



CEDIPRE ONLINE | 22

**A EXCLUSÃO DE OPERADORES ECONÓMICOS À LUZ DA NOVA
DIRECTIVA SOBRE OS CONTRATOS PÚBLICOS
o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g)**

Ana Rita Vieira Quinta Nova

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
AGOSTO | 2014

**A EXCLUSÃO DE OPERADORES ECONÓMICOS À LUZ DA NOVA
DIRECTIVA SOBRE OS CONTRATOS PÚBLICOS
o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g)**

Ana Rita Vieira Quinta Nova



TÍTULO A EXCLUSÃO DE OPERADORES ECONÓMICOS À LUZ DA NOVA DIRECTIVA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS – o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g)

AUTOR(ES) Ana Rita Vieira Quinta Nova

IMAGEM DA CAPA Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO GRÁFICA Ana Paula Silva

EDIÇÃO CEDIPRE
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL
Tel. | Fax: +351 239 836 309
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR ESTE ESTUDO A Exclusão de Operadores Económicos à Luz da Nova Directiva sobre Contratos Públicos – o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g), Publicações CEDIPRE Online - 22 <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014

COIMBRA
AGOSTO | 2014

ÍNDICE

1. Nota Introdutória	7
2. Motivos de exclusão	8
O artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g) da Directiva 2014/24/UE	8
3. O Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de Dezembro de 2012, <i>Forposta, SA</i>	10
4. A exclusão de operadores económicos baseada no artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g), à luz dos princípios da concorrência, igualdade e proporcionalidade	12
4. Conclusão	17
Bibliografia	19

**A EXCLUSÃO DE OPERADORES ECONÓMICOS À LUZ DA
NOVA DIRECTIVA SOBRE OS CONTRATOS PÚBLICOS
o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g)**

Ana Rita Vieira Quinta Nova

*Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas
Menção em Direito Administrativo*

1. Nota Introdutória

A escolha do tema que se pretende abordar com o presente estudo deve-se à recente publicação das novas Directivas europeias de contratação pública¹. O novo pacote legislativo de contratação pública contém três novas Directivas que vêm substituir as duas directivas que estavam em vigor desde 2004 – a Directiva 2004/18/CE e a Directiva 2004/17/CE. Assim, a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 tem por objecto os contratos públicos em geral e vem revogar a Directiva 2004/18/CE. Por sua vez, a Directiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, aplica-se aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, substituindo, deste modo, a Directiva 2004/17/CE. A grande novidade deste pacote é a Directiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, também de 26 de Fevereiro de 2014, que vem regular a adjudicação de contratos de concessão que, assim, passam a ser regulados por um diploma específico.

Não sendo o nosso escopo cuidar das novidades trazidas pelas novas Directivas na sua totalidade, interessa-nos, particularmente, a nova Directiva sobre os contratos públicos que, de entre as novidades que, certamente, mereceriam o nosso destaque, leva a cabo uma ampliação dos casos que conduzem à exclusão de operadores económicos da participação em procedimentos de contratação, passando a incluir nos motivos

¹ As três novas directivas – 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – foram publicadas no dia 28 de Março de 2014 no JOUE. O seu texto integral pode ser consultado em <http://eur-lex.europa.eu>.

de exclusão os casos em que um operador económico tenha executado de forma deficiente um contrato anterior. O tema suscita a nossa atenção, uma vez que é inegável a importância que assume na contratação pública o delicado problema das restrições à participação em procedimentos de contratação, desde logo, pelos princípios que convoca, designadamente o princípio da igualdade e da concorrência, que constituem verdadeiros pilares nesta matéria. A propósito deste último, e como bem observa RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “o princípio da concorrência não é de sentido único, apontando, a um tempo, para a maior concorrência possível e, a outro tempo, para uma concorrência efectiva e sã. Ali, o princípio pode ser um obstáculo à instituição de barreiras de acesso, aqui, pode ser o seu fundamento”.²

Perante este enquadramento, pretendemos com o presente estudo fazer uma breve análise das causas de exclusão que vêm enunciadas na nova Directiva 2014/24/UE, dando especial enfoque à causa de exclusão prevista no artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g), que versa sobre os operadores económicos que acusaram deficiências na execução de contratos anteriores. Para tanto, procuraremos gizar o seu teor à luz dos princípios gerais do direito comunitário que valem, igualmente, no ordenamento nacional, sendo imprescindível, ainda, a passagem pelo Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de Dezembro de 2012, *Forposta, SA*, proc. C-465/11, na medida em que a questão em apreço foi desencadeada pelo presente aresto.

2. Motivos de exclusão

O artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g) da Directiva 2014/24/UE

A nova Directiva relativa aos contratos públicos consagra, no seu artigo 57º, os motivos de exclusão da participação num procedimento de contratação pública. Numa primeira abordagem, comparando o texto da nova Directiva com a Directiva por ela revogada (a Directiva 2004/18/CE), somos, desde logo, levados a concluir que o novo pacote legislativo procede ao alargamento das causas de exclusão dos operadores económicos. Com efeito, concluímos que a redacção do artigo 57º da nova Directiva é apenas parcialmente correspondente à redacção do artigo 45º da Directiva 2004/18/CE, mais concretamente, a alínea g), do 1º parágrafo, do nº 4 do artigo 57º constitui uma verdadeira novidade, pois o seu conteúdo não encontra correspondência no elenco de causas de exclusão previstas na Directiva anterior, à imagem do qual foi estabelecido o catálogo de impedimentos que estão actualmente consagrados no nosso Código dos Contratos Públicos³.

Prevê o referido artigo da nova Directiva que as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação “se o operador económico tiver

² Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Restrições à participação em procedimentos de contratação pública”, *Revista de Direito Público e Regulação*, nº 1, Maio de 2009, Cedipre, págs. 27-34 (pág. 27).

³ Doravante CCP.

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” (itálico nosso).

Trata-se de uma solução inovadora, que não tem acolhimento no texto da Directiva 2004/18/CE nem no CCP. De facto, no artigo 55º deste diploma, sob a epígrafe “impedimentos”, vêm previstas as situações em que os operadores económicos estão excluídos dos procedimentos de contratação⁴. Estamos perante uma fase de avaliação da aptidão dos operadores económicos, que consiste em verificar se estes reúnem as condições necessárias para executar um contrato público, fase que, como não podia deixar de ser, garante o princípio da transparência na verificação da aptidão. Efectivamente, apesar da referida verificação ser efectuada apenas pelo adjudicatário, os restantes operadores, nos termos do artigo 85º do CCP, podem controlar a habilitação.⁵

Como bem se vê, e analisando cada uma das alíneas do sobredito artigo 55º, em nenhuma delas se pode enquadrar uma causa de exclusão relacionada com a deficiente execução de um contrato público anterior. Perante a originalidade da solução vertida no novo diploma comunitário, cumpre-nos tentar vislumbrar qual a razão de ser deste novo motivo de exclusão e as questões que o mesmo coloca, sendo certo que o que está em causa nesta temática é, sobretudo, “a forma como nos procedimentos de contratação pública se devem tutelar os princípios que os regem”⁶. Outrossim, cumpre tentar perceber se a solução em apreço está efectivamente em harmonia com os princípios que regem os procedimentos de contratação, os quais devem ser escrupulosamente seguidos por todos os intervenientes no procedimento.

Ora, voltando à redacção da alínea g), do 1º parágrafo, do nº 4 do artigo 57º da Directiva 2014/24/UE, a intenção do legislador comunitário foi facultar às entidades adjudicantes a possibilidade de excluírem candidatos ou proponentes cujo desempenho no âmbito de contratos públicos anteriores tenha acusado deficiências graves ao nível dos requisitos essenciais da execução desses contratos. Conforme se pode ler no Considerando 101 da presente Directiva, estão em causa, nomeadamente, falhas na entrega ou execução, deficiências significativas do produto ou do serviço prestado que os tornem inutilizáveis para o fim a que se destinavam. A formulação do preceito legal não é inequívoca, cabendo aos Estados Membros densificarem, nas futuras transposições para o direito nacional, o que aqui vem previsto, bem como definirem requisitos mais ou menos amplos para a aplicação deste motivo de exclusão. Ou seja, definirem quais as falhas que

⁴ Cfr., a propósito do âmbito de aplicação das várias alíneas do artigo 55º do CCP, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Anotado*, Almedina, 2013, págs. 189 e seguintes.

⁵ Ver, a este respeito, CLÁUDIA VIANA, “A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010, págs. 153-196 (págs. 159-161).

