

Processo C-387/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

17 de maio de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Raad van State (Bélgica)

Data da decisão de reenvio:

7 de maio de 2019

Recorrentes:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Recorrido:

Vlaams Gewest

Objeto do processo principal

Recurso de anulação da decisão de 29 de novembro de 2016 da Divisão de Estradas e Trânsito da Flandres Oriental [afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen] da Agência de Estradas e Trânsito da Região da Flandres [agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest] que adjudica um contrato público de empreitada de realização de obras rodoviárias a um concorrente das recorrentes.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

Base jurídica: artigo 267.º TFUE

O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a questão de saber se é exigível a um proponente que foi excluído pela autoridade adjudicante por «falta profissional grave» que indique, por iniciativa própria, eventuais faltas profissionais graves e as medidas de saneamento interno que tomou a esse respeito, ou se a autoridade

adjudicante deve prever um procedimento contraditório, depois de ter concluído que, em seu entender, se verifica uma falta profissional grave que pode conduzir à exclusão, e antes de poder decidir, de facto, a exclusão.

Questões prejudiciais

1. Deve o disposto no artigo 57.º, n.º 4, [alíneas] c) e g), em conjugação com os n.ºs 6 e 7 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, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma aplicação destas normas por força da qual o operador económico está obrigado a fornecer provas, por iniciativa própria, das medidas que tomou para demonstrar a sua fiabilidade?
2. Em caso afirmativo, as disposições do artigo 57.º, n.º 4, [alíneas] c) e g), em conjugação com os n.ºs 6 e 7 da [Diretiva 2014/24], assim interpretadas, têm efeito direto?

Disposições de direito da União invocadas

- Artigo 57.º, n.º 4, alíneas c) e g), n.º 6 e n.º 7; artigo 69.º, n.º 1; artigo 90.º 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)
- Princípio geral de direito do contraditório
- Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro de 2016, que estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública (JO L 3, p. 16)

Disposições nacionais invocadas

- Artigos 23.º e 24.º da Lei de 15 de junho de 2006 relativa aos contratos públicos e a determinados contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços [wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten]
- Artigos 2.º e 3.º da Lei de 29 de julho de 1991 relativa à fundamentação expressa dos atos da administração [wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen]
- Artigo 70.º da Lei de 17 de junho de 2016 relativa aos contratos públicos [wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten]

- Artigo 61.º, § 1 e § 2, do Decreto Real de 15 de julho de 2011 relativo aos contratos públicos nos setores clássicos [koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren]
- Artigo 20.º do Caderno geral de encargos dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento, e dos contratos públicos de serviços e dos contratos de concessão de obras públicas, anexo ao Decreto Real de 26 de setembro de 1996 [algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken gevoegd als bijlage bij het Koninklijk besluit van 26 september 1996]
- Princípios gerais de direito da boa administração: o princípio da igualdade, o princípio da concorrência, o princípio da diligência, e o princípio da transparência e o princípio da fundamentação material

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Agência de Estradas e Trânsito da Região da Flandres [agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest] lançou um procedimento de adjudicação de um contrato público de empreitada de obras rodoviárias. O contrato foi adjudicado por concurso público. No anúncio foi expressamente referido que a autoridade adjudicante podia excluir um proponente se este tivesse cometido uma falta profissional grave.
- 2 A proposta das recorrentes, que formam, em conjunto, uma sociedade temporária, foi excluída na decisão de adjudicação da participação no concurso, por faltas profissionais graves. Na fundamentação do relatório de adjudicação, confirmado na decisão de adjudicação, explicam-se os factos que são considerados faltas profissionais graves em relação a cada uma das recorrentes. Trata-se, nomeadamente, da violação das regras relativas à segurança e à saúde no estaleiro, de sinalização rodoviária deficiente e de deficiências (técnicas) na execução de trabalhos anteriores.
- 3 As recorrentes interpuseram recurso de anulação desta decisão de adjudicação no órgão jurisdicional de reenvio.
- 4 Este considera que a resolução do litígio exige uma interpretação do direito da União, mais especificamente do artigo 57.º da Diretiva 2014/24.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 As recorrentes alegam a violação dos artigos 23.º e 24.º da referida Lei de 15 de junho de 2006, do artigo 57.º, n.ºs 4, 6 e 7, da Diretiva 2014/24, do princípio *audi et alteram partem* previsto na diretiva, dos artigos 2.º e 3.º da Lei de 29 de julho

de 1991 («lei da fundamentação formal») e de vários princípios gerais de boa administração.

