Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção)

11 de junho de 2020*

«Reenvio prejudicial — Procedimento de contratação por meio de uma concessão — Diretiva 2014/23/UE — Artigo 38.º, n.º 9 — Regime das medidas corretivas destinadas a provar o restabelecimento da fiabilidade de um operador económico abrangido por uma causa de exclusão — Regulamentação nacional que proíbe os operadores económicos abrangidos por uma causa de exclusão obrigatória de participarem num procedimento de contratação por meio de uma concessão durante cinco anos — Exclusão de qualquer possibilidade de tais operadores apresentarem a prova das medidas corretivas adotadas»

No processo C-472/19,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França), por Decisão de 14 de junho de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 20 de junho de 2019, no processo

Vert Marine SAS

contra

Premier ministre,

Ministre de l'Économie et des Finances,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção),

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

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: V. Giacobbo-Peyronnel, administradora,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Vert Marine SAS, por F. Dereux, avocat,

– em representação do Governo francês, por P. Dodeller, A.-L. Desjonquères e C. Mosser, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo helénico, por A. Dimitrakopoulou, D. Tsagkaraki e L. Kotroni, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: francês.

– em representação da Comissão Europeia, por J.-F. Brakeland, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, 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 do artigo 38.º, n.os 9 e 10, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Vert Marine SAS ao Premier ministre (Primeiro-Ministro) e ao ministre de l'Économie et des Finances (Ministro da Economia e das Finanças) (França) a respeito de um pedido de revogação de determinadas disposições do décret nº 2016-86, du 1er février 2016, relatif aux contrats de concession (Decreto n.º 2016-86, de 1 de fevereiro de 2016, relativo aos Contratos de Concessão) (JORF de 2 de fevereiro de 2016, texto n.º 20), apresentado por esta sociedade.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O considerando 71 da Diretiva 2014/23 enuncia:

«Deverá, contudo, prever-se a possibilidade de os operadores económicos adotarem 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 causa deverá deixar de estar excluído apenas por esses motivos. 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 adjudicação da concessão. No entanto, deverá ser deixada ao critério dos Estados-Membros a determinação das condições processuais e materiais exatas aplicáveis nesses casos. Em particular, os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de atribuir às autoridades adjudicantes ou às entidades adjudicantes a tarefa de realizar as avaliações pertinentes ou atribuir essa tarefa a outras autoridades para a sua realização de forma centralizada ou descentralizada.»

4 O artigo 38.º, n.os 4, 9 e 10, desta diretiva dispõe:

«4. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes a que se refere o artigo 7.º, n.º 1, alínea a), devem excluir um operador económico da participação nos procedimentos de adjudicação de concessões caso tenham comprovado que esse operador económico foi condenado por decisão transitada em julgado por um dos seguintes motivos:

a) Participação numa organização criminosa, tal como definida no artigo 2.º da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho[, de 24 de outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada (JO 2008, L 300, p. 42)];

b) Corrupção, tal como definida no artigo 3.º da Convenção relativa à luta contra a corrupção em que participem funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados-Membros da União Europeia [(JO 1997, C 195, p. 1)], e no artigo 2.º, n.º 1, da Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho[, de 22 de julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no setor privado (JO 2003, L 192, p. 54)], ou ainda na aceção da legislação nacional da autoridade adjudicante[, ou da] entidade adjudicante ou do operador económico;

c) Fraude, na aceção do artigo 1.º da Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias [(JO 1995, C 316, p. 48)];

d) Infrações terroristas ou infrações relacionadas com atividades terroristas, tal como definidas, respetivamente, nos artigos 1.º e no artigo 3.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho[, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo (JO 2002, L 164, p. 3)], ou ainda instigação, cumplicidade ou tentativa de infração nos termos do artigo 4.º da referida decisão-quadro;

e) Branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, tal como definidos no artigo 1.º da Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho[, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo (JO 2005, L 309, p. 15)].

f) Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, tal como definidos no artigo 2.º da Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho[, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho (JO 2011, L 101, p. 1)].

[…]

9. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.os 4 e 7 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar que é fiável, 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.

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 medidas técnicas, organizativas e de pessoal concretas e 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. Quando 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 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.

10. 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 as medidas especificadas no n.º 9 para demonstrar que é fiável. Caso o período de exclusão não tenha sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não deve ser superior a cinco anos a contar da data da condenação por decisão transitada em julgado nos casos referidos no n.º 4 e a três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 7.»

5 O artigo 51.º da referida diretiva tem a seguinte redação:

«1. Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.

As disposições adotadas pelos Estados-Membros devem fazer referência à presente diretiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades da referência são estabelecidas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adotarem no domínio abrangido pela presente diretiva.»

Direito francês

6 O artigo 39.º da ordonnance nº 2016-65, du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession (Despacho n.º 2016-65, de 29 de janeiro de 2016, relativo aos Contratos de Concessão) (JORF de 30 de janeiro de 2016, texto n.º 66), dispunha:

«Estão excluídos do procedimento de adjudicação de contratos de concessão:

1.º As pessoas que sejam condenadas por uma sentença transitada em julgado por uma das infrações previstas nos artigos 222-34 a 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 a 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 a 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 a 441-7, 441-9, 445-1 a 445-2-1 ou 450-1 do code pénal [Código Penal], nos artigos 1741 a 1743, 1746 ou 1747 do code général des impôts [Código Geral dos Impostos] e, relativamente a contratos de concessão que não sejam contratos de concessão de defesa ou de segurança, nos artigos 225-4-1 e 225-4-7 do code pénal [Código Penal], ou por encobrimento dessas infrações, bem como por infrações equivalentes previstas na legislação de outro Estado-Membro da União […].

[…]

A exclusão do procedimento de adjudicação de contratos de concessão a título do presente ponto 1.º é aplicável por uma duração de cinco anos a partir da prolação da condenação;

[…]»

7 O artigo 19.º do Decreto n.º 2016-86 tinha a seguinte redação:

«I. — O candidato apresenta, em apoio da sua candidatura, uma declaração sob compromisso de honra que atesta:

1º Que não é objeto de nenhuma exclusão da participação no procedimento de adjudicação de contratos de concessão previsto nos artigos 39.º, 40.º e 42.º do Despacho de 29 de janeiro de 2016 acima mencionado;

2º Que as informações e documentos relativos às suas capacidades e às suas aptidões, exigidos nos termos do artigo 45.º do Despacho de 29 de janeiro acima referido e nas condições fixadas nos artigos 20.º e 21.º, são corretos.

II. — O candidato apresenta todos os documentos que justificam que não foi objeto de qualquer exclusão da participação no procedimento de adjudicação de contratos de concessão previstos nos artigos 39.º, 40.º e 42.º do Despacho de 29 de janeiro de 2016, acima mencionado.

[…]»

8 O artigo 23.º deste decreto previa:

«I. — Antes de proceder ao exame das candidaturas, a autoridade concedente que verifique que era obrigatória a apresentação de documentos ou informações nos termos dos artigos 19.º, 20.º e 21.º pode solicitar aos candidatos em causa que completem o seu processo de candidatura num prazo adequado. Informará então os outros candidatos da aplicação da presente disposição.

II. — […] As candidaturas inadmissíveis são igualmente eliminadas. É inadmissível a candidatura apresentada por um candidato que não possa participar no procedimento de contratação nos termos dos artigos 39.º, 40.º, 42.º e 44.º do Despacho [n.º 2016-65] acima referido, ou que não possua as capacidades ou aptidões exigidas nos termos do artigo 45.º do mesmo despacho.»

9 Todas as disposições acima referidas do Despacho n.º 2016-65 e do Decreto n.º 2016-86 foram revogadas em 1 de abril de 2019 e reproduzidas, em substância, respetivamente no artigo L. 3123-1 e nos artigos R. 3123-1 a R. 3123-21 do code de la commande publique (Código dos Contratos Públicos).

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

10 A Vert Marine, uma sociedade especializada na gestão delegada de instalações desportivas e de lazer, cujo essencial da atividade resulta da exploração de contratos de concessão celebrados com entidades públicas, impugnou, no Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França), o indeferimento tácito, pelo Primeiro-Ministro, do seu pedido de revogação dos artigos 19.º e 23.º do Decreto n.º 2016-86.