⁶ Neste sentido, a propósito do impedimento vertido na al. j) do artigo 55º do CCP, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O artigo 55º, alínea j), do Código dos Contratos Públicos: mais vale ser do que parecer”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 1 (Janeiro-Abril 2011), Cedipre, págs. 125-171 (pág. 127).

concretamente poderão levar a uma exclusão e quais os tipos de sanções que efectivamente tiveram de ser aplicadas em sede de incumprimento contratual anterior para que haja repercussões no contrato actualmente em execução. De lembrar, a este propósito, que o legislador comunitário incumbe ao direito nacional a previsão de prazos máximos para a duração deste tipo de exclusão. Significa isto que a acusação de falhas graves ao nível da execução de um contrato anterior não impossibilitará, *ad aeternum*, um operador económico de participar num procedimento de contratação, mas tão-somente o impossibilitará por um período razoável e, sobretudo, proporcional à gravidade da falha que foi cometida.

Requisito fundamental para a exclusão do operador económico nestes casos será ter ocorrido uma rescisão antecipada de um contrato anterior por parte do contraente público, a condenação por danos ou outras sanções comparáveis. Tratandose de uma falha associada à execução do contrato, estamos, necessariamente, no âmbito dos poderes de conformação da relação contratual do contraente público⁷. Assim, e olhando ao que está previsto no CCP a este propósito, terá de verificar-se um comportamento do co-contratante que permita a aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato (designadamente de natureza pecuniária), no limite, a resolução sancionatória por parte do contraente público.⁸

3. O Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de Dezembro de 2012, Forposta, SA⁹

Atentemos agora nos contornos do caso que lançou o mote para a temática sobre a qual versa o nosso estudo. Ora, o acórdão tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁰, apresentado pela Polónia no processo Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. contra Poczta Polska SA. Por sua vez, o pedido de decisão prejudicial versa, essencialmente, sobre a interpretação do artigo 45º, nº 2, primeiro parágrafo, alínea d) da Directiva 2004/18/CE e foi apresentado no âmbito de um litígio entre as partes referidas,

⁷ Poderes de direcção e fiscalização do modo de execução das prestações, de modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, de aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato e, por último, de resolução unilateral do contrato (por razões de interesse público, resolução sancionatória ou resolução por alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias). A propósito dos poderes de conformação da relação contratual por parte do contraente público, cfr., entre outros, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, 3ª edição, págs. 250 e seguintes; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III – Contratos Públicos*, D. Quixote, 2009, 2ª edição, págs. 151 e seguintes; CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008, págs. 519-567 (págs. 524 e seguintes) e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, 2007, págs. 3-16 (págs. 9 e seguintes).

⁸ Cfr. artigos 329º e 333º do CCP.

⁹ O acórdão está disponível (e foi consultado a 10 de Julho de 2014) em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰ Doravante TFUE.

devido a uma decisão da Poczta Polska SA que exclui aquelas duas empresas de um procedimento de contratação pública para a adjudicação de um contrato no sector dos serviços postais.

O aresto interessa-nos particularmente, uma vez que foi com base naquilo que vem agora previsto na nova directiva que a Poczta Polska SA decidiu excluir a Forposta SA e a ABC Direct Contact sp. Z o.o. do procedimento de contratação que tinha lançado. Com efeito, a lei polaca relativa à adjudicação de contratos públicos, no seu artigo 24º, nº 1, ponto 1. a), determinava que eram automaticamente excluídos do processo de adjudicação de um contrato público os operadores económicos com os quais a respectiva entidade adjudicante, por circunstâncias que lhes sejam imputáveis, tenha revogado ou denunciado um contrato público anterior celebrado com o operador, ou o tenha rescindido, no caso de a revogação, a denúncia ou a rescisão ter ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo de adjudicação em curso e de o valor da parte do contrato público anterior não executada corresponder a, pelo menos, 5% do valor total do contrato.

Ora, não existindo à data norma na Directiva em vigor com teor idêntico ao da actual alínea g), 1º parágrafo, do nº 4 do artigo 57º, a questão colocou-se no plano da conformidade da solução adoptada pelo direito polaco com o disposto no artigo 45º, nº 2, 1º parágrafo, alínea d) da Directiva 2004/18/CE. Começando pelas considerações do órgão jurisdicional de reenvio, o mesmo concluiu que a causa de exclusão prevista na referida disposição da Directiva 2004/18/CE “consiste numa falta grave cometida em matéria profissional, conceito que, na linguagem jurídica, é sobretudo associado à violação de princípios relativos às normas deontológicas, à dignidade ou à honorabilidade profissionais. Tal violação desencadeia a responsabilidade profissional de quem a tenha cometido através, designadamente, da abertura de um processo disciplinar pelos organismos profissionais competentes”. Serão, portanto, estes organismos, e não as entidades adjudicantes, que se pronunciam sobre a falta grave em matéria profissional. Ademais, a disposição nacional em causa no processo configurava uma causa automática de exclusão do operador económico, o que levaria a uma violação do princípio da proporcionalidade.