- 6 Consideram que, antes de serem excluídas com fundamento em alegadas faltas profissionais graves, devem ter a possibilidade de apresentar a respetiva defesa, mediante a qual possam demonstrar que resolveram os problemas. As referidas disposições da diretiva preveem um procedimento contraditório através do qual o proponente pode demonstrar que as faltas do passado foram retificadas ou estão ultrapassadas e determinam, além disso, que factos como os que estão ora em causa podem ser utilizados, no máximo, durante três anos para recusar um proponente, mesmo que este não demonstre que resolveu, entretanto, os problemas.
- 7 As recorrentes invocam, a este respeito, o efeito direto das referidas disposições da diretiva.

A diretiva, que não foi transposta para a ordem jurídica belga no prazo fixado, pode ser invocada contra o recorrido enquanto administração regional, tendo em conta a interpretação ampla que o Tribunal de Justiça faz do conceito de «Estado».

As recorrentes entendem que as referidas disposições são incondicionais, claras e precisas. A menção de que os Estados-Membros devem «tomar as medidas necessárias» e a mera indicação, no preâmbulo, de que as condições processuais e materiais exatas devem ser determinadas pelos Estados-Membros – condições que, segundo os recorrentes, apenas se referem ao processo – não significam, por si só, que a introdução do direito de cada operador económico a fornecer a prova do respetivo saneamento interno seja condicional.

As recorrentes referem, nomeadamente, a sistemática da diretiva, que deve, no seu entender, ser lida no sentido de que todos os operadores económicos devem ter a possibilidade de demonstrar que tomaram medidas se a autoridade adjudicante entender que a sua integridade foi afetada pela falta cometida. Com efeito, o proponente só pode saber o que a autoridade considera ser uma falta grave se tal lhe for comunicado. Por conseguinte, «a *ratio legis* do princípio do contraditório [implica] [...] que a parte a quem é conferido o direito de se pronunciar sabe qual é o assunto sobre o qual lhe é conferido o direito de se pronunciar». Assim, um candidato ou proponente não deve demonstrar «por iniciativa própria» que tomou medidas corretivas. A referida obrigação, imposta por uma lei futura, não se aplica, segundo os recorrentes, ao contrato público em apreço e, além disso, é contrária ao conteúdo essencial e à finalidade do artigo 57.º da diretiva que prevê, tal como em relação aos preços anormais, um procedimento contraditório de verificação.

Acresce que também foi violado o princípio de direito *audi et alteram partem*, expressamente previsto na diretiva. Além disso, o recorrido não foi diligente e agiu em violação do princípio da transparência, do princípio da concorrência

adequada e do princípio da igualdade, uma vez que as recorrentes foram tratadas de modo desigual em comparação com os seus «colegas europeus».

- 8 O recorrido contesta, em primeiro lugar, o efeito direto do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, rejeitando o caráter incondicional, claro e preciso do artigo 57.º, n.º 6, da referida diretiva. O recorrido entende que este requisito não é cumprido, pelo menos no tocante às medidas corretivas, uma vez que o artigo 57.º, n.º 7, determina que 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». Refere igualmente a este respeito o considerando 102 da diretiva. A própria forma sucinta como a diretiva «desenvolve» o regime das medidas corretivas implica que os Estados-Membros dispõem de um amplo poder discricionário na transposição da diretiva nesta matéria. A diretiva não determina, por exemplo, quando deve o candidato ou proponente comunicar que foram tomadas medidas corretivas, nem de que modo deve fazê-lo. O amplo poder discricionário de que os Estados-Membros dispõem para desenvolver o regime relativo às medidas corretivas resulta também do facto de a diretiva deixar aos Estados-Membros a escolha da entidade – a autoridade adjudicante ou outro órgão – competente para avaliar as medidas corretivas. Também aponta nesse sentido o facto de o legislador belga ter aditado ou esclarecido aspetos fundamentais do regime relativo às medidas corretivas na ainda futura lei à data da adjudicação do contrato (artigo 70.º da Lei de 17 de junho de 2016, que transpõe o artigo 57.º da Diretiva 2014/24).
- 9 A título subsidiário, o recorrido sustenta que a decisão impugnada não viola o regime relativo ao saneamento interno estabelecido pela diretiva. Uma vez que a diretiva se limita a descrever em termos muito gerais o modo como deverá ser desenvolvido o regime das medidas corretivas, é difícil, para a autoridade adjudicante, determinar, com base no artigo 57.º, n.º 6, o modo como esta deve aplicar o regime de saneamento interno (*self cleaning*). Portanto, o recorrido considera lógico que, nessas circunstâncias, se procurasse seguir a Lei de 17 de junho de 2016, que impõe a obrigação de fornecer provas, por iniciativa própria, das medidas concretas tomadas, mesmo que esta ainda não tivesse entrado em vigor. Segundo o recorrido, não havia nada que impedisse os recorrentes de comunicar as medidas corretivas em questão com a apresentação da sua proposta

O recorrido considera que uma tal interpretação do regime relativo às medidas corretivas não é incompatível com o artigo 57.º da diretiva. Com efeito, o proponente é o mais indicado para apreciar se está abrangido por uma das causas de exclusão facultativas e se deve, portanto, tomar medidas de correção. *In casu*, a gravidade das faltas cometidas em contratos de empreitada anteriores era evidente, sobretudo tendo em conta que esses contratos foram igualmente adjudicados pelo recorrido.