11 A este respeito, sustenta, nomeadamente, que estas disposições não são compatíveis com o artigo 38.º da Diretiva 2014/23, na medida em que não concedem aos operadores económicos excluídos de pleno direito da participação nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão, na sequência de uma condenação transitada em julgado por uma das infrações graves referidas no artigo 39.º, n.º 1, do Despacho n.º 2016-65, a possibilidade de fornecer a prova de que tomaram medidas corretivas que permitam demonstrar o restabelecimento da sua fiabilidade, apesar da existência dessa condenação. Resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que as infrações referidas no artigo 39.º, n.º 1, do Despacho n.º 2016-65 correspondem, em substância, às infrações referidas no artigo 38.º, n.º 4, da Diretiva 2014/23.

12 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se sobre se o artigo 38.º, n.ºs 9 e 10, da Diretiva 2014/23 se opõe a uma regulamentação nacional que priva um operador económico da possibilidade de fornecer tal prova, quando foi excluído de pleno direito da participação em procedimentos de contratação por meio de uma concessão, na sequência de uma condenação transitada em julgado por infrações de particular gravidade que o legislador nacional entendeu dever reprimir a fim de garantir, com o objetivo de moralização dos contratos públicos, a exemplaridade dos candidatos.

13 Além disso, o referido órgão jurisdicional interroga-se se, na hipótese de a apreciação da adequação das medidas corretivas tomadas pelo operador económico poder ser confiada às autoridades judiciárias, várias medidas judiciais previstas pelo direito nacional, designadamente o levantamento, a reabilitação judicial e a exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do Registo Criminal, podem ser consideradas como satisfazendo o regime das medidas corretivas instituído no artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23.

14 Nestas condições, o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve a Diretiva [2014/23] ser interpretada no sentido de que se opõe a que a legislação de um Estado-Membro, com um objetivo de moralização dos contratos públicos, possa não proporcionar a um operador económico condenado por sentença transitada em julgado por uma infração de especial gravidade e objeto, por esse motivo, de uma medida de proibição de participação em processos de adjudicação de contratos de concessão durante cinco anos, a possibilidade de apresentar provas para comprovar que as medidas que adotou bastam para demonstrar a sua fiabilidade à entidade adjudicante apesar da existência desse motivo de exclusão?

2) Embora a Diretiva [2014/23] permita que os Estados-Membros confiem a outras entidades além da entidade adjudicante em causa a incumbência de apreciar o dispositivo de execução dos operadores, essa faculdade permite que confiem esse dispositivo às autoridades [judiciárias]? Em caso afirmativo, mecanismos de direito francês como o levantamento, a reabilitação judicial e a exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do [R]egisto [C]riminal podem ser equiparados a dispositivos de execução na aceção da diretiva?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

15 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 38.º, n.ºs 9 e 10, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que não concede a um operador económico condenado por sentença transitada em julgado por uma das infrações referidas no artigo 38.º, n.º 4, desta diretiva e que é objeto, por essa razão, de uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão a possibilidade de apresentar a prova de que tomou medidas corretivas suscetíveis de demonstrar o restabelecimento da sua fiabilidade.

16 A este respeito, há que recordar que, nos termos do n.º 9, primeiro parágrafo, do artigo 38.º da Diretiva 2014/23, qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas, nomeadamente, no n.º 4 deste artigo pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar que é fiável, não obstante a existência de uma importante causa de exclusão e, se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento. Esta disposição introduz assim um mecanismo de medidas corretivas *(self-cleaning)* [v., por analogia, no que respeita ao artigo 57.º, n.º 6, 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), que é equivalente ao artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.º 49 e jurisprudência referida].

17 Resulta da redação do artigo 38.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23 que, ao prever que qualquer operador económico pode fornecer a prova das medidas corretivas tomadas, esta disposição confere aos operadores económicos um direito que os Estados-Membros devem garantir quando da transposição desta diretiva, no respeito das condições nela estabelecidas.

18 O artigo 38.º, n.º 9, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/23 prevê, no entanto, que a possibilidade de apresentar a prova das medidas corretivas tomadas não é concedida a um operador económico excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação ou concessão, e isso durante todo o período de exclusão resultante da decisão e nos Estados-Membros em que esta última produz efeitos. Por conseguinte, é unicamente neste caso que um operador económico não pode beneficiar do direito conferido pelo artigo 38.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23.