Em resposta às questões prejudiciais colocadas, o Tribunal de Justiça considerou que os conceitos de “falta” “grave” cometida “em matéria profissional” podem ser especificados e explicitados pelo direito nacional, porém, desde que respeitado o direito da União Europeia. Por sua vez, o incumprimento, por um operador económico, das suas obrigações contratuais pode, em princípio, ser considerado uma falta grave cometida em matéria profissional.¹¹ Contudo, e como se pode ler no acórdão em análise, “o conceito de «falta grave» deve ser compreendido como referindo-se normalmente a um comportamento do operador económico em causa que denota uma intenção culposa

¹¹ Assim, o Tribunal de Justiça confirmou que o conceito de falta grave em matéria profissional abrange todas as faltas que tenham um impacto na credibilidade profissional do operador económico e, por conseguinte, não se restringe às violações de padrões éticos estabelecidos por um órgão disciplinar – neste sentido, SUSIE SMITH, “EU: Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA (C-465/11) – exclusion on the grounds of grave professional misconduct”, *Public Procurement Law Review*, 2013, 3, NA57-NA60 (NA59).

ou uma negligência de uma certa gravidade por sua parte. Assim, qualquer execução incorreta, imprecisa ou não cabal de um contrato ou de parte dele pode eventualmente demonstrar uma competência profissional limitada do operador económico em causa, mas não equivale automaticamente a uma falta grave”. Por sua vez, o disposto no artigo 45º, nº 2, 1º parágrafo, alínea d) da Directiva 2004/18/CE deve ser interpretado no sentido de que obsta à existência de causas de exclusão automática do operador económico como a que existia *in casu*.

Concluindo negativamente quanto à questão da conformidade do preceito da lei polaca com o disposto na referida Directiva, o Tribunal de Justiça indagou da possibilidade de os princípios e as normas do direito da União Europeia em matéria de contratos públicos justificarem, por motivos de *prosecução do interesse público* e da *manutenção de uma concorrência leal*, uma regulamentação nacional que preveja causas de exclusão automática dos operadores económicos, designadamente, a que estava consagrada na lei polaca. E mais uma vez acabou por concluir em sentido negativo.¹²

De facto, apenas as causas de exclusão enunciadas no artigo 45º, nº 1 da Directiva 2004/18/CE têm natureza vinculativa ou imperativa, o que significa que em matéria de honestidade profissional, solvabilidade e fiabilidade dos concorrentes e candidatos, os sistemas jurídicos internos não podem criar outras causas de exclusão, diferentes das enunciadas nesse preceito. Não obstante, outras causas de exclusão estabelecidas pelo direito nacional (que tenham um fundamento ou natureza diferente) devem, conforme se pode ler no acórdão *Michaniki*, “garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que for necessário para alcançar esse objectivo”¹³.

Tendo presente as questões submetidas ao Tribunal de Justiça e a sua apreciação, impõe-se, de seguida, a análise da solução vertida na nova Directiva à luz dos princípios do direito da União Europeia convocados pela matéria em apreço.

Vejamos.

4. A exclusão de operadores económicos baseada no artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g), à luz dos princípios da concorrência, igualdade e proporcionalidade

Como salienta RUI MEDEIROS, «as diversas gerações de directivas comunitárias relevantes em matéria de contratação pública procuram, tendo justamente como pano de fundo a ideia de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, assegurar

¹² Cfr., a este propósito e com uma explicação detalhada das questões prejudiciais submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça, SUSIE SMITH, “EU: Forposta SA, ...”, *cit.*, NA57-NA60; GIUSEPPINA PASSARELLI, “Criteri di selezione qualitativa nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: la Corte di giustizia delimita la nozione di errore grave in materia professionale”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G. Giappichelli Editore, 2013 – II, págs. 713-721 e ANN LAWRENCE DURVIAUX, “Précisions relatives à la faute grave en matière professionnelle”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, abril-junho 2013, págs. 354-355.

¹³ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Restrições, ...”, *cit.*, págs. 30-31.

a efectiva eliminação das chamadas barreiras “invisíveis” ao mercado interno da contratação pública, bem como condições fundamentais de igualdade dos agentes económicos na participação nos diversos procedimentos de formação dos contratos públicos»¹⁴.

O CCP, no artigo 1º, nº 4, estabelece que “à contratação pública são *especialmente* aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência” (itálico nosso)¹⁵. Os princípios consubstanciam um factor de interpretação das regras constantes das directivas comunitárias ou das leis internas, funcionando, deste modo, como tópico de determinação do seu sentido e alcance e servindo de critério para uma interpretação mais extensiva ou mais restrita das normas¹⁶. Neste sentido, a nova Directiva, na linha do que já estava previsto na Directiva 2004/18/CE, no seu 1º Considerando, dispõe que a adjudicação de contratos públicos “deve respeitar os princípios do TFUE, designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência”.

Não obstante, é inegável que, no sector da contratação pública, há um núcleo de princípios que assumem uma posição privilegiada – os princípios fundamentais da contratação –, que são aqueles previstos no artigo 1º, nº 4 do CCP, aos quais já aludimos *supra*. De referir o artigo 18º da nova Directiva que, sob a epígrafe “Princípios da Contratação”, estabelece, no seu nº 1, que as autoridades adjudicantes devem respeitar o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação, o princípio da transparência e da proporcionalidade. Mais refere que “os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente directiva ou de reduzir artificialmente a concorrência”. No nº 2 do mencionado preceito, é notório que um dos principais escopos em matéria de contratação pública é a sua utilização estratégica para atingir objectivos sociais e ambientais. Desta forma, estabelece-se que os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicá-

¹⁴ Cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 69, Maio/Junho 2008, págs. 3-29 (págs. 3-4).

¹⁵ Os princípios enunciados pelo presente artigo não esgotam, no entanto, os princípios fundamentais aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais. Com efeito, alguns desses princípios “têm vocação de aplicação a todos os contratos administrativos (os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da proporcionalidade, da boa fé e da responsabilidade), enquanto outros foram formulados tendo em vista particularmente os contratos sobre prestações submetidas à concorrência de mercado (os princípios da transparência e da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da estabilidade)”, o que não impede que deles se extraiam consequências para os demais contratos – neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito ..., cit.*, págs. 81 e seguintes. Considerando incompreensível que o CCP se tenha limitado a consagrar os referidos princípios no artigo 1º, nº 4, uma vez que a estes princípios se juntam os princípios gerais da actividade administrativa previstos na Constituição da República Portuguesa e no Código do Procedimento Administrativo, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, págs. 368 e seguintes.

¹⁶ Neste sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008, págs. 51-113 (pág. 53).

veis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União Europeia, por legislação nacional, por convenções colectivas ou pelas disposições de direito internacional nessas matérias (constantes do Anexo X da Directiva).

Face às considerações expendidas, parece-nos essencial compreender as situações de exclusão de operadores económicos de que nos ocupamos à luz dos princípios da concorrência, igualdade e proporcionalidade. Principiemos pelo *princípio da concorrência*.

A concorrência efectiva e leal é o objectivo primordial da contratação pública e reflexo disso mesmo são as disposições das Directas e o nosso artigo 1º, nº 4 do CCP, que consagra o princípio da concorrência como um dos princípios fundamentais dos procedimentos adjudicatórios. Nas palavras de PEDRO COSTA GONÇALVES, “a concorrência assume-se, portanto, como um valor cardinal da ordem jurídica, de interesse público e tutelado no âmbito do direito público”¹⁷. Com uma ligação intrínseca ao princípio da igualdade e, sobretudo, associado à prossecução do interesse público, o princípio da concorrência determina que, nos procedimentos de adjudicação de um contrato público, se garanta o mais amplo acesso dos interessados em contratar, não apenas no sentido do livre acesso à contratação pública mas, igualmente, no da igualdade de tratamento nessa mesma contratação. Por sua vez, o princípio visa, não apenas a salvaguarda do normal funcionamento do mercado e a protecção dos concorrentes, mas, também, a salvaguarda do interesse público, na medida em que a concorrência permite, em princípio, que a celebração do contrato se faça nas melhores condições financeiras, desde logo, porque quanto maior for o número de entidades com interesse em contratar, mais essas entidades batalharão entre si para a apresentação da melhor proposta.

