

O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DE TERCEIROS PARA EFEITOS DE PARTICIPAÇÃO NUM CONCURSO

DÉBORA MELO FERNANDES

Advogada

Palavras-chave: capacidade financeira; capacidade técnica; aproveitamento da capacidade de terceiros; concurso limitado; qualificação; efeito direto; declaração bancária; Diretivas; jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Keywords: financial ability; technical ability; rely on the ability of third parties; restricted tender; qualification; direct effect; bank declaration; Directives; case-law of the Court of Justice.

Resumo: *O Código dos Contratos Públicos não admite, por regra, a possibilidade de os candidatos num determinado procedimento concursal aproveitarem a capacidade financeira de terceiros para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos fixados pela entidade adjudicante. No presente artigo, a autora reflete sobre se estava na liberdade do legislador nacional limitar um direito consagrado nas Diretivas europeias em matéria de contratação pública e, em caso negativo, quais as consequências dessa limitação. Nele conclui que o legislador não podia ter procedido a tal limitação e que, por conseguinte, por força da teoria do efeito direto vertical, os candidatos num procedimento que tenha por objeto um contrato abrangido pelas Diretivas poderão invocar, perante a entidade adjudicante, o direito que lhes é diretamente atribuído por estas, mesmo contra o disposto no Código dos Contratos Públicos.*

Abstract: *As a rule, the Public Contracts Code does not allow candidates in a tender to rely on the financial ability of third parties for the purposes of filling the minimum requirements set by the awarding authority. In this article, the author reflects on whether the national legislator could have limited a right established in the European Directives on public contracts and, if not, what the consequences of such limitation are.*

The author concluded that the national legislator was not allowed to limit such right; therefore, in accordance with the theory of vertical direct effect, candidates in a tender procedure which object is a contract covered by the Directives may invoke before the awarding authority the right directly attributed to them by these Directives, even if contrary to the provisions of the Public Contracts Code.

1. Enquadramento da questão

A exigência, por parte de uma entidade adjudicante, de que os interessados em participar num concurso preencham determinados requisitos de capacidade técnica e/ou financeira ⁽¹⁾ destina-se a assegurar que apenas apresentarão proposta entidades que beneficiem de um conjunto de *situações, qualidades, características ou outros elementos de facto* que, à partida, garantam uma adequada execução do contrato a celebrar.

Se é certo que, em princípio, esses requisitos de capacidade têm de ser preenchidos pelos próprios interessados em participar no procedimento, a verdade é que tem sido admitido que um interessado aproveite, dentro de determinadas condições, a capacidade de terceiros ⁽²⁾

⁽¹⁾ Tendo em conta os procedimentos de contratação pública previstos no Código dos Contratos Públicos, a exigência do preenchimento de determinados requisitos de capacidade técnica ou financeira só pode ocorrer num concurso limitado por prévia qualificação, num procedimento de negociação, num diálogo concorrencial ou num sistema de qualificação. Hoje em dia, tal exigência é proibida nos ajustes diretos e nos concursos públicos, na medida em que foi eliminada destes procedimentos, por opção exclusiva do legislador português, a fase de qualificação, na qual tem lugar a aferição da capacidade técnica e financeira dos candidatos. Nestes procedimentos, apenas é possível agora avaliar as propostas, através dos seus *atributos*, estando completamente vedado às entidades adjudicantes proceder à avaliação de “*situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*”, isto é, da capacidade técnica e financeira dos mesmos (cf. artigo 75.º/1 do Código dos Contratos Públicos).

⁽²⁾ Não cabe na economia do presente texto analisar o aproveitamento da capacidade de terceiros por via da constituição de agrupamentos de operadores económicos, embora os diferentes membros de um agrupamento também sejam, uns relativamente aos outros, terceiros. Para os efeitos deste texto, são considerados *terceiros* apenas as entidades com as quais não existe uma associação através da consti-