

Processo C-472/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

20 de junho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França)

Data da decisão de reenvio:

14 de junho de 2019

Recorrente:

Vert Marine SAS

Recorridos:

Premier ministre

Ministre de l'Économie et des Finances

CONSEIL D'ÉTAT

que delibera

em formação jurisdicional

[Omissis]

Visto o seguinte processo:

Por petição e réplica, apresentadas em 20 de março e 26 de setembro de 2018, no Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État (Secretaria do Contencioso do Conselho de Estado), a sociedade Vert Marine pediu a este Conseil d'État que:

1.º) anulasse, por abuso de poder, a decisão implícita de indeferimento que surge do silêncio mantido pelo Premier ministre (Primeiro-Ministro) relativamente ao seu pedido destinado à revogação dos artigos 19.º e 23.º do décret n.º 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);

2.º) ordenasse ao Premier ministre (Primeiro-Ministro) que revogasse essas disposições e que as substituísse por disposições que permitam assegurar a conformidade desse decreto com o direito da União Europeia num prazo de 3 meses a partir da notificação da decisão a proferir;

[Omissis]

Alega que as disposições regulamentares cuja revogação é pedida:

- *[Omissis]* [considerações de direito constitucional nacional]
- implementam um conjunto de proibições obrigatórias de apresentação de propostas incompatível com as disposições do artigo 38.º da Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

Por contestação, apresentada em 26 de julho de 2018, o Premier ministre (Primeiro-Ministro) declarou subscrever as observações do ministre de l'économie et des finances (Ministro da Economia e das Finanças).

Por contestação, apresentada em 27 de julho de 2018, o ministre de l'économie et des finances (Ministro da Economia e das Finanças) conclui pedindo que seja negado provimento ao recurso. Alega que a petição é inadmissível uma vez que a sociedade Vert Marine não tem interesse em agir e que os fundamentos invocados pela recorrente são improcedentes.

[Omissis]

Visto:

- o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;
- a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014;
- o code de la commande publique (Código dos Contratos Públicos);
- o code pénal (Código Penal);
- o code de procédure pénal (Código de Processo Penal);
- a ordonnance n.º 2016-65 du 29 janvier 2016 (Despacho n.º 2016-65, de 29 de janeiro de 2016);
- o décret n.º 2018-1075 du 3 décembre 2018 (Decreto n.º 2018-1075, de 3 de dezembro de 2018);

[Omissis]

Tendo em conta o seguinte:

1. A autoridade competente, à qual tenha sido submetido um pedido de revogação de um regulamento ilegal, é obrigada a deferir-lo, independentemente de esse regulamento ser ilegal desde a data da sua assinatura ou de a ilegalidade resultar de circunstâncias de direito ou de factos posteriores a tal data. Quando, depois da apresentação de uma petição contra uma recusa de revogação das disposições de carácter regulamentar, a autoridade que adotou o regulamento controvertido procede à sua revogação expressa ou tácita, o litígio que surge dessa recusa de revogação perde o seu objeto. No entanto, assim não será quando esta mesma autoridade retomar, num novo regulamento, as disposições que revoga, sem as alterar ou introduzindo-lhes apenas alterações meramente formais.
2. A Secção II do artigo 19.º do décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (Decreto de 1 de fevereiro de 2016 relativo aos contratos de concessão) prevê que cada candidato à adjudicação de um contrato de concessão deve apresentar todos os documentos que justificam que não é objeto de nenhuma das exclusões do procedimento de adjudicação de contratos de concessão previstas nos artigos 39.º, 40.º e 42.º da ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux mêmes contrats (Despacho de 29 de janeiro de 2016 relativo aos mesmos contratos). A Secção II do artigo 23.º do mesmo decreto acrescenta, no seu segundo parágrafo, que as candidaturas não admissíveis são excluídas, especificando que é, nomeadamente, «inadmissível a candidatura apresentada por um candidato que não pode participar no procedimentos de adjudicação nos termos dos artigos 39.º, 40.º, 42.º e 44.º do Despacho de 29 de janeiro de 2016».
3. Embora resulte dos documentos dos autos que os artigos 19.º e 23.º do décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (Decreto de 1 de fevereiro de 2016 relativo aos contratos de concessão) foram revogados pelo décret du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (Decreto de 3 de dezembro de 2018 relativo à parte regulamentar do Código dos Contratos Públicos), essas disposições foram retomadas, com alterações meramente formais, nos artigos R. 3123-16 a R. 3123-21 do code de la commande publique (Código dos Contratos Públicos). Por conseguinte, os pedidos destinados à sua revogação não perderam o seu objeto e devem considerar-se dirigidos contra estes últimos artigos.

Quanto à admissibilidade da petição:

4. Resulta dos documentos dos autos que a sociedade Vert Marine é especializada na gestão delegada de instalações desportivas e de lazer e que o essencial da sua atividade resulta da exploração de contratos de concessão adjudicados com coletividades públicas. Demonstra, por conseguinte, um interesse que lhe confere a qualidade para interpor um recurso por abuso de poder contra a recusa de revogação das disposições regulamentares controvertidas, na medida em que não preveem um dispositivo de execução que permita a um operador económico candidato à adjudicação de um contrato de concessão escapar às proibições de apresentação de propostas previstas em caso de condenação por determinadas infrações.

5. *[Omissis]* [considerações de direito processual nacional]

Quanto à legalidade interna das disposições regulamentares controvertidas:

6. A sociedade Vert Marine alega que os artigos 19.º e 23.º do decreto de 1 de fevereiro de 2016, cujas disposições foram retomadas no code de la commande publique (Código dos Contratos Públicos), são ilegais na medida em que aplicam o artigo 39.º do despacho de 29 de janeiro de 2016 que é incompatível com os objetivos do artigo 38.º da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.
7. Esse fundamento, contrariamente ao que alega o ministre de l'économie et des finances (Ministro da Economia e das Finanças) na sua contestação, pode ser utilmente invocado na medida em que as disposições dos artigos 19.º e 23.º do decreto, que fixam a lista dos documentos que permitem justificar que o candidato não é objeto de nenhuma exclusão de apresentação de propostas, devem ser consideradas no sentido de terem sido adotadas para a aplicação do artigo 39.º do despacho.
8. O artigo 38.º da Diretiva 2014/23/UE prevê motivos de exclusão, obrigatórios ou facultativos, dos operadores económicos em relação aos procedimentos de adjudicação de contratos de concessão. O seu n.º 4 precisa as infrações para as quais a condenação de um operador económico implica obrigatoriamente uma proibição da sua participação nos procedimentos de adjudicação de concessão. No entanto, nos termos do n.º 9 do mesmo artigo, *«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.»*

Nos termos do n.º 10 do mesmo artigo: *«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».

Essas disposições são fundamentadas pelo considerando 71 da diretiva, nos termos do qual: «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».

9. Nos termos do artigo 39.º da ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (Despacho de 29 de janeiro de 2016 relativo aos contratos de concessão), hoje retomado no artigo L. 3123-1 do code de la commande publique (Código dos Contratos Públicos): *«Estão excluídos do procedimento de adjudicação dos 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, 373-7, 373-3, 374-7, 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 Europeia. / A condenação por sentença transitada em julgado por uma dessas infrações ou pelo encobrimento de uma*

dessas infrações de um membro do órgão de gestão, da administração, da direção ou da fiscalização ou de uma pessoa singular que detenha um poder de representação, de decisão ou de fiscalização de uma pessoa coletiva implica a exclusão do procedimento de adjudicação de contratos de concessão desta pessoa coletiva, enquanto essa pessoa singular exercer tais funções. / A exclusão do procedimento de adjudicação dos contratos de concessão a título do presente ponto 1.º é aplicável por uma duração de cinco anos a partir da prolação da condenação (...)».

10. A sociedade Vert Marine alega que o direito francês viola os objetivos da Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, uma vez que nem as disposições de direito interno referidas no número anterior nem nenhuma outra disposição preveem, para um operador que seja condenado por uma sentença transitada em julgado por uma das infrações indicadas que esteja, devido a este facto, em aplicação do ponto 1.º do artigo 39.º do despacho de 29 de janeiro de 2016, excluído dos procedimentos de adjudicação dos contratos de concessão durante cinco anos, a possibilidade de aplicação de medidas específicas destinadas a comprovar a sua fiabilidade junto de uma entidade adjudicante.
11. A resposta a este fundamento depende da questão de saber se a Diretiva de 26 de fevereiro de 2014 deve ser interpretada no sentido que obsta, de modo absoluto, a que a legislação de um Estado-Membro possa não proporcionar a um operador económico abrangido por um motivo de exclusão, como os referidos no ponto 1.º do artigo 39.º do despacho de 29 de janeiro de 2016, a possibilidade de apresentar provas a fim de comprovar que as medidas que adotou bastam para demonstrar a sua fiabilidade à entidade adjudicante apesar da existência desse motivo de exclusão, mesmo quando se trate de infrações de especial gravidade que o legislador pretendeu eliminar, com o objetivo de moralizar os contratos públicos, para garantir a exemplaridade dos candidatos.
12. Além disso, o ministre de l'économie et des finances (Ministro da Economia e das Finanças) alega, nos seus articulados de defesa, que existem no direito francês diferentes mecanismos, como o levantamento — que permite ao órgão judicial levantar, total ou parcialmente, uma qualquer interdição, inibição ou inabilitação de uma pessoa, resultante de condenação penal —, a reabilitação judicial — que permite eliminar todas as inabilitações e inibições resultantes de uma condenação — e a exclusão da menção da condenação no Boletim n.º 2 do registo criminal, previstos, respetivamente, no artigo 132.-21 do code pénal (Código Penal), no artigo 133.-12 do code pénal (Código Penal) e no artigo 775.-1 do code de procédure pénal (Código de Processo Penal), e que a diretiva deixa aos Estados-Membros a liberdade de decidir se conferem a cada autoridade adjudicante ou entidade adjudicante a possibilidade de apreciar a pertinência das medidas de execução ou de confiar essas tarefas a outros poderes a nível central ou descentralizado. A resposta ao fundamento invocado pela petição depende assim também da questão de saber se esses mecanismos, aplicados por uma autoridade judicial, podem ser encarados como dispositivos de execução adequados, o que pressupõe determinar se uma autoridade judicial pode ser

encarada como um poder a nível central ou descentralizado, na aceção do considerando 71 da diretiva, e se as condições de concessão de medidas judiciais da natureza das que existem no direito francês podem permitir equipará-las a dispositivos de execução na aceção da diretiva.

13. Estas questões são determinantes para a resolução do litígio submetido ao Conseil d'État e apresentam uma dificuldade séria. Por conseguinte, há que submeter estas questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e, até que este se pronuncie, que suspender a instância no que diz respeito à apreciação do recurso da sociedade Vert Marine.

DECIDE:

Artigo 1.º: É suspensa a instância no recurso interposto pela sociedade Vert Marine, até que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronuncie quanto às seguintes questões:

1.º Deve a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, 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.º Embora a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, 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 judiciais? 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 registo criminal podem ser equiparados a dispositivos de execução na aceção da diretiva?

[Omissis] [omissis] [indicações de natureza processual]