

Processo C-403/23**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:**

30 de junho de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

16 de junho de 2023

Recorrente:

Luxone Srl, em nome próprio e na qualidade de mandatária do Raggruppamento Temporaneo di Imprese (Agrupamento Temporário de Empresas, a seguir «RTI») constituído com a Iren Smart Solutions SpA

Recorrida:

Consip SpA

Objeto do processo principal

Recurso interposto no Consiglio di Stato pela sociedade Luxone, em nome próprio e na qualidade de mandataria do RTI constituído com a sociedade Iren Smart Solutions (a seguir «recorrentes») do acórdão do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália, a seguir «TAR Lácio») que negou provimento ao recurso interposto por esta recorrente das medidas que lhe foram impostas pela Consip S.p.a. As referidas medidas previam a exclusão de um concurso e a execução das cauções provisórias que a recorrente tinha prestado no âmbito do processo de concurso.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O pedido de decisão prejudicial submetido pelo Consiglio di Stato, enquanto órgão jurisdicional de última instância, nos termos do artigo 267.º TFUE, destina-se a verificar a compatibilidade com a Diretiva 2004/18/CE e com os princípios da União Europeia da proporcionalidade, da liberdade de empresa, da livre circulação e da liberdade de estabelecimento da legislação italiana em matéria de alteração da composição do RTI, de exclusão do RTI do concurso em caso de retratação de um dos seus membros e de execução das cauções provisórias prestadas no âmbito do processo de concurso do qual foi excluído o proponente.

Questões prejudiciais

A) A Diretiva 2004/18/CE, os artigos 16.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os princípios da proporcionalidade, da concorrência, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços previstos nos artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE, opõem-se a normas de direito nacional [artigo 11.º, n.º 6, artigo 37.º, n.ºs 8, 9, 10, 18 e 19, e artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do decreto legislativo n.º 163 del 2006 (Decreto Legislativo n.º 163 de 2006)] que excluem, em caso de decurso do prazo de validade da proposta inicialmente apresentada por um agrupamento temporário de empresas em vias de constituição, a possibilidade de reduzir, no momento da prorrogação do prazo de validade da referida proposta, a composição inicial do agrupamento? Em especial, são as referidas disposições nacionais compatíveis com os princípios gerais do direito da União Europeia da livre iniciativa económica e do efeito útil, bem como com o artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?

B) A Diretiva 2004/18/CE, os artigos 16.º, 49.º, 50.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o artigo 6.º TUE e os princípios da proporcionalidade, da concorrência, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços previstos nos artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE, opõem-se a normas de direito nacional [artigos 38.º, n.º 1, alínea f), 48.º e 75.º do decreto legislativo n.º 163 del 2006 (Decreto Legislativo n.º 163 de 2006)], que preveem a aplicação da sanção de execução da caução provisória como consequência automática da exclusão de um operador económico de um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços, independentemente de o mesmo ter sido ou não adjudicatário no referido procedimento?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2004/18/CE, nomeadamente o considerando 2, o artigo 2.º e o artigo 4.º, n.º 2

Artigos 16.º, 49.º, 50.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta de Nice»)

Artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE

Artigo 6.º TUE

Disposições de direito nacional invocadas

Decreto legislativo n.º 163 del 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (in prosieguo: il «Codice dei contratti») (Decreto legislativo n.º 163 de 2006 que aprova o Código dos contratos públicos relativos a obras, serviços e fornecimentos em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE; a seguir «Código dos contratos»), na versão aplicável à data dos factos:

Artigo 11.º, n.º 6:

«Cada proponente pode apresentar apenas uma proposta. A proposta é vinculativa durante o período indicado no anúncio ou no convite para a apresentação de propostas e, na falta desta indicação, durante cento e oitenta dias a contar do termo do prazo para a sua apresentação. A entidade adjudicante pode solicitar aos proponentes a prorrogação do referido prazo.»

Artigo 37.º, n.ºs 8, 9, 10, 18 e 19:

«8. É permitida a apresentação de propostas pelas entidades referidas no artigo 34.º, n.º 1, alíneas d) e e), mesmo que ainda não tenham sido constituídas. Neste caso, a proposta deve ser subscrita por todos os operadores económicos que constituirão os agrupamentos temporários ou consórcios ordinários de concorrentes e incluir o compromisso de que, em caso de adjudicação, os mesmos operadores conferirão um mandato coletivo especial com poderes de representação a um deles [...] o qual celebrará o contrato em seu nome e por conta própria e dos mandantes.

