TRIBUNAL DE JUSTIÇA | UNIÃO EUROPEIA

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
C-210/20	3 de junho de 2021	N Piçarra, Presidente De Secção, D. Šváby (relator) E S. Rodin, Juízes,

DESCRITORES

Liberdade de estabelecimento > Livre prestação de serviços > Aproximação das legislações

SUMÁRIO

O artigo 63.° da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, lido em conjugação com o artigo 57.°, n.° 4, alínea h), desta diretiva, e à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante deve automaticamente excluir um proponente de um procedimento de adjudicação de contrato público quando uma empresa auxiliar, a cujas capacidades pretende recorrer, forneceu uma declaração enganosa quanto à existência de condenações penais transitadas em julgado, sem poder impor ou, no mínimo, permitir, em tal hipótese, a esse proponente que substitua a referida entidade.

TEXTO INTEGRAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção)

3 de junho de 2021 (*)

«Reenvio prejudicial – Adjudicação de contratos públicos de serviços, de fornecimentos e de obras – Diretiva 2014/24/UE – Desenrolar do procedimento – Escolha dos participantes e adjudicação dos contratos – Artigo 63.° – Proponente que recorre às capacidades de outra entidade para satisfazer os requisitos da autoridade adjudicante – Artigo 57.°, n.os 4, 6 e 7 – Declarações enganosas apresentadas por esta entidade – Exclusão do referido proponente sem lhe impor ou lhe permitir que substitua a referida entidade – Princípio da proporcionalidade»

No processo C-210/20,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.° TFUE, pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado em formação jurisdicional, Itália), por Decisão de 20 de fevereiro de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 30 de março de 2020, no processo

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

contra

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

DAF Costruzioni Stradali Srl,

sendo interveniente:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção),

composto por: N Piçarra, presidente de secção, D. Šváby (relator) e S. Rodin, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl e Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., por A. Manzi e

F. Bertini, avvocati,

– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli e S. L. Vitale, avvocati dello Stato,

– em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara e P. Ondrůšek e por K. Talabér-Ritz, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.° e 56.° TFUE, e do artigo 63.°, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Rad Service Srl Unipersonale, a Cosmo Ambiente Srl e a Cosmo Scavi Srl, reunidas no agrupamento temporário de empresas (ATE) Rad Service (a seguir «ATE Rad Service») à Del Debbio SpA, ao Gruppo Sei Srl, à Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (a seguir «ATE Del Debbio»), e ao agrupamento temporário de empresas constituído pela DAF Costruzioni Stradali Slr, pela GARC SpA e pela Edil Moter Srl (a seguir «ATE Daf»), a respeito da decisão da Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (Autoridade Local de Saúde Toscana Centro, Itália) de excluir o ATE Del Debbio de um procedimento de contratação de obras públicas.

Quadro jurídico

Diretiva 2014/24

3 Os considerandos 84, 101 e 102 da Diretiva 2014/24 enunciam:

«(84) Muitos operadores económicos, e nomeadamente as [pequenas e médias empresas (PME)], consideram que um dos maiores obstáculos à sua participação nos contratos públicos é a carga administrativa decorrente da necessidade de apresentar um número substancial de certificados ou outros documentos relacionados com critérios de exclusão e seleção. A limitação desses requisitos, por exemplo mediante a utilização de um Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), constituído por uma autodeclaração atualizada, poderá resultar numa simplificação considerável em benefício tanto das autoridades adjudicantes como dos operadores económicos.

O proponente a quem for decidido adjudicar o contrato deverá todavia ser obrigado a apresentar as provas pertinentes, e as autoridades adjudicantes não deverão celebrar contratos com proponentes que não o possam fazer. As autoridades adjudicantes deverão também poder solicitar em qualquer momento a totalidade ou parte dos documentos complementares, sempre que considerem que tal é necessário ao correto desenrolar do procedimento. Tal pode ser nomeadamente o caso dos procedimentos em duas fases – concursos limitados, 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.

Convém indicar expressamente que o DEUCP deverá também fornecer as informações necessárias a respeito das entidades a cujas capacidades um operador económico recorre, para que a verificação das informações sobre essas entidades possa ser efetuada concomitantemente e nas mesmas condições que a verificação respeitante ao operador económico principal.

[...]

