

Os “Motivos de Exclusão” na Diretiva 2014/24/UE

JOSÉ AZEVEDO MOREIRA

Advogado

Membro do Grupo de Contratação Pública do Cedipre

1. Introdução

O interesse do direito europeu pela contratação pública assenta, em primeira linha, na importância desta matéria para a construção do mercado comum. Cedo se reconheceu, porém, que os instrumentos fornecidos pelo direito *primário*, as chamadas *liberdades fundamentais do mercado comum*, se revelavam insuficientes para promover a liberalização dos “mercados públicos” à escala da União. Assim, convocando uma base jurídica que supre insuficiências desta natureza ¹, o legislador europeu tem vindo a emitir atos *secundários* (sobretudo diretivas) com vista a harmonizar alguns aspetos das diversas regulamentações nacionais em matéria de formação de contratos públicos.

Neste quadro, facilmente se compreende que a harmonização passe também pela disciplina das situações que permitem às entidades adjudicantes afastar certos operadores económicos dos procedimentos adjudicatórios. Esta *exclusão* afeta necessariamente o acesso por estes operadores a um determinado mercado possuindo, por conseguinte, elevada aptidão para obstaculizar a mobilidade intracomunitária dos agentes económicos. Assim, as sucessivas gerações das diretivas comunitárias foram prescrevendo – em termos taxativos, conforme veremos – as concretas circunstâncias que permitem às entidades adjudicantes excluir um interessado por razões ligadas à sua *honestidade profissional*, *solvabilidade* ou *fiabilidade* ².

¹ Trata-se da competência geral de harmonização legislativa atualmente prevista no artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: «o Parlamento Europeu e o Conselho (...) adoptam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno».

² Veja-se, a este propósito, os artigos 23.º da Diretiva 71/305/CEE (coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas), 20.º da Diretiva 77/62/CEE (coordena-

A chamada “reforma de 2014”³ trouxe inovações significativas nesta área. Cada um dos três novos diplomas – a nova diretiva dos “setores clássicos” (Diretiva 2014/24/UE), a nova diretiva dos setores especiais (Diretiva 2014/25/UE) e a diretiva sobre as concessões (Diretiva 2014/23/UE) – contém disposições relativas à exclusão de operadores económicos⁴. O presente texto focar-se-á nas alterações introduzidas pela Diretiva 2014/24/UE.

2. O sistema de exclusões no direito europeu

2.1. Enquadramento

Na conceção do direito europeu secundário, o *iter* procedimental dirigido à escolha do adjudicatário inclui, por um lado, a avaliação das pessoas dos candidatos ou proponentes e, por outro, a apreciação das suas ofertas. Esta circunstância implica a distinção entre os chamados “critérios de seleção qualitativa” dos operadores económicos e os critérios atinentes à “adjudicação do contrato”.

No primeiro destes campos, o da “seleção qualitativa”, os operadores económicos são submetidos a avaliações de vária natureza: atende-se (i) à “capacidade económica e financeira” e à “capacidade técnica e profissional”

ção dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público), 25.º, n.º 2, da Diretiva 90/531/CEE (procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações), 20.º da Diretiva 92/50/CEE (coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços), 20.º da Diretiva 93/36/CEE do Conselho (coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento), 24.º da Diretiva 93/37/CEE (coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas) ou 31.º, n.º 2, da Diretiva 93/38/CEE (coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações).

³ A reforma compreendeu a emissão (i) da Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (adjudicação de contratos de concessão), da (ii) Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (contratos públicos, revogando a Diretiva 2004/18/CE) e (iii) da Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, revogando a Diretiva 2004/17/CE).

⁴ Cf., designadamente, o artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, o artigo 80.º da Diretiva 2014/25/UE ou o artigo 38.º da Diretiva 2014/23/UE.

(avaliação que ocorre, entre nós, nos procedimentos que comportam uma fase de qualificação⁵), (ii) à “habilitação para o exercício da atividade profissional” (a que corresponde a *habilitação profissional* prevista nos n.ºs 2, 3, 4 e 6 do artigo 81.º do Código dos Contratos Públicos) e (iii) à inexistência dos denominados “motivos de exclusão”⁶ (a que correspondem os *impedimentos* previstos no artigo 55.º do mesmo código).

Como atrás foi dito, as páginas que se seguem concentram-se na nova disciplina deste último aspeto, ou seja, dos “motivos de exclusão”.

2.2. Exclusões obrigatórias e facultativas

Como é sabido, o sistema de exclusões contido na anterior Diretiva 2004/18/UE operava a partir de uma distinção entre causas de exclusão *obrigatória* (elencadas no n.º 1 do artigo 45.º) e causas de exclusão *facultativa* (previstas no n.º 2 do mesmo artigo).

A Diretiva de 2014/24/UE conservou esta dicotomia.

Relativamente às primeiras, as exclusões *obrigatórias*, a nova diretiva prescreve que as entidades adjudicantes «*devem excluir*»⁷ qualquer operador eco-

⁵ Como é sabido, os procedimentos pré-contratuais do CCP que comportam uma fase de qualificação são o *concurso limitado por prévia qualificação*, o *procedimento por negociação* e o *diálogo concorrencial*. O facto de esta avaliação não ocorrer no *concurso público* levantou algumas dúvidas quanto à compatibilidade da solução adotada pelo legislador do CCP com a diretiva de 2004. Neste sentido, Margarida Olazabal CABRAL salienta que, segundo o disposto no artigo 44.º da Diretiva 2004/18/CE, a adjudicação é feita depois de verificada a «*aptidão (...) de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos técnicos referidos nos artigos 47.º a 52.º*». Como nota a citada Autora, «*esta norma é genérica para todos os procedimentos, pelo que a regulamentação portuguesa do concurso público suscita algumas dúvidas de compatibilidade com a [citada diretiva]*» (cf. “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 187). Neste ponto, Cláudia VIANA, defende que, numa perspetiva teleológica, a solução adotada para o *ajuste direto* e para o *concurso público* não viola o direito comunitário. Para esta Autora, os objetivos que se pretende salvaguardar com a avaliação da aptidão dos operadores económicos seriam assegurados através da (posterior) “habilitação” do adjudicatário (cf. “A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 158 e segs.).

⁶ A Diretiva 2004/18/CE referia-se, a este propósito, à “situação pessoal” do candidato ou proponente (cf. epígrafe do artigo 45.º).

⁷ Cf. primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE.

nómico que se encontre numa das circunstâncias impeditivas aí previstas. Ou seja, tal como sucedia na anterior diretiva, os Estados-Membros devem impor às suas entidades adjudicantes a exclusão dos operadores relativamente aos quais se verifique um motivo de exclusão *obrigatória*.

Diferentemente, no que se refere à segunda categoria de exclusões (de natureza *facultativa*), a diretiva de 2004 apenas previa que um operador relativamente ao qual se verificasse uma das circunstâncias inabilitantes aí consignadas «*pod[ia] ser excluído*»⁸.

Esta fórmula era interpretada no sentido de que os Estados-Membros não estavam obrigados a acolher estes fundamentos de exclusão no seu ordenamento jurídico interno, dispondo antes de uma liberdade para decidir sobre se estes fundamentos de exclusão devem ser colocados à disposição das suas autoridades adjudicantes⁹. Por outro lado, a jurisprudência do TJUE entendia que os Estados-Membros tinham a faculdade de transpor estas causas de exclusão em termos menos rigorosos. Neste sentido, o Tribunal tem assinalado que o direito da União não prevê «*uma aplicação uniforme das causas de exclusão (...) a nível comunitário, na medida em que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar de nenhum modo essas causas de exclusão ou de as integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que poderá variar consoante os casos*». Ou seja, «*os Estados-Membros têm o poder de moderar ou de tornar [os critérios da diretiva] mais flexíveis*»¹⁰.

A Diretiva 2014/24/UE veio contudo introduzir ajustes relevantes à fórmula que consagra a natureza facultativa desta categoria de exclusões: enquanto que, como vimos, na diretiva de 2004 a verificação de uma das situações de exclusão facultativa levava a que o respetivo operador “pudesse” ser excluído, o novo texto legal refere que «*as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados Membros a excluir*».

Esta reformulação merece duas breves observações.

⁸ Cf. primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 45.º da Diretiva 2004/18/CE.

⁹ Neste sentido, cf. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement (regulation in the EU and UK)*, London, Thomson Reuters, 2014, p. 1238.

¹⁰ Cf. Acórdão do TJUE de 9 de fevereiro de 2006, proferido nos procs. C-226/04 e C-228/04 (*La Cascina*), parágrafo 23. No mesmo sentido, pode ver-se na jurisprudência mais recente do Tribunal, por exemplo, o Acórdão do TJUE de 10 de julho de 2014, proferido no proc. C-358/12 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), parágrafo 36.

Em primeiro lugar, o legislador europeu vem confirmar a possibilidade de os Estados-Membros incorporarem no direito interno uma exclusão *facultativa* em termos vinculativos para as suas autoridades adjudicantes. Embora a diretiva de 2004 não se opusesse expressamente a esta possibilidade, o novo diploma veio eliminar, de forma concludente, quaisquer incertezas que possam ter existido a este respeito ¹¹. Note-se, aliás, que foi justamente este o método adotado pelo legislador português. Com efeito, a verificação de qualquer dos impedimentos enumerados no artigo 55.º do CCP – elenco que integra também as exclusões configuradas pela diretiva de 2004 como *facultativas* – impõe, em termos *vinculativos*, a exclusão do interessado em causa ¹².

Em segundo lugar, é de salientar uma observação relevante de Sue Arrowsmith. Na nova formulação, esta Autora reconhece a outorga, às autoridades adjudicantes, de um *direito* de recorrer a estes motivos de exclusão, pelo que os Estados-Membros se encontrarão impedidos de obstar a tal possibilidade. Assim, para a citada Autora, a diretiva de 2014 conferiu um novo “estatuto” às causas de exclusão *facultativa* ¹³.

2.3. A exaustão do elenco europeu

Como vimos, a coordenação europeia dos procedimentos adjudicatórios nacionais parte do reconhecimento da relevância desta contratação para a construção do mercado comum ¹⁴. Com efeito, o TJUE tem observado que

¹¹ H.-J. PRIEß fala de uma “situação incerta” no âmbito do artigo 45.º da Diretiva 2004/18/CE [cf. “The Rules on Exclusion and Self-Cleaning Under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review (PPLR)*, 2014, n.º 3, p. 113]. No sentido de que a letra da Diretiva 2004/18/CE não obstava a este método, cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1238.

¹² Segundo o disposto no artigo 146.º, n.º 2, alínea c), do CCP, o júri *deve* propor a exclusão das propostas que sejam apresentadas por concorrentes relativamente aos quais a entidade adjudicante tenha conhecimento que se verifica alguma das situações previstas no artigo 55.º. No mesmo sentido dispõem ainda os artigos 122.º, n.º 2, 184.º, n.º 2, alínea c), do CCP.

¹³ Cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, pp. 1187 e 1239.

¹⁴ É certo que as disposições relevantes do direito europeu primário (sobretudo as chamadas *liberdades fundamentais*) obstaculizariam, por si só, certas restrições no acesso a um procedimento pré-contratual nacional. Contudo, o legislador europeu considera que, relativamente aos contratos que atingem determinado valor, importa estabelecer um conjunto de normas dirigidas a uma harmonização dos procedimentos adjudicatórios dos diversos Estados Mem-

esta coordenação legislativa visa a realização da *liberdade de estabelecimento* e da *livre prestação de serviços*, assim como o desenvolvimento de uma concorrência efetiva neste domínio, «*fomentando uma manifestação de interesses tão ampla quanto possível entre os empreiteiros dos Estados-Membros*»¹⁵. Nesta perspetiva, a exclusão de interessados representa necessariamente uma restrição no acesso ao procedimento adjudicatório, diminuindo, por conseguinte, a desejada concorrência¹⁶.

Assim se explica que o TJUE se tenha oposto a que os Estados-Membros prevejam, nos seus ordenamentos jurídicos, causas de exclusão que exorbitem os fundamentos oferecidos pelo legislador europeu. Deste modo, no seu Acórdão *La Cascina*, o Tribunal salientou que as disposições do direito europeu secundário estabelecem «*os únicos limites da faculdade dos Estados Membros, no sentido de que estes não podem prever causas de exclusão diferentes das que [nelas] são previstas*»¹⁷. No mesmo sentido, em *Michaniki*, o TJUE considerou que o elenco de fundamentos de exclusão constante da pretérita Diretiva 93/37/CEE «*deve ser interpretado no sentido de que enumera de forma taxativa as causas suscetíveis de justificar a exclusão (...) por razões relativas às suas qualidades profissionais e baseadas em elementos objetivos*»¹⁸.

Contudo, conforme indicia este último trecho citado, a oposição do TJUE ao alargamento nacional dos motivos de exclusão não é formulada em termos totalmente concludentes: a exaustão do elenco europeu reporta-se apenas a fundamentos associados a “qualidades profissionais” dos interessados e “baseados em elementos objetivos”. Assim, os Estados-Membros podem «*prever, além das causas de exclusão baseadas em considerações objetivas sobre a qua-*

bros. Neste sentido, e à semelhança do que aconteceu com anteriores textos legais, também a nova diretiva da contratação pública foi adotada ao abrigo de normas primárias (do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) dirigidas, justamente, à construção do mercado comum.

¹⁵ Cf. Acórdão do TJUE de 16 de dezembro de 2008, proferido no proc. C-213/07 (*Michaniki*), parágrafo 39. No mesmo sentido, entre muitos outros, cf. o Acórdão do Tribunal de 10 de julho de 2014, proferido no processo C-358/12 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*), parágrafo 29: «*é do interesse da União que em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços seja assegurada a maior abertura possível do concurso à concorrência*».

¹⁶ Neste sentido, veja-se o parágrafo 21 das conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral M. Poiares MADURO em 8 de outubro de 2008 no âmbito do proc. C-213/07 (*Michaniki*).

¹⁷ Cf. parágrafo 22 do citado Acórdão *La Cascina*.

¹⁸ Cf. parágrafo 43 do Acórdão *Michaniki*.

lidade profissional, taxativamente enumeradas (...), 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». No entanto, o Tribunal salienta que a extensão desta faculdade é delimitada pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual «essas medidas não devem ir além do que necessário para alcançar esse objetivo de igualdade»¹⁹.

3. As exclusões obrigatórias na nova diretiva

3.1. O elenco das práticas criminais

Na diretiva de 2004, as causas de exclusão obrigatória resumiam-se às situações em que o interessado havia sido condenado, por sentença transitada em julgado, pelos crimes de *participação em atividades de uma organização criminosa*, de *corrupção*, de *fraude* ou de *branqueamento de capitais*.

Estes motivos de exclusão obrigatória foram mantidos na nova diretiva, tendo contudo sido atualizada a indicação dos atos comunitários por referência aos quais o legislador recorta o âmbito das práticas criminais conducentes à exclusão de procedimentos adjudicatórios²⁰. Além disso, o legislador

¹⁹ Cf. parágrafos 47 e 48 do Acórdão *Michaniki*. Esta doutrina foi reafirmada, designadamente, no Acórdão do TJUE de 19 de maio de 2009, proferido no proc. C-538/07 (*Assitur Srl*).

²⁰ Passam, assim, a ser tomadas em consideração as caracterizações contidas nos seguintes diplomas. No que se refere à “participação numa organização criminosa”, relevam as condutas descritas no artigo 2.º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada. Quanto ao crime de corrupção, releva, por um lado, a definição contida no artigo 3.º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários da União Europeia ou dos Estados-Membros da União Europeia e, por outro, no artigo 2.º, n.º 1, da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no setor privado. Note-se que, contrariamente ao que sucedia na Diretiva 2004/18/CE, o novo diploma remete ainda para a «*ação da legislação nacional da autoridade adjudicante ou do operador económico*». No que se refere às condenações por “fraude”, releva o disposto no artigo 1.º da Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias. E, por fim, relativamente ao “branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo” a diretiva remete para a definição contida no artigo 1.º da Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

acrescentou à lista de delitos inabilitantes as *infrações terroristas* ou *relacionadas com atividades terroristas* (e respetiva instigação, cumplicidade ou tentativa)²¹, assim como o *trabalho infantil* e outras formas de *tráfico de seres humanos*²².

No que se refere à exclusão fundada no incumprimento das obrigações de pagamento de *impostos* ou de *contribuições para a segurança social* – que, na diretiva de 2004, era configurada como uma exclusão *facultativa* – o legislador adotou um critério diferenciado: nos casos em que o incumprimento tiver sido determinado por decisão judicial ou administrativa «*transitada em julgado e com efeito vinculativo*», a exclusão reveste caráter *obrigatório*; fora estes casos, os Estados-Membros poderão permitir ou impor o afastamento do operador económico faltoso (exclusão *facultativa*) quando as suas autoridades adjudicantes, através de “meios adequados”, consigam demonstrar o incumprimento das referidas obrigações²³.

À semelhança do que sucedia no diploma de 2004, a nova diretiva cinge esta causa de exclusão a infrações relativas às normas do país em que o interessado se encontra estabelecido ou do Estado-Membro da autoridade adjudicante²⁴. Fá-lo, porém, apenas no âmbito da exclusão *obrigatória*. Na vertente *facultativa* deste fundamento de exclusão, o legislador absteve-se de colocar semelhante exigência²⁵.

Neste contexto, a diretiva prevê ainda que a exclusão (obrigatória ou facultativa) fundada em dívidas desta natureza «*deixa de ser aplicável quando o operador económico tiver cumprido as suas obrigações pagando ou celebrando um acordo vinculativo com vista a pagar os impostos ou contribuições para a segurança social em atraso, incluindo, se for caso disso, os eventuais juros acrescidos ou multas*». A nova diretiva confirma, assim, que este motivo de exclusão apenas se reporta a incumprimentos *atuais* e não permite fundar uma exclusão em dívidas *pas-*

²¹ Estas práticas são caracterizadas por referência às definições constantes dos artigos 1.º, 3.º e 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo.

²² A diretiva considera aqui as práticas definidas no artigo 2.º da Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas.

²³ Cf. artigo 57.º, n.º 2.

²⁴ Cf. primeiro parágrafo do referido n.º 2 do artigo 57.º.

²⁵ Segundo Sue ARROWSMITH, seria possível argumentar no sentido de que este motivo de exclusão facultativa se encontra sujeito aos limites expressamente previstos no âmbito do correspondente motivo de exclusão obrigatória (cf. *ob. cit.* p. 1262 e seg.).

sadas²⁶ – ideia que, pelo menos implicitamente, decorria já do Acórdão do TJUE no caso *La Cascina*²⁷.

3.2. Derrogações consentidas

A Diretiva 2014/24/UE mantém a possibilidade de os Estados-Membros derogarem a obrigação de excluir «a título excepcional, por razões imperiosas de interesse público, como a saúde pública ou a proteção do ambiente»^{28 29} – derrogação a que o legislador português não fez qualquer referência expressa no CCP³⁰. Comparando este texto com o da diretiva de 2004, observa-se que, fundamentalmente, o legislador veio, por um lado, exemplificar algumas das razões imperativas que autorizam uma exceção a estes impedimentos (“saúde pública” ou “proteção do ambiente”) e, por outro, sublinhar o carácter *excepcional* destas derrogações.

No que especificamente se refere à exclusão *obrigatória* por dívidas ao fisco ou à segurança social, «os Estados-Membros podem igualmente prever uma derrogação à exclusão obrigatória (...), caso a exclusão se afigure manifestamente desproporcionada», o que será o caso, por exemplo, quando se trate «apenas de

²⁶ Neste sentido, v. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1262. Conforme nota esta Autora, as dívidas passadas poderão, não obstante, ser subsumíveis ao motivo de exclusão associado às *faltas graves em matéria profissional*, abordado mais adiante no presente texto.

²⁷ Veja-se, em particular, os parágrafos 31 e 33 do Acórdão. Neste sentido, cf. também S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1259 e seg., e H.-J. PRIEß, “The Rules on Exclusion...”, p. 117.

²⁸ Exemplificando, refere-se no considerando 100 da diretiva que «pode ser esse o caso, por exemplo, se determinadas vacinas ou equipamento de emergência só puderem ser obtidos junto de um operador económico ao qual se aplica um dos motivos de exclusão obrigatória».

²⁹ Note-se, aliás, que esta questão já havia sido abordada na jurisprudência europeia. No citado caso *La Cascina*, o TJUE pronunciou-se pela não incompatibilidade entre um impedimento desta natureza (previsto na diretiva 92/50/CEE) e «uma regulamentação ou uma prática administrativa nacionais segundo as quais, em caso de medidas de clemência ou de perdão fiscal, bem como na sequência de um acordo administrativo, os candidatos em causa são considerados estarem em situação regular relativamente às suas obrigações para efeitos da sua admissão num processo de adjudicação (...)» (cf. parágrafo 36 do Acórdão).

³⁰ Diferentemente do que acontece, por exemplo, no direito alemão [cf. § 6, EG, n.º 4, da *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*, parte A (relativamente a empreitadas) ou § 6 EG, n.º 5, das *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen*, parte A (relativamente a serviços)] ou no direito inglês (“regulation” 23, n.º 2, dos *Public Contracts Regulations 2006* ou “regulatio” 57, n.º 6, dos recentes *Public Contracts Regulation 2015*).

pequenos montantes de impostos ou contribuições para a segurança social que não foram pagos ^[31]; *ou quando o operador económico foi informado do montante exato da sua dívida (...) num momento em que não podia tomar as medidas [de pagamento ou celebração de um acordo vinculativo com vista a pagar os montantes devidos] antes de expirado o prazo de apresentação do pedido de participação ou, nos concursos públicos, o prazo de apresentação das propostas».*

3.3. O problema das pessoas coletivas

A diretiva de 2004 apenas exigia a condenação pessoal do candidato ou proponente pela prática de algum dos crimes impeditivos, sendo omissa quanto à questão de saber se um interessado pessoa coletiva seria de excluir quando a condenação criminal tivesse recaído, não sobre esta entidade, mas sobre algum dos membros dos seus órgãos sociais.

Na ausência de uma regulação direta desta questão, o problema era essencialmente discutido à luz de uma norma relativa à verificação da situação pessoal dos interessados sediados noutros Estados-Membros. A norma em causa permitia que as entidades adjudicantes solicitassem às autoridades competentes (estrangeiras) informação relacionada «*com as pessoas coletivas e/ou singulares, incluindo, se for o caso disso, os dirigentes de empresas ou quaisquer pessoas que disponham de poderes de representação, decisão ou controlo do candidato ou proponente*». Alguma doutrina reconhecia nesta disposição uma liberdade concedida aos Estados-Membros de preverem a exclusão de um concorrente «*quando aqueles que o gerem tenham sido condenados por uma das atividades proibidas*» ³².

Ora, a nova diretiva elimina quaisquer incertezas quanto a este ponto: de acordo com o n.º 1 do citado 57.º (segundo parágrafo), a obrigação de excluir os operadores aplica-se também «*caso a pessoa condenada (...) seja membro dos*

³¹ A este propósito, veja-se ainda o considerando 101 da Diretiva 2014/24/UE: «*Ao aplicar motivos facultativos de exclusão, deverá prestar-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade. Só em circunstâncias excecionais poderão as pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico. No entanto, a reincidência em pequenas irregularidades pode levantar dúvidas quanto à fiabilidade de um operador económico que poderão justificar a sua exclusão*».

³² Neste sentido, veja-se P. TREPTE, *Public Procurement in the EU (A Practitioner's Guide)*, 2.ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 341. Para uma ponderação das várias interpretações possíveis desta disposição, veja-se ainda S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1283 e segs..

órgãos administrativos, de direção ou de supervisão desse operador económico ou tenha poderes de representação, decisão ou controlo nesses órgãos».

A este respeito, impõe-se uma breve observação relativa ao direito português.

De acordo com a alínea *i*) do artigo 55.º do CCP, «*não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que (...) tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por algum dos seguintes crimes, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenados pelos mesmos crimes os titulares dos órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação (...)*». Esta formulação legal sugere que, no caso das pessoas coletivas, o impedimento opera *apenas* por referência à condenação dos titulares dos referidos órgãos sociais, sendo para o efeito irrelevante uma eventual condenação da própria pessoa coletiva.

No entanto, a Diretiva 2014/24/UE é, como vimos, muito clara neste ponto: para além dos casos em que a condenação inabilitante tenha recaído sobre o próprio operador, a exclusão obrigatória «*aplica-se também*» (e não *apenas*) no caso de a condenação ter recaído sobre uma das pessoas (singulares) referidas no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 57.º.

4. As exclusões facultativas na nova diretiva

4.1. Reformulações e novos impedimentos

No que se refere às causas de exclusão facultativa previstas na nova diretiva, constatamos alterações em dois aspetos: por um lado, o legislador reformulou a tipificação de várias das situações inabilitantes já existentes; por outro, procedeu à consagração de novos fundamentos de exclusão.

Importa empreender uma análise do novo elenco dos “motivos de exclusão” previsto nas várias alíneas do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE.

4.2. Insolvência

Nos termos da alínea *b*) do n.º 4 do artigo 57.º da nova diretiva, poderá ser excluído o operador que «*tiver sido declarado em estado de insolvência ou em*

processo de insolvência, se os seus bens estiverem sob administração judicial ou por um liquidatário, se tiver celebrado um acordo com os credores, se as suas atividades estiverem suspensas ou se encontrarem em qualquer situação análoga resultante de um processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais».

Este motivo de exclusão sucede aos fundamentos anteriormente previstos nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 2 do artigo 45.º da diretiva de 2004, transpostos para o direito português através da alínea *a)* do artigo 55.º do CCP.

Importa notar que, segundo a nova diretiva, os Estados-Membros podem exigir ou permitir que a entidade adjudicante se abstenha de excluir um interessado que se encontre numa destas situações, caso a «*autoridade adjudicante tenha determinado que o operador económico em causa será capaz de executar o contrato, tendo em conta as regras e medidas nacionais aplicáveis à continuação da atividade*» neste tipo de situações. A inovação mereceu aplauso na doutrina por promover a concorrência nos procedimentos adjudicatórios³³.

4.3. Falta profissional grave

Segundo a alínea *c)* do n.º 4 do artigo 57.º da nova diretiva, o interessado poderá ser afastado do procedimento «*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*». Com ligeiras alterações, é o mesmo fundamento de exclusão que se encontrava previsto na alínea *d)* do n.º 2 do artigo 45.º da diretiva de 2004 e que foi transposto para o direito português através da alínea *c)* do artigo 55.º do CCP.

No seu acórdão fundamental sobre esta causa de exclusão, a decisão *Forposta*, o TJUE definiu o conceito de “falta em matéria profissional”, em termos assinalavelmente amplos, como «*qualquer comportamento culposos que tenha incidência na honorabilidade profissional do operador em causa*», acrescentando que o conceito não se circunscreve a «*violações das regras deontológicas na estrita aceção da profissão à qual pertence esse operador, que sejam constatadas pelo órgão disciplinar previsto no quadro dessa profissão ou por uma decisão jurisdicional com força de caso julgado*»³⁴. Neste acórdão, por exemplo, o Tribunal admitiu que um *incum-*

³³ Cf. H.-J. PRIEB, “The Rules on Exclusion...”, p. 118.

³⁴ Cf. o Acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 2012, proferido no proc. C-465/11 (*Forposta*), parágrafo 27, com resumo de Diogo Duarte CAMPOS na *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, p. 132 e segs..

primeto contratual pelo operador económico seria, em princípio, subsumível a esta noção.

Quanto à avaliação da *gravidade* da falta profissional (pois só uma falta “grave” pode ditar a exclusão), o TJUE fixou essencialmente duas coordenadas: por um lado, é necessário que ao comportamento do interessado subjaza uma “intenção culposa” ou uma “negligência de uma certa gravidade”; por outro, a verificação da existência de uma *falta grave* requer, em princípio, uma “apreciação concreta e individualizada” daquele comportamento ³⁵.

À semelhança da diretiva de 2004, tão-pouco o novo texto legal contém qualquer exigência no sentido de uma *verificação externa* da infração (por exemplo, uma decisão judicial ou administrativa), permitindo antes que a entidade adjudicante averigue e conclua, ela própria, pela ocorrência de uma “falta” desta natureza ³⁶. Neste ponto, o impedimento distingue-se das causas de exclusão obrigatórias que, como vimos, exigem uma condenação judicial pela prática da infração (ou, no caso das dívidas ao fisco e à segurança social, pelo menos uma decisão administrativa) ³⁷.

Comparando o texto de 2004 com o de 2014, verifica-se que este último inova, por um lado, ao impor expressamente a *adequação* dos meios pelos quais a entidade adjudicante comprova a falta e, por outro, ao exigir expressamente que a infração praticada comprometa a *idoneidade* do operador faltoso.

Por fim, refira-se ainda que, aparentemente, a posição adotada pelo TJUE no Acórdão *Forposta* ajuda a explicar que a Diretiva 2014/24/UE tenha abandonado a causa de exclusão facultativa associada a uma condenação por *delito que afete a honorabilidade profissional* do interessado [fundamento que o legislador português transpôs através da alínea *b*) do artigo 55.º do CCP]. Na verdade, considerando os termos amplos em que o Tribunal definiu o conceito de *falta profissional* – abarcando, como vimos, qualquer comportamento culposos com “incidência na honorabilidade profissional” – esta noção parece absorver a de *delito que afete a honorabilidade profissional* do interessado ³⁸.

³⁵ Cf. parágrafos 30 e 31 do Acórdão.

³⁶ Cf. parágrafo 28 do Acórdão.

³⁷ Esta diferença foi destacada pelo TJUE, por exemplo, no Acórdão de 11 de dezembro de 2014, proferido no proc. C-440/13 (*Croce Amica One Italia Srl c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza*).

³⁸ Neste sentido, veja-se H.-J. PRIEß, “The Rules on Exclusion...”, p. 118 ou S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1253 e seg..

4.4. Incumprimento de obrigações em matéria ambiental, social e laboral

Na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 57.º, a Diretiva 2014/24/UE prevê a exclusão facultativa de um operador económico quando a autoridade adjudicante, por qualquer meio adequado, puder demonstrar o incumprimento de obrigações em matéria *ambiental, social e laboral*, tenham estas por fonte o direito da União, a legislação nacional, convenções coletivas ou as disposições de direito internacional referidas no Anexo X da diretiva.

Muito embora estes fundamentos de exclusão não constassem do texto de 2004, é contudo duvidoso que, materialmente, estas infrações não se encontrassem já abrangidas noutros motivos de exclusão. Na verdade, a própria diretiva de 2004 admitia, nos seus considerandos, que a inobservância de obrigações desta natureza poderia motivar a condenação por *delito que afeta a honorabilidade profissional* ou ser considerada como *falta grave em matéria profissional*³⁹, conceitos a que correspondiam duas cláusulas gerais de exclusão. Na verdade, a enunciação expressa destas obrigações oferecerá, provavelmente, um carácter sobretudo simbólico, revelando a importância que os intervenientes no processo legislativo europeu atribuem a estes temas⁴⁰.

4.5. Distorções da concorrência

Na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 57.º, a nova diretiva admite ainda a exclusão «*se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência*».

Recorrendo às palavras de Pedro Costa Gonçalves, pode dizer-se que o legislador europeu vem aqui convocar a entidade adjudicante para o exercício de uma “função de vigilância da aplicação das regras da concorrência”⁴¹.

³⁹ Neste sentido, veja-se H.-J. PRIEß, “The Rules on Exclusion...”, p. 118.

⁴⁰ Cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1267. Segundo a Autora, será aliás este o caso em muitas das disposições das diretivas de 2004 e 2014 que se referem a *políticas horizontais* na contratação pública.

⁴¹ Cf. P. COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2012, p. 514.

Contudo, o sentido e alcance exato desta disposição não se revela com suficiente nitidez. Na verdade, não se afigura inteiramente claro se este fundamento de exclusão se dirige à deteção pela entidade adjudicante de quaisquer acordos ilícitos pretéritos, ainda que estranhos ao próprio procedimento adjudicatório, ou se, pelo contrário, a norma se refere à verificação de infrações jus-concorrenciais ocorridas no seio do próprio procedimento.

Na doutrina que já se pronunciou sobre este preceito, o aludido motivo de exclusão tem sido associado ao combate ao chamado “bid-rigging” (ou “collusive tendering”) – ou seja, a comportamentos anti-concorrenciais adotados no contexto da contratação pública. Nesta perspetiva, além de consubstanciar naturalmente uma censura à inobservância das regras da concorrência, a exclusão teria sobretudo o propósito de garantir a observância das regras jus-concorrenciais no âmbito dos próprios procedimentos adjudicatórios. Contudo, parece duvidoso que, conforme já foi defendido na doutrina ⁴², a letra da diretiva exclua do âmbito deste impedimento as ofensas às regras da concorrência que tenham ocorrido no exterior do procedimento pré-contratual ⁴³.

Seja como for, afigura-se que a verificação de quaisquer ofensas jus-concorrenciais passadas, estranhas ao procedimento adjudicatório em questão,

⁴² Cf. A. Sánchez GRAELLS, “Prevention and deterrence of bid rigging”, in G. M. RACCA/C. YUKINS, *Integrity and efficiency in sustainable public contracts (balancing corruption concerns in public procurement internationally)*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 194. Em sentido diferente, pugnando pela aplicabilidade deste motivo de exclusão também às infrações ocorridas fora do procedimento adjudicatório, veja-se A. BROWN, “The Permissibility of Excluding an Economic Operator From a Tendering Procedure on the Ground that it has Previously Committed an Infringement of Competition Law: Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság”, *PPLR*, 2015, n.º 3, p. NA56 e seg.

⁴³ Note-se ainda que o TJUE já fez referência a este novo motivo de exclusão previsto na Diretiva 2014/24/UE – cf. o Acórdão de 18 de dezembro de 2014, proferido no proc. C-470/13 (*Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*). O caso refere-se a uma exclusão fundada num comportamento anti-concorrencial do passado, adotado fora do procedimento adjudicatório e sancionado pelo “instituto húngaro de defesa da concorrência”. Depois de salientar que a exclusão fundada numa *falta grave em matéria profissional* abrangeria uma situação desta natureza, o Tribunal refere ainda que «o artigo 57.º, n.º 4, *alt-nea d*), desta diretiva [a Diretiva 2014/24/EU] prevê de forma clara e precisa esta causa de exclusão». É de notar, pois, que o TJUE faz esta observação a propósito de um caso em que a infração às regras da concorrência foi estranha ao procedimento pré-contratual onde o operador faltoso foi excluído.

sempre se encontrariam cobertas pela vasta amplitude da exclusão fundada na *falta em matéria profissional*. Para além da doutrina que no passado tem exprimido este entendimento ⁴⁴, o TJUE já se pronunciou no sentido de que, atenta a ampla definição destas faltas oferecida no Acórdão *Forposta* (abrangendo, como vimos, qualquer comportamento culposo com incidência na honorabilidade profissional do operador), «há que considerar que uma infração às regras da concorrência constitui uma causa de exclusão resultante do artigo 45.º, n.º 2, alínea d) da Diretiva 2004/18» ⁴⁵. No mesmo sentido, o considerando n.º 101 da nova diretiva refere que as autoridades adjudicantes devem «poder excluir os operadores económicos que se tenham revelado pouco fiáveis, por exemplo na sequência de infrações de obrigações ambientais ou sociais, incluindo (...) formas de falta profissional, como a violação de regras da concorrência».

Voltando à nova diretiva, refira-se que a redação deste fundamento de exclusão suscita ainda outra dúvida sobre o seu alcance. Comparando a redação da norma com a letra do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (norma que, no direito europeu primário, versa sobre esta matéria), facilmente se detetam algumas diferenças: por um lado, estarão em causa apenas *acordos* entre operadores económicos, ao passo que a referida regra do Tratado reprova também certas *decisões e práticas concertadas*; por outro lado, a diretiva apenas abarcará os acordos celebrados *com o objetivo* de distorcer a concorrência, sendo que o TFUE sanciona os acordos que tenham por objetivo *ou efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Poder-se-ia concluir, pois, como o faz Prieß ⁴⁶, que a diretiva aponta para um círculo significativamente mais restrito de infrações ao direito da concorrência. Diferentemente, porém, Arrowsmith considera que à redação

⁴⁴ Era o caso, por exemplo, de A. Sánchez GRAELLS (cf. *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 243 e seg.). Para este Autor, as violações do direito da concorrência encontram-se sempre abrangidas por uma das causas de exclusão previstas no n.º 2 do artigo 45.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, seja na alínea c) ou na alínea d). A diferença que justificaria o recurso a um ou outro fundamento de exclusão residiria na existência [alínea c)] ou inexistência [alínea d)] de uma condenação por “sentença com força de caso julgado”.

⁴⁵ Cf. Acórdão de 18 de dezembro de 2014, proferido no proc. C-470/13 (*Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*), parágrafo 35.

⁴⁶ Para este Autor, caso o legislador tenha efetivamente pretendido atribuir a esta norma um âmbito de aplicação mais restrito, os Estados-Membros encontrar-se-iam impedidos de transpor este fundamento de exclusão em termos mais amplos, dada a jurisprudência do TJUE

desta norma não subjaz um propósito de precisão comparável àquele que fundamenta a citada norma do TFUE. Neste sentido, recorda que o direito da União não é a única fonte de normas jus-concorrenciais cuja violação poderá conduzir a uma exclusão. Assim, para a citada Autora, o âmbito de aplicação deste motivo de exclusão abrange a totalidade dos comportamentos tipificados no artigo 101.º do Tratado, sem contudo neles se esgotar ⁴⁷.

No que se refere ao direito português, importa notar que, não obstante a diretiva de 2004 ser omissa neste ponto, o CCP já enfrentava o problema no seu regime de exclusão de *propostas*. Com efeito, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea *g*), deste diploma, «são excluídas as propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência» ⁴⁸. O legislador português optou, assim, por uma formulação ampla, habilitando a entidade adjudicante a sindicar os diversos comportamentos anti-concorrenciais que possam ser adotados no contexto de um procedimento pré-contratual ⁴⁹.

4.6. Conflitos de interesses e participação na preparação do procedimento

Nas alíneas *e*) e *f*) do n.º 4 do artigo 57.º, a nova diretiva estabelece dois fundamentos de exclusão inovadores no direito europeu secundário: o primeiro diz respeito à existência de *conflitos de interesses*; o segundo, ao envolvimento do interessado na *preparação do procedimento* pré-contratual.

Importa, antes de mais, salientar duas características que distinguem estes novos impedimentos dos restantes motivos de exclusão facultativa. Por um lado, é de notar que não estamos aqui perante circunstâncias que impeçam *em*

sobre a exaustividade dos motivos de exclusão relacionados com as qualidades profissionais dos interessados (o que seria aqui o caso) – cf. H.-J. PRIEß, “The Rules on Exclusion...”, p. 119.

⁴⁷ Cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1268. Como nota A. BROWN (cf. *ob. cit.*, p. NA57), não se vislumbra uma razão óbvia que possa ter levado o legislador a pretender restringir os comportamentos anti-concorrenciais abrangidos por este motivo de exclusão.

⁴⁸ Note-se, aliás, que o direito português já abordava o tema anteriormente ao CCP. Com efeito, o artigo 107.º, n.º 1, alínea *e*), do *regime jurídico das empreitadas de obras públicas* (RJEOP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, previa que «o dono da obra não pode adjudicar a empreitada (...) quando haja indícios de conluio entre os concorrentes».

⁴⁹ Cf. J. MOREIRA, “Cartelização em contratação pública. A exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência”, *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 214 e seg.

absoluto o respetivo operador económico. Em ambos os casos, as circunstâncias impeditivas relacionam-se apenas com um concreto procedimento adjudicatório. Estamos, digamos assim, perante impedimentos *relativos*⁵⁰, cujo efeito inibitório se esgota no acesso a um procedimento específico sem beliscar a aptidão do operador para participar noutros procedimentos pré-contratuais. Por outro lado, é manifesto que estes novos motivos de exclusão não se relacionam com as *qualidades profissionais* dos concorrentes, caracterização que, como vimos, o TJUE fazia do enunciado das exclusões facultativas. Estes impedimentos destinam-se antes a garantir a igualdade de tratamento dos concorrentes e a transparência no procedimento⁵¹.

Como se disse, o primeiro destes novos impedimentos refere-se à existência de *conflitos de interesses*, tema que passou a contar com uma disciplina expressa no direito europeu secundário. Assim, segundo o disposto no artigo 24.º da nova diretiva, uma situação desta natureza surge, “no mínimo”, quando «os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação». Note-se ainda que, muito embora as diretivas anteriores não oferecessem uma disciplina sobre conflitos de interesses, o tema já havia sido abordado na jurisprudência do TJUE⁵².

⁵⁰ Ou, recorrendo à expressão empregada por M. Esteves de OLIVEIRA e R. Esteves de OLIVEIRA, “proibições específicas de acesso” [cf. *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpressão da edição de 2011), p. 516].

⁵¹ Como vimos atrás, o TJUE havia estabelecido uma cláusula aberta ao abrigo da qual os Estados-Membros gozavam de autonomia para prever causas de exclusão destinadas a garantir a igualdade de tratamento e a transparência. Por conseguinte, já tem sido levantada na doutrina a questão de saber se, com a consagração de impedimentos desta natureza na própria diretiva, subsistiria ainda, para os Estados-Membros, a possibilidade de prever outros impedimentos deste tipo. Para A. MARCHAND, ao oferecer estes novos motivos de exclusão, a diretiva “rejeita” o referido princípio resultante da jurisprudência do TJUE [cf. “Le nouveau maquis des interdictions de soumissionner”, *Contrats Publics*, n.º 144, p. 36]. S. ARROWSMITH, porém, defende que a lista não enumera de forma exaustiva as causas de exclusão permitidas com vista a garantir o princípio da igualdade (cf. *ob. cit.*, p. 1259).

⁵² Assim, por exemplo, ainda a propósito da Diretiva 2004/18/CE, o TJUE considerou que «a entidade adjudicante está, em todas as situações, obrigada a verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses». O Tribunal

No segundo caso, a diretiva consente uma exclusão «*se houver uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação (...)*». A participação do interessado a que esta norma se refere abrange a apresentação de pareceres à autoridade adjudicante (incluindo no âmbito de uma “consulta preliminar ao mercado” nos termos do artigo 40.º⁵³), assim como qualquer outra forma de participação na preparação do procedimento de contratação.

Em qualquer destes casos é notória a intenção do legislador europeu de onerar a entidade adjudicante com a tarefa de evitar a criação de uma situação que imponha a exclusão. Quanto ao primeiro dos referidos impedimentos, os Estados-Membros deverão assegurar «*que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar, e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução do procedimento*»⁵⁴. Do mesmo modo, no caso do segundo motivo de exclusão, «*a autoridade adjudicante toma as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude [da participação prévia] do candidato ou proponente*»⁵⁵.

retira esta obrigação do disposto no artigo 2.º do referido diploma, segundo o qual as entidades adjudicantes devem «*tratar os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agir de forma transparente*» [cf. Acórdão de 12.03.2015, proferido no proc. C-538/13 (*eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*)], parágrafos 42 e 43].

⁵³ Note-se que a nova diretiva prevê neste ponto a possibilidade de as autoridades adjudicantes, em momento anterior à abertura de um procedimento adjudicatório, realizarem consultas ao mercado «*a fim de preparar esse procedimento e de informar os operadores económicos dos seus planos de contratação e respetivos requisitos*». Entre nós tem-se assistido à realização de algumas “consultas públicas” desta natureza, por exemplo, no âmbito de certos procedimentos lançados pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP) com vista à celebração de diversos acordos quadro. Na verdade, a Diretiva 2004/18/CE, no considerando 8, já continha uma referência a contactos desta natureza: «*antes da abertura de um processo de adjudicação de um contrato, as entidades adjudicantes podem, recorrendo a um “diálogo técnico”, solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a elaboração do caderno de encargos, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência*».

⁵⁴ Cf. artigo 24.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁵⁵ Cf. artigo 41.º da Diretiva 2014/24/UE. Aliás, a própria diretiva encarrega-se de fornecer um elenco das medidas a adotar para este efeito (cf. parágrafos 1 e 2): (i) comunicação aos restantes candidatos e proponentes das informações pertinentes trocadas no âmbito ou em resultado da participação do candidato e proponente na preparação do procedimento; (ii) fixação de prazos adequados para a receção de propostas.

Por outro lado, é também manifesta a preocupação do legislador em garantir a *proporcionalidade* da exclusão, mais concretamente, a *necessidade* do recurso a esta medida. Em ambos os casos, a exclusão apenas é consentida quando a patologia do caso (o conflito de interesses ou a distorção da concorrência resultante de uma intervenção prévia) não possa ser curada através de outras medidas “menos invasivas”. A exclusão apresenta-se, assim, como medida de *ultima ratio* ⁵⁶.

Note-se que estas soluções legislativas vão ao encontro de uma linha jurisprudencial há muito firmada. Já em 2005, no caso *Fabricom*, o TJUE reprovou uma norma jurídica nacional que impedia, de forma automática, a participação de interessados que tivessem tido determinadas intervenções na preparação do procedimento. Com efeito, embora reconhecesse a existência de uma desigualdade entre estes e os demais interessados, o Tribunal considerou que a «norma ultrapassa o que é necessário para alcançar o objetivo da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes», podendo conduzir à exclusão de interessados anteriormente envolvidos mas cuja participação no procedimento adjudicatório não constitui um “risco para a concorrência entre os concorrentes” ⁵⁷.

Como vimos, estes dois motivos de exclusão representam uma novidade no plano do direito europeu secundário. Contudo, é de notar que o direito português atualmente já oferece alguns instrumentos destinados a prevenir situações de perigo deste género.

Conforme refere Pedro Costa Gonçalves ⁵⁸, existem no exterior do CCP várias leis que estabelecem *impedimentos* à contratação num «contexto sobretudo inspirado por preocupações relacionadas com a transparência e com os conflitos de interesses». A título de exemplo, pode referir-se o disposto no artigo 8.º, n.º 1, do já citado *Regime Jurídico das Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos* contido na Lei n.º 64/93, de 26 de agosto,

⁵⁶ Pelo que concretamente se refere à exclusão fundada na participação do operador na preparação do procedimento, «o candidato ou proponente em causa só deve ser excluído do procedimento se não existirem outras formas de garantir o cumprimento do dever de observância do princípio da igualdade de tratamento» (cf. artigo 41.º, parágrafo 2). Note-se ainda que, antes de a autoridade adjudicante proceder a uma exclusão com este fundamento, deve ser dada ao operador económico em causa a oportunidade de demonstrar que a sua participação na preparação do procedimento não é suscetível de distorcer a concorrência (cf. artigo 41.º, parágrafo 3).

⁵⁷ Cf. Acórdão do TJUE de 3 de março de 2005, proferido nos procs. C-21/03 e 34/03 (*Fabricom*), parágrafos 34 e 35.

⁵⁸ Cf. P. Costa GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, no prelo.

segundo o qual as empresas cujo capital seja detido numa percentagem superior a 10% por um titular de órgão de soberania ou titular de cargo político, ficam impedidas de participar em concursos de fornecimentos de bens ou serviços, no exercício da atividade de comércio ou indústria, em contratos com o Estado e demais pessoas coletivas públicas.

No que respeita à *intervenção* de um participante na *preparação do procedimento*, é de assinalar que o direito português determina, na alínea j) do artigo 55.º do CCP, o impedimento das entidades que «*tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência*»⁵⁹.

Não obstante a ausência desta causa de exclusão na diretiva de 2004, a consagração deste impedimento no CCP não colidiu com as restrições impostas pelo TJUE em matéria de alargamento dos fundamentos de exclusão. Como vimos, estas limitações reportam-se apenas a impedimentos fundados em considerações atinentes à “qualidade profissional” dos operadores económicos, o que não é o caso. A citada disposição do CCP enquadra-se antes na possibilidade consentida pelo Tribunal aos Estados-Membros de preverem «*medidas de exclusão destinadas a garantir o respeito dos princípios da igualdade de*

⁵⁹ Na sua redação inicial, a alínea j) do artigo 55.º impunha a exclusão daqueles que simplesmente tivessem, «*a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento*». Conforme explica Margarida Olazabal CABRAL, o legislador alinhou aqui integralmente com uma visão jurisprudencial que atribuía uma forte relevância ao mero risco ou perigo de imparcialidade. Como nota a Autora, esta norma exprimia «*uma presunção inilidível de que a participação de um concorrente que tinha tido uma relação anterior com as peças do procedimento viciaria o concurso, não porque o legislador [estivesse] convencido de que em todos os casos ele estaria numa situação real de vantagem mas porque, em todos os casos, se poderia suspeitar dessa situação de vantagem*» (cf. “O artigo 55.º, alínea j), do Código dos Contratos Públicos: mais vale ser do que parecer”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 132). Porém, como vimos, no seu Acórdão *Fabricom*, o TJUE opôs-se a que fundamentos de exclusão desta natureza operassem de uma forma automática, conforme resultava da redação inicial do CCP. Neste sentido, Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, por exemplo, manifestava dúvidas quanto à «*plena compatibilidade [desta disposição] com o direito comunitário*» (cf. “Restrições à participação em procedimentos de contratação pública”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, CEDIPRE, p. 32). Com efeito, o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, viria acrescentar a esta disposição a exigência de que o apoio técnico ou a assessoria prestada «*confira [ao interessado] vantagem que falseie as condições normais de concorrência*», quebrando, deste modo, o automatismo decorrente da redação inicial.

tratamento de todos os concorrentes e da transparência no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos»⁶⁰.