Não obstante, é certo que a concorrência não assume o mesmo papel em todos os procedimentos. Assume uma posição paradigmática no concurso público – o procedimento clássico na promoção do princípio da concorrência – e vai sofrendo restrições ao longo dos restantes procedimentos, sendo certo que, enquanto valor fundamental da contratação pública, nunca deixará de se observar, até mesmo no procedimento por ajuste directo, onde são visíveis as projecções deste princípio. Outrossim, o princípio da concorrência perpassa todas as fases do procedimento, manifestando-se, inclusivamente, na fase contratual.¹⁸

¹⁷ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, Volume I, Almedina, págs. 479-516 (pág. 482). No mesmo sentido, referindo-se ao princípio da concorrência como a “verdadeira trave-mestra da contratação pública, uma espécie de *umbrella principle*”, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios, ...”, *cit.*, págs. 66-67.

¹⁸ Sobre as projecções do princípio da concorrência nos procedimentos de adjudicação, cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios, ...”, *cit.*, págs. 69 e seguintes; JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código, ...*, *cit.*, págs. 45-46; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito ...*, *cit.*, pág. 83; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, págs. 478 e seguintes; JOÃO MOREIRA, “Cartelização em contratação pública - A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, *Estudos de Contratação Pública III*, Coimbra Editora, 2010, págs. 201-259; NUNO CUNHA RODRIGUES, “A nulidade de contratos públicos à luz do direito da concorrência”, *Estudos de Contratação Pública IV*, Coimbra Editora, 2013, págs. 181-230.

Indissociável do princípio da concorrência surge o *princípio da igualdade* que, como já referimos, impõe que os procedimentos de adjudicação proporcionem iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, não podendo ser feita uma discriminação infundada ou injustificada. Desde logo, o princípio da igualdade de tratamento entre cidadãos e empresas proíbe qualquer discriminação em razão da nacionalidade e a criação de obstáculos à liberdade de circulação.¹⁹ Ademais, é fundamental que na adjudicação dos contratos públicos todos os interessados beneficiem das mesmas condições aquando da apresentação das suas propostas. Assim é, porque a vinculação ao princípio da igualdade de oportunidades das empresas resulta de o contrato público representar uma vantagem para um operador económico intrinsecamente conexas com uma desvantagem para os demais operadores concorrentes.²⁰

Face ao exposto, estamos em condições de compreender que é de acordo com o princípio da concorrência, associado ao princípio da igualdade, que se justifica a existência de determinadas causas de exclusão de operadores económicos dos procedimentos de adjudicação. Com efeito, se o princípio da concorrência, por um lado, determina a abolição das barreiras de acesso aos procedimentos de contratação, por outro lado, serve de fundamento a essas barreiras, na medida em que não basta a prossecução da maior concorrência possível mas, antes, a prossecução de uma concorrência efectiva e sã.

Em conformidade, e na senda do que já vinha previsto no artigo 45º da Directiva 2004/18/CE, o legislador comunitário estabelece, no artigo 57º da nova Directiva, os motivos de exclusão da participação em procedimentos de adjudicação, sendo alguns deles vinculativos e outros facultativos. Esta questão é importante, na medida em que a exclusão de operadores económicos baseada no incumprimento de contratos anteriores não pode configurar uma *causa de exclusão automática* de concorrentes. Essa exclusão poderá efectivamente ocorrer mas apenas no âmbito de uma apreciação em concreto de cada caso, em nome de princípios estruturantes. Esta é, de resto, a posição firmada pelo Tribunal de Justiça, que na sua vasta jurisprudência tem censurado as disposições do direito nacional que estabelecem causas automáticas de exclusão de operadores económicos.²¹

Assim sendo, relativamente à hipótese prevista na nova Directiva, que alarga os

¹⁹ Para uma análise das manifestações do princípio da igualdade, cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, págs. 111 e seguintes.

²⁰ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência, ...”, *cit.*, pág. 490.

²¹ Veja-se, a título de exemplo, o caso *Assitur* (de 19.05.2009, proc. C-376/08), em que se coloca o problema da exclusão de empresas que se encontrem numa relação de domínio entre si. O Tribunal de Justiça esclarece que a enumeração taxativa das causas de exclusão previstas no nº 1 do artigo 45º da Directiva 2004/18/CE, não impede os Estados-Membros de adoptarem outras medidas tendentes à exclusão de operadores económicos, baseadas noutros factores e em prol dos princípios gerais de direito comunitário, como o princípio da concorrência e da igualdade. Fundamental é que essas causas de exclusão respeitem o princípio da proporcionalidade e não vão além do que é necessário para alcançar os objectivos da concorrência e da salvaguarda do interesse público, designadamente. Na mesma linha, encontramos as decisões proferidas nos acórdãos *Fabricom* (de 03.03.2005, proc. C-21/03) e *Michaniki* (de 16.12.2008, proc. C-213/07).