No que diz respeito à comparação com o procedimento contraditório de verificação de preços anormais, o recorrido observa ainda a esse respeito que

resulta do próprio artigo 57.º, n.º 6, e da sua comparação com o artigo 69.º, n.º 1, da diretiva que existe uma diferença fundamental entre estas disposições.

Refere igualmente o Regulamento de Execução (UE) 2016/7, que prevê no formulário-tipo constante do anexo, relativamente a cada motivo de exclusão facultativo, incluindo as faltas profissionais graves, se for caso disso, a possibilidade de indicar se foram tomadas medidas de saneamento interno e de descrevê-las. O recorrido depreende desse facto que a Comissão Europeia também entende que resulta da Diretiva 2014/24 que cabe ao próprio candidato ou proponente tomar a iniciativa e indicar à autoridade adjudicante as eventuais medidas corretivas.

O recorrido contesta ainda que se possa admitir que o procedimento de saneamento interno difere consoante o motivo de exclusão pertinente. Uma vez que a diretiva visa uma simplificação administrativa substancial do procedimento de contratação pública, não se pode depreender desse facto que o legislador da União pretendesse prever procedimentos diversos no que respeita ao saneamento interno.

Ainda a título subsidiário, o recorrido refere que os princípios da boa administração não foram violados. O recorrido refere, por último, a jurisprudência assente do *Raad van State* [Conselho de Estado] sobre o dever de audição em apoio da sua alegação de que a autoridade adjudicante que pretende tomar uma decisão de exclusão não está, em princípio, sujeita ao dever de audição, porque tal decisão não retira um benefício previamente concedido nem impõe uma sanção, limitando-se a não conceder o benefício que é solicitado.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 10 A título preliminar, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o anúncio do concurso foi publicado em 11 e 13 de maio de 2016, ou seja depois da data-limite para transposição da diretiva, a saber 18 de abril de 2016. A partir da referida data, também deve ser utilizado o formulário-tipo referido no Regulamento de Execução 2016/7 para a elaboração do Documento Europeu Único de Contratação Pública. O referido formulário refere sob a epígrafe «Motivos de exclusão» a possibilidade de comunicar se o operador económico tomou medidas de saneamento interno e de descrever estas medidas, se for caso disso.

O artigo 61.º, § 2, 4º, do Decreto Real de 2011, aplicável no processo principal, com base na qual as recorrentes foram excluídas, determinava que o candidato ou proponente que cometeu uma falta profissional grave era excluído em qualquer fase do procedimento de adjudicação.

O órgão jurisdicional de reenvio observa ainda que a Lei de 17 de junho de 2016 – que prevê um procedimento que permite ao candidato ou proponente que pode ser excluído com fundamento em faltas graves demonstrar, por iniciativa própria, que

tomou «medidas corretivas» – ainda não tinha entrado em vigor na data da decisão impugnada.

O órgão jurisdicional de reenvio entende que, para a apreciação do recurso de anulação, importa responder à questão de saber se o artigo 57.º, n.º 4, alíneas c) e g), em conjugação com os n.ºs 6 e 7, da Diretiva 2014/24 se opõem ou não a uma aplicação destas normas por força da qual é excluído um operador económico que, como sucede no caso em apreço, é acusado pela autoridade adjudicante de ter cometido uma falta profissional grave e não comunicou, por iniciativa própria, eventuais medidas corretivas, sem que lhe tivesse sido dada a possibilidade – expressamente concedida pela autoridade adjudicante no contexto de uma intenção de exclusão – de fornecer provas de eventuais medidas para demonstrar a sua fiabilidade, ou sem que tivesse sido convidado a fornecer tais provas no anúncio do concurso ou nos documentos do caderno de encargos.

Se a resposta à referida questão for a de que a diretiva permite a referida aplicação, a questão de saber se as disposições pertinentes da diretiva são diretamente aplicáveis não carecem de apreciação.

Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio não encontra uma resposta clara a esta questão na formulação das disposições em causa ou na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Com efeito, a jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça, nomeadamente o acórdão de 24 de outubro de 2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (n.ºs 20 a 23 e dispositivo) sobre o regime relativo ao saneamento interno não trata a questão em causa no presente processo, nomeadamente a questão de saber se o artigo 57.º, n.º 6, da diretiva pode ser interpretado no sentido de que um operador económico deve alegar, por iniciativa própria, medidas de saneamento interno, ou se este deve ser convidado a fazê-lo antes de poder ser objeto de uma decisão de exclusão.

A formulação da disposição em causa da diretiva não fornece qualquer indicação, uma vez que se limita a referir que «qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.ºs 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão». O considerando 102 da diretiva também refere apenas em termos gerais que «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 contratação».

O formulário-tipo previsto no Regulamento de execução 2016/7 refere sob a epígrafe «Motivos de exclusão» a possibilidade de comunicar se o operador económico tomou medidas de saneamento interno e, se for caso disso, de descrever estas medidas.

Contudo, as eventuais causas de exclusão referem-se a situações diferentes. Em alguns casos, o operador económico em causa pode prever claramente se se verifica ou não uma importante causa de exclusão. No caso de outras causas de exclusão, a situação é menos evidente. Existem causas de exclusão obrigatórias e facultativas. Na medida em que possa estar em causa uma «falta grave», como sucede no presente processo, cabe às autoridades adjudicantes, de acordo com o considerando 101 da diretiva, considerar se houve falta profissional grave. Portanto, a qualificação como tal pela autoridade adjudicante nem sempre é previsível para o proponente. Nesse caso, deve o proponente agir por iniciativa própria, ou deve a autoridade adjudicante prever um procedimento contraditório, depois de ter declarado que, em seu entender, existe uma falta grave que pode conduzir à exclusão?

Além disso, as medidas de saneamento interno podem ser incluídas na apreciação da proporcionalidade da medida de exclusão. No entender do órgão jurisdicional de reenvio, uma interpretação no sentido de que deve ser previsto um procedimento contraditório antes de se poder decidir, de facto, pela exclusão, parece também promover a concorrência.

Em contrapartida, se a iniciativa pertencer ao proponente, há uma maior probabilidade de mais autoridades adjudicantes disporem das mesmas informações quando devem tomar uma decisão de adjudicação e existe, nesse sentido, uma maior transparência.

Quanto à analogia com o regime da averiguação dos preços anormais, o órgão jurisdicional de reenvio refere que o artigo 69.º da diretiva, relativo aos preços anormalmente baixos, prescreve à autoridade adjudicante vários comportamentos ativos, e que isso não se verifica expressamente no caso do regime do saneamento interno previsto no artigo 57.º, n.º 6, da diretiva. O órgão jurisdicional de reenvio chama ainda a atenção para as diferentes finalidades do regime relativo aos preços anormais e do regime do saneamento interno.

- 11 Quanto à aplicabilidade direta das disposições em causa, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou a esse respeito. Em seu entender pode-se, porém, concluir que o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24 necessita de medidas complementares para poder ser aplicado, nomeadamente na parte em que determina que qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.ºs 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade, não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. A mesma conclusão se impõe relativamente ao artigo 57.º, n.º 7, da referida diretiva. Assim, a diretiva não determina quando deve o candidato ou o proponente comunicar que foram tomadas medidas corretivas, ou de que modo deve fazê-lo, e a quem é confiada a avaliação dessas medidas.
- 12 Por outro lado, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a formulação de uma disposição, nos termos da qual o Estado-Membro «deve tomar as medidas

necessárias», não impede, em si mesma, que um determinado direito possa ser conferido de forma incondicional e suficientemente precisa pela diretiva. Por conseguinte, não se pode excluir, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, que embora não se possa aparentemente atribuir efeito direto a todas as disposições relativas ao saneamento interno, tal poderá talvez suceder em relação a determinadas partes que funcionam como uma garantia mínima.

No caso de o Tribunal de Justiça entender que a possibilidade conferida ao proponente no artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24 de demonstrar a sua fiabilidade, não obstante a existência de motivo de exclusão por falta grave, significa que a autoridade adjudicante deve, seja como for, dar essa possibilidade ao proponente, antes de excluí-lo com base no referido fundamento, levanta-se a questão de saber se tal pode ser considerado uma espécie de proteção mínima que pode ser determinada de forma precisa com base na diretiva.

- 13 Uma vez que existem dúvidas quanto à interpretação das disposições em causa, o órgão jurisdicional de reenvio decide submeter ao Tribunal de Justiça as referidas questões prejudiciais.

DOCUMENTO DE TRAMITACIÓN