4.7. Execução deficiente em contrato público anterior

Em termos também inovadores, a Diretiva 2014/24/UE consente a exclusão de um operador económico que *«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»*.

Refira-se contudo que a questão de saber se o afastamento de um concorrente pode assentar no incumprimento de um contrato anterior não constitui um tema novo no direito comunitário. No já citado caso *Forposta*, o TJUE havia sido confrontado com uma norma do direito polaco que determinava a exclusão de operadores *«com os quais a respetiva entidade adjudicante, por circunstâncias que lhes sejam imputáveis [...], tenha revogado, denunciado ou rescindido o contrato»*⁶¹. Muito embora o Tribunal concluísse que a diretiva de 2004 se opunha a esta norma, nos termos em que estava formulada, o TJUE não deixou de afirmar expressamente que, “em princípio”, o motivo de exclusão consistente em *falta grave em matéria profissional*, previsto na diretiva, serviria para afastar um concorrente com fundamento no incumprimento de uma obrigação contratual.

Além de acolher esta posição de princípio, a nova diretiva estabelece ainda, para este efeito, alguns requisitos específicos.

Por um lado, exige que as deficiências na realização das prestações contratuais sejam *significativas* ou *persistentes*. A este propósito, o considerando n.º 101 da diretiva fornece alguns exemplos: *«falhas na entrega ou execução, deficiências significativas do produto ou do serviço prestado que os tornem inutilizáveis para o fim a que se destinavam, ou conduta ilícita que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade*

⁶⁰ Cf. parágrafo 47 do já citado Acórdão *Michaniki*. No mesmo sentido, veja-se também o Acórdão do TJUE de 19 de maio de 2009, proferido no proc. C-538/07 (*Assitur Srl*).

⁶¹ Desde que a extinção do contrato tivesse ocorrido nos três anos anteriores à abertura do procedimento adjudicatório e o valor do contrato não executado correspondesse a, pelo menos, 5% do valor do contratual.

do operador económico»⁶². Por outro lado, a diretiva exige que as patologias da execução do contrato anterior tenham provocado certas reações por parte do contraente público: “rescisão antecipada” (pense-se na *resolução sancionatória* prevista no artigo 333.º do CCP), “condenação por danos” (o que pressupõe a propositura de uma ação judicial) ou “outras sanções comparáveis”⁶³.

4.8. Declarações falsas e comportamentos impróprios no procedimento

Concluindo este breve excuro pelos fundamentos de exclusão previstos na nova diretiva, importa fazer uma referência sumária às causas previstas nas alíneas *h)* e *i)* do n.º 4 do artigo 57.º.

A primeira das citadas disposições, consente a exclusão de um operador económico quando «*tiver sido considerado responsável por declarações falsas ao prestar as informações requeridas para a verificação da ausência de motivos de exclusão ou o cumprimento dos critérios de seleção, tiver retido essas informações ou não puder apresentar os documentos comprovativos exigidos nos termos do artigo 59.º [relativo ao chamado “Documento Europeu Único de Contratação Pública”]*».

Reformula-se aqui um fundamento já previsto na diretiva de 2004, mantendo-se, no essencial, o âmbito das informações em questão: dados relacionados com *(i)* a capacidade técnica e financeira do interessado, *(ii)* a inexistência de factos subsumíveis aos motivos de exclusão e *(iii)* a titularidade das habilitações legais necessárias ao desenvolvimento da atividade em causa.

Cotejando o novo texto legal com o da diretiva anterior, poder-se-ia concluir que o legislador abandonou a exigência de que as falsas declarações fossem

⁶² Manifesta-se aqui, uma vez mais, o princípio da proporcionalidade, comando que, no contexto dos motivos de exclusão, reclama um mínimo de *gravidade* do comportamento fundante da exclusão.

⁶³ No sentido de que o contrato deficientemente executado deve ter um objeto idêntico ao do contrato a celebrar no âmbito do procedimento em que é tomada a decisão de exclusão, veja-se A. R. Vieira Quinta Nova, *A exclusão de operadores económicos à luz da nova Diretiva sobre os Contratos Públicos: o artigo 57.º, n.º 4, 1.º parágrafo, alínea g)*, Cedipre online, 22, 2014, p. 17: «(...) embora isso não resulte claro do texto da Diretiva, parece-nos que o contrato anterior à luz do qual, no actual procedimento, se está a avaliar o desempenho do operador económico, deve ter um objecto idêntico ao do contrato que agora se pretende celebrar. Parece ser assim, pois só assim a deficiente execução de um requisito essencial do contrato anterior poderá efectivamente comprometer a boa execução do actual contrato, retirando ao operador económico a fiabilidade necessária para que o contrato seja com ele celebrado».

prestadas “com culpa grave”. Na verdade, a versão portuguesa da nova diretiva não contém qualquer referência equivalente. Contudo, noutras versões do mesmo texto detetam-se exigências adicionais sem correspondência na versão portuguesa: assim, é exigida, por exemplo, uma “*serious misrepresentation*” (na versão inglesa) ou uma “*schwerwiegende Täuschung*” (na versão alemã).

Olhando agora para o direito português, verifica-se que esta causa de exclusão não foi acolhida no enunciado dos impedimentos constante do artigo 55.º do CCP. Contudo, a nossa lei não deixa de afastar os concorrentes que adotem comportamentos desta natureza, embora o faça por outra via: por um lado, impõe a exclusão de propostas «*constituídas por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem culposamente falsas declarações*»; por outro, determina a caducidade da adjudicação no caso de «*falsificação de qualquer documento de habilitação ou [de] prestação culposa de falsas declarações*»⁶⁴.

No entanto, estes comportamentos poderão também conduzir a uma situação jurídica de impedimento por via de uma sanção contraordenacional. Com efeito, a prestação de falsas declarações «*no decurso do procedimento*» constitui uma contraordenação muito grave passível de ser punida com «*uma sanção acessória de privação de participar (...) em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos*»⁶⁵.

Analisemos agora o novo fundamento de exclusão previsto na alínea j) do n.º 4 do artigo 57.º. A norma permite o afastamento de quem «*tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações erróneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação*».

Os comportamentos aqui visados confundir-se-ão certamente, muitas vezes, com a prática de um *crime de corrupção*. Nestes casos, havendo uma condenação judicial transitada em julgado, ocorrerá, como vimos, uma causa de exclusão *obrigatória*.

Noutras situações, porém, o exercício de uma “influência indevida” no procedimento poderá escapar às malhas deste tipo de exclusão, desde logo

⁶⁴ Cf. artigos 146.º, n.º 2, alínea m), 184.º, n.º 2, alínea j), e 87.º, todos do CCP.

⁶⁵ Cf. artigos 456.º, alínea e), e 460.º, n.º 1, ambos do CCP. Repare-se, aliás, que o próprio artigo 55.º do CCP, na sua alínea f), reafirma os efeitos impeditivos da aplicação de uma sanção deste tipo.

pela circunstância de o comportamento não apresentar relevância criminal. Deste modo, uma das virtudes deste novo fundamento de exclusão consistirá certamente em abranger estes casos de *soft corruption*⁶⁶. Por outro lado, mesmo que estejamos em presença de um comportamento subsumível ao crime de corrupção (*hard corruption*), a exclusão *obrigatória* apenas operará mediante uma condenação por sentença transitada em julgado. Assim, uma vez que a operatividade desta nova causa de exclusão dispensa uma pronúncia judicial definitiva, a diretiva disponibilizará às entidades adjudicantes um instrumento de garantia *imediata* de integridade no procedimento⁶⁷.

Por fim, diga-se que, atenta a redação deste novo fundamento de exclusão, parece estar em causa unicamente a exclusão do procedimento concreto no qual a influência indevida foi exercida. Em todo o caso, não é de excluir que os efeitos inabilitantes de um comportamento desta natureza se estendam para além das fronteiras desse procedimento: é o que poderá suceder, por exemplo, se no âmbito de um procedimento ulterior a conduta pretérita for qualificada como *falta grave em matéria profissional*⁶⁸ ou se o anterior exercício de influência indevida tiver dado lugar a uma condenação judicial (transitada em julgado) por *crime de corrupção*.

5. Momento procedimental da exclusão

No direito europeu derivado, a indagação da eventual existência de impedimentos insere-se, como vimos, no complexo de avaliações designado “seleção qualitativa” dos operadores económicos. Numa perspetiva cronológica, existem teoricamente duas possibilidades de articular esta fase com a da avaliação das propostas (“adjudicação do contrato”): (i) ou se começa pela avaliação dos critérios de “seleção qualitativa” relativamente a todos os participantes, apreciando subsequentemente o mérito das propostas apresentadas pelos operadores selecionados, (ii) ou se conhece primeiramente do mérito das propostas, sujeitando-se posteriormente apenas o autor da melhor oferta ao crivo da “seleção qualitativa”.

⁶⁶ Cf. H.-J. PRIEß, “The Rules on Exclusion...”, p. 120.

⁶⁷ Neste sentido, veja-se A. Sánchez GRAELLS, “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Directive 2014/24” (disponível *online*), p. 110 e seg..

⁶⁸ Neste sentido, veja-se S. ARROSMITH, *ob. cit.*, p. 1297.

No âmbito da Diretiva 2004/18/CE verificava-se alguma incerteza sobre se seriam permitidas ambas as alternativas sequenciais. As dúvidas giravam em torno do disposto no n.º 1 do artigo 44.º, segundo o qual «os contratos são adjudicados (...), após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.º e 46.º, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.º a 52.º». Para alguns autores, esta disposição imporia que a “seleção qualitativa” dos operadores antecederesse a avaliação das propostas⁶⁹. Diferentemente, certas vozes de peso na doutrina⁷⁰ interpretavam esta disposição como simples exigência de que a idoneidade do operador fosse verificada antes da efetiva *adjudicação*, rejeitando a ideia de que a norma prescrevia uma ordem pela qual se processaria a avaliação dos concorrentes e a avaliação das propostas⁷¹.

A Diretiva 2014/24/UE parece consentir ambos os métodos⁷². Esta flexibilidade manifesta-se no n.º 2 do seu artigo 56.º: «no caso dos concursos abertos, as autoridades adjudicantes podem decidir analisar as propostas antes de verificarem a ausência de motivos de exclusão e o cumprimento dos critérios de seleção (...)»⁷³.

O que, porém, não significa que a possibilidade de excluir um operador económico fique confinada a uma determinada fase do procedimento.

Preenchendo um silêncio da diretiva de 2004, o n.º 5 do artigo 57.º do novo diploma estabelece que «as autoridades adjudicantes devem [ou, no caso dos

⁶⁹ Neste sentido, veja-se A. Sánchez GRAELLS, “Exclusion, Qualitative Selection...”, p. 99. O Autor refere-se a uma “sequência obrigatória de avaliação” que, de resto, corresponderia à “sequência lógica”.

⁷⁰ Neste sentido, v. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 718.

⁷¹ Note-se que o TJUE chegou a afirmar que as duas operações poderiam ocorrer em simultâneo. Assim, desde logo no seu Acórdão de 20 de setembro de 1988, proferido no processo C-31/87 (*Gebroeders Beentjes BV c. Estado dos Países Baixos* [“Beentjes”]) pode ler-se que «(...) a diretiva [71/305/CEE], que pretende a coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas, respeitando, na medida do possível, os processos e as práticas em vigor em cada um dos Estados-membros (...) não exclui que a verificação da aptidão dos proponentes e a adjudicação das obras possam ter lugar simultaneamente (...)» (cf. parágrafo 16). No mesmo sentido, citando aliás o anterior aresto, pode ver-se ainda, a propósito da Diretiva 93/36/CEE, o Acórdão do mesmo Tribunal de 19 de junho de 2003, proferido no processo C-315/01 [*Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*].

⁷² Cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 717 e seg..

⁷³ Cf. o artigo 56.º, n.º 2.

motivos facultativos ⁷⁴, «podem ou podem ser solicitadas a»], a qualquer momento do procedimento, excluir um operador económico quando se verificar que o operador económico em causa, tendo em conta atos cometidos ou omitidos antes ou durante o procedimento, se encontra numa das situações referidas (...).

A nova diretiva deixa assim claro que o interessado pode (ou deve) ser excluído «a qualquer momento do procedimento». Na medida em que esta exclusão se pode referir a factos ocorridos “antes” do procedimento, a diretiva parece pretender acautelar situações de simples *superveniência subjetiva*. Ou seja, mesmo que, numa primeira avaliação, a entidade adjudicante não se tenha apercebido da existência de um impedimento, esta norma permitir-lhe-á excluir o operador impedido logo que tome conhecimento da circunstância impeditiva.

Por outro lado, a exclusão do operador poderá reportar-se também a factos praticados “durante” o procedimento. Quer dizer, mesmo que, num momento inicial do procedimento, o interessado não se encontre impedido de participar, a ocorrência superveniente de um facto inabilitante ditará o seu afastamento. Deste modo, a diretiva acautela também as situações de *superveniência objetiva*.

A lei portuguesa não contém uma regra equivalente à do citado n.º 5 do artigo 57.º da nova diretiva. No entanto, têm sido tomadas posições na doutrina portuguesa próximas desta solução. Assim, por exemplo, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira têm advogado que a titularidade dos requisitos de habilitação (*lato sensu*, abrangendo também a habilitação *pessoal*) é uma exigência constante, que «*impende sobre os concorrentes ao longo de todo o procedimento, desde o momento de apresentação das propostas até ao da celebração do contrato*» ⁷⁵. Nos casos de ocorrência superveniente da inabilidade,

⁷⁴ Note-se que o primeiro parágrafo do n.º 5 do artigo 57.º, que exprime este “dever” de excluir durante todo o procedimento, se reporta à verificação de uma das «situações referidas nos n.ºs 1 e 2» do mesmo artigo. Desta forma, em bom rigor, este dever aplicar-se-ia também à vertente facultativa da exclusão fundada em dívidas ao fisco ou à segurança social.

⁷⁵ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 495 e seg. Neste sentido milita também o disposto na alínea a) do artigo 456.º do CCP, segundo a qual constitui contraordenação muito grave a participação do interessado que se encontre em alguma das situações previstas no artigo 55.º do mesmo diploma «no momento da apresentação da respetiva candidatura ou proposta, da adjudicação ou da celebração do contrato». Além disso, para os citados Autores, os princípios da transparência, da seriedade e da eficiência do procedimento justificam que o órgão adjudicante, em caso de dúvida, possa solicitar aos interessados, em

esta conclusão impõe-se de uma forma natural se considerarmos que, como observa Pedro Costa Gonçalves, a criação de um impedimento à participação no procedimento é apenas “instrumental” na prossecução de um objetivo que «*consiste, a final, em impedir que determinados operadores económicos contratem com a Administração Pública*»⁷⁶. No plano doutrinário afigura-se, no entanto, mais delicado o caso em que o impedimento *cessa* durante o procedimento.

6. Comprovação da ausência de motivos de exclusão

No sistema da diretiva, num primeiro momento as autoridades adjudicantes deverão aceitar como meio de “prova preliminar” da ausência de motivos de exclusão o chamado *Documento Europeu Único de Contratação Pública*. Através deste instrumento, os operadores declaram, sob compromisso de honra, a ausência de qualquer motivo de exclusão^{77 78}.

A nova diretiva prevê, deste modo, um direito de simples declaração de ausência de impedimentos. No entanto, esta faculdade circunscreve-se ao momento do acesso ao procedimento. Com efeito, a diretiva estabelece que, “antes da adjudicação do contrato”, a entidade adjudicante deve exigir ao proponente a quem decidiu adjudicar o contrato a apresentação dos documentos comprovativos a que se refere o artigo 60.^º Neste contexto, e no que se refere aos motivos de exclusão obrigatória associados a uma condenação

qualquer fase do procedimento, a comprovação da inexistência destes impedimentos (*ob. cit.*, p. 510). Note-se também que os artigos 148.^º, n.º 1, 152.^º, n.º 1, e 186.^º, n.º 2, do CCP admitem a hipótese de o júri propor a exclusão de propostas «*se verificar, nesta fase, a ocorrência*» de uma situação de impedimento.

⁷⁶ Cf. P. Costa GONÇALVES, *Direito dos contratos públicos*, cit.

⁷⁷ Cf. o n.º 1 e a alínea a) do n.º 2 do artigo 59.^º Nos termos da diretiva, esta declaração formal obedecerá a um formulário-tipo a fixar pela Comissão Europeia.

⁷⁸ A este propósito, importa também mencionar o Acórdão do TJUE de 06 de novembro de 2014, proferido no proc. C-42/13 (*Cartiera dell'Adda SpA c. CEM Ambiente SpA*). Referindo-se ainda à diretiva de 2004, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que o direito da União não se opunha a que um operador fosse excluído por «*não ter respeitado a obrigação, prevista nos documentos do concurso, de juntar à sua proposta, sob pena de exclusão, uma declaração nos termos da qual a pessoa designada nessa proposta como diretor técnico do (...) operador não é objeto de um processo ou de uma condenação penal, mesmo quando, numa data posterior ao termo do prazo concedido para a apresentação das propostas, essa declaração tenha sido comunicada à entidade adjudicante ou seja demonstrado que a qualidade de diretor técnico foi atribuída a essa pessoa por erro*».

pelos crimes referidos no n.º 1 do artigo 57.º, a autoridade adjudicante deve aceitar como prova suficiente «um certificado do registo relevante, nomeadamente do registo criminal ou, na sua ausência, de documento equivalente emitido pela autoridade judicial ou administrativa competente do Estado-Membro ou do país de origem no qual o operador económico tem a sua sede social, do qual resulte que aqueles requisitos se encontram preenchidos»⁷⁹. Quanto aos motivos de exclusão (obrigatória ou facultativa) relacionados com a existência de dívidas ao fisco ou à segurança social ou com os motivos de exclusão facultativa previstos na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 57.º (v.g. insolvência do operador), é suficiente «um certificado emitido pela autoridade competente do Estado-Membro ou do país em causa»⁸⁰.

Note-se que a lei portuguesa também se basta, num momento inicial, com uma simples declaração do concorrente de inexistência dos impedimentos previstos no artigo 55.º do CCP⁸¹. Contudo, ao contrário do que se encontra previsto na diretiva, a comprovação documental apenas ocorre após a escolha da proposta vencedora. Esta exigência de comprovação não abrange a totalidade dos referidos impedimentos. Quanto aos previstos nas alíneas *b*), *d*), *e*) e *i*) do artigo 55.º, o CCP exige a apresentação de documentos que demonstrem a sua inexistência⁸². No que se refere aos demais impedimentos, a lei nesta fase basta-se de novo com uma mera declaração do (agora) adjudicatário⁸³. A apresentação destes elementos é configurada como uma *obrigação pós-adjudicatória* e insere-se procedimentalmente na chamada *fase de habilitação*.

Voltando à diretiva, é ainda se assinalar que «a autoridade adjudicante pode solicitar aos proponentes e candidatos a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, em qualquer altura do procedimento, caso entenda que tal é necessário para assegurar a correta tramitação do procedimento»⁸⁴. Sublinhe-se,

⁷⁹ Cf. artigo 60.º, n.º 2, alínea *a*).

⁸⁰ Cf. artigo 60.º, n.º 2, alíneas *b*).

⁸¹ Trata-se de uma declaração sob compromisso de honra no sentido da inexistência de impedimentos [cf. artigo 57.º, n.º 1, alínea *a*) e o ponto 4 do Anexo I].

⁸² No caso das alíneas *b*) e *i*), a prova é feita, em princípio, através de um certificado de registo criminal que demonstre a ausência de condenações judiciais transitadas em julgado. No caso das alíneas *d*) e *e*), a lei exige um «certificado emitido pela entidade competente» (cf. artigo 83.º-A, n.ºs 1 e 2, do CCP).

⁸³ Nesta fase, trata-se de uma declaração feita nos termos do Anexo II ao CCP [cf. artigo 81.º, n.º 1, alínea *a*), e o ponto 1 do referido anexo].

⁸⁴ Cf. artigo 59.º, n.º 4, primeiro parágrafo. A este propósito, o considerando 84 esclarece o seguinte: «Tal pode ser nomeadamente o caso dos procedimentos em duas fases – concursos limitados,

porém, que os operadores não se encontram obrigados a oferecer esses documentos se «a autoridade adjudicante tiver a possibilidade de obter diretamente os certificados ou as informações pertinentes através de certas bases de dados» ou já os tiver na sua posse ⁸⁵.

7. Limites temporais à produção dos efeitos impeditivos

Começemos por anotar que a diretiva de 2004 não continha qualquer referência à questão de saber durante quanto tempo a verificação de uma circunstância inabilitante relativamente a um operador económico o impediria de participar em procedimentos adjudicatórios.

Não obstante esta omissão, entendia-se que o direito comunitário primário balizava nesta matéria a liberdade concedida aos Estados-Membros. Por um lado, o princípio da proporcionalidade opor-se-ia a que os efeitos impeditivos se estendessem por um período excessivo face à intenção que levou o legislador a consagrar o concreto motivo de exclusão. Por outro, pelo menos no que concerne as causas de exclusão obrigatória, um impedimento de exígua duração também colidiria com o direito da UE na medida em que colocaria em causa a *efetividade* da norma comunitária que impõe a exclusão ⁸⁶.

O novo diploma refere agora expressamente que o dever dos Estados-Membros de «*especificar as condições de aplicação*» dos motivos de exclusão, «*tendo em conta o direito da União*», impõe a fixação de um “período máximo de exclusão” ⁸⁷.

No que toca às exclusões obrigatórias, esse limite máximo não poderá ser superior a cinco anos contados da data da condenação por decisão transitada em julgado. Quanto às exclusões facultativas, o período não deverá ultrapassar os três anos posteriores à data “do facto relevante”, o que parece

procedimentos concorrenciais com negociação, diálogo concorrencial e parcerias para a inovação – em que as autoridades adjudicantes façam uso da possibilidade de limitar o número de candidatos convidados a apresentar uma proposta. Exigir a apresentação dos documentos complementares no momento da seleção dos candidatos a convidar poderá justificar-se para evitar que as autoridades adjudicantes convidem candidatos que na fase de adjudicação não possam apresentar os documentos complementares, impedindo deste modo a participação de candidatos qualificados».

⁸⁵ Cf. artigo 59.º, n.º 5, primeiro e segundo parágrafos.

⁸⁶ S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, pp. 1244 e 1282.

⁸⁷ Cf. n.º 7 do artigo 57.º.

indiciar que, neste caso, o prazo corre a partir da data da prática da infração inabilitante (v. g. a data da ofensa às regras profissionais) e não da data da sua verificação pela entidade adjudicante ou por outra entidade administrativa ou judicial (v. g. a data da aplicação de uma sanção disciplinar pela respetiva ordem profissional)⁸⁸.

Note-se porém que, segundo a diretiva, estes prazos máximos apenas valem «se o período de exclusão não tiver sido fixado por sentença transitada em julgado». Deste modo, ficam salvaguardados os casos em que o direito interno de um Estado Membro admite a possibilidade de os tribunais decretarem um impedimento à participação em procedimentos de adjudicação.

Abrimos aqui um breve parêntesis para referir que o direito português conhece casos desta natureza. Por exemplo, o Código Penal inclui no elenco de *penas acessórias* aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas a «proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades»⁸⁹. Outros exemplos poderão ser encontrados no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (*infrações antieconómicas e contra a saúde pública*), que estabelece uma pena acessória de «privação temporária do direito de participar em arrematações ou concursos públicos de fornecimentos»⁹⁰, ou na Lei n.º 15/2001, de 5 de junho (*regime geral das infrações tributárias*), onde se prevê uma pena acessória de

⁸⁸ Note-se que, contrariamente às exclusões obrigatórias, que são consequência da “condenação” do interessado pela prática de determinados crimes, as exclusões facultativas são motivadas pela adoção, em si mesma, de determinadas condutas, e não carecem necessariamente de uma decisão (administrativa ou judicial) externa que comprove a ocorrência desses factos.

⁸⁹ Cf. artigo 90.º-A do Código Penal. Embora a letra do preceito não se dirija expressamente à contratação pública, parece ser justamente este o exemplo oferecido na literatura penalista. Assim, Jorge dos Reis BRAVO refere que as entidades visadas serão «presuntivamente de natureza pública, maxime o Estado e outras pessoas coletivas de direito público» (cf. *Direito penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 241). No mesmo sentido, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE dá o seguinte exemplo: «[...] o tribunal pode decretar a proibição de celebração de contratos de compra e venda/empreitadas com entidades públicas». Segundo este Autor, «não se perceberia que depois de uma condenação por corrupção activa em concurso público de fornecimento de bens [...] não houvesse um período de “nojo” imposto à pessoa colectiva em que ela não pudesse participar em tais concursos» [cf. *Comentário do Código Penal (à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem)*, 2.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 318].

⁹⁰ Esta pena acessória encontra-se prevista no artigo 8.º, alínea e) do referido diploma. A privação do referido direito de participação terá uma duração fixada entre 1 e 5 anos (cf. artigo 13.º, n.º 2).

«privação temporária do direito de participar em (...) concursos de obras públicas, de fornecimento de bens ou serviços e de concessão, promovidos por entidades ou serviços públicos ou por instituições particulares de solidariedade social comparticipadas pelo orçamento da segurança social»⁹¹.

A propósito dos períodos máximos fixados na nova diretiva, importa esclarecer que os mesmos não são aplicáveis às exclusões (obrigatórias e facultativas) fundadas na existência de dívidas às finanças ou à segurança social. Nestes casos, parece que o interessado faltoso será (ou poderá) ser excluído dos procedimentos adjudicatórios enquanto não satisfizer as suas obrigações (ou celebrar um acordo tendente a esse fim)⁹².

Note-se também que os períodos máximos tão-pouco se aplicarão às exclusões fundadas na participação do interessado na preparação do procedimento adjudicatório ou na existência de um conflito de interesses. Na verdade, nestes casos o impedimento circunscreve-se, por natureza, a um procedimento concreto.

Olhando agora para o nosso direito interno, verifica-se que o CCP só aborda esta questão relativamente ao impedimento previsto na alínea *h*) do artigo 55.º que se refere aos interessados que tenham sido objeto de aplicação de uma sanção administrativa ou judicial por inobservância das regras sobre o pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social devidos pela utilização de mão-de-obra. Uma sanção desta natureza só produzirá os seus efeitos inabilitantes se tiver sido aplicada «há menos de dois anos». De resto, não se descortina qualquer regra sobre a duração dos impedimentos previstos no artigo 55.º do CCP⁹³.

Contudo, percorrendo as várias previsões elencadas nesta norma, constatamos que a condenação pelos crimes referidos na alínea *b*) ou *i*) apenas obstaculizará a participação do agente do crime «se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação»⁹⁴. Esta referência suscita várias dúvidas.

⁹¹ Esta sanção é estabelecida no artigo 16.º, alínea *d*), do referido diploma. Nos termos do artigo 17.º, n.º 2, a pena não pode ter duração superior a três anos, contados do trânsito em julgado da decisão condenatória.

⁹² Cf. H.-J. PRIEß, "The Rules on Exclusion...", p. 122.

⁹³ Não se contabiliza aqui o disposto na alínea *f*) do referido artigo, que se limita a remeter para «o período de inabilidade fixado na decisão condenatória» que fundamenta o impedimento em causa.

⁹⁴ Esta fórmula também foi utilizada pelo legislador português nos diplomas que precederam o CCP: cf. o artigo 55.º, n.º 1, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (*regime jurí-*

Desde logo, não se afigura inteiramente claro o sentido com que o legislador emprega o vocábulo “reabilitação”. No seu significado jurídico-penal, o termo reabilitação descreve «o mecanismo através do qual o ex-condenado é colocado na situação jurídica anterior à sentença»⁹⁵. Num estudo publicado em 1984, A. M. de Almeida Costa dá conta de uma tendência para a “unidade intrínseca” entre a reabilitação e o registo criminal que se traduzia numa «*assimilação doutrinal da reabilitação ao cancelamento dos cadastros*»⁹⁶. Em idêntico sentido, tem sido detetada na literatura jurídica mais recente uma “sinonímia legalmente consagrada” entre os conceitos de *reabilitação* e de *cancelamento do registo*, alicerçada na constatação prática de que «*é através do cancelamento do registo que se viabiliza a reabilitação*»⁹⁷.

Pressupondo que terá sido este o sentido pretendido pelo legislador, os impedimentos fundados nas condenações judiciais previstas nas alíneas *b*) e *i*) do artigo 55.º do CCP manteriam os seus efeitos, designadamente enquanto

dico das empreitadas de obras públicas), assim como o artigo 33.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho (*regime da realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços*), ou o artigo 17.º, alínea *c*), do diploma que antecedeu este último, isto é, do Decreto-Lei n.º 55/99, de 2 de março. De forma ligeiramente diferente, dispunha o artigo 13.º, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro (diploma revogado pelo citado Decreto-Lei n.º 55/99), nos termos do qual não podiam apresentar-se a concurso as entidades que tivessem sido condenadas por crime que afetasse a sua idoneidade profissional e não tivesse ocorrido a sua “reabilitação judicial”.

⁹⁵ Cf. J. Figueiredo DIAS, *Direito Penal Português*, II, 3.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 653 e seg.

⁹⁶ Cf. A. M. de Almeida COSTA, “O Registo Criminal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento, vol. XXVII, 1984, p. 426 e segs. O Autor nota que, para além do conceito utilizado na «*linguagem não especializada de todos os dias, em que é identificada com a [...] ressocialização dos criminosos*», uma das várias aceções comportadas pela palavra “reabilitação” reporta-se à «*extinção, no todo ou em parte, das incapacidades ou interdições que, de um modo automático, decorram da sentença para depois do cumprimento da pena principal*». Neste contexto, sublinha que «*o prevalente significado da reabilitação passou a identificar-se com o cancelamento do registo criminal*». Conforme explica o citado Autor, «*do mesmo modo que as interdições decorrentes da condenação, por força da latitude das sociedades modernas e da grande mobilidade das pessoas, só adquirem efetividade prática através do registo, também a reabilitação apenas ganhará sentido útil se incidir sobre o mecanismo de que, em definitivo, depende a sua vigência*». Ou seja, «*a reintegração dos condenados na comunidade jurídica ficou a depender, menos de uma atuação direta sobre a opinião pública, do que uma interferência «funcional» ao nível dos serviços*».

⁹⁷ Cf. Maria do Céu MALHADO, *Noções de Registo Criminal*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 321.

se não esgotassem os prazos de cancelamento previstos na chamada *Lei da identificação criminal*⁹⁸. Sendo assim, existiria a possibilidade de os referidos impedimentos operarem por um prazo superior ao período máximo consentido pela nova diretiva⁹⁹.

As dúvidas sobre o significado da palavra “reabilitação” ganham mais consistência perante o texto da alínea *c)* do artigo 55.º. À semelhança do que se estabelece nas alíneas *b)* e *i)* do citado artigo, o impedimento fundado na aplicação de uma sanção administrativa em matéria profissional opera apenas no caso de «*entretanto não ocorrer a (...) reabilitação*» do respetivo destinatário. Aqui, porém, o impedimento em causa não se funda numa condenação em processo *penal*, assentando antes na aplicação de uma sanção *administrativa*. Uma vez que sanções desta natureza não são inscritas no registo criminal (nem noutra registo equivalente), a “reabilitação”, neste contexto, terá forçosamente outro significado.

⁹⁸ Note-se que, nesta hipótese, vigoraria entre nós um sistema próximo daquele que é possível encontrar noutros Estados Membros UE. Na Alemanha, o período máximo do impedimento resulta da chamada “Lei do Registo Central Federal” [*Bundeszentralregistergesetz* (BZRG)]. Nos termos deste diploma, o cancelamento das inscrições registrais ocorre por efeito do decurso de certos prazos contados da data da condenação. Uma vez cancelada a inscrição, os factos criminais (e a respetiva condenação) deixam de ser oponíveis ao seu autor (*Verwertungsverbot*), efeito que se estende a todas as “áreas da vida jurídica” (cf. J.-P. WIMMER, *Zuverlässigkeit im Vergaberecht (Verfahrensausschluss, Registereintrag und Selbstreinigung)*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 80 e segs. No que se refere ao direito do Reino Unido, S. ARROWSMITH nota que, embora as *regulations* não previssem expressamente um período de exclusão, o *Office of Government Commerce* (OCG) tem entendido que as entidades adjudicantes, em princípio, não deverão atender a “*spent convictions*”, isto é, a condenações que, decorridos os prazos previstos no *Rehabilitation of Offenders Act 1974*, já não poderão ser levadas em conta para a generalidade dos efeitos legais [cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1282 e OCG, *Mandatory Exclusion of Economic Operators* (disponíveis *online*), designadamente o ponto 6 deste documento]. Importa ainda notar que as novas *Public Contracts Regulations 2015* já prevêem um prazo máximo conforme o disposto na diretiva de 2014: «*In the cases referred to in paragraphs (1) to (3)* [isto é, no caso das exclusões obrigatórias], *the period during which the economic operator shall (...) be excluded is 5 years from the date of the conviction*».

⁹⁹ Pense-se, por exemplo, no crime de corrupção ativa, previsto no artigo 374.º do Código Penal, ao qual corresponde uma pena de prisão até cinco anos. Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea *a)*, da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio (*Lei da identificação criminal*), o cancelamento definitivo do registo ocorreria apenas, consoante a duração da pena aplicada, 5 ou 7 anos após a *extinção da pena*.

Estas breves considerações levam-nos a concluir que a disciplina dos impedimentos previstos no CCP, pelo que respeita à sua duração, não se harmoniza com as exigências da Diretiva 2014/24/UE. Por um lado, afigura-se que a diretiva reclama do legislador nacional uma delimitação mais nítida da duração da situação de impedimento. Por outro, seja qual for o método adotado para este efeito, o legislador português terá naturalmente de garantir a observância dos “prazos máximos” consentidos pelo direito europeu.

8. “Self-cleaning”

A propósito da imposição de limites à exclusão de operadores dos procedimentos adjudicatórios, é ainda de assinalar que a diretiva de 2014 prevê o chamado “*self-cleaning*”, isto é, a possibilidade de os operadores económicos impedidos adotarem medidas destinadas a evitar a reincidência nos factos inabilitantes e, deste modo, lograrem a «*reaquisição do direito de participar em procedimentos de contratação pública*»¹⁰⁰.

O reconhecimento desta “auto-limpeza” pelo impedido tem consagração em diversos Estados-Membros da UE. No direito alemão, por exemplo, não obstante as escassas indicações do direito ordinário¹⁰¹, o instituto da *Selbstreinigung* encontra-se firmemente ancorado na jurisprudência, discutindo-se até se o mesmo não corresponderá a uma exigência de princípios constitucionais como o da liberdade profissional ou o da igualdade¹⁰².

Na diretiva de 2004, este tema não era objeto de regulamentação. No entanto, debatia-se a questão de saber se o direito europeu consentia a previsão de mecanismos de *self-cleaning* no direito nacional, por os mesmos se enquadrarem na possibilidade concedida aos Estados-Membros de derrogar as exclusões obrigatórias por *razões imperiosas de interesse geral*¹⁰³. Havia quem

¹⁰⁰ Cf. P. COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit.

¹⁰¹ No direito alemão, este tema é comumente abordado a propósito de uma norma segundo a qual um interessado, após uma condenação por sentença transitada em julgado, pode voltar a participar num procedimento pré-contratual quando, atentas “as circunstâncias particulares do caso concreto, a infração não ponha em causa a fiabilidade da empresa” (cf. § 6 EG, n.º 4 da VOB/A, o § 6 EG, n.º 5, da VOL/A e o § 4, n.º 8, da VOF).

¹⁰² Cf. J.-P. WIMMER, *ob. cit.*, pp. 137 e segs..

¹⁰³ Veja-se, por exemplo, H.-J. PRIEß, “Exclusio corruptoris? – Die gemeinschaftlichen Grenzen des Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen Korruptionsdelikten”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)*, 2009, p. 589 ou J.-P. WIMMER, *ob. cit.*, p. 87 e segs..

fosse mais longe ainda. Na verdade, algumas vezes na doutrina colocavam a hipótese de o direito europeu primário, nomeadamente através do princípio da proporcionalidade, impor mesmo a consideração de certas medidas de *self-cleaning*¹⁰⁴.