9. [...] Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 18 e 19, é proibida qualquer alteração da composição dos agrupamentos temporários e consórcios ordinários de concorrentes relativamente à que resulta do compromisso apresentado aquando da apresentação da proposta.

10. A inobservância das proibições previstas no número anterior implica a anulação da adjudicação ou a nulidade do contrato, bem como a exclusão dos concorrentes reunidos no agrupamento [...]

18. Em caso de insolvência do mandatário ou, tratando-se de um empresário em nome individual, em caso de morte, interdição, inabilitação ou insolvência do mesmo, ou nos casos previstos na legislação antimáfia, a entidade adjudicante

pode prosseguir a relação de contrato com outro operador económico que tenha sido constituído mandatário de acordo com os procedimentos previstos no presente código, desde que este possua os requisitos de qualificação adequados às obras, serviços ou fornecimentos ainda a realizar; se as referidas condições não estiverem preenchidas, a entidade adjudicante pode rescindir o contrato.

19. Em caso de insolvência de um dos mandantes ou, tratando-se de um empresário em nome individual, em caso de morte, interdição, inabilitação ou insolvência do mesmo, ou nos casos previstos na legislação antimáfia, o mandatário, se não indicar outro operador económico que o substitua e que reúna os requisitos de idoneidade exigidos, fica obrigado a executar o contrato, diretamente ou por intermédio dos outros mandantes, desde que estes possuam os requisitos de qualificação adequados às obras, serviços ou fornecimentos ainda a realizar».

Artigo 38.º, n.º 1, alínea f):

«1. São excluídos da participação nos procedimentos de adjudicação de concessões e de contratos de empreitada, de fornecimentos e de serviços e não podem celebrar os contratos correspondentes as pessoas: [...] f) que, segundo apreciação fundamentada da entidade adjudicante, tenham agido com negligência grave ou má-fé na execução de prestações que lhes foram adjudicadas pela entidade adjudicante que lança o concurso; ou que tenham cometido falta grave no exercício da respetiva atividade profissional, comprovada por qualquer meio de prova pela entidade adjudicante.»

Artigo 48.º, n.º 1:

«As entidades adjudicantes, antes de proceder à abertura dos sobrescritos das propostas apresentadas solicitarão a um número de proponentes não inferior a 10 % das propostas apresentadas, arredondado para a unidade superior, escolhidos por sorteio, que comprovem, no prazo de dez dias a contar da data do pedido, que cumprem os requisitos de capacidade económica, financeira e técnico-organizacional, eventualmente exigidos no anúncio do concurso, apresentando os documentos indicados no anúncio de concurso ou na carta de convite para a apresentação de proposta. As entidades adjudicantes verificarão, durante o controlo, que cumprem o requisito de qualificação para executar as obras [...]. Sempre que tal prova não for apresentada ou não se confirmem as declarações contidas no pedido de participação ou na proposta, as entidades adjudicantes procederão à exclusão do proponente do concurso [e] à execução da respetiva caução provisória [...].

Artigo 75.º

“1. A proposta será acompanhada de uma garantia equivalente a dois por cento do preço de base indicado no anúncio do concurso ou no convite para a apresentação de propostas, sob a forma de caução ou de fiança, à escolha do proponente. [...]

6. A garantia cobre a não celebração do contrato por facto imputável ao adjudicatário e é automaticamente liberada no momento da celebração do mesmo contrato. [...]

9. A entidade adjudicante, ao comunicar a adjudicação aos não adjudicatários, procederá simultaneamente em relação a estes à liberação da garantia referida no n.º 1 [...]

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

A) Factos do litúgio:

- 1 Por anúncio publicado em 21 de dezembro de 2015, a Consip organizou um concurso público, dividido em 12 lotes, para a adjudicação do fornecimento do Serviço de Iluminação e serviços conexos. A Luxone, o Consorzio Stabile Energie Locali (a seguir «CSEL»), a Iren Smart Solutions e a Gi One agrupadas apresentaram em conjunto uma proposta para os lotes 1, 8, 10 e 11 e prestaram as respetivas cauções provisórias, enquanto RTI em vias de constituição, comprometendo-se a constituir o RTI em caso de adjudicação.
- 2 O concurso devia ter sido concluído até 18 de abril de 2017, mas a Consip prorrogou-o oito vezes. Tal implicou, para as quatro empresas participantes no concurso acima referidas, a necessidade, no momento do termo do prazo do carácter vinculativo da proposta, de reformulação por diversas vezes das propostas inicialmente apresentadas, bem como a prorrogação das cauções provisórias.
- 3 Em 2020, aquando dos sétimo e oitavo pedidos de confirmação da Consip, a Luxone e a Iren Smart Solutions comunicaram a sua vontade de confirmar as suas propostas iniciais. Em contrapartida, a Gi One e a CSEL manifestaram a vontade de não confirmar as propostas, em virtude da duração plurianual imprevista do processo. Em especial, estas duas últimas empresas indicaram que as propostas já não eram sustentáveis do ponto de vista comercial e do ponto de vista de uma gestão empresarial correta e prudente.
- 4 Segundo a Consip, com a não confirmação das propostas, a Gi One e a CSEL retiraram-se do RTI, alterando assim a composição inicial e deram lugar, deste modo, à retratação do RTI. Por conseguinte, em outubro de 2020, a Consip adotou, em relação ao conjunto do RTI, uma medida de exclusão do concurso e uma medida de execução das cauções provisórias, no montante total de 2 950 000,00 euros. A decisão de exclusão do concurso baseou-se na ilegalidade e no carácter evasivo da retratação da Gi One e da CSEL.
- 5 No que respeita à ilegalidade da retratação, segundo a Consip, é verdade que a legislação italiana confere ao proponente e, portanto, no caso em apreço, a todos os membros do RTI, o direito de se desvincular da proposta quando tenha decorrido um determinado tempo desde a abertura do concurso, mas este direito não pode ser exercido apenas por algumas das sociedades que compõem o RTI.

- 6 No que diz respeito ao carácter evasivo da retratação, a Consip considerou que a retratação pela Gi One teve por objetivo contornar os controlos previstos na lei, uma vez que algumas das pessoas ligadas à Gi One tinham praticado atos suscetíveis de ação penal. No que diz respeito à retratação da CSEL, o carácter evasivo decorreu, em especial, da falta dos requisitos necessários à participação no concurso, que deviam, no entanto, cumprir-se desde a apresentação do pedido de participação até à adjudicação.

B) Tramitação em primeira instância e em sede de recurso

- 7 A recorrente interpôs recurso no TAR Lácio das referidas medidas adotadas pela Consip.
- 8 Por Acórdão n.º 4505/2021, o TAR Lácio julgou improcedente o referido recurso baseando-se: a) na impossibilidade de, no termo do seu prazo de validade, a proposta ser confirmada apenas por alguns dos membros do RTI; b) na inadmissibilidade do exercício do direito de retratação de um RTI fora das hipóteses admitidas pela jurisprudência, que não se aplicam no caso em apreço; c) no carácter evasivo da retratação exercida no caso em apreço, na medida em que se destina a evitar uma medida de exclusão do concurso.
- 9 O TAR Lazio considerou, além disso, que não estavam reunidas as condições para suscitar uma questão de constitucionalidade ou de compatibilidade da legislação italiana com o direito da União Europeia. Em seu entender, com efeito, a Diretiva 2004/18, em vigor à época dos factos, não prevê a obrigação de o legislador nacional introduzir, numa situação como a do caso em apreço, a possibilidade de reduzir o número de empresas que fazem parte do RTI inicial.
- 10 A recorrente interpôs recurso da decisão do TAR Lácio no Consiglio di Stato, que suspendeu a instância até à decisão da Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) sobre questões de constitucionalidade suscitadas pelo Consiglio di Stato no âmbito de outro processo relativo a um litígio semelhante.
- 11 Através do Acórdão n.º 198 de 2022, a Corte costituzionale negou o carácter sancionatório da execução da caução provisória uma vez que esta visa essencialmente garantir o respeito das regras do concurso, restabelecendo o interesse público lesado, que é o de evitar a participação no concurso de proponentes não idóneos ou de propostas que não cumpram os requisitos exigidos. Segundo a Corte costituzionale, pode depreender-se do montante não elevado da caução provisória, da previsão de formas alternativas de constituição da garantia (caução ou fiança) e do regime das reduções previstas pelo legislador a ausência de um carácter de especial gravidade, necessário para que a medida prejudicial possa ser equiparada a uma sanção substancialmente penal.
- 12 O Consiglio di Stato considera que o referido acórdão da Corte costituzionale não é decisivo para a resolução do litígio aí pendente, tendo em conta também o facto