19 A este respeito, não pode ser equiparada a uma exclusão por decisão transitada em julgado, na aceção do artigo 38.º, n.º 9, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/23, uma exclusão que, por força de regulamentação nacional como o artigo 39.º, n.º 1, do Despacho n.º 2016-65, está prevista de forma automática em relação a qualquer operador económico condenado por decisão transitada em julgado por uma das infrações referidas no artigo 38.º, n.º 4, da Diretiva 2014/23.

20 Com efeito, resulta sem ambiguidade da redação do artigo 38.º, n.º 9, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/23 que a exclusão deve resultar diretamente de uma decisão transitada em julgado relativa a um determinado operador económico, e não apenas pelo facto, nomeadamente, de uma condenação ter sido proferida por decisão transitada em julgado por uma das razões enumeradas no artigo 38.º, n.º 4, da Diretiva 2014/23.

21 Por conseguinte, resulta da redação do artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 que, com exceção da hipótese prevista no terceiro parágrafo desta disposição, um operador económico pode apresentar a prova das medidas corretivas tomadas para demonstrar a sua fiabilidade apesar da existência, na sua esfera, de um dos motivos de exclusão previstos no artigo 38.º, n.ºs 4 e 7, da Diretiva 2014/23, como uma condenação proferida por uma decisão transitada em julgado por um dos motivos enumerados no artigo 38.º, n.º 4, alíneas a) a f), da Diretiva 2014/23.

22 Esta interpretação é corroborada pelo objetivo prosseguido pelo artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23. Com efeito, ao prever que qualquer operador económico deve poder fornecer a prova das medidas corretivas tomadas, esta disposição visa sublinhar a importância atribuída à fiabilidade do operador económico (v., por analogia, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.º 49 e jurisprudência referida) e, portanto, como o Governo helénico declarou nas suas observações escritas, garantir uma avaliação objetiva dos operadores económicos e assegurar uma concorrência efetiva. Ora, este objetivo ficará comprometido se for permitido aos Estados-Membros restringir, para além da hipótese prevista no artigo 38.º, n.º 9, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/23, o direito de os operadores económicos apresentarem a prova das medidas corretivas tomadas.

23 Além disso, esta interpretação não é posta em causa pelo facto de os Estados-Membros deverem, por força do artigo 38.º, n.º 10, da Diretiva 2014/23, especificar as condições de aplicação desse artigo e disporem, a esse respeito, de um certo poder de apreciação (v., por analogia, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.º 34 e jurisprudência referida).

24 Com efeito, a expressão «condições de aplicação» pressupõe que a própria existência do direito conferido pelo artigo 38.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23 e a possibilidade de o exercer sejam garantidas pelos Estados-Membros, sem o que, como a Comissão indicou nas suas observações

escritas, os Estados-Membros poderão estar em condições de, ao determinar essas condições de aplicação, privar este direito do seu conteúdo. Esta interpretação é, aliás, confirmada no considerando 71 da Diretiva 2014/23, do qual resulta que os Estados-Membros têm unicamente o poder de determinar as condições processuais e materiais destinadas a enquadrar o exercício do referido direito.

25 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira questão que o artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que não concede a um operador económico condenado por sentença transitada em julgado por uma das infrações referidas no artigo 38.º, n.º 4, desta diretiva e que é objeto, por esse motivo, de uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão a possibilidade de apresentar a prova de que tomou medidas corretivas suscetíveis de demonstrar o restabelecimento da sua fiabilidade.

Quanto à segunda questão

26 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 38.º, n.ºs 9 e 10, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que o exame da adequação das medidas corretivas tomadas pelo operador económico seja confiado às autoridades judiciárias e, em caso afirmativo, se o artigo 38.º, n.º 9, desta diretiva deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que permite às autoridades judiciárias levantar a uma pessoa uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão na sequência de uma condenação penal, revogar essa proibição ou excluir do Registo Criminal qualquer menção à condenação.