(101) As autoridades adjudicantes deverão, além disso, poder excluir os operadores económicos que se tenham revelado pouco fiáveis, por exemplo na sequência de infrações de obrigações ambientais ou sociais, incluindo as regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência ou outras formas de falta profissional grave, como a violação das regras da concorrência ou dos direitos de propriedade intelectual. Deverá ser especificado que uma falta profissional grave pode pôr em causa a idoneidade de um operador económico, desqualificando-o para efeitos de adjudicação de um contrato público, mesmo que tenha a capacidade técnica e económica necessária para executar o contrato.

Tendo em conta que a autoridade adjudicante será responsável pelas consequências da sua decisão eventualmente errada, as autoridades adjudicantes deverão também ter a liberdade de considerar que houve falta profissional grave quando, antes de tomarem uma decisão final e vinculativa sobre a existência de motivos de exclusão obrigatória, puderem demonstrar por qualquer meio adequado que o operador económico violou as suas obrigações, nomeadamente obrigações relacionadas com o pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social, salvo disposição em contrário do direito nacional. Deverão também ter a possibilidade de excluir os candidatos ou proponentes cujo desempenho no âmbito de anteriores contratos públicos tenha acusado deficiências graves no que se refere aos requisitos essenciais, por exemplo, 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 do operador económico. O direito nacional deverá prever uma duração

máxima para essas exclusões.

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.

(102) Deverá contudo prever-se a possibilidade de os operadores económicos poderem adotar medidas de execução destinadas a remediar as consequências de quaisquer infrações penais ou faltas graves e a prevenir eficazmente a repetição de tais faltas. Essas medidas poderão consistir, em particular, em intervenções ao nível do pessoal e da organização, como sejam 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. Se tais medidas proporcionarem garantias suficientes, o operador económico em questão deverá deixar de estar excluído por esses motivos apenas. Os operadores económicos deverão ter a possibilidade de solicitar que sejam examinadas as medidas de execução tomadas com vista a uma eventual admissão ao procedimento de contratação. No entanto, deverá ser deixada ao critério dos Estados-Membros a determinação das exatas condições processuais e materiais aplicáveis nesses casos. Em particular, os Estados-Membros são livres de decidir se querem deixar ao cuidado das autoridades adjudicantes as avaliações pertinentes ou confiar essa tarefa a outras autoridades a nível central ou não central.»

4 O artigo 18.° desta diretiva, sob a epígrafe «Princípios da contratação», dispõe, no seu n.° 1, primeiro parágrafo:

«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.»

5 O artigo 57.° da mesma diretiva, sob a epígrafe «Motivos de exclusão», dispõe, nos seus n.os 4 a 7:

«4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações:

[...]

c) Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade;

[...]

h) Se o operador económico 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.°; ou

i) Se o operador económico [...] tiver prestado, com negligência, informações erróneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação.

[...]

5. [...]

A qualquer momento do procedimento, as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a 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 no n.° 4.

6 . Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.os 1 e 4 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. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.

Para o efeito, o operador económico deve provar que ressarciu ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave, esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

As medidas tomadas pelos operadores económicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida. Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão.

Um operador económico que tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou concessão não pode recorrer à possibilidade prevista no presente número durante o período de exclusão resultante dessa decisão nos Estados-Membros onde esta produz efeitos.

7. Os Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação do presente artigo por meio de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e tendo em conta o direito da União. Devem, em particular, determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas, como as especificadas no n.° 6, para demonstrar a sua fiabilidade. Se o período de exclusão não tiver sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não pode ser superior a cinco anos a contar da data da condenação por decisão transitada em julgado nos casos referidos no n.° 1 e três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.° 4.»

6 Nos termos do artigo 59.° da Diretiva 2014/24, que tem por epígrafe «Documento Europeu Único de Contratação Pública»:

«1. No momento da apresentação dos pedidos de participação ou das propostas, as autoridades adjudicantes devem aceitar o [DEUCP], constituído por uma declaração sob compromisso de honra atualizada, como elemento de prova preliminar, em substituição dos certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros, confirmando que o operador económico em causa satisfaz qualquer uma das seguintes condições:

a) Não se encontra numa das situações referidas no artigo 57.°, que determinam a exclusão obrigatória ou facultativa dos operadores económicos;

b) Cumpre os critérios de seleção relevantes que foram estabelecidos nos termos do artigo 58.°;

c) Se for o caso, cumpre as regras e critérios objetivos estabelecidos nos termos do artigo 65.°

Caso o operador económico recorra às capacidades de outras entidades em conformidade com o artigo 63. °, o DEUCP deve igualmente incluir as informações mencionadas no primeiro parágrafo do presente número no que respeita àquelas entidades.

O DEUCP consiste numa declaração formal do operador económico segundo a qual o motivo de exclusão relevante não se aplica e/ou o critério de seleção relevante se encontra preenchido, e fornece as informações pertinentes exigidas pela autoridade adjudicante. O DEUCP identifica ainda a autoridade pública ou o terceiro responsável pela emissão dos documentos comprovativos e inclui uma declaração formal segundo a qual o operador económico poderá, mediante pedido e sem demora, apresentar esses documentos comprovativos.

Caso a autoridade adjudicante possa obter os documentos comprovativos diretamente numa base de dados, nos termos do n.° 5, o DEUCP deve igualmente incluir as informações necessárias para o efeito, tais como o endereço Internet da base de dados, os dados de identificação e, se for caso disso, a necessária

declaração de consentimento.

[...]

4. A autoridade adjudicante pode solicitar aos proponentes e candidatos a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, a qualquer momento do procedimento, se entender que tal é necessário para assegurar a correta tramitação do procedimento.

Antes da adjudicação do contrato, a autoridade adjudicante deve, exceto no que respeita aos contratos baseados em acordos-quadro, quando esses contratos sejam celebrados nos termos do artigo 33.°, n.° 3, ou n.° 4, alínea a), exigir que o proponente ao qual decidiu adjudicar o contrato apresente os documentos comprovativos atualizados em conformidade com o artigo 60.° e, se for caso disso, com o artigo 62.° A autoridade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados recebidos em conformidade com os artigos 60.° e 62.°

5. Não obstante o disposto no n.° 4, os operadores económicos não são obrigados a apresentar documentos comprovativos ou outras provas documentais se, e na medida em que, a autoridade adjudicante tiver a possibilidade de obter diretamente os certificados ou as informações pertinentes numa base de dados nacional de acesso gratuito de qualquer Estado-Membro tais como um registo dos contratos públicos nacionais, um ficheiro virtual da empresa, um sistema de armazenamento eletrónico de documentos ou um sistema de pré-qualificação.

[...]»

7 Sob a epígrafe «Meios de prova», o artigo 60.° da Diretiva 2014/24 prevê:

«1. As autoridades adjudicantes podem exigir os certificados, declarações e outros meios de prova referidos nos n.os 2, 3 e 4 do presente artigo e no anexo XII como prova de ausência de motivos de exclusão nos termos do artigo 57.°, e prova de cumprimento dos critérios de seleção em conformidade com o artigo 58.°

As autoridades adjudicantes não podem exigir meios de prova que não os referidos no presente artigo e no artigo 62.° No que respeita ao artigo 63.°, os operadores económicos podem recorrer a qualquer meio adequado para comprovar perante a autoridade adjudicante que têm ao seu dispor os recursos necessários.

2. As autoridades adjudicantes aceitam, como prova bastante de que o operador económico não se encontra abrangido por nenhum dos casos referidos no artigo 57.°:

a) Relativamente aos casos previstos no n.° 1 daquele artigo, a apresentação de 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;

b) Relativamente aos casos previstos no n.° 2 e no n.° 4, alínea b), daquele artigo, um certificado emitido pela autoridade competente do Estado-Membro ou do país em causa.

[...]»

8 Sob a epígrafe «Recurso às capacidades de outras entidades», o artigo 63.° desta diretiva tem a seguinte redação:

«1. No que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira referidos no artigo 58.°, n.° 3, e aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional referidos no artigo 58.°, n.° 4, um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Porém, no que respeita aos critérios relativos às habilitações literárias e qualificações profissionais referidos no anexo XII, parte II, alínea f), ou à experiência profissional relevante, os operadores económicos só podem recorrer às capacidades de outras entidades quando estas últimas assegurem a execução da empreitada de obras ou o fornecimento dos serviços para os quais são exigidas essas capacidades. Quando pretenda recorrer às capacidades de outras entidades, o operador económico deve provar à autoridade adjudicante que irá dispor dos recursos necessários, por exemplo através da apresentação de uma declaração de compromisso dessas entidades para o efeito.

A autoridade adjudicante deve, em conformidade com os artigos 59.°, 60.° e 61.°, verificar se as entidades a que o operador económico pretende recorrer cumprem os critérios de seleção relevantes e se existem motivos de exclusão nos termos do artigo 57.° A autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua uma entidade que não cumpra um critério de seleção relevante ou em relação à qual existam motivos de exclusão obrigatórios A autoridade adjudicante pode exigir ou o Estado-Membro pode determinar que esta exija que o operador económico substitua uma entidade em relação à qual existam motivos de exclusão não obrigatórios.

Quando um operador económico recorre às capacidades de outras entidades no que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira, a autoridade adjudicante pode exigir que o operador económico e essas entidades sejam solidariamente responsáveis pela execução do contrato.

Nas mesmas condições, um agrupamento de operadores económicos, tal como referido no artigo 19.°, n.

° 2, pode recorrer às capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.

2. No caso dos contratos de empreitada de obras, dos contratos de serviços ou de operações de montagem ou instalação no quadro de um contrato de fornecimento, as autoridades adjudicantes podem exigir que determinadas tarefas críticas sejam executadas pelo próprio proponente ou, se a proposta for apresentada por um agrupamento de operadores económicos na aceção do artigo 19.°, n.° 2, por um participante no agrupamento.»

Direito italiano

9 Nos termos do artigo 32.°, n.° 7, do decreto legislativo n.° 50 – Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n.° 50, que aprova o Código dos Contratos Públicos), de 18 de abril de 2016 (suplemento ordinário ao GURI n.° 91, de 19 de abril de 2016; a seguir «Código dos Contratos Públicos»):

«A adjudicação torna-se efetiva após verificação de que os critérios estão preenchidos.»

10 O artigo 80.° do Código dos Contratos Públicos dispõe, no seu n.° 5, alínea f-bis:

«A autoridade adjudicante exclui um operador económico da participação num procedimento de concurso numa das seguintes situações, que pode também dizer respeito a um subcontratante nos casos previstos no artigo 105.°, n.° 6, quando: [...] f-bis) o operador económico apresentar documentos ou declarações enganosas num processo de concurso a decorrer e no âmbito do recurso às capacidades de outras entidades.»

11 O artigo 89.° do código prevê:

«1. [...]

O operador económico que pretenda recorrer às capacidades de outras entidades junta [...] uma declaração assinada pela [empresa auxiliar] que certifique que esta última preenche os critérios gerais previstos no artigo 80.°, que preenche os critérios técnicos e possui os recursos a que pretende recorrer.

O operador económico demonstra à autoridade adjudicante que disporá dos meios necessários mediante a apresentação de uma declaração subscrita pela empresa auxiliar pela qual esta última se obriga perante o proponente e a autoridade adjudicante a disponibilizar, durante todo o período de duração do contrato, os recursos necessários de que o proponente carece.

No caso de declarações enganosas, sem prejuízo da aplicação do artigo 80.°, n.° 12, em relação aos subscritores, a autoridade adjudicante exclui o proponente e executa a garantia.

[...]

3. A autoridade adjudicante verifica, de acordo com os artigos 85.°, 86.° e 88.°, se as entidades a cujas capacidades o operador económico pretende recorrer preenchem os critérios de seleção aplicáveis ou se existem motivos de exclusão nos termos do artigo 80.°

Impõe ao operador económico a substituição das entidades que não preenchem um critério de seleção aplicável ou para as quais existam motivos de exclusão obrigatórios.

Podem igualmente ser indicados no anúncio de concurso os casos em que o operador económico deve substituir uma entidade relativamente à qual existem motivos de exclusão não obrigatórios, desde que se trate de critérios técnicos.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

12 Por anúncio de concurso de 3 de janeiro de 2018, a Autoridade Local de Saúde Toscana Centro lançou um procedimento de adjudicação das obras de demolição seletiva e mecânica dos edifícios do antigo hospital Misericordia e Dolce de Prato (Itália), no montante de base de 5 673 030,73 euros.

13 No âmbito da apresentação da sua proposta, o ATE Del Debbio invocou as capacidades técnicas e profissionais de uma empresa auxiliar.

14 Embora ocupassem os dois primeiros lugares na classificação provisória, o ATE Daf, por um lado, e o ATE Del Debbio, por outro, foram excluídos do procedimento pela autoridade adjudicante. Por este motivo, o ATE Rad Service passou a ser o primeiro desta classificação.

15 A exclusão do ATE Del Debbio foi justificada pelo fornecimento de uma declaração da empresa auxiliar que não mencionava um patteggiamento, ou seja, uma sentença de aplicação da pena negociada no âmbito de um acordo entre partes, pronunciada contra o titular e representante legal da empresa em 14 de junho de 2013 e transitada em julgado em 11 de setembro de 2013. Ora, em direito italiano, o patteggiamento é expressamente equiparado, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, a uma condenação por crime de ofensas à integridade física por negligência, cometido em violação da regulamentação em matéria de proteção da saúde e de segurança no local de trabalho.

16 A autoridade adjudicante considerou que a empresa auxiliar tinha prestado uma declaração falsa e enganosa à pergunta que figura no DUME e que consiste em saber se se tinha declarado culpada de faltas profissionais graves, previstos no artigo 80.°, n.° 5, alínea c), do Código dos Contratos Públicos. Consequentemente, a autoridade adjudicante considerou que o ATE Del Debbio devia ser automaticamente

excluído do procedimento, em conformidade com os artigos 80.°, n.° 5, alínea f)-bis, e 89.°, n.° 1, desse código.

17 Depois de o Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Tribunal Administrativo Regional da Toscana, Itália) ter anulado, através de dois acórdãos, as exclusões do ATE Del Debbio e do ATE DAF, o ATE RAD Service interpôs recurso desses acórdãos para o órgão jurisdicional de reenvio, a saber, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália).

18 Este último considera que, por força do artigo 89.°, n.° 1, quarto parágrafo, do Código dos Contratos Públicos, a falsa declaração apresentada pelo representante legal da empresa auxiliar no âmbito do processo de concurso implica automaticamente a obrigação de a autoridade adjudicante excluir o proponente que tenha invocado as suas capacidades, sem que possa proceder à sua substituição. Por conseguinte, o procedimento de correção previsto no artigo 89.°, n.° 3, deste código não se aplica, pelo que o operador económico não pode substituir a empresa auxiliar.

19 Porém, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade desta disposição com os princípios e regras previstos no artigo 63.° da Diretiva 2014/24, bem como com os artigos 49.° e 56.° TFUE. Com efeito, o artigo 63.°, n.° 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 destina-se, designadamente, a garantir que as prestações sejam executadas por operadores cujas capacidades e moralidade sejam adequadas e, por conseguinte, impõe à autoridade adjudicante que autorize a substituição de uma empresa auxiliar que não satisfaça os critérios ou em relação à qual exista um motivo de exclusão.

20 Ora, ao prever a exclusão automática do proponente devido a declarações enganosas da empresa a cujas capacidades pretende recorrer, o artigo 89.°, n.° 1, quarto parágrafo, do Código dos Contratos Públicos proíbe a substituição da empresa auxiliar e, portanto, a solução corretiva que, no entanto, prevê o n.° 3 desta disposição, para todos os restantes motivos de exclusão obrigatórios.

21 O artigo 63.° da Diretiva 2014/24 não estabelece, no entanto, nenhuma diferença de regime e impõe a substituição da empresa auxiliar sempre que esta seja objeto de motivos de exclusão obrigatórios, sejam estes quais forem.

22 Além disso, um proponente é incapaz de controlar a autenticidade e a sinceridade das declarações fornecidas pelas empresas a cujas capacidades pretende recorrer. Assim, teria de confiar nas declarações ou na documentação fornecidas por estas últimas. O ATE Del Debbio alega, aliás, que, no caso em apreço, lhe era impossível ter conhecimento da condenação penal do titular da empresa auxiliar, na medida em que esta não constava do certificado de registo criminal suscetível de ser consultado por uma entidade privada diferente do interessado.

23 Por último, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os eventuais limites nacionais ao exercício do

direito de um proponente recorrer às capacidades de outras entidades devem ser considerados de forma estrita, à luz dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação.

24 Foi neste contexto que o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Opõe-se o artigo 63.° da Diretiva [2014/24], em conjugação com os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, previstos nos artigos 49.° e 56.° [TFUE] à aplicação da legislação nacional italiana em matéria de recurso às capacidades de outras entidades e de exclusão dos procedimentos de adjudicação, que resulta do artigo 89.°, n.° 1, quarta frase, do [...] Código dos Contratos Públicos [...] segundo o qual, em caso de declarações [enganosas] emitidas pela empresa auxiliar relativas à existência de condenações penais transitadas em julgado, potencialmente suscetíveis de demonstrar a prática de uma falta profissional grave, a autoridade adjudicante deve excluir sempre o operador económico concorrente, não lhe impondo nem lhe permitindo indicar outra empresa auxiliar idónea, em substituição da primeira, ao contrário do previsto para os outros casos em que as entidades a cuja capacidade o operador económico pretende recorrer não preenchem um critério de seleção aplicável ou para as quais existem motivos de exclusão obrigatórios?»

25 De acrescentar que o órgão jurisdicional de reenvio solicitou a aplicação da tramitação acelerada, ao abrigo do artigo 105.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, com o fundamento de que o presente processo suscita uma questão de princípio, que tem por objeto a execução de obras urgentes relativas a edifícios hospitalares, que não devem ser adiadas nem suspensas e que representam um valor significativo, e que a disposição nacional em causa no processo principal é objeto de um contencioso abundante.

26 Este pedido de tramitação acelerada foi indeferido por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 7 de julho de 2020.

Quanto à questão prejudicial

27 A título preliminar, importa salientar que a questão submetida sugere que uma regulamentação nacional que prevê a exclusão automática de um proponente, quando uma entidade a cujas capacidades pretende recorrer tenha transmitido falsas informações, poderia colidir com o princípio da não discriminação, uma vez que a substituição dessa entidade é admitida quando esta última não preenche um critério pertinente de seleção ou quando contra ela existam motivos de exclusão obrigatórios.

28 Ora, os Estados-Membros dispõem de um poder de apreciação certo na determinação das condições de aplicação dos motivos de exclusão facultativos previstos no artigo 57.°, n.° 4, da Diretiva 2014/24 (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12,

EU:C:2014:2063, n.° 36; de 28 de março de 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, n.° 45, e de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.° 34). Com efeito, em conformidade com o artigo 57.°, n.os 4 e 7, da Diretiva 2014/24, os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar os motivos de exclusão facultativos nela indicados ou de os integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que pode variar consoante os casos, em função de considerações de ordem jurídica, económica ou social que prevaleçam a nível nacional.

2 9 Nestas condições, impõe-se reformular a questão submetida e considerar que, com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 63.° da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o artigo 57.°, n.os 4, alínea h), e 6, desta diretiva, e à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante deve automaticamente excluir um proponente de um procedimento de adjudicação de um contrato público quando uma empresa auxiliar, a cujas capacidades pretende recorrer, forneceu uma declaração enganosa quanto à existência de condenações penais transitadas em julgado, sem poder impor ou, no mínimo, permitir, em tal hipótese, a esse proponente que substitua a referida entidade, contrariamente ao que está previsto nas restantes hipóteses em que as entidades cujas capacidades o proponente invoca não preenchem um critério pertinente de seleção ou em relação às quais existem motivos de exclusão obrigatórios.

30 A este respeito, recorde-se que o artigo 63.°, n.° 1, da Diretiva 2014/24 prevê o direito de um operador económico recorrer, para um determinado contrato, às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas, com vista a satisfazer tanto os critérios relativos à capacidade económica e financeira enunciados no artigo 58.°, n.° 3, desta diretiva como os critérios relativos às capacidades técnicas e profissionais, referidas no artigo 58.°, n.° 4, da referida diretiva (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.os 29 e 33; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.os 33, 35, 39, 49 e 51, e de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.° 25).

31 O operador económico que pretenda invocar esse direito deve, por força do artigo 59.°, n.° 1, segundo e terceiro parágrafos, da Diretiva 2014/24, lido à luz do seu considerando 84, terceiro parágrafo, transmitir à autoridade adjudicante, no momento da apresentação do seu pedido de participação ou da sua proposta, uma DUME através da qual este operador afirma que tanto ele próprio como as entidades a cujas capacidades pretende recorrer não se encontram numa das situações previstas no artigo 57.° desta diretiva, que deve ou pode levar à exclusão de um operador económico.

3 2 Cabe então, por força do artigo 63.°, n.° 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, à autoridade adjudicante verificar, por um lado, se, em conformidade com os artigos 59.° a 61.° desta diretiva, as entidades a cujas capacidades o operador económico pretende recorrer cumprem os critérios de seleção aplicáveis e, por outro, se existem motivos de exclusão, previstos no artigo 57.° desta diretiva, relativos

tanto a esse próprio operador económico como a essas entidades.

33 Nos termos do artigo 63.°, n.° 1, segundo parágrafo, terceiro período, da Diretiva 2014/24, a autoridade adjudicante pode exigir, ou o Estado-Membro a que pertence pode determinar que esta exija que o operador económico substitua a entidade a cujas capacidades pretende recorrer, mas contra a qual existam motivos de exclusão não obrigatórios. Resulta assim claramente da redação desta última frase que, embora os Estados-Membros possam prever que, em tal hipótese, a autoridade adjudicante é obrigada a impor essa substituição a esse operador económico, não podem, em contrapartida, privar essa autoridade adjudicante da sua faculdade de exigir, por sua própria iniciativa, essa substituição. Com efeito, os Estados-Membros dispõem somente da possibilidade de substituir essa faculdade por uma obrigação, para a autoridade adjudicante, de proceder a essa substituição.

3 4 Tal interpretação do artigo 63.°, n.° 1, segundo parágrafo, terceiro período, da Diretiva 2014/24 contribui, além disso, para assegurar o respeito do princípio da proporcionalidade pelas autoridades adjudicantes, em conformidade com o artigo 18.°, n.° 1, desta diretiva. Resulta, com efeito, deste princípio, que constitui um princípio geral do direito da União, que as regras estabelecidas pelos Estados-Membros ou pelas autoridades adjudicantes no âmbito da execução das disposições desta diretiva não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos pretendidos pela referida diretiva (v., neste sentido, Acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, n.° 48, e de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.° 45).

35 Ora, em primeiro lugar, o objetivo do artigo 57.° da Diretiva 2014/24, que é igualmente o prosseguido pelo seu artigo 63.°, é permitir à autoridade adjudicante assegurar-se da integridade e da fiabilidade de cada um dos proponentes e, logo, de que não há rutura do vínculo de confiança com o operador económico em causa (v., neste sentido, Acórdãos de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.° 29, e de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcestatísticos Montaj şi 93, C-267/18, EU:C:2019:826, n.° 26). É nesta perspetiva que o artigo 57.°, n.° 6, da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o considerando 102 desta, garante, por princípio, o direito de qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.os 1 e 4 desta disposição fornecer provas de que as medidas que tomou são suficientes para comprovar a sua fiabilidade não obstante a existência de um motivo de exclusão pertinente.

3 6 Nestas condições, mesmo antes de exigir a um proponente a substituição de uma entidade a cujas capacidades pretende recorrer pelo facto de se encontrar numa das situações referidas no artigo 57.°, n.os 1 e 4, da Diretiva 2014/24, o artigo 63.° desta diretiva pressupõe que a autoridade adjudicante permita a esse proponente e/ou a essa entidade apresentar-lhe as medidas corretivas que eventualmente adotou para sanar a irregularidade constatada e, assim, demonstrar que pode ser novamente considerada uma entidade fiável (v., neste sentido, Acórdão de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, n.° 37).

37 Só a título subsidiário, portanto, e se a entidade à qual é oposta uma causa de exclusão referida no artigo 57.°, n.os 1 e 4, da Diretiva 2014/24 não tiver adotado nenhuma medida corretiva, ou se as que adotou forem consideradas insuficientes pela autoridade adjudicante é que esta última pode ou, se o seu direito nacional a isso a obrigar, deve exigir ao proponente que proceda à substituição da referida entidade.

38 A este respeito, há que precisar que, em conformidade com o artigo 57.°, n.° 6, quarto parágrafo, da Diretiva 2014/24, um operador económico que tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou concessão não pode, na verdade, durante o período de exclusão fixado pela referida decisão nos Estados-Membros onde produz os seus efeitos, invocar as medidas corretivas que adotou na sequência da mesma e, logo, escapar à exclusão se essas provas forem julgadas suficientes. No entanto, quando uma decisão transitada em julgado exclui da participação em procedimentos de contratação pública ou concessão uma entidade a cujas capacidades o proponente pretende recorrer, este deve poder, nesse caso, ser autorizado pela autoridade adjudicante a proceder à substituição dessa entidade.

39 Em segundo lugar, a pertinência, à luz do princípio da proporcionalidade, da interpretação do artigo 63. °, n.° 1, segundo parágrafo, terceiro período, da Diretiva 2014/24 que figura no n.° 33 do presente acórdão resulta igualmente do considerando 101, terceiro parágrafo, desta diretiva, nos termos do qual, quando aplicam motivos facultativos de exclusão, as autoridades adjudicantes devem dar especial atenção a este princípio. Ora, esta atenção deve ser ainda maior quando a exclusão prevista pela regulamentação nacional atinge o proponente não por um incumprimento que lhe é imputável, mas por um incumprimento que foi cometido por uma entidade a cujas capacidades pretende recorrer e em relação à qual não dispõe de poder de controlo nenhum (v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.° 48).

40 O princípio da proporcionalidade impõe, com efeito, à autoridade adjudicante que proceda a uma apreciação concreta e individualizada da atitude da entidade em causa, com base em todos os elementos pertinentes (v., por analogia, Acórdãos de 13 de Dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, n.° 31, e de 3 de outubro de 2019, Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, n.° 29). A este título, a autoridade adjudicante deve ter em conta os meios que o proponente tinha à sua disposição para verificar a existência de um incumprimento por parte da entidade a cujas capacidades pretendia recorrer (v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.° 52).

41 No caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio, embora corroborasse a afirmação do ATE Del Debbio segundo a qual a condenação penal do dirigente da empresa auxiliar a cujas capacidades este quis recorrer não constava do certificado de registo criminal suscetível de ser consultado pelas entidades

privadas, pelo que a regulamentação italiana não permitia ao ATE Del Debbio ter conhecimento dessa condenação, não se pode acusá-lo de falta de diligência. Por conseguinte, em tais circunstâncias, seria contrário ao princípio da proporcionalidade, enunciado no artigo 18.°, n.° 1, da Diretiva 2014/24, impedir a substituição da entidade visada por uma causa de exclusão.

42 Importa ainda precisar que a autoridade adjudicante, quando é obrigada, pelo seu direito nacional, a exigir a um proponente que substitua uma entidade a cujas capacidades pretenda recorrer, deve assegurar, em conformidade com os princípios da transparência e da igualdade de tratamento enunciados no artigo 18.°, n.° 1, da Diretiva 2014/24, que a substituição da entidade em causa não conduza a uma alteração substancial da proposta desse proponente.

43 Com efeito, a obrigação da autoridade adjudicante de respeitar o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, que tem por objetivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre as empresas que participam num contrato público, e que faz parte da própria essência das regras da União relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, implica, nomeadamente, que os proponentes se devem encontrar em pé de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas como no momento em que estas são avaliadas pela referida autoridade adjudicante. O princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência opõem-se a qualquer negociação entre a autoridade adjudicante e um proponente no âmbito de um procedimento de adjudicação de contratos públicos, o que implica que, em princípio, uma proposta não pode ser alterada após ser apresentação, seja por iniciativa da autoridade adjudicante ou do proponente (v., neste sentido, Acórdão de 11 de maio de 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, n.os 25 e 27 e jurisprudência referida).

44 Daí resulta que, à semelhança de um pedido de esclarecimento de uma proposta, o pedido de uma autoridade adjudicante que exija a substituição de uma entidade a cujas capacidades um proponente pretenda recorrer não deve resultar na apresentação, por esta última, do que na realidade se afiguraria uma nova proposta, uma vez que modificaria substancialmente a proposta inicial (v., neste sentido, Acórdãos de 29 de março de 2012, SAG ELV Slovensko e o., C-599/10, EU:C:2012:191, n.° 40; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14,EU:C:2016:214, n.° 64, e de 11 de maio de 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, n.os 31 e 37).

45 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 63.° da Diretiva 2014/24, lido em conjugação com o artigo 57.°, n.° 4, alínea h), desta diretiva, e à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante deve automaticamente excluir um proponente de um procedimento de adjudicação de contrato público quando uma empresa auxiliar, a cujas capacidades pretende recorrer, forneceu uma declaração enganosa quanto à existência de condenações penais que transitadas em julgado, sem poder impor ou, no mínimo, permitir, em tal hipótese, a esse proponente que substitua a referida entidade.

Quanto às despesas

46 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Nona Secção) declara:

O artigo 63.° da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, lido em conjugação com o artigo 57.°, n.° 4, alínea h), desta diretiva, e à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional por força da qual a autoridade adjudicante deve automaticamente excluir um proponente de um procedimento de adjudicação de contrato público quando uma empresa auxiliar, a cujas capacidades pretende recorrer, forneceu uma declaração enganosa quanto à existência de condenações penais transitadas em julgado, sem poder impor ou, no mínimo, permitir, em tal hipótese, a esse proponente que substitua a referida entidade.

Assinaturas

* Língua do processo: italiano.

Fonte: https://curia.europa.eu