de que, no caso que lhe foi submetido, o montante total das cauções é, pelo contrário, muito elevado.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 13 A recorrente contesta a legalidade da medida de execução das cauções provisórias na sequência da exclusão do concurso. Considera a medida ilegal, por via derivada, porque é ilegal a medida de exclusão em que se baseia a medida de execução. É igualmente ilegal por via autónoma, uma vez que, segundo a regulamentação em vigor na época dos factos, a execução só pode ocorrer se estiverem preenchidas duas condições: se o proponente não demonstrar que preenche os requisitos de capacidade económica e financeira e técnico-organizacional ou em caso de não assinatura do contrato «por facto imputável ao adjudicatário».
- 14 Em ambos os casos, segundo a recorrente, a execução da caução pressupõe a existência de um comportamento subjetivamente atribuível ao operador económico a quem é imputável a não assinatura do contrato ou a não continuação da sua participação no concurso. Na sua opinião, nenhuma das duas hipóteses se aplica ao caso em apreço.
- 15 Segundo a recorrente, a execução das cauções constitui uma medida altamente sancionatória e de natureza penal, na medida em que não se verifica o objetivo típico da execução da caução, a saber, a reparação do prejuízo causado à entidade adjudicante. No caso em apreço, a Consip não sofreu qualquer prejuízo, uma vez que o RTI foi excluído do concurso.
- 16 A execução automática das cauções, de montante elevado e oneroso, constitui, em seu entender, uma sanção totalmente injustificada e irrazoável, bem como desproporcionada em relação ao comportamento do RTI e dá lugar a uma interpretação dos artigos 48.º e 75.º do Código dos contratos que é contrária aos princípios e disposições constitucionais e europeias.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 17 Segundo o Consiglio di Stato (a seguir também «órgão jurisdicional de reenvio»), há que averiguar a compatibilidade com o direito da União Europeia da legislação italiana que leva a equiparar a não confirmação da proposta por um operador económico, no termo do prazo do seu carácter vinculativo, a uma retratação do RTI. É igualmente necessário chamar a atenção para a medida de exclusão, que é também pertinente em relação à medida consequente de execução da caução.

Quanto à medida de exclusão

- 18 De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, nos termos da legislação italiana, a medida de exclusão é um ato exigido por lei, por um lado, porque a não

confirmação da proposta pela Gi One, ou seja, a sua retratação, viola a proibição de alterar o RTI e, por outro, porque a retratação constitui, no caso em apreço, um ato evasivo do controlo da fiabilidade moral do operador económico.

- 19 No que respeita à proibição de alteração do RTI, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, por força do artigo 37.º do Código dos contratos, o direito de se desvincular da proposta submetida a concurso, uma vez expirada, só pode ser exercido pelo RTI na sua totalidade, uma vez que não se verifica, no caso em apreço, nenhuma das exceções admitidas pela regulamentação e pela jurisprudência, que permitem a alteração do RTI.
- 20 Com efeito, o RTI participa no concurso como parte plurissubjetiva composta por todos os operadores económicos que constituirão o RTI em caso de adjudicação. Por conseguinte, não seria possível confirmar a proposta apenas por dois membros do RTI (em lugar dos quatro iniciais) tendo em conta, nomeadamente, a finalidade do artigo 11.º, n.º 6, do Código dos contratos e o princípio da não alteração do RTI no decurso do concurso, que decorre do artigo 37.º, n.º 9, do mesmo código e que se aplica igualmente no caso de o RTI ainda não estar formalmente constituído.
- 21 O artigo 11.º, n.º 6, tem por finalidade manter a proposta inalterada durante todo o período de duração esperada do concurso. O referido artigo destina-se a proteger o proponente, que, após o termo do prazo, pode desvincular-se da proposta; se não declarar a sua desvinculação, a proposta não caduca. Assim, na ausência de vontade contrária manifestada por todas as entidades que compõem a parte plurissubjetiva, deve entender-se que o vínculo se mantém. As disposições da legislação italiana permitem igualmente garantir à entidade adjudicante a seriedade da participação no concurso dos RTI formalmente ainda não constituídos, de modo a garantir a sua efetiva constituição na sequência da adjudicação.
- 22 No que respeita à evasão do controlo de fiabilidade, o órgão jurisdicional de reenvio recorda que, em conformidade com a jurisprudência administrativa pertinente, a retratação de uma das empresas não é admissível se tiver por objetivo contornar as regras e, em especial, se tiver por objetivo evitar o controlo do cumprimento dos requisitos de participação, evitando assim a sanção de exclusão do concurso por incumprimento dos referidos requisitos.
- 23 À luz das referidas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio observa que a legislação italiana, conforme interpretada pela jurisprudência, obriga os membros do RTI a permanecerem vinculados à proposta apresentada por um período indeterminado de tempo mesmo em caso de múltiplos decursos do seu prazo vinculativo, em concursos de longa duração complexos, com a única possibilidade de não confirmação da proposta por todos os membros iniciais do RTI. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é duvidoso que a referida legislação seja compatível com o princípio da liberdade de empresa consagrado no artigo 16.º da Carta de Nice, que codifica a jurisprudência do Tribunal de Justiça e que se baseia

no artigo 119.º TFUE, bem como com o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 52.º da Carta de Nice e com os princípios da proporcionalidade, da concorrência, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços previstos no TFUE.