27 Quanto à primeira parte da segunda questão, há que constatar que a redação dos três parágrafos que compõem o artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 não indica qual a autoridade encarregada de avaliar a adequação das medidas corretivas invocadas pelo operador económico. Nestas condições, cabe aos Estados-Membros, quando determinam as condições de aplicação dessa disposição, por força do artigo 38.º, n.º 10, dessa diretiva, precisar, na sua regulamentação nacional, a identidade da autoridade habilitada a proceder a essa avaliação, de modo a que o operador económico possa exercer de maneira efetiva o direito que lhe é conferido pelo artigo 38.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da referida diretiva.

28 Esta interpretação é corroborada pelo considerando 71 da Diretiva 2014/23, que enuncia que, no âmbito da determinação das condições processuais e materiais relativas à aplicação do artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23, os Estados-Membros devem ter a possibilidade de atribuir a cada autoridade adjudicante ou a cada entidade adjudicante a tarefa de avaliar a adequação das medidas corretivas invocadas pelo operador económico ou atribuir essa tarefa a outras autoridades, de forma centralizada ou descentralizada.

29 Resulta deste considerando que o legislador da União pretendeu deixar uma ampla margem de apreciação aos Estados-Membros quanto à definição das autoridades encarregadas de avaliar a adequação das medidas corretivas. A este respeito, resulta dos termos «outras autoridades […] de forma centralizada ou descentralizada» que os Estados-Membros podem confiar esta missão de avaliação a qualquer entidade que não seja a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante.

30 É o que acontece *a fortiori*, uma vez que, à semelhança do que os Governos francês e helénico, tal como a Comissão, alegam nas suas observações escritas, as autoridades judiciárias podem, por natureza, efetuar uma análise com toda a objetividade e independência da adequação das medidas corretivas e examinar, para esse efeito, os elementos de prova referidos no primeiro período do artigo 38.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/23, em conformidade com as exigências previstas na segunda e terceira frases desta disposição.

31 Assim sendo, importa, como a Comissão indicou nas suas observações escritas, que, quando um Estado-Membro tenciona confiar tal missão de avaliação às autoridades judiciárias, o regime nacional instituído para esse efeito respeite todas as exigências impostas pelo artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 e que o procedimento aplicável seja compatível com os prazos impostos pelo procedimento de contratação por meio de uma concessão. Caso contrário e, em especial, na hipótese de a autoridade judiciária não estar habilitada a proceder a uma avaliação circunstanciada dos elementos de prova exigidos no segundo parágrafo do artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 ou não estar em condições de decidir de forma definitiva antes do termo do procedimento de contratação, o direito instituído no primeiro parágrafo desta disposição a favor do operador económico ficaria esvaziado da sua substância.

32 Quanto à segunda parte da segunda questão, importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, não compete a este último pronunciar-se, no âmbito de um processo apresentado nos termos do artigo 267.º TFUE, sobre a compatibilidade de normas de direito interno com o direito da União. Dito isto, o Tribunal de Justiça é competente para fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação do direito da União que lhe permitam apreciar a compatibilidade de tais normas de direito interno com a regulamentação da União (Acórdão de 25 de outubro de 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, n.º 27 e jurisprudência referida).

33 A este respeito, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se procedimentos judiciais como os procedimentos de levantamento, de reabilitação judicial e de exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do Registo Criminal satisfazem efetivamente as condições estabelecidas e o objetivo prosseguido pelo regime das medidas corretivas instituído pelo artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23.

34 Em especial, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se tais procedimentos permitem, por um lado, aos operadores económicos em causa apresentar às autoridades judiciárias competentes a prova das medidas corretivas referidas no primeiro período do artigo 38.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/23 e, por outro, às referidas autoridades judiciárias avaliar a adequação dessas medidas da maneira prevista no segundo período desta disposição e decretar, quando considerem que a fiabilidade do operador é restabelecida por efeito das medidas em causa, o levantamento, a reabilitação ou a exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do Registo Criminal.

35 Neste âmbito, há que precisar que, na hipótese de o levantamento, a reabilitação ou a exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do Registo Criminal poderem ser decretados sem que a autoridade judiciária competente seja obrigada a avaliar a adequação das medidas corretivas tomadas e de os operadores económicos em causa poderem, assim, participar em procedimentos de contratação por meio de uma concessão, abstendo-se de apresentar a prova dessas medidas, o que a Vert Marine e a Comissão defendem nas suas observações escritas, não se poderá considerar que esses processos judiciais satisfazem o objetivo prosseguido e as condições previstas no regime das medidas corretivas instituído pelo artigo 38.º, n.º 9 da Diretiva 2014/23, na medida em que, por um lado, não dão qualquer garantia à autoridade adjudicante de que a fiabilidade do operador económico em causa está restabelecida e em que, por outro, permitem a operadores potencialmente não fiáveis participar em procedimentos de contratação por meio de uma concessão.

36 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio deve assegurar-se de que os processos judiciais previstos pelo direito nacional podem assegurar, em tempo útil, a um operador económico que pretenda participar num procedimento de contratação por meio de uma concessão a possibilidade de apresentar a prova das medidas corretivas tomadas. Com efeito, o direito previsto no artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 ficaria privado da sua substância se o operador económico não pudesse utilizar eficazmente esses procedimentos antes do termo do procedimento de contratação.

37 Ora, tanto a Vert Marine como a Comissão alegam, nas suas observações escritas, que a reabilitação judicial, além do facto de não satisfazer a condição mencionada no n.º 34 do presente acórdão, só pode ser pedida no termo de um determinado prazo, que varia de dois a cinco anos, o que não permitiria aos operadores económicos em causa beneficiar da reabilitação antes do termo desse prazo. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar este ponto, tal como lhe incumbe verificar se os prazos previstos pelos procedimentos de levantamento e de exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do Registo Criminal são compatíveis com os relativos aos procedimentos de contratação por meio de uma concessão.

38 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à segunda questão que o artigo 38.º, n.ºs 9 e 10, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que o exame da adequação das medidas corretivas tomadas por um operador económico seja confiado às autoridades judiciárias, desde que o regime nacional instituído para esse efeito respeite todas as exigências estabelecidas no artigo 38.º, n.º 9, desta diretiva e que o procedimento aplicável seja compatível com os prazos impostos pelo procedimento de contratação por meio de uma concessão. Além disso, o artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que permite às autoridades judiciárias levantar a uma pessoa uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão na sequência de uma condenação penal, eliminar tal proibição ou excluir qualquer menção da condenação no Registo Criminal, desde que esses processos judiciais satisfaçam efetivamente as condições previstas e o objetivo prosseguido por esse regime e, em especial, permitam, quando um operador económico pretende participar num procedimento de contratação por meio de uma concessão, levantar, em tempo útil, a proibição que lhe foi imposta, tendo unicamente em conta a adequação das medidas corretivas invocadas por esse operador e avaliadas pela autoridade judiciária competente em conformidade com as exigências previstas nessa disposição, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar.

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 (Nona Secção) declara:

1) **O artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que não concede a um operador económico condenado por sentença transitada em julgado por uma das infrações referidas no artigo 38.º, n.º 4, desta diretiva e que é objeto, por esse motivo, de uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão a possibilidade de apresentar a prova de que tomou medidas corretivas suscetíveis de demonstrar o restabelecimento da sua fiabilidade.**

2) **O artigo 38.º, n.ºs 9 e 10, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que o exame da adequação das medidas corretivas tomadas pelo operador económico seja confiado às autoridades judiciárias, desde que o regime nacional instituído para esse efeito respeite todas as exigências estabelecidas no artigo 38.º, n.º 9, desta diretiva e que o procedimento aplicável seja compatível com os prazos impostos pelo procedimento de contratação por meio de uma concessão. Além disso, o artigo 38.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que permite às autoridades judiciárias levantar a uma pessoa uma proibição de pleno direito de participar nos procedimentos de contratação por meio de uma concessão na sequência de**

uma condenação penal, eliminar tal proibição ou excluir qualquer menção da condenação no Registo Criminal, desde que esses procedimentos judiciais satisfaçam efetivamente às condições previstas e ao objetivo prosseguido por esse regime e, em especial, permitam, quando um operador económico pretende participar num procedimento de contratação por meio de uma concessão, levantar, em tempo útil, a proibição que lhe foi imposta, tendo unicamente em conta a adequação das medidas corretivas invocadas por esse operador e avaliadas pela autoridade judiciária competente em conformidade com as exigências previstas nessa disposição, que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar.

Assinaturas