará, na esmagadora maioria dos casos, numa verdadeira impossibilidade.

Com efeito, para além dos constrangimentos legais acabados de expor, julgamos que a prática tratou de demonstrar que a via da declaração constante do anexo VI do CCP é escassamente utilizada.

Por um lado, porque a emissão da declaração bancária representa um compromisso assumido pela entidade bancária de pôr à disposição do candidato, caso este venha a ser adjudicatário, *todos os meios financeiros previsivelmente necessários à execução do contrato*. O adjudicatário não é obrigado a recorrer aos recursos financeiros disponibilizados (não tem esse dever), mas poderá fazê-lo durante a vigência do contrato. Ora, no momento em que a declaração deve ser emitida (na fase de qualificação), o montante dos recursos financeiros previsivelmente necessários à execução do contrato, bem como a data em que essa disponibilização terá de ocorrer, são (ou poderão ser) ainda incertos, visto que, numa altura em que ainda não existe proposta, é praticamente impossível quantificar o capital a disponibilizar, já para não falar da imprevisibilidade das datas em que ocorrerão a adjudicação do contrato e o início da sua vigência. Neste contexto, em certo tipo de contratos, de valor mais avultado (justamente aqueles em que, por natureza, fará sentido avaliar a capacidade financeira dos candidatos), a incerteza associada à emissão da declaração e as gravosas consequências decorrentes da sua extinção ⁽⁵⁴⁾ constituirão, do ponto de vista da entidade de crédito, um factor fortemente dissuasor à assunção desse compromisso.

⁽⁵⁴⁾ Previstas no artigo 180.º/3 do CCP.

DOCTRINA E COMENTÁRIO

O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros...

Por outro lado, e agora na perspectiva do candidato, o preço a suportar por uma tal declaração (a disponibilidade antecipada de capital tem um preço) pode ser excessivamente oneroso para alguém cuja possibilidade de vir a ser escolhido como adjudicatário é, obviamente, ainda completamente incerta.

Finalmente, deve dizer-se que esta declaração, enquanto sucedâneo do preenchimento do requisito financeiro previsto no artigo 165.º/2, será, em primeira linha, do interesse daquelas entidades que não consigam, por si só, cumpri-lo. Ora, parece pouco plausível que as instituições financeiras acedam a emitir a favor dessas entidades uma declaração como a que consta do anexo VI do CCP, afigurando-se, além disso, pouco acessível a uma entidade que não consegue reunir as condições financeiras exigidas pelo artigo 165.º/2 suportar os elevados custos associados à emissão dessa mesma declaração.

Por estas razões, parece-nos que a possibilidade de recorrer ao expediente previsto no artigo 179.º/3/a) se encontra, na realidade, praticamente reduzida a zero e não pode, em consequência, considerar-se uma alternativa viável ou credível à possibilidade de aproveitamento da capacidade financeira de terceiros.

Percebe-se que a regulação do CCP nesta matéria é resultado de uma clara (e legítima) preocupação de assegurar a correta execução dos contratos, por via da exigência, a montante, de condições financeiras bastantes para o efeito. No entanto, julgamos que teria sido possível prosseguir o mesmo fim sem bulir com a letra e o espírito das Diretivas. Aliás, importa referir que esta preocupação esteve, claramente, presente no espírito do juiz e do legislador europeus, não tendo, porém, sido impeditiva da opção pelo princípio da admissibilidade do aproveitamento das capacidades de terceiros ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Neste sentido, vejam-se as conclusões do Advogado-geral Léger, apresentadas em 23 de setembro de 1999, no âmbito do processo *Holst Italia*, em que se pode ler, nomeadamente, o seguinte: “28 — *Em primeiro lugar, embora a abundância das propostas contribua, em si própria, para os interesses das entidades adjudicantes, não pode ser realizada à custa de prestações mediocres. [...] As consequências de uma solução que consiste em admitir que as condições legais fixadas pela Directiva 92/50 são preenchidas*

Desde logo, teria sido legítimo (e mesmo prudente) que o legislador exigisse um compromisso robusto dos terceiros que emprestam a sua capacidade, fixando, por exemplo, um modelo-tipo de declaração a emitir pelos terceiros, eventualmente efetuada perante a entidade adjudicante, e associando ao incumprimento do contrato pelo adjudicatário determinadas consequências para esses mesmos terceiros.

Vedar, simplesmente, aos candidatos o direito de aproveitarem qualidades financeiras de terceiros constitui não só um meio excessivo para alcançar o fim pretendido (garantia da boa execução do contrato a celebrar), como uma violação do direito da União Europeia, que admite, de forma muito ampla, a possibilidade de aproveitamento das qualidades técnicas e financeiras de terceiros como forma de otimizar o acesso ao mercado dos contratos públicos de todas as empresas indistintamente.

4. As consequências da errada transposição do artigo 47.º/2 da Diretiva 2004/18/CE e do artigo 54.º/5 da Diretiva 2004/17/CE: o efeito direto vertical

Não há dúvida de que os artigos 47.º/2 da Diretiva 2004/18/CE e 54.º/5 da Diretiva 2004/17/CE, acima transcritos, conferem aos interessados num procedimento de formação de um contrato público o direito de recorrerem às qualidades de terceiros a fim de preencherem os requisitos de capacidade financeira definidos nos documentos concursais.

No entanto, justamente no que diz respeito a estes requisitos de natureza financeira, pelas razões acima expostas, o CCP não consagrou tal direito na ordem jurídica interna.

Ante tal contradição, coloca-se, inelutavelmente, a seguinte questão: pode um operador económico apresentar-se a concurso “apoiado” nas qualidades financeiras de um terceiro (filial, sociedade-mãe, subcontra-

por outras pessoas diferentes da empresa concorrente devem, por conseguinte, ser cuidadosamente avaliadas. 29 — Em segundo lugar, se a referência feita por estes dois artigos ao prestador de serviços pode levar a uma interpretação favorável à produção de justificações limitadas ao próprio prestador, outras passagens advogam uma leitura menos restrita”.

DOCTRINA E COMENTÁRIO

O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros...

tado, etc.)? A resposta não prescinde da formulação de uma questão prévia adicional: podia o legislador nacional ter estabelecido, nesta matéria, um regime jurídico que vai ao arrepio do sentido postulado pelas Diretivas? Pensamos que não (ainda que, obviamente, apenas no que se refere aos contratos abrangidos pelas Diretivas ⁽⁵⁶⁾).

No caso concreto do CCP, a liberdade de transposição abrangia, nomeadamente e sempre dentro de certos constrangimentos, a definição do concreto figurino procedimental dos concursos, bem como a fixação dos limiares para escolha dos procedimentos ou dos prazos para apresentação de candidaturas e propostas, desde que respeitados os limiares máximos e os prazos mínimos definidos pelo direito da União Europeia.

A liberdade do legislador nacional na transposição de uma diretiva comunitária seguramente não inclui a faculdade de limitar ou de eliminar direitos criados por esse ato legislativo na esfera dos particulares. *In casu*, o CCP suprime um direito que as Diretivas expressa e diretamente ⁽⁵⁷⁾ atribuem aos particulares — direito esse, não esqueçamos, tributário da jurisprudência do TJ ⁽⁵⁸⁾, corolário dos princípios da liberdade de prestação de serviços e de estabelecimento e da concorrência

⁽⁵⁶⁾ Contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, prestação de serviços e fornecimento.

⁽⁵⁷⁾ Não é errado dizer que os artigos 47.º/2 da Diretiva 2004/18/CE e 54.º/5 da Diretiva 2004/17/CE, não obstante não se dirigirem a particulares (por estarem inseridos numa diretiva, cujos destinatários, evidentemente, são os Estados-membros), conferem diretamente a esses mesmos particulares um direito (a valer-se da capacidade de terceiros) de que os mesmos são titulares e de que se podem prevalecer em face do direito da União Europeia aplicável neste domínio específico. Situação diferente seria se esses artigos impusessem aos Estados-membros obrigações em relação a particulares — neste caso, estaríamos perante um direito *reflexamente* atribuído. Veja-se, neste sentido, Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 426, a propósito da distinção entre o *efeito directo propriamente dito* e o *efeito directo reflexo*.

⁽⁵⁸⁾ Como já referido, no acórdão *Ballast Nedam II*, o TJ deixou claro que o direito da União Europeia não só *permite* como *obriga* as entidades adjudicantes a tomarem em consideração as qualidades de terceiros, quando a empresa beneficiária consiga demonstrar que pode efetivamente dispor dos meios daqueles necessários à execução da obra.

e apontado pela Comissão como uma forma de garantir a implementação da política europeia de apoio às PME.

No que respeita à transposição dos artigos 47.º/2 da Diretiva 2004/18/CE e 54.º/5 da Diretiva 2004/17/CE, parece-nos que a liberdade do legislador nacional incluía, apenas, a possibilidade de tornar mais ou menos exigente a prova a produzir pela empresa beneficiária no sentido de demonstrar que o terceiro que empresta a capacidade porá, efetivamente, à sua disposição os recursos necessários à execução do contrato — não mais do que isto.

Ora, à primeira vista, a transposição operada pelo CCP impediria, em absoluto, que os candidatos a um concurso realizado em Portugal recorressem às qualidades financeiras de terceiros. No entanto, por força da teoria do efeito direto, hoje perfeitamente consolidada, os interessados em participar num procedimento pré-contratual sujeito ao CCP e que tenha por objeto um contrato abrangido pelas Diretivas poderão invocar, perante a entidade adjudicante ⁽⁵⁹⁾, o direito que lhes é diretamente atribuído pelas Diretivas, mesmo contra o disposto no CCP ⁽⁶⁰⁾.

Na verdade, é hoje consensual que as normas de uma diretiva não transposta, ou transposta de forma deficiente, na medida em que criem direitos na esfera dos particulares, podem ser invocadas por estes perante qualquer autoridade nacional, administrativa ou judicial ⁽⁶¹⁾, desde que sejam claras, precisas e incondicionais ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ Estamos perante o chamado efeito direto vertical, por oposição ao efeito direto horizontal em que os particulares invocam direitos atribuídos pelo direito da União Europeia contra outros particulares.

⁽⁶⁰⁾ Nesta perspetiva, o efeito direto constitui “uma garantia mínima dos direitos dos particulares, dentro da concepção global do Direito Comunitário como um sistema jurídico fortemente imbuído pelo princípio da protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados membros” (cf. Fausto de QUADROS, *ob. cit.*, p. 427).

⁽⁶¹⁾ Cf. José Cruz VILAÇA, “A Propósito dos Efeitos das Directivas na Ordem Jurídica dos Estados-Membros”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 30, pp. 4 e ss; Miguel Gorjão HENRIQUES, *Direito da União — História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 314. Ver igualmente o Acórdão *Becker* do TJ, de 19 de janeiro de 1982, P. 8/81, Rec. 1982, p. 53, n.ºs 24, 25 e 34.

DOCTRINA E COMENTÁRIO

O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros...

Precisamente no sentido que acabámos de expor, importa salientar um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”), que constitui jurisprudência singular deste tribunal sobre a questão aqui em apreço ⁽⁶³⁾. Neste aresto de 20 de janeiro de 2010, o STA, embora não tomando posição definitiva sobre a questão objeto de recurso (relativa à aplicação, ou não, do artigo 47.º/2 aos contratos de aquisição dos serviços constantes do Anexo II-B da Diretiva 2004/18/CE), tendo-a submetido à apreciação do TJ em reenvio prejudicial ⁽⁶⁴⁾, acabou por considerar que “*a primeira parte da norma [artigo 47.º/2] é clara, precisa, incondicional e suficiente, não deixando para os estados-membros qualquer poder de conformação e, por consequência, imediatamente executável. Todavia, quanto à segunda parte, dado que a prova por meio de «compromisso», aparece meramente exemplificativa, já é defensável a ideia de que a Directiva deixa para os estados-membros alguma margem de apreciação quanto ao que deve*

⁽⁶²⁾ Cf. João Carlos Moitinho de ALMEIDA, *Direito Comunitário — A Ordem Jurídica Comunitária — As Liberdades Fundamentais na C.E.E.*, Lisboa, 1985, pp. 74 e ss. e Araceli Mangas MARTÍN, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Madrid, 1987, pp. 73 e ss..

⁽⁶³⁾ Acórdão de 20 de janeiro de 2010, proferido no recurso n.º 1108/09.

⁽⁶⁴⁾ Quanto à questão prejudicial propriamente dita, o TJ acabou por entender que a Diretiva 2004/18/CE “*não obriga os Estados-Membros a aplicar o seu artigo 47.º, n.º 2, também aos contratos relativos a serviços constantes do Anexo II B desta última. Contudo, a mesma diretiva não impede os Estados-Membros e, eventualmente, as entidades adjudicantes de preverem, respectivamente, na sua legislação e na documentação relativa ao contrato, a sua aplicação*” (Acórdão do TJ de 17 de março de 2011 — P. C-95/10).

Uma segunda questão havia sido formulada pelo STA, mas o TJ acabou por não lhe dar resposta, tendo-a julgado prejudicada pela resposta dada à questão anterior. A questão era a seguinte: “*O artigo 47.º da Directiva 2004/18/[...], depois de [31 de Janeiro de 2006], é directamente aplicável na ordem interna no sentido de que confere aos particulares um direito que estes podem fazer valer contra os órgãos da [A]dministração portuguesa?*”.

Embora entendamos discutível a conclusão a que chegou o TJ quanto à primeira questão, a qual prejudicou o conhecimento pelo TJ da segunda questão formulada pelo STA, parece-nos, tendo em conta a jurisprudência histórica do TJ, que dificilmente este último responderia negativamente à segunda das questões levantadas (no fundo, a questão de saber se o artigo 47.º da Diretiva 2004/18/CE tem, ou não, efeito direto vertical).

ser provado e aos meios de prova exigíveis para que o operador económico demonstre à entidade adjudicante a sua capacidade económica e financeira quando recorre às capacidades de outras entidades” (o ênfase é nosso).

Assim, em nossa opinião, a questão de que trata o presente texto, no atual estado da arte, deve ser resolvida da seguinte forma: nos procedimentos de contratação pública nacionais que tenham por objeto contratos abrangidos pelas Diretivas, os operadores económicos poderão apresentar-se a concurso invocando a capacidade financeira de terceiros, independentemente da relação jurídica entre eles existente, não devendo (podendo) a entidade adjudicante, apesar da disciplina constante do CCP a este propósito específico, rejeitar a sua qualificação com base nesse fundamento, uma vez que as normas constantes dos artigos 47.º/2 da Diretiva 2004/18/CE e 54.º/5 da Diretiva 2004/17/CE são suficientemente claras, precisas e incondicionais, tendo efeito direto vertical.

Isto é, sendo a regulamentação constante do CCP neste ponto específico contrária às Diretivas, as disposições destas devem ter-se por imediatamente aplicáveis no nosso ordenamento jurídico da contratação pública, podendo, em consequência, os candidatos em procedimentos concursais com fase de qualificação prevalecer-se delas, a fim de preencherem os requisitos de capacidade financeira definidos pela entidade adjudicante com recurso a qualidades de entidades terceiras. Para o efeito, deverão apresentar os documentos exigidos nas peças procedimentais para demonstração de tais requisitos (documentos estes que, naturalmente, serão da titularidade e farão prova da capacidade do terceiro) e juntar uma declaração emitida pelo terceiro, mediante a qual este assegura que porá à disposição do candidato todos os meios necessários à execução do contrato.

Em suma, por força do efeito direto vertical dos aludidos artigos das Diretivas, as entidades adjudicantes portuguesas não poderão, sob pena de ilegalidade da decisão de adjudicação que venha a ser adotada a final no procedimento, impedir, ou de algum modo limitar, o exercício por parte dos operadores económicos do direito de aproveitamento da capacidade financeira de terceiros que lhes é conferido pelo direito da União Europeia, alegando nomeadamente que o mesmo não foi transposto para a ordem jurídica interna.