motivos de exclusão de operadores económicos aos casos em que se verificaram falhas significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial de um contrato anterior, constatamos que estamos na presença de uma *causa de exclusão facultativa*, que poderá levar, ou não, à exclusão do operador económico num caso concreto. De facto, compreende-se que assim seja, desde logo, porque há que reconhecer aos Estados-Membros uma certa margem de apreciação para efeitos da adopção de medidas destinadas a garantir o respeito dos princípios comunitários. Por outro lado, apenas se justifica a existência de causas de exclusão automática nos casos que comprometem de forma mais gravosa a existência de uma concorrência efectiva e leal.²² Nos demais casos, deve facilitar-se o acesso à contratação pública, estabelecendo-se medidas que respeitem o princípio do *favor participationis*, designadamente através da adopção de causas de exclusão facultativas.

Do mesmo modo, cabe ao direito nacional, aquando da transposição da Directiva, concretizar o que vem previsto em sede de motivos de exclusão, sendo certo que os Estados-Membros apenas estão obrigados a adoptar na sua legislação interna os motivos de exclusão previstos no nº 1 e nº 2, 1º parágrafo, do artigo 57º.

No que concerne à exclusão de operadores económicos com base em incumprimento contratual anterior, o direito nacional deve prever prazos máximos para a duração deste tipo de impedimentos, no respeito pelo *princípio da proporcionalidade*. Com efeito, manda este princípio que a entidade adjudicante tome em consideração a situação individual de cada operador económico para efeitos de uma eventual exclusão de determinado procedimento de contratação pública.

Outrossim, a entidade adjudicante apenas deve decidir-se pela exclusão do operador nos casos em que essa opção se revele necessária para atingir o interesse público prosseguido, que consistirá, conforme se retira do acórdão *Forposta* referido *supra*, na “exclusão dos operadores económicos *realmente pouco fiáveis*” (itálico nosso).²³ É dizer, o que se exige à entidade adjudicante é que, “considerando a função e objectivos do procedimento em causa, não adopte medidas restritivas da concorrência sem justificação suficiente e adequada para o efeito”.²⁴

Em sede de aplicação das causas de exclusão facultativas, o legislador comuni-

²² Falamos da condenação por decisão final transitada em julgado com fundamento na participação numa organização criminosa, corrupção, fraude, infracções terroristas ou relacionadas com actividades terroristas, branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos e, ainda, a falta de pagamento das obrigações em matéria de pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social, se tal tiver sido determinado por decisão judicial ou administrativa transitada em julgado e com efeito vinculativo de acordo com as disposições legais do país onde se encontra estabelecido ou do Estado-Membro da autoridade adjudicante. A obrigação de excluir aplica-se também caso a pessoa condenada por decisão final transitada em julgado seja membro dos órgãos administrativos, de direcção ou de supervisão desse operador económico ou tenha poderes de representação, decisão ou controlo nesses órgãos.

²³ A propósito do princípio da proporcionalidade, cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios, ... cit.*, págs. 162 e seguintes; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios, ...”, *cit.*, págs. 104-105 e MARIA ALESSANDRA SANDULLI/ROSANNA DE NICTOLIS/ROBERTO GAROFOLI, *Trattato sui Contratti Pubblici – I*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, págs. 163-164.

²⁴ Neste sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios, ...”, *cit.*, pág. 104.

tário fez expressa menção ao princípio da proporcionalidade e à obrigação da sua observância por parte das entidades adjudicantes. Deste modo, aquando da exclusão de operadores económicos com base no disposto no artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g), deverá ter-se em conta que as pequenas falhas apresentadas no decurso da execução de um contrato anterior não poderão ser fundamento para a exclusão do operador económico do actual procedimento. As falhas observadas deverão efectivamente comprometer a fiabilidade do operador económico, de tal forma que o interesse público na boa execução do contrato não permita a adjudicação àquele concorrente, porque incorreu em incumprimento em contratos anteriores, não se podendo correr o risco da repetição dessa conduta.

Assim sendo, embora isso não resulte claro do texto da Directiva, parece-nos que o contrato anterior à luz do qual, no actual procedimento, se está a avaliar o desempenho do operador económico, deve ter um *objecto idêntico* ao do contrato que agora se pretende celebrar. Parece ser assim, pois só assim a deficiente execução de um requisito essencial do contrato anterior poderá efectivamente comprometer a boa execução do actual contrato, retirando ao operador económico a fiabilidade necessária para que o contrato seja com ele celebrado.

4. Conclusão

Aqui chegados, cumpre fazer as considerações finais. Começámos por ver que a nova Directiva sobre os contratos públicos, a Directiva 2014/24/UE, leva a cabo um alargamento dos motivos de exclusão dos operadores económicos de procedimentos de contratação pública, designadamente, introduz a possibilidade da sua exclusão quando tenham apresentado deficiências na execução de um contrato anterior.

Não obstante, e apesar de compreendermos a bondade do legislador comunitário ao introduzir esta nova causa de exclusão, a acusação de falhas na execução de um contrato anterior não poderá ser, sem mais, fundamento para a exclusão do operador económico. Com efeito, vimos a este propósito que as regras da contratação pública assentam no respeito por determinados princípios, que, por sua vez, exigem um especial cuidado no tratamento das restrições à participação em procedimentos de contratação.

O princípio da concorrência, intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade, determina que o maior número possível de empresas tenham acesso ao procedimento lançado, no respeito pelo princípio do *favor participationis*, pois só dessa forma haverá um aumento da escolha quanto à proposta melhor e mais vantajosa para o interesse público.²⁵

Assim sendo, para além de se prever o carácter não automático deste tipo de causa de exclusão, numa opção reveladora da importância do princípio *supra* referido, exige-se uma análise casuística e ponderada das falhas concretamente apresentadas pelo operador económico no contrato anterior, no respeito pelo princípio da proporcionalidade. Ademais, exige-se a acusação de falhas ao nível de requisitos essenciais

²⁵ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões, ... cit.*, pág. 392.

daquele tipo de contrato, o que nos leva a concluir que neste tipo de situações há-de estar em causa a celebração de um contrato com um objecto idêntico ao do contrato onde o operador económico apresentou as referidas falhas. Por último, não poderemos estar na presença de pequenas irregularidades mas, antes, de um incumprimento que tenha levado à rescisão antecipada do contrato anterior, condenação por danos ou sanções comparáveis.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, 2007, págs. 3-16;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, 3ª edição;
- CABRAL, Margarida Olazabal, “O artigo 55º, alínea j), do Código dos Contratos Públicos: mais vale ser do que parecer”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 1 (Janeiro-Abril 2011), Cedipre, págs. 125-171;
- DURVIAUX, Ann Lawrence, “Précisions relatives à la faute grave en matière professionnelle”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, abril-junho 2013, págs. 354-355;
- ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012;
- GOMES, Carla Amado, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008, págs. 519-567;
- GONÇALVES, Pedro Costa, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, Volume I, Almedina, págs. 479-516;
- , *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013;
- MEDEIROS, Rui, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 69, Maio/Junho 2008, págs. 3-29;
- MOREIRA, João, “Cartelização em contratação pública -A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, *Estudos de Contratação Pública III*, Coimbra Editora, 2010, págs. 201-259;
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008, págs. 51-113;
- , “Restrições à participação em procedimentos de contratação pública”, *Revista de Direito Público e Regulação*, nº 1, Maio de 2009, Cedipre, págs. 27-34;
- PASSARELLI, Giuseppina, “Criteri di selezione qualitativa nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: la Corte di giustizia delimita la nozione di errore grave in materia professionale”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G. Giappichelli Editore, 2013 – II, págs. 713-721;
- RODRIGUES, Nuno Cunha, “A nulidade de contratos públicos à luz do direito da concorrência”, *Estudos de Contratação Pública IV*, Coimbra Editora, 2013, págs. 181-230;
- SANDULLI, Maria Alessandra/ NICTOLIS, Rosanna De/ GAROFOLI, Roberto, *Trattato sui Contratti Pubblici – I*, Milano, Giuffrè Editore, 2008;
- SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Anotado*, Almedina, 2013;
- SMITH, Susie, “EU: Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA (C-465/11) – exclusion on the grounds of grave professional misconduct”, *Public Procurement Law Review*, 2013, 3, NA57-NA60;
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo III – Contratos Públicos*, D. Quixote, 2009, 2ª edição;
- VIANA, Cláudia, “A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010, págs. 153-196;
- , *Os princípios comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.



• U



C •

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA