Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

3 de outubro de 2019*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Procedimento de contratação pública — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 57.º, n.º 4 — Motivos facultativos de exclusão — Exclusão de um operador económico da participação num procedimento de contratação pública — Rescisão de um contrato anterior devido à sua subcontratação parcial — Conceito de "deficiências significativas ou persistentes" — Alcance»

No processo C-267/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia), por Decisão de 2 de abril de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 17 de abril de 2018, no processo

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

contra

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

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

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: R. Șereș, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 27 de fevereiro de 2019,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, por I. G. Iacob, R. E. Cîrlig, I. Cojocaru, A. M. Abrudan e M. I. Macovei, avocați,

– em representação do Governo romeno, por C.-R. Canțăr, R. I. Hațieganu e L. Lițu, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

– em representação da Comissão Europeia, por A. Biolan, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: romeno.

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 8 de maio de 2019,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (a seguir «Delta») à Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (a seguir «CNAIR»), na sua qualidade de entidade adjudicante, a respeito da exclusão da Delta da participação num procedimento de adjudicação de contratos públicos.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2014/24

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

«(101) As autoridades adjudicantes deverão [...] 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 57.º desta diretiva, com a epígrafe «Motivos de exclusão», dispõe:

«[…]

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:

[…]

g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;

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.º; ou

[…]

5. As autoridades adjudicantes devem, 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 nos n.os 1 e 2.

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.º 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.º 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.º 1 e três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4.»

5 Nos termos do artigo 71.º da referida diretiva, relativo à «Subcontratação»:

«[…]

2. Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos.

[…]

5. No caso dos contratos de empreitada de obras e em relação a serviços a serem prestados nas instalações sob a supervisão direta da autoridade adjudicante, após a adjudicação do contrato e o mais tardar aquando do início da execução do contrato, a autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que lhe indique o nome, as coordenadas e os representantes legais dos seus subcontratantes que participam nas obras ou serviços em causa, na medida em que disso haja conhecimento nesse momento. A autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que no decurso do contrato lhe comunique todas as alterações a essas informações, bem como as necessárias informações a respeito de novos subcontratantes que posteriormente associe às obras ou serviços em causa.

Não obstante o primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem impor a obrigação de facultar as informações necessárias diretamente ao adjudicatário principal.

Sempre que necessário para efeitos da alínea b) do n.º 6 do presente artigo, as informações requeridas são acompanhadas das declarações sob compromisso de honra dos subcontratantes, conforme previsto no artigo 59.º As medidas de execução a adotar em conformidade com o n.º 8 do presente artigo podem prever que os subcontratantes apresentados após a adjudicação do contrato devem fornecer os certificados e outros documentos comprovativos em vez da declaração sob compromisso de honra.

O primeiro parágrafo não se aplica aos fornecedores.

As autoridades adjudicantes podem alargar ou podem ser solicitadas por um Estado-Membro a alargar as obrigações previstas no primeiro parágrafo, por exemplo:

a) Aos contratos de fornecimentos, aos contratos de prestação de serviços diferentes dos prestados nas instalações sob a supervisão direta da autoridade adjudicante ou aos fornecedores envolvidos em contratos de empreitada de obras ou em contratos de prestação serviços;

b) Aos subcontratantes dos subcontratantes do contratante principal ou a uma parte mais baixa da cadeia de subcontratação.

6. A fim de evitar o incumprimento das obrigações a que se refere o artigo 18.º, n.º 2, podem ser tomadas medidas adequadas, tais como:

a) Caso a legislação nacional de um Estado-Membro preveja um mecanismo de responsabilidade solidária entre os subcontratantes e o adjudicatário principal, o Estado-Membro em causa deve assegurar que as regras relevantes sejam aplicadas em conformidade com as condições estabelecidas no artigo 18.º, n.º 2;

b) As autoridades adjudicantes, de acordo com os artigos 59.º, 60.º e 61.º, podem verificar ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratantes por força do disposto no artigo 57.º Nesses casos, a autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos obrigatórios de exclusão. A autoridade adjudicante pode exigir ou ser solicitada por um Estado-Membro a exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos não obrigatórios de exclusão.

[…]»

Regulamento de Execução (UE) 2016/7

6 O Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro de 2016, que estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública (JO 2016, L 3, p. 16), contém um anexo 2, com o título «Formulário-tipo do documento europeu único de contratação pública (DEUCP)». Sob a epígrafe «Motivos de exclusão», a parte III deste anexo precisa as modalidades de aplicação do artigo 57.º da Diretiva 2014/24.

Direito romeno

7 O artigo 167.º, n.º 1, da Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Lei n.º 98/2016, Relativa aos Contratos Públicos), de 19 de maio de 2016 (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n.º 390, de 23 de maio de 2016), dispõe:

«1. A entidade adjudicante exclui do procedimento de adjudicação do contrato público/acordo-quadro qualquer operador económico que se encontre numa das seguintes situações:

[…]

g) O operador económico não ter cumprido de forma grave ou repetida as suas obrigações principais decorrentes de um contrato público, de um contrato público setorial ou de um contrato de concessão celebrados anteriormente e esse incumprimento ter determinado a rescisão antecipada do referido contrato, a condenação por danos ou outra sanção comparável;

h) O operador económico ter sido declarado culpado de prestar falsas declarações ao fornecer as informações exigidas pela entidade adjudicante para verificar a inexistência de motivos de exclusão ou o cumprimento dos critérios de qualificação e de seleção, não ter fornecido essas informações ou não se ter disponibilizado para fornecer os documentos comprovativos exigidos; […]

[…]

8. Nos termos do n.º 1, alínea g), consideram-se graves incumprimentos das obrigações contratuais, por exemplo, o incumprimento contratual, a entrega/o fornecimento/a execução de produtos/obras/serviços que apresentem desconformidades substanciais que os tornem inadequados aos fins previstos no contrato.»

8 O artigo 171.º desta lei prevê:

«1. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos artigos 164.º e 167.º que deem origem à exclusão do procedimento de adjudicação pode apresentar provas do facto de que as medidas por ele adotadas são suficientes para demonstrar em concreto a sua credibilidade, apesar dos motivos de exclusão.

2. Se a entidade adjudicante entender que as provas apresentadas pelo operador económico, nos termos das disposições do n.º 1, são suficientes para demonstrar em concreto a sua credibilidade, não exclui o operador económico do procedimento de contratação.

3. As provas que o operador económico que se encontra numa das situações previstas nos artigos 164.º e 167.º pode fornecer à entidade adjudicante, na aceção do n.º 1, devem ser relativas ao pagamento ou à assunção da obrigação de pagamento, por ele, de uma indemnização por quaisquer danos causados por uma infração ou outro ilícito, [ao] esclarecimento cabal, pelo operador económico, dos factos e circunstâncias, em colaboração ativa com as autoridades de investigação, e [à] adoção, pelo operador económico, de medidas concretas e adequadas de caráter técnico, organizativo e em matéria de pessoal, tais como [a] cessação das relações com as pessoas e as organizações envolvidas no comportamento irregular, [às] medidas de reorganização do pessoal, [à] execução dos sistemas de controlo e de relatório de verificação, [à] criação de uma estrutura de auditoria interna para verificar o cumprimento das disposições legais e das normas ou [à] adoção de regras internas sobre a responsabilidade e o pagamento de indemnizações, a fim de evitar a prática de novas infrações ou outros ilícitos. […]»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

9 Por Decisão de 3 de outubro de 2014, o Município de Râmincu Vâlcea (Roménia) (a seguir «Município») adjudicou um contrato de empreitada de obras de renovação e modernização de uma estrutura recreativa (a seguir «contrato n.º 1») a uma associação temporária de empresas, liderada pela Delta (a seguir «ATE n.º 1»).

10 Em 7 de junho de 2017, este Município rescindiu o referido contrato com o fundamento de que, sem a sua aprovação prévia, a ATE n.º 1 recorrera a um subcontratante.

11 Em 25 de julho de 2017, o referido Município publicou, na plataforma em linha denominada «sistema eletrónico de contratos públicos» (a seguir «plataforma SECP»), um ato de verificação (a seguir «ato de verificação») que indicava, por um lado, que esse contrato tinha sido rescindido devido a uma irregularidade cometida pela ATE n.º 1 e, por outro, que a referida rescisão lhe causara um prejuízo avaliado em 2 345 299,70 leus romenos (RON) (cerca de 521 000 euros).

12 Por anúncio de concurso de 27 de julho de 2017, a CNAIR lançou um concurso público para adjudicação de um contrato de empreitada de obras de alargamento de uma estrada nacional. Para o efeito, previa a celebração de um contrato-quadro no montante de 210 627 629 RON (cerca de 46 806 140 euros), por um período de 84 meses.

13 No âmbito deste procedimento, a associação temporária de empresas formada pela Delta, pela Aleandri SpA e pela Luca Way Srl (a seguir «ATE n.º 2») apresentou uma proposta.

14 Após ter consultado a plataforma SECP em relação a cada proponente, a comissão de avaliação da CNAIR tomou conhecimento do ato de verificação e pediu esclarecimentos a este respeito ao Município e à Delta.

15 Em resposta a este pedido de esclarecimentos, a Delta informou, por um lado, que, mesmo supondo que reflita a realidade, o referido ato de verificação não demonstra que ela tenha incumprido gravemente as suas obrigações contratuais em várias ocasiões e, por outro, que interpôs dois recursos nos tribunais romenos, que estão atualmente pendentes e que são dirigidos, respetivamente, contra esse ato de verificação e a decisão de rescisão do contrato n.º 1.

16 Por sua vez, o Município afirmou que a rescisão do contrato n.º 1 se justificava pelo facto de, durante a vigência do contrato, terem sido subcontratadas partes significativas das obras em causa, sem a sua aprovação prévia.

17 À luz das respostas obtidas, a comissão de avaliação da CNAIR concluiu que a Delta não tinha demonstrado que o ato de verificação tinha sido suspenso ou cancelado. Além disso, uma vez que a ATE n.º 2 declarou, no Documento Europeu Único de Contratação Pública, que não existia, a seu respeito, qualquer motivo de exclusão por falta profissional grave nem por situação que desse lugar a uma rescisão antecipada de um contrato público anterior, a uma condenação por danos ou a outras sanções comparáveis em relação ao contrato n.º 1, esta comissão considerou que a proposta apresentada por esta associação estava abrangida pelo disposto no artigo 167.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 98/2016. Por conseguinte, a CNAIR excluiu a proposta da ATE n.º 2, por Decisão de 18 de dezembro de 2017 (a seguir «decisão de exclusão»).

18 Desta forma, a Delta pediu à CNAIR que remediasse o alegado incumprimento da legislação relativa aos contratos públicos, revogando a decisão de exclusão e reapreciando a documentação e a proposta apresentadas pela ATE n.º 2.

19 Resulta da decisão de reenvio que este pedido não obteve resposta da parte da CNAIR.

20 Em 8 de janeiro de 2018, a Delta apresentou uma reclamação ao Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Conselho Nacional para a Resolução das Reclamações, Roménia; a seguir «CNRR»), que foi indeferida por Decisão de 2 de fevereiro de 2018. Nesta decisão, o CNRR considerou-se incompetente para analisar a legalidade do ato de verificação e declarar a existência de uma eventual irregularidade na execução do contrato n.º 1. No entanto, precisou que, na medida em que o ato de verificação não tinha sido anulado por uma decisão transitada em julgado, o mesmo beneficiava de uma presunção de legalidade suscetível de provar a gravidade do incumprimento das obrigações contratuais resultantes do contrato n.º 1. O CNRR salientou também que a entidade adjudicante não se tinha baseado apenas nesse ato de verificação para excluir a ATE n.º 2. Com efeito, efetuou diligências para apreciar os elementos que resultavam do referido ato de verificação e baseou-se nas observações das partes no processo principal. Por último, a ATE n.º 2 invocou apenas a ilegalidade do ato de verificação, sem apresentar provas que demonstrassem a sua credibilidade à luz dos motivos de exclusão, nos termos do artigo 171.º da Lei n.º 98/2016.

21 Com vista a obter a anulação da decisão adotada pelo CNRR em 2 de fevereiro de 2018, a Delta demandou a CNAIR na Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia), em 16 de fevereiro de 2018.

22 A Delta contesta o direito da CNAIR de a excluir do procedimento de adjudicação do contrato de empreitada de obras de alargamento de uma estrada nacional com base na decisão de rescisão referida no n.º 10 do presente acórdão. Com efeito, a rescisão do contrato n.º 1 com o fundamento de que uma parte da obra foi subcontratada sem o acordo prévio da entidade adjudicante constitui uma irregularidade menor e não uma violação de uma obrigação principal do contrato. Por conseguinte, essa irregularidade só pode levar à exclusão de um operador económico, em circunstâncias excecionais, nos termos do considerando 101 da Diretiva 2014/24. A este respeito, a Delta refere-se ao n.º 30 do Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), do qual resulta que o conceito de «falta grave» se refere a um comportamento do operador económico em causa, que denota uma intenção culposa ou uma negligência de uma certa gravidade da sua parte.

23 Tendo constatado que o Tribunal de Justiça não teve ainda oportunidade de interpretar o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Pode o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da [Diretiva 2014/24] ser interpretado no sentido de que a rescisão de um contrato público pelo motivo de ter sido subcontratada uma parte das obras sem autorização da entidade adjudicante constitui uma deficiência significativa ou persistente na execução de um requisito [essencial] de um anterior contrato público que leva à exclusão de um operador económico da participação num procedimento de contratação pública?»

Quanto à questão prejudicial

24 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que a subcontratação, por um operador económico, de uma parte das obras no âmbito de um contrato público anterior, decidida sem o consentimento da entidade adjudicante e que deu origem à rescisão do referido contrato, constitui uma deficiência significativa ou persistente verificada na execução de um requisito essencial desse contrato público, na aceção dessa disposição, e justifica a exclusão desse operador económico da participação num procedimento de contratação pública ulterior.

25 Conforme resulta da redação do artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, o legislador da União entendeu atribuir à entidade adjudicante, e só a esta, na fase da seleção dos proponentes, a tarefa de apreciar se um candidato ou um proponente deve ser excluído de um procedimento de contratação pública (Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.º 34).

26 Esta possibilidade de a entidade adjudicante excluir um proponente de um procedimento de contratação destina-se sobretudo a permitir-lhe apreciar a idoneidade e a fiabilidade de cada um dos proponentes. Em especial, o motivo facultativo de exclusão referido no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, conjugado com o considerando 101 desta diretiva, funda-se num elemento essencial da relação entre o adjudicatário do contrato e a entidade adjudicante, a saber, a fiabilidade do primeiro, na qual assenta a confiança que a segunda deposita naquele (v., neste sentido, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.ºs 29 e 30).

27 O estabelecimento de uma relação de confiança entre a entidade adjudicante e o adjudicatário pressupõe, assim, que esta entidade adjudicante não esteja automaticamente vinculada pela apreciação feita por outra entidade adjudicante, no âmbito de um contrato público anterior, para poder, nomeadamente, prestar especial atenção ao princípio da proporcionalidade no momento de aplicar os

motivos facultativos de exclusão (v., neste sentido, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.os 30 e 32). Com efeito, este princípio exige que seja a própria entidade adjudicante a analisar e apreciar os factos. A este respeito, como salientou o advogado-geral no n.º 32 das suas conclusões, resulta da redação do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 que a irregularidade cometida pelo proponente deve ter sido suficientemente grave para justificar a rescisão do contrato à luz do princípio da proporcionalidade.

28 Daqui resulta que uma entidade adjudicante não pode automaticamente deduzir da decisão de outra entidade adjudicante de rescindir um contrato público anterior, com o fundamento de que o adjudicatário subcontratou uma parte das obras sem a sua aprovação prévia, que foram cometidas deficiências significativas ou persistentes por este adjudicatário, na aceção do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, relativamente à execução de um requisito essencial desse contrato público.

29 Com efeito, cabe à entidade adjudicante proceder à sua própria avaliação do comportamento do operador económico afetado pela rescisão de um contrato público anterior. A este respeito, deve analisar, com diligência e imparcialidade, com base em todos os elementos pertinentes, nomeadamente a decisão de rescisão, e à luz do princípio da proporcionalidade, se esse operador é, na sua opinião, responsável pelas deficiências significativas ou persistentes cometidas na execução de um requisito essencial que lhe incumbia respeitar no âmbito desse contrato, sendo essas deficiências suscetíveis de provocar a rutura da relação de confiança com o operador económico em causa.

30 Nas circunstâncias do litígio no processo principal, a CNAIR deve, designadamente, determinar se, na sua opinião, o recurso da ATE n.º 1 a um subcontratante, sem ter solicitado previamente a aprovação do Município, constituía uma deficiência significativa e, em caso afirmativo, se essa deficiência afetava a execução de um requisito essencial que incumbe ao adjudicatário no âmbito do contrato n.º 1.

31 Para este efeito, a CNAIR deve avaliar a importância da parte do contrato n.º 1 que foi subcontratada e determinar, como salientou o advogado-geral no n.º 45 das suas conclusões, se a intervenção do subcontratante afetou negativamente a execução desse contrato.

32 Deve igualmente analisar se o contrato relativo a esse concurso incluía uma obrigação de execução pessoal, pelo próprio adjudicatário, ou se subordinava o recurso a um subcontratante à aprovação prévia do Município, sendo essas exigências compatíveis com o artigo 71.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24, como salientou, em substância, o advogado-geral no n.º 39 das suas conclusões. Com efeito, decorre desta disposição que, «[n]os documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos». Como salientou o advogado-geral no n.º 38 das suas conclusões, a entidade adjudicante só pode avaliar se o subcontratante é fiável através dessa informação. O pedido de aprovação prévia da entidade adjudicante destina-se, em especial, a permitir-lhe certificar-se de que não há motivo para excluir o subcontratante ao qual o adjudicatário pretende recorrer.

33 Além disso, a CNAIR deve questionar-se sobre se o recurso a um subcontratante não é suscetível de constituir uma alteração substancial da proposta apresentada pelo adjudicatário (v., por analogia, Acórdão de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 39), no sentido de que introduz condições que, caso tivessem sido previstas no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido selecionar uma proposta diferente da inicialmente selecionada (Acórdãos de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 38, e de 19 de junho de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, n.º 35).

34 Além disso, cabe à CNAIR verificar se, ao não informá-la da rescisão do contrato n.º 1, a ATE n.º 2 adotou um dos comportamentos referidos no artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24. Com efeito, como salientou, em substância, o advogado-geral no n.º 53 das suas conclusões, esta disposição abrange quer um comportamento ativo, como uma falsificação, quer uma omissão, uma vez que a comunicação de informações falsas é, tal como a dissimulação de informações verdadeiras, suscetível de afetar a decisão tomada pela entidade adjudicante.

35 Esta interpretação é, aliás, confirmada pelo artigo 57.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, nos termos do qual, «[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.º 4».

36 No caso em apreço, uma vez que a rescisão do contrato n.º 1 tinha sido formalmente declarada, cabia à ATE n.º 2, em conformidade com as exigências de transparência e lealdade, informar a entidade adjudicante da sua situação. Assim, devia ter prestado logo todas as informações suscetíveis de demonstrar que a qualificação de subcontratação era incorreta, de modo que não tinha incumprido as suas obrigações no âmbito do contrato n.º 1, ou, ainda, que a falta de aprovação da entidade adjudicante no âmbito do contrato público anterior constituía apenas uma irregularidade menor. Essas especificações podiam, em particular, ter sido referidas no formulário-tipo para o Documento Europeu Único de Contratação Pública, anexo ao Regulamento de Execução 2016/7. Com efeito, a parte III desse formulário, que trata dos «Motivos de exclusão», inclui um ponto C, relativo aos «Motivos relacionados com a insolvência, conflitos de interesses ou uma falta profissional». Ora, no âmbito deste ponto C, os candidatos devem, nomeadamente, responder à questão de saber se são culpados de uma falta profissional grave, sendo convidados, em caso afirmativo, a prestar esclarecimentos.

37 Por último, se concluir que as condições previstas no artigo 57.º, n.º 4, alíneas g) ou h), da Diretiva 2014/24 estão preenchidas, a entidade adjudicante deve, para cumprir as exigências do artigo 57.º, n.º 6, desta diretiva, lido em conjugação com o considerando 102 da mesma, permitir ao operador económico em causa apresentar provas que demonstrem que as medidas corretivas por ele tomadas são suficientes para evitar a repetição da irregularidade que deu origem à rescisão do contrato público anterior e que, por conseguinte, são suscetíveis de demonstrar a sua fiabilidade, apesar da existência de um motivo facultativo de exclusão pertinente.

38 Nestas condições, há que responder à questão submetida que o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que a subcontratação, por um operador económico, de uma parte das obras no âmbito de um contrato público anterior, decidida sem o consentimento da entidade adjudicante e que deu lugar à rescisão do referido contrato, constitui uma deficiência significativa ou persistente verificada na execução de um requisito essencial desse contrato, na aceção dessa disposição, e é, portanto, suscetível de justificar a exclusão desse operador económico da participação num procedimento de contratação pública ulterior se, após ter efetuado a sua própria avaliação da idoneidade e da fiabilidade do operador económico afetado pela rescisão do contrato público anterior, a entidade adjudicante que organiza esse procedimento de contratação pública ulterior considerar que essa subcontratação implica a rutura da relação de confiança com o operador económico em causa. Antes de decidir dessa exclusão, a entidade adjudicante deve, no entanto, nos termos do artigo 57.º, n.º 6, desta diretiva, conjugado com o considerando 102 da mesma diretiva, permitir a esse operador económico apresentar as medidas corretivas que adotou na sequência da rescisão do contrato público anterior.

Quanto às despesas

39 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 (Quarta Secção) declara:

O artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, deve ser interpretado no sentido de que a subcontratação, por um operador económico, de uma parte das obras no âmbito de um contrato público anterior, decidida sem o consentimento da entidade adjudicante e que deu lugar à rescisão do referido contrato, constitui uma deficiência significativa ou persistente verificada na execução de um requisito essencial desse contrato, na aceção dessa disposição, e é, portanto, suscetível de justificar a exclusão desse operador económico da participação num procedimento de contratação pública ulterior se, após ter efetuado a sua própria avaliação da idoneidade e da fiabilidade do operador económico afetado pela rescisão do contrato público anterior, a entidade adjudicante que organiza esse procedimento de contratação pública ulterior considerar que essa subcontratação implica a rutura da relação de confiança com o operador económico em causa. Antes de decidir dessa exclusão, a entidade adjudicante deve, no entanto, nos termos do artigo 57.º, n.º 6, desta diretiva, conjugado com o considerando 102 da mesma diretiva, permitir a esse operador económico apresentar as medidas corretivas que adotou na sequência da rescisão do contrato público anterior.

Assinaturas