Com a Diretiva 2014/24/UE, este tema, como se disse, passou a ser objeto de regulamentação expressa. Com efeito, o n.º 6 do seu artigo 57.º prevê que «qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.ºs 1 e 4 [105] pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão», acrescentando que, «se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Nos segundos parágrafos, os n.ºs 1 e 2 do artigo 45.º da Diretiva 2004/18/CE previam que os Estados-Membros especificariam as condições de aplicação das causas de exclusão «na observância do direito comunitário». A partir desta disposição, foram ensaiadas na doutrina diversas abordagens. Por um lado, houve quem analisasse questão do *self-cleaning* à luz das liberdades fundamentais do mercado comum, análise no âmbito da qual o “teste” da proporcionalidade surge como limite a uma medida restritiva das citadas liberdades (*Schranken-Schranken*). Por outro, o mesmo comando jurídico era aplicado também fora do sistema das liberdades fundamentais, enquanto princípio autónomo do direito europeu primário. Neste âmbito, alguma doutrina sublinhava que o TJUE, nos citados Acórdãos *Michaniki* e *Fabricom*, reconheceu que uma exclusão apenas se justificaria caso fosse *necessária* à consecução das finalidades que motivam a sua consagração legal. Sobre este tema, veja-se, por exemplo, H.-J. PRIEß, “Exclusio corruptoris...”, p. 590 e seg. ou S. ARROWSMITH/H.-J. PRIEß/P. FRITON, “Self-Cleaning – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?”, in H. PÜNDER/ H.-J. PRIEß/ S. ARROWSMITH, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Köln, Carl Heymanns, 2009, p. 11 e segs. Refira-se ainda que, para além do princípio da proporcionalidade, o problema do *self-cleaning* era analisado à luz do princípio geral da igualdade ou, em abordagem menos intuitiva, das regras primárias em matéria de concorrência (cf. J.P. WIMMER, *ob. cit.*, p. 164 e segs.).

¹⁰⁵ Excetuando o impedimento baseado na existência de dívidas às finanças e à segurança social, esta remissão abrange, assim, todas as situações inabilitantes.

¹⁰⁶ Refira-se que nos casos em que a exclusão da participação em procedimentos de contratação pública ou de concessão resulte de uma “decisão transitada em julgado” a diretiva opõe-se a que os operadores recorram ao *self-cleaning* nos Estados-Membros onde aquela decisão produza efeitos. Como vimos, existe entre nós a possibilidade de, na sequência de uma condenação criminal, serem aplicadas penas acessórias dirigidas à inibição de participar em procedimentos de contratação pública. Além disso, o direito português conhece também uma sanção desta natureza no plano contraordenacional. De acordo com o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (*regime geral das contraordenações*), pode ser estabelecida, *inter alia*, a sanção acessória de «privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a

Para se prevalecer desta faculdade, o operador económico deve provar que (i) «ressarcir ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave», (ii) «esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito» e (iii) «tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves»¹⁰⁷. Ao elencar as tarefas compreendidas neste ónus do impedido, o legislador europeu inspirou-se notoriamente num conjunto de elementos que, nos países onde este mecanismo é reconhecido, são identificados pela doutrina e pela jurisprudência como integrando, por via de regra, um procedimento de auto-reabilitação bem sucedido¹⁰⁸.

Como resulta da disposição legal citada, estas medidas destinam-se à demonstração pelo operador impedido de que, não obstante a verificação de um impedimento, logrou restaurar a sua “fiabilidade”¹⁰⁹. Esta disposição aparenta reconduzir o propósito dos impedimentos à garantia da “fiabilidade” do parceiro contratual. Mas este conceito dificilmente se articula com a diversidade das finalidades dos impedimentos legalmente consagrados.

Não se duvida que tal desiderato corresponda a uma das finalidades principais do regime dos impedimentos, relacionando-se intimamente com *finalidades primárias* do próprio direito da contratação pública (proteção do erário

concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás [cf. artigo 21.º, alínea e)]. No seu artigo 460.º, o CCP prevê uma «sanção acessória de privação de participar (...) em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos». Afigura-se contudo que a aplicação desta sanção acessória já não se encontra coberta pela citada norma da diretiva. Na verdade, ao referir-se a uma decisão “transitada em julgado”, o legislador europeu parece ter em vista apenas decisões judiciais. Neste sentido, aliás, a versão alemã da diretiva exige expressamente uma “*gerichtliche Entscheidung*”.

¹⁰⁷ Note-se que, no que concretamente se refere às intervenções em matéria de “organização” e “pessoal”, o considerando 102 da diretiva fornece alguns exemplos: «a rutura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita, medidas adequadas de reorganização do pessoal, a aplicação de sistemas de notificação e controlo e a criação de uma estrutura de auditoria interna para acompanhar o cumprimento e a adoção de regras internas em matéria de responsabilidade e compensação».

¹⁰⁸ Cf. S. ARROWSMITH/H.-J. PRIEß/P. FRITON, *ob. cit.*, p. 4, H. PÜNDER, “Self-Cleaning: A Comparative Analysis”, in H. PÜNDER/H.-J. PRIEß/S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 191 e J.-P. WIMMER, *ob. cit.*, p. 172 e seg.

¹⁰⁹ Cf. artigo 57.º, n.º 6. Em sentido idêntico, refere-se no n.º 7 do mesmo artigo que os Estados Membros «devem (...) determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas, como as especificadas no n.º 6, para demonstrar a sua fiabilidade».

público ou execução eficiente e eficaz das tarefas administrativas conexas com o contrato) ¹¹⁰. Contudo, tem-se reconhecido que este regime serve também algumas das *finalidades secundárias* desta área do direito. Pense-se, por exemplo, nos motivos de exclusão obrigatória. É certo que a exclusão fundada em certas práticas criminosas *também* contribui para uma triagem dos concorrentes em função da sua fiabilidade. Todavia, o facto de o legislador seleccionar um conjunto muito específico de crimes inabilitantes aponta no sentido de que a consagração destes impedimentos se insere em primeira linha numa política de combate a este tipo de criminalidade ¹¹¹ (v. g. terrorismo ou tráfico de seres humanos). O mesmo parece verificar-se, também, relativamente às exclusões baseadas em infrações de natureza ambiental, social ou laboral.

Por fim, importa fazer uma breve referência à questão de saber a quem compete avaliar a *adequação* das medidas adotadas pelo operador impedido. A diretiva não reserva esta competência à própria entidade adjudicante. Na verdade, o considerando 102 do diploma admite a possibilidade de esta avaliação ser confiada a “outras autoridades a nível central ou não central”. Segundo alguma doutrina, esta abertura será de aplaudir na medida em que uma prática decisória centralizada oferece maior grau de coerência e de certeza ¹¹².

Note-se, a este propósito, que alguns países já conhecem fenómenos de “centralização” em matéria de impedimentos à contratação pública. Contrariamente ao que acontece entre nós, onde a inexistência de impedimentos é avaliada “caso a caso”, certos países dispõem de mecanismos tendentes à exclusão de um determinado operador económico relativamente a uma pluralidade de procedimentos de adjudicação. No caso da Alemanha,

¹¹⁰ À semelhança da diretiva de 2004, a nova diretiva inclui os motivos de exclusão numa secção dedicada ainda à aptidão técnica e financeira dos concorrentes e à titularidade das habilitações jurídicas necessárias ao desenvolvimento da atividade contratada. As normas atinentes à “seleção qualitativa” visam, pois, permitir que a Administração afaste interessados que, por uma ou outra razão, não ofereçam garantias de *fiabilidade* na execução do contrato a celebrar. Com base nesta observação de ordem sistemática, a doutrina tem considerado que o propósito dos impedimentos consagrados corresponde às citadas *finalidades primárias* do próprio direito da contratação pública (*Beschaffungszwecke*). Neste sentido, veja-se S. ARROWSMITH/H.-J. PRIEß/P. FRITON, *ob. cit.*, p. 18, J.-P. WIMMER, *ob. cit.*, p. 57 e seg., assim como, embora não aludindo ao referido elemento sistemático, M. BURGI, “Ausschluss und Vergabesperre als Rechtsfolgen von Unzuverlässigkeit”, *NZBau*, 2014, p. 596.

¹¹¹ Neste sentido, S. ARROWSMITH/H.-J. PRIEß/P. FRITON, *ob. cit.*, p. 18.

¹¹² Cf. S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 1272.

encontramos um conjunto variado de sistemas desta natureza, incluindo, por exemplo, sistemas comuns a várias entidades adjudicantes que ditam a exclusão automática dos operadores económicos neles inscritos (*koordinierte Auftragsperre*)¹¹³. No âmbito de mecanismos deste tipo, poderá fazer sentido atribuir à entidade gestora do sistema a competência para decidir sobre se as medidas de *self-cleaning* adotadas por um operador inscrito são suficientes para a eliminação da sua inscrição.

Contudo, mesmo entre nós abrem-se várias possibilidades no desenho legal deste tipo de mecanismo. Na verdade, não se afigura que o sistema português, em que a existência de impedimentos é avaliada casuisticamente, seja por natureza incompatível com a introdução de um certo grau de “centralização” na avaliação de medidas de *self-cleaning* adotadas por interessados impedidos. Neste ponto, a transposição da diretiva suscitará certamente ao legislador português uma reflexão sobre um aspeto estruturante do nosso regime de impedimentos em matéria de contratação pública.

9. Conclusão

Finda esta sumária exposição do novo regime europeu dos impedimentos em matéria de contratação pública, impõem-se umas breves notas conclusivas.

Um primeiro conjunto de alterações introduzido situa-se no plano do enunciado dos factos impeditivos.

Constata-se que o legislador, aliás na senda de uma prática anterior, instrumentaliza o regime dos impedimentos para executar políticas que têm o seu centro de gravidade fora do direito da contratação pública, aproveitando o ensejo para sancionar infrações designadamente em matéria ambiental, social ou laboral, bem como para agravar as consequências jurídicas de um alargado círculo de práticas criminais.

Verificam-se inovações positivas relativamente às exclusões motivadas por finalidades próprias desta área do direito. Por exemplo, a consagração da exclusão fundada no cumprimento deficiente de contrato anterior revela uma nítida preocupação com o chamado “*performance risk*” dos contratos.

¹¹³ Cf. J.-P. WIMMER, *ob. cit.*, p. 120 e segs..

Pelo que especificamente se refere ao novo elenco das exclusões facultativas, é também de assinalar que o legislador deixou de restringir as suas preocupações às “qualidades profissionais” dos operadores económicos. Com efeito, o direito europeu passa a contemplar algumas causas de exclusão que se alicerçam em princípios como o da igualdade entre os operadores e o da transparência no procedimento (v. g. as exclusões por ocorrência de conflito de interesses ou de participação na preparação do procedimento).

Contudo, o traço porventura mais marcante do novo regime situa-se no plano dos limites colocados à operatividade dos impedimentos. A este respeito, o legislador revela uma especial preocupação em garantir a *proporcionalidade* da exclusão, que se manifesta, nomeadamente, na acrescida oposição a exclusões fundadas em infracções menores ¹¹⁴, na imposição de limites máximos à duração de uma situação de impedimento ou no reconhecimento expresso da possibilidade de um operador impedido se libertar dessa condição através do recurso às chamadas medidas de *self-cleaning*.

¹¹⁴ Nesta linha inserem-se, por exemplo, as derrogações consentidas aos Estados Membros no segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 57.º, nos em que «a exclusão se afigure manifestamente desproporcionada, nomeadamente: quando se trata apenas de pequenos montantes de impostos ou contribuições para a segurança social que não foram pagos; ou quando o operador económico foi informado do montante exato da sua dívida (por incumprimento das suas obrigações de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social) num momento em que não podia tomar as medidas previstas no n.º 2 [do mesmo artigo], terceiro parágrafo, antes de expirado o prazo de apresentação do pedido de participação ou, nos concursos públicos, o prazo de apresentação da proposta».

ÍNDICE

Apresentação	3
Os Conflitos de Interesses e a Participação Prévia de Candidatos ou Proponentes	7
FRANCISCO NORONHA	
Os “Motivos de Exclusão” na Directiva 2014/24/UE	43
JOSÉ AZEVEDO MOREIRA	
A Divisão de Contratos em Lotes na Directiva 2014/24/UE	83
DAVID COELHO	
Critérios de Adjudicação – O (novo) Conceito de Oferta Economicamente mais Vantajosa	109
TERESA ALMEIDA	
Os Acordos-Quadro nas Directivas de 2014 sobre contratação pública.....	143
MARCO CALDEIRA	
Procedimento por Negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso	167
JOANA DUARTE COSTA CÁTIA SOUSA	
Um olhar sobre as novidades em matéria de negociação de propostas na directiva contratos públicos.....	189
LUÍS VERDE DE SOUSA	
Regimes Especiais de Contratação Pública.....	211
LICÍNIO LOPES MARTINS	
Normas de publicação para os autores	247
Note to authors	249

REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 13

13

*Reforma Europeia
da Contratação Pública*



· U



· C ·

