



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção)

6 de novembro de 2014*

«Contratos públicos — Princípios da igualdade de tratamento e da transparência — Diretiva 2004/18/CE — Motivos de exclusão de participação — Artigo 45.º — Situação pessoal do candidato ou do proponente — Declaração obrigatória relativa à pessoa designada como ‘diretor técnico’ — Omissão da declaração na proposta — Exclusão do contrato sem possibilidade de retificar essa omissão»

No processo C-42/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália), por decisão de 5 de dezembro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 28 de janeiro de 2013, no processo

Cartiera dell’Adda SpA

contra

CEM Ambiente SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção),

composto por: C. Vajda (relator), presidente de secção, E. Juhász e D. Šváby, juízes,

advogado-geral: P. Cruz Villalón,

secretário: L. Carrasco Marco, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 15 de maio de 2014,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Cartiera dell’Adda SpA, por S. Soncini, avvocato,
- em representação da CEM Ambiente SpA, por E. Robaldo, P. Ferraris e F. Caliandro, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Varone, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por L. Pignataro-Nolin e A. Tokár, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

* Língua do processo: italiano.

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 45.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de novembro de 2009 (JO L 314, p. 64, a seguir «Diretiva 2004/18»).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Cartiera dell'Adda SpA (a seguir «Cartiera dell'Adda») à CEM Ambiente SpA (a seguir «CEM Ambiente»), a propósito de uma decisão desta, na qualidade de entidade adjudicante, de excluir a associação temporária de empresas em constituição (a seguir «ATE»), formada pela Cartiera dell'Adda e pela Cartiera di Cologno Monzese SpA (a seguir «CