Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 21 de janeiro de 2016[1]

Processo C-27/15

Pippo Pizzo e o.
contra
CRGT srl

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de Justiça Administrativa para a Região da Sicília, Itália)]

«Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Participação num concurso — Possibilidade de recorrer às capacidades de outras empresas para preencher os requisitos necessários — Falta de pagamento de uma contribuição não expressamente prevista — Exclusão do proponente»

1. O presente reenvio prejudicial dá ao Tribunal de Justiça uma nova oportunidade para consolidar a sua jurisprudência relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos, em especial, sobre a Diretiva 2004/18/CE[2].

2. Por um lado, coloca-se novamente a questão de saber se um proponente pode recorrer às capacidades de terceiros para cumprir os requisitos de participação no processo de adjudicação, problema relativamente simples de resolver à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

3. Por outro lado, e este problema é mais complexo, o órgão jurisdicional de reenvio questiona sobre a possibilidade de determinados requisitos de admissibilidade ao concurso não constarem expressamente do anúncio de concurso nem do caderno de encargos, mas serem deduzidos de normas nacionais de alcance geral.

4. No que respeita a este segundo problema, proponho ao Tribunal de Justiça uma leitura matizada da sua jurisprudência relativa à necessidade de a documentação do concurso incluir expressamente todos os requisitos de participação. Fá-lo-ei apoiando-me na lógica que considero inerente ao conceito de «proponente razoavelmente informado e normalmente diligente» como critério determinante do espírito daquela jurisprudência.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).

I – **Quadro legal**

A – *Direito da União*

1. Diretiva 2004/18

5. O artigo 2.º da Diretiva 2004/18 dispõe que «[a]s entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente».

6. O artigo 47.º da diretiva refere:

«1. A prova da capacidade económica e financeira do operador económico pode ser feita, regra geral, por um ou mais dos elementos de referência seguintes:

a) Declarações bancárias adequadas ou, se necessário, prova de que se encontra seguro contra riscos profissionais;

b) Balanços ou extratos de balanços, sempre que a publicação de balanços seja exigida pela legislação do país onde o operador económico estiver estabelecido;

c) Uma declaração relativa ao volume de negócios global e, eventualmente, ao volume de negócios no domínio de atividades objeto do contrato […].

2. 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. Deverá nesse caso provar à entidade adjudicante que disporá efetivamente dos meios necessários, por exemplo, através da apresentação do compromisso de tais entidades nesse sentido.

[…]»

7. Segundo o artigo 48.º da Diretiva 2004/18:

«1. A capacidade técnica e/ou profissional dos operadores económicos será avaliada e verificada de acordo com os n.os 2 e 3.

[…]

3. 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. Deverá nesse caso provar à entidade adjudicante que, para a realização do contrato, disporá dos meios necessários, por exemplo, através do compromisso de tais entidades de colocar os meios necessários à sua disposição.

[…]»

2. Diretiva 2014/24/UE [3]

8. Nos termos do artigo 63.º da Diretiva 2014/24:

«1. No que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira […] e aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional […], 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. […] Quando pretenda recorrer às capacidades de outras entidades, o operador económico deve provar à entidade adjudicante que irá dispor dos recursos necessários, por exemplo através da apresentação de uma declaração de compromisso dessas entidades para o efeito.

[…]

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.

[…]

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 possam exigir que determinadas tarefas críticas sejam executadas diretamente pelo próprio proponente ou, se a proposta for apresentada por um agrupamento de operadores económicos na aceção do artigo 19.º, n.º 2, por um participante no agrupamento.»

B – *Direito nacional*

1. Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006 [4]

9. O artigo 49.º do Decreto Legislativo n.º 163 prevê:

«1. Quer se apresente sozinho ou faça parte de um consórcio ou de um agrupamento na aceção do artigo 34.º, o proponente de um concurso público específico de obras, fornecimentos ou serviços, pode satisfazer a exigência relativa aos critérios de natureza económica, financeira, técnica, organizacional, ou seja, obter a certificação [...] SOA, recorrendo às capacidades de outra pessoa ou ao certificado SOA de outra pessoa.

[...]

6. Para as obras, o proponente só pode recorrer às capacidades de uma única empresa auxiliar para cada uma das categorias de qualificação. O anúncio de concurso pode autorizar o recurso a várias empresas auxiliares em função do montante do contrato ou da especificidade das prestações [...]»

3 — Diretiva 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 L 94, p. 65).

4 — Código dos contratos públicos de obras, de serviços e de fornecimentos em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (suplemento ordinário n.º 107 do GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006), conforme alterado pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de setembro de 2008 (suplemento ordinário n.º 227 do GURI n.º 231, de 2 de outubro de 2008; a seguir «Decreto Legislativo n.º 163/2006»).

2. Lei n.º 266, de 23 de dezembro de 2005 [5]

10. Nos termos do artigo 1.º, n.º 67, primeiro parágrafo, da Lei n.º 266, «[a] autoridade de supervisão dos contratos públicos […] determina anualmente o montante das contribuições que deverão ser pagas pelas entidades, públicas e privadas, submetidas à sua supervisão, bem como as respetivas modalidades de cobrança, incluindo a obrigação de pagamento da contribuição pelos operadores económicos como requisito de admissibilidade das propostas no âmbito dos procedimentos para a execução de obras públicas».

II – **Factos**

11. Em novembro de 2012, a Autorità portuale de Messina (Autoridade Portuária de Messina, Itália) lançou um concurso aberto, de âmbito europeu, para a adjudicação do serviço quadrienal de gestão dos desperdícios e resíduos dos navios que fazem escala na sua circunscrição territorial. O serviço tinha sido gerido anteriormente pela empresa CRGT srl (a seguir «CRGT»).

12. O serviço foi adjudicado à associação temporária de empresas Pippo Pizzo e Onofaro Antonino (a seguir «Pizzo»), depois de se verificar que as outras sociedades concorrentes, nomeadamente a CRGT, não tinham pago à Autoridade de supervisão dos contratos públicos (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici) (a seguir «AVCP») a contribuição prevista na Lei n.º 266/2005 como requisito de admissibilidade das suas propostas, pelo que foram excluídas do concurso.

13. A CRGT interpôs recurso contra a sua exclusão para o Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sezione IV (Tribunal Administrativo Regional da Sicília (Secção de Catânia, IV Secção). A Pizzo interpôs um recurso subordinado alegando que a CRGT também devia ter sido excluída do concurso por ter apresentado apenas uma das declarações bancárias exigidas no anúncio de concurso para provar a sua capacidade económica e financeira.

14. O tribunal de primeira instância deu provimento ao recurso da CRGT por considerar improcedente a sua exclusão do concurso, tendo em conta que: a) o pagamento da contribuição referida na Lei n.º 266/2005 não se encontrava previsto nos documentos do concurso; b) essa contribuição diz expressamente respeito às obras públicas e não aos contratos de serviços, e c) a aplicação dessa contribuição aos contratos de serviços só é possível através de uma interpretação extensiva da Lei n.º 266/2005 que, por força do princípio da exaustividade das causas de exclusão, não pode prejudicar os proponentes que, sem culpa, entenderam que a contribuição controvertida não era exigível no caso concreto.

15. Além disso, o tribunal de primeira instância negou provimento ao recurso subordinado da Pizzo, declarando que a CRGT podia recorrer, como efetivamente fez, à capacidade económica e financeira de uma empresa auxiliar com a qual tinha celebrado um contrato para esse efeito.

16. A Pizzo interpôs recurso da sentença do tribunal de primeira instância no Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, que a CRGT contestou invocando novamente outros fundamentos já apresentados no seu primeiro recurso que não são pertinentes neste processo.

17. Nestas circunstâncias, o Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana decidiu submeter o pedido de decisão prejudicial.

5 — Lei do Orçamento para 2006 (Legge finanziaria 2006; suplemento ordinário n.º 211 do GURI, n.º 302, de 29 de dezembro de 2005; a seguir «Lei n.º 266/2005»).

III – **Questão prejudicial**

18. O dispositivo do pedido de decisão prejudicial, registado no Tribunal de Justiça em 22 de janeiro de 2015, é o seguinte:

«1) Devem os artigos 47.° e 48.° da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a legislação italiana anteriormente descrita, que permite recorrer parcialmente a capacidades de outras empresas, nos termos supramencionados, no âmbito dos serviços?

2) Os princípios do direito da União Europeia, designadamente da proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da proporcionalidade, opõem-se ou não a uma norma do ordenamento de um Estado-Membro que permite excluir de um procedimento de concurso público uma empresa que não tenha cumprido, por não estar expressamente indicado nos documentos do concurso, uma obrigação — cujo incumprimento é punido com a exclusão — de efetuar o pagamento de uma quantia para efeitos de participação no referido procedimento, apesar da existência dessa obrigação não se deduzir claramente do teor literal da lei vigente no Estado-Membro, mas, não obstante, poder ser reconstituída na sequência de uma dupla operação jurídica, que consiste, primeiro, na interpretação extensiva de algumas disposições do ordenamento do mesmo Estado-Membro e, em seguida, na integração —em conformidade com os resultados dessa interpretação extensiva — do conteúdo normativo dos documentos do concurso?»

19. No que respeita à primeira questão, o tribunal de reenvio considera, que a Diretiva 2014/24 poderia ter limitado a possibilidade de recorrer às capacidades de um terceiro para cumprir os requisitos do concurso.

20. Quanto à segunda questão, o Consiglio di Giustizia também se interroga sobre se os princípios de proteção da confiança legítima, da proporcionalidade, da segurança jurídica e de *favor participationis* não deveriam determinar a concessão à empresa em causa de um breve prazo para sanar o incumprimento da obrigação de pagamento.

IV – **Tramitação do processo no Tribunal de Justiça. Alegações das partes**

21. O Governo italiano e a Comissão intervieram no processo, tendo apresentado alegações escritas.

A – *Quanto à primeira questão*

22. Relativamente à primeira das questões formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Governo italiano alega que a sua admissibilidade é duvidosa, na medida em que aquele não descreveu as «hipóteses factuais» em que se baseia e, por conseguinte, não forneceu ao Tribunal de Justiça nem às partes os instrumentos necessários para adotarem uma posição sobre o problema suscitado.

23. Para o Governo italiano, a referência à Diretiva 2014/24 é inadequada, dada a sua inaplicabilidade ao caso e tendo em conta que o prazo fixado para a respetiva transposição ainda não expirou. Em todo o caso, na sua opinião, a referida diretiva não é menos favorável à possibilidade de recurso às capacidades de terceiros que a Diretiva 2004/18.

24. Quanto ao mérito, o Governo italiano entende que o problema pode ser decidido à luz dos princípios contidos no acórdão Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino [6], respeitante a uma situação de facto cujas diferenças em relação à abordada no processo *a quo* não são juridicamente relevantes.

25. Por conseguinte, o Governo italiano considera que não existe nenhuma incompatibilidade entre a Diretiva 2004/18 e as regras de direito interno contidas no artigo 49.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006.

26. A Comissão concorda com o entendimento do Governo italiano de que a resposta à primeira questão se infere da doutrina estabelecida no acórdão Swm Costruzioni, já referido. O Tribunal de Justiça admitiu que um operador económico pode recorrer, para além das suas, às capacidades de um ou vários terceiros, com a finalidade de preencher os requisitos mínimos exigidos e que o próprio não preenche inteiramente.

27. Relativamente à Diretiva 2014/24, a Comissão salienta, também em concordância com o Governo italiano, que a mesma não é aplicável *ratione temporis* a este caso.

28. Em consequência, a Comissão alega que os artigos 47.° e 48.° da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma disposição nacional como a invocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

B – *Quanto à segunda questão*

29. Quanto à segunda questão, o Governo italiano não considera que tenha sido violado nenhum dos princípios enunciados no despacho de reenvio. Salienta que o artigo 46.º, n.º 1-A, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 reconhece como causas de exclusão, além das previstas no mesmo Decreto Legislativo e no anúncio de concurso, as previstas «por outras disposições legais em vigor». Por conseguinte, na sua opinião, o facto de a *lex specialis* não referir como causa de exclusão a falta de pagamento da contribuição à AVCP não é uma circunstância justificativa do incumprimento da proponente. Esta deve conhecer todas as regras constitutivas do conjunto das causas de exclusão obrigatórias e que, justamente, vão colmatar as eventuais lacunas do anúncio de concurso quanto a esse aspeto.

30. O Governo italiano considera também que os proponentes não podem suprir as lacunas das suas propostas uma vez expirado o prazo para a sua apresentação, apenas podendo ser corrigidas ou completadas pontualmente na aceção do acórdão proferido no processo Manova [7]. A entidade adjudicante pode aceitar que os proponentes corrijam algumas deficiências no que respeita aos requisitos subjetivos de participação mas não que regularizem a falta de pagamento de uma contribuição. De outra forma, permitir-se-ia o cumprimento extemporâneo de um requisito de admissibilidade não cumprido no momento devido, em detrimento dos princípios da igualdade de tratamento, da imparcialidade e da transparência.

31. Para o Governo italiano, o proponente só pode ser autorizado a demonstrar que satisfaz efetivamente o correspondente requisito, se se tratar de um incumprimento meramente formal (pagamento efetuado de forma diferente da legalmente exigida ou falta de prova de que foi efetuado na data e pela forma devidas).

6 — Acórdão C-94/12 (EU:C:2013:646; a seguir «acórdão Swm Costruzioni»).

7 — Acórdão C-336/12 (EU:C:2013:647, n.º 32).

32. Consequentemente, o Governo italiano propõe que se responda à segunda questão que os princípios invocados pelo órgão jurisdicional de reenvio não se opõem a uma legislação nacional que permite excluir o proponente que não cumpriu uma obrigação que, apesar de não estar expressamente prevista na lei para o tipo de contrato público em análise, possa ser deduzida da interpretação de determinadas disposições legais efetuada reiteradamente pela administração do Estado em causa.

33. Por seu lado, a Comissão considera que a segunda questão diz respeito especificamente à interpretação do princípio da igualdade de tratamento e do dever de transparência. Em seu entender, os referidos princípios exigem que a entidade adjudicante indique claramente os requisitos do concurso, de forma a puderem ser do conhecimento de um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente. Além disso, a Comissão refere que a Diretiva 2004/18 exige que as causas de exclusão figurem no anúncio de concurso.

34. Segundo a Comissão, estas exigências não estão cumpridas quando uma obrigação cujo incumprimento é punido com a exclusão (no caso dos autos, o pagamento de uma contribuição a uma autoridade administrativa) não se encontra expressamente prevista nos documentos do concurso nem resulta do direito positivo nacional, mas apenas pode ser inferida de uma interpretação extensiva desse direito que permita colmatar a lacuna que, de outro modo, aqueles documentos apresentariam. Na opinião da Comissão, esta situação é especialmente prejudicial não só para os operadores económicos nacionais mas também para os estabelecidos noutros Estados-Membros, que correm assim o risco de se encontrarem numa posição desfavorável.

35. Além disso, a Comissão considera que os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que a entidade adjudicante permita que o operador económico cumpra, num prazo por ela fixado, a obrigação de pagamento controvertida.

V – **Apreciação**

A – *Primeira questão*

36. Embora o Governo italiano considere duvidosa a admissibilidade da questão, não chega a propor a respetiva inadmissibilidade. Com efeito, não existem razões para rejeitar *a limine* a dúvida do Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana sobre a compatibilidade entre os artigos 47.° e 48.° da Diretiva 2004/18 e a legislação nacional que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público de serviços, permite a um operador económico recorrer parcialmente a capacidades de outrem para satisfazer os critérios de participação no processo de adjudicação.

37. No entanto, concordo com o Governo italiano e com a Comissão quanto à aplicação ao caso dos autos da jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão Smw Costruzioni, uma vez que os dois processos são substancialmente idênticos no que respeita aos aspetos jurídicos abordados.

38. No acórdão Smw Costruzzioni, o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 47.°, n.º 2, e 48.°, n.º 3, da Diretiva 2004/18 «não proíbem, em princípio, os candidatos ou os proponentes de recorrerem às capacidades de várias entidades terceiras para provar que respeitarão um nível mínimo de capacidade. *A fortiori*, as referidas disposições não contêm nenhuma proibição de princípio quanto ao recurso, por parte de um candidato ou de um proponente, às capacidades de uma ou de várias entidades terceiras para além das suas próprias capacidades, por forma a preencher os critérios fixados por uma entidade adjudicante.» [8]

8 — Acórdão C-94/12 (EU:C:2013:646, n.º 30).

39. Para o Tribunal de Justiça, essa possibilidade não é incondicional, mas está condicionada a que «seja feita prova junto [da entidade adjudicante] de que o candidato ou o proponente que recorre às capacidades de uma ou de várias entidades disporá efetivamente dos meios destas últimas, que são necessários para a execução do contrato.» [9]

40. É certo que o Tribunal de Justiça não exclui que «algumas obras revestem particularidades que necessitam de uma determinada capacidade não suscetível de ser obtida através da soma de capacidades inferiores de vários operadores» [10], situação em que se pode «exigir que o nível mínimo da capacidade em causa seja alcançado por um único operador económico ou, sendo caso disso, pelo recurso a um número limitado de operadores económicos, nos termos do artigo 44.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18, desde que esta exigência tenha uma ligação e seja proporcionada ao objeto do contrato em causa.» [11] Contudo, considera que «esta hipótese constitui uma situação excecional» [12] e declara, consequentemente, que «a Diretiva 2004/18 [se opõe] a que o direito nacional transforme a referida exigência numa regra geral, como faz uma disposição como a do artigo 49.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 163/2006.» [13]

41. Em face do anteriormente exposto, a questão submetida pelo Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana pode ser respondida nos mesmos termos em que o Tribunal de Justiça se pronunciou no acórdão Smw Costruzioni. Além disso, saliente-se, à semelhança da Comissão [14], que neste processo não se verifica a situação excecional que, de acordo com o n.º 35 daquele acórdão, permite «exigir que o nível mínimo da capacidade em causa seja alcançado por um único operador económico», uma vez que a capacidade controvertida é de natureza puramente económica.

42. O tribunal de reenvio argumenta que, além do que se possa inferir da Diretiva 2004/18, a Diretiva 2014/24 poderia ter imposto limites mais estritos à possibilidade de recorrer às capacidades de terceiros para satisfazer os critérios do concurso. Por seu lado, tanto o Governo italiano como a Comissão concordam que esta última diretiva não é aplicável à situação controvertida. Partilho plenamente desta apreciação.

43. O próprio órgão judicial de reenvio admite que ainda não expirou o prazo para a transposição da Diretiva 2014/24, motivo suficiente para excluir a sua aplicabilidade neste caso, mas invoca «a obrigação, que recai sobre os tribunais nacionais, de selecionar e preferir, entre todas as possíveis interpretações do direito interno, unicamente aquelas que sejam conformes às normas do direito da União Europeia a transpor» [15].

44. A jurisprudência do Tribunal de Justiça impõe aos Estados-Membros a obrigação de «[se absterem], durante esse prazo [de transposição], de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa diretiva» [16], mas não chega ao extremo de obrigar o juiz nacional a interpretar o seu próprio direito interno de modo inteiramente conforme a uma diretiva cujo prazo de transposição ainda não expirou.

45. Acresce que é discutível a opinião do Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, no sentido de que a Diretiva 2014/24 é mais restritiva que a Diretiva 2004/18 quanto à possibilidade de recorrer às capacidades de terceiros; tema sobre o qual não creio serem necessárias quaisquer outras considerações quanto ao mérito, dada a sua irrelevância para o litígio.

9 — Acórdão C-94/12 (EU:C:2013:646, n.º 33).

10 — Acórdão C-94/12 (EU:C:2013:646, n.º 35).

11 — *Ibidem.*

12 — Acórdão C-94/12 (EU:C:2013:646, n.º 36).

13 — *Ibidem.*

14 — N.º 30 das suas observações.

15 — Ponto C1 do despacho de reenvio.

16 — Acórdão Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, n.º 45).

46. Em consequência, entendo que os artigos 47.° e 48.° da Diretiva 2004/18 não se opõem a uma legislação nacional que, nas circunstâncias do caso em análise no processo principal, admite recorrer parcialmente às capacidades de outras empresas para satisfazer os critérios de seleção.

B – *Segunda questão*

47. A segunda questão do tribunal de reenvio afigura-se mais delicada. A divergência entre as posições defendidas pelo Governo italiano e pela Comissão ilustra a sua complexidade. Enquanto o primeiro defende que o operador excluído não podia ignorar a exigibilidade do requisito controvertido (o pagamento prévio da contribuição à AVCP), a segunda considera que esse requisito só poderia ser exigido caso constasse expressamente dos documentos do concurso ou decorresse claramente do direito positivo em vigor.

48. Na realidade, em meu entender, as duas posições estão mais próximas do que se poderia supor. Assim, o Governo italiano teve em consideração o critério da exigibilidade do conhecimento do requisito controvertido, enquanto a Comissão se centrou no da respetiva publicidade. Em suma, são duas perspetivas complementares, uma vez que a publicidade do requisito permite o seu conhecimento e este só é possível (e exigível) se aquele tiver sido devidamente publicitado.

49. A jurisprudência do Tribunal de Justiça insistiu na necessidade de que «todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa» [17].

50. O dever de uma publicidade «clara, precisa e unívoca» é exigido, em primeiro lugar, pelo princípio da igualdade de tratamento que «impõe que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica portanto que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes» [18]; e, em segundo lugar, pelo princípio da transparência, cuja finalidade é «garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante» [19]. Estes princípios da igualdade de tratamento e da atuação transparente correspondem aos «princípios de adjudicação dos contratos» referidos no artigo 2.° da Diretiva 2004/18, que devem ser respeitados pelas entidades adjudicantes.

51. Por conseguinte, não há dúvida de que devem ser dadas aos proponentes as condições de conhecer os requisitos do concurso, o que responde a exigências elementares de igualdade e transparência. No entanto, mais discutível é a questão de saber até que ponto devem constar expressamente no anúncio de concurso ou no caderno de encargos *todos* os requisitos de admissibilidade ao concurso, ou, pelo contrário, se determinados requisitos, de ordem geral, podem considerar-se conhecidos mesmo que não constem expressamente daqueles documentos.

52. Na minha opinião, tendo em conta a finalidade prosseguida com a obrigação de publicidade dos requisitos, que mais não é do que a garantia da compreensão do seu conteúdo e alcance por «todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes», não seria lógico que as entidades adjudicantes também estivessem obrigadas a especificar os requisitos cujo cumprimento é imposto por disposições legais de alcance geral que um proponente «razoavelmente informado e

17 — Acórdão Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, n.° 44), que faz referência ao acórdão proferido no processo Comissão/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, n.os 108 a 111).

18 — *Ibidem.*

19 — *Ibidem.*

normalmente diligente» não pode ignorar. Refiro-me, por exemplo, aos requisitos essenciais que, no domínio do direito civil e comercial, dizem respeito à capacidade jurídica das pessoas e das sociedades e que nenhum operador económico pode desconhecer nem exigir que constem expressa e detalhadamente dos documentos do concurso público.

53. É certo que podem surgir dúvidas relativamente a outros requisitos menos «evidentes» ou, caso se prefira, menos «lógicos» ou «naturais», mas cujo desconhecimento por parte de um proponente minimamente diligente e informado não seria desculpável. E é precisamente a diligência e a informação razoavelmente exigíveis a um proponente que configuram, em meu entender, o critério determinante para a cabal compreensão do espírito subjacente ao artigo 2.º da Diretiva 2004/18 e para a interpretação dos princípios da igualdade e da transparência feita, neste contexto, pelo Tribunal de Justiça [20].

54. O Governo italiano defendeu nas suas observações escritas [21] que o artigo 46.º, n.º 1-A, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 estabelece como cláusulas de exclusão, além das previstas no próprio Decreto Legislativo e no anúncio de concurso, as impostas «por outras disposições legais em vigor». Entre essas «outras disposições legais» estão as que dizem respeito às obrigações fiscais comuns a quaisquer proponentes, cujo pagamento devem cumprir, sob pena de exclusão do concurso.

55. O artigo 27.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18 não exige, especificamente, que os cadernos de encargos discriminem todas «as obrigações relativas à fiscalidade, à proteção do ambiente e às disposições em matéria de proteção e condições de trabalho em vigor no Estado-Membro». Os proponentes ou candidatos não deixam de estar sujeitos às referidas obrigações, de cujo incumprimento pode eventualmente decorrer a respetiva exclusão, pelo facto de não figurarem expressamente nos documentos do concurso.

56. Cabe ao direito italiano, segundo a interpretação que dele façam os próprios tribunais nacionais, decidir se a contribuição para a AVCP pode ser classificada, com base nas suas características, como uma obrigação de natureza fiscal, em sentido amplo. Cabe igualmente aos tribunais italianos (corroborando ou rejeitando a interpretação da entidade pública destinatária do pagamento da contribuição) determinar os âmbitos subjetivo e objetivo dos n.ºs 65 e 67 do artigo 1.º da Lei n.º 266/2005, relativos à contribuição cuja falta de pagamento determinou a exclusão da CRGT do concurso.

57. O Tribunal de Justiça não deveria intervir no debate, que considero ser de ordem meramente interna, relativo à questão de saber se as autoridades administrativas ou jurisdicionais italianas interpretaram de forma mais ou menos extensiva os preceitos da Lei n.º 266/2005. Se, como se infere do despacho de reenvio, a AVCP interpretou reiteradamente a Lei n.º 266/2005 no sentido de que a exigência da contribuição é aplicável aos contratos de serviços, e este critério foi confirmado pelo Consiglio di Stato, enquanto órgão jurisdicional de última instância de direito interno, é esse o critério que deve ser seguido.

58. Estas mesmas considerações são aplicáveis ao efeito de exclusão da falta de pagamento da contribuição. Uma vez mais, e sempre com base nos dados constantes dos autos, tanto a AVCP como os órgãos jurisdicionais que confirmaram o seu critério entenderam que o incumprimento da obrigação de pagar aquela contribuição, prevista numa norma imperativa mas não no caderno de encargos, implica inevitavelmente a exclusão do concurso.

20 — Além dos acórdãos Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) e Comissão/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236), já referidos, há que mencionar, nomeadamente, os acórdãos SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647), e Vigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — N.º 66.

59. Tudo indica que a interpretação no sentido da legalidade subjacente à aplicação dos n.os 65 e 67 do artigo 1.º da Lei n.º 266/2005 aos contratos de serviços provém de uma doutrina estabelecida pela autoridade administrativa competente, a AVCP, pelo menos desde 2008. Tal interpretação foi corroborada, aparentemente, pelo tribunal administrativo nacional de última instância em jurisprudência cuja data não foi especificada neste processo. De qualquer forma, podemos logicamente ser levados a pensar que se trata de uma doutrina aplicada regularmente pela AVCP em todos os casos de concursos de contratos de serviços (efetivamente, o Governo italiano enuncia várias decisões proferidas pela AVCP nesse sentido em anos sucessivos). Por último, pode presumir-se que o operador económico excluído no processo judicial *a quo* (CRGT), que tinha gerido anteriormente o serviço objeto do concurso, conhecia ou devia conhecer a existência dessa obrigação.

60. Salvaguardados estes pontos, pode assim falar-se de uma cláusula de exclusão que, embora não conste expressamente no anúncio do concurso nem no caderno de encargos, decorre da interpretação reiterada, judicialmente autorizada, de uma disposição legislativa. A interpretação defendida pela AVCP e confirmada judicialmente é favorável à inadmissibilidade das propostas apresentadas sem que tenha sido paga a contribuição.

61. Admito que este requisito pudesse, teoricamente, ser considerado difícil de identificar, o que tornaria a sua exigência, em princípio, incompatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria. No entanto, considero que, atendendo ao critério do proponente minimamente diligente e informado, poderá concluir-se de outro modo, embora, como exporei em seguida, talvez o Tribunal de Justiça não seja a entidade melhor posicionada para o fazer.

62. Com efeito, só o tribunal de reenvio está em situação de determinar se, nas circunstâncias específicas do caso, o proponente excluído não podia ignorar a interpretação da Lei n.º 266/2005 nem a prática seguida neste género de concursos, consolidada por uma aplicação administrativa reiterada, nos termos da qual a contribuição para a AVCP também é exigível nos contratos de serviços. Para a decisão a proferir, pode revelar-se útil verificar se o proponente excluído participou em concursos com as mesmas características, nos quais a cláusula controvertida tenha sido considerada exigível com base na interpretação da Lei n.º266/2005 adotada pela AVCP.

63. Em suma, é ao órgão jurisdicional que compete determinar se a doutrina da AVCP e a jurisprudência do Consiglio di Stato são suficientemente conhecidas no âmbito das empresas proponentes em concursos públicos para se poder deduzir que um proponente diligente e informado não as podia ignorar.

64. Esta última afirmação leva a outra que creio relevante do ponto de vista do princípio da igualdade de tratamento. Na verdade, caso se verifique que, na prática, a generalidade dos proponentes conhecem a doutrina da AVCP e, por conseguinte, pagam devidamente a contribuição controvertida, ao dispensar dessa obrigação um proponente específico, estar-se-ia a incorrer numa atuação discriminatória.

65. É certo que, segundo referiu a Comissão [22], a exigência de uma cláusula como a que aqui se analisa pode ser especialmente prejudicial para os proponentes estabelecidos noutros Estados-Membros, cujo nível de conhecimento do direito nacional e da sua interpretação autêntica pode não ser comparável ao dos proponentes nacionais. No entanto, o critério do proponente razoavelmente informado e normalmente diligente, chave para a solução que proponho, permite obviar a esse inconveniente, uma vez que o grau de informação e diligência deve ser adequado casuisticamente às características do proponente específico, pelo que, no processo dos autos, o desconhecimento que não seria desculpável em relação à CRGT poderia sê-lo em relação a um proponente estrangeiro.

22 — N.º 38, *in fine*, das suas observações.

66. Por último, resta examinar a dúvida acerca da eventual regularização do incumprimento da obrigação de pagar a contribuição nos termos da Lei n.º 266/2005. A este respeito, à semelhança da Comissão, considero que, se o órgão jurisdicional de reenvio admitir que um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente podia desconhecer a existência daquela obrigação, a entidade adjudicante deve conceder-lhe um prazo suficiente para sanar o incumprimento. Esta é uma consequência que se infere, *a contrario sensu*, da jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual não é permitido à entidade adjudicante aceitar «quaisquer retificações às omissões que, segundo as disposições expressas dos documentos do concurso, devem conduzir à sua exclusão» [23]. Seria este precisamente o caso do incumprimento de uma obrigação que não se poderia deduzir das «disposições expressas [daqueles] documentos».

67. Em suma, o direito da União não se opõe a uma legislação nacional que permite excluir de um concurso público o proponente que não cumpriu uma obrigação de natureza fiscal quando esta, embora não conste expressamente do anúncio de concurso ou do caderno de encargos, resulte de uma interpretação administrativa reiterada, validada pelos tribunais, da lei nacional aplicável e essa circunstância não possa ser ignorada por um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente, o que compete ao juiz nacional determinar. Se se admitir que o desconhecimento daquela obrigação é desculpável, a entidade adjudicante deve conceder ao proponente excluído um prazo suficiente para sanar o seu incumprimento.

VI – **Conclusão**

68. Em face das considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas nos seguintes termos:

«1) Os artigos 47.° e 48.° da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que permite recorrer parcialmente a capacidades de outras empresas, nos termos indicados, no âmbito dos serviços.

2) Os princípios do direito da União Europeia, designadamente os da igualdade de tratamento e da transparência, não se opõem a uma legislação nacional que permite excluir de um concurso público o proponente que não cumpriu uma obrigação de natureza fiscal quando esta, embora não conste expressamente do anúncio de concurso ou do caderno de encargos, resulte de uma interpretação administrativa reiterada, validada pelos tribunais, da lei nacional aplicável e essa circunstância não possa ser ignorada por um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente, o que compete ao juiz nacional determinar. Se se admitir que o desconhecimento daquela obrigação é desculpável, a entidade adjudicante deve conceder ao proponente excluído um prazo suficiente para sanar o seu incumprimento.»

23 — Acórdão Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 46).