- 24 A proibição de desvinculação da proposta por parte de um membro do RTI, sobretudo em relação a concursos que se prolongam por um período significativo, sob pena de exclusão de todo o RTI, não parece, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, ser proporcionada à exigência de garantir a seriedade da proposta apresentada, se e na medida em que os operadores económicos que confirmaram a proposta cumprirem, por si só — mesmo na ausência do operador que se desvinculou da proposta — a totalidade dos requisitos de participação.
- 25 Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, que constitui um princípio geral do direito da União e ao qual deve obedecer a adjudicação dos contratos celebrados nos Estados-Membros, conforme resulta da Diretiva 2004/18, as medidas adotadas pelos Estados-Membros não devem, de facto, exceder o necessário para atingir esse objetivo, como também foi confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 26 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio observa que, uma vez efetuada a equiparação entre a falta de confirmação da proposta por um operador económico inscrito no RTI e a retratação do RTI, a exclusão torna-se, em todo o caso, obrigatória por lei, se for considerada como evasiva do controlo da fiabilidade moral do operador que se retratou; em contrapartida, no caso de ser admitida a não confirmação da proposta por este operador, não deve ser efetuado nenhum controlo posterior sobre a referida fiabilidade profissional, uma vez que o operador já não pode considerar-se membro do RTI que participa no concurso.

Quanto à medida de execução da caução

- 27 O Consiglio di Stato salienta que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») se pronunciou sobre a natureza, o alcance e a equidade das sanções pecuniárias para efeitos da sua inserção na matéria dita penal (Acórdão de 4 de março de 2014, Grande Stevens e o. c. Itália, § 99; v. também, neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de junho de 2012, C-489/10).
- 28 O Consiglio di Stato salientou, no âmbito da sua jurisprudência, que o TEDH elaborou critérios próprios e autónomos para estabelecer a natureza penal ou não de uma infração e da respetiva sanção. Em especial, foram identificados três critérios, a saber I) a qualificação jurídica do ilícito no direito nacional, esclarecendo-se que esta não é vinculativa quando se verifique o carácter «intrinsecamente penal» da medida; II) a natureza do ilícito, que se deduz do âmbito de aplicação da disposição que o prevê e da finalidade prosseguida; III) a gravidade da sanção.

- 29 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, devido à dimensão do sacrifício patrimonial imposto à recorrente, a execução das cauções provisórias assume a forma de uma sanção à qual deve ser reconhecido caráter penal, em conformidade com a jurisprudência do TEDH. A execução automática das cauções provisórias, no caso em apreço, constitui, com efeito, em seu entender, uma violação evidente do princípio da proporcionalidade das sanções.
- 30 Antes de mais, é pertinente, a seu ver, o artigo 49.º, n.º 3, da Carta de Nice, nos termos do qual «as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração».
- 31 No caso em apreço, existe uma clara falta de ponderação adequada entre o interesse público e os direitos fundamentais garantidos a nível europeu, na medida em que a recorrente foi objeto de uma sanção pecuniária muito significativa, devido a um automatismo que, enquanto tal é, por definição, desproporcionado e carece da avaliação adequada das circunstâncias do caso concreto.
- 32 Também o artigo 1.º do Protocolo n.º 1, da CEDH, tal como o artigo 17.º da Carta de Nice, foi interpretado no sentido de que visa garantir o respeito da proporcionalidade entre o comportamento e a sanção aplicada.
- 33 O órgão jurisdicional de reenvio considera, portanto, evidente a contradição do artigo 38.º, n.º 1, alínea f), e do artigo 48.º do Código dos contratos com as regras e princípios constitucionais e europeus em matéria de proporcionalidade das sanções, sempre que os referidos artigos sejam interpretados no sentido de permitirem a execução automática da caução provisória na sequência da exclusão do processo de concurso.
- 34 Tal contradição é ainda mais evidente se se tiver em conta que uma medida como a que está em causa, à qual deve ser reconhecido caráter de sanção, pode ser adotada sem ter em conta o elemento subjetivo e, em especial, a previsibilidade da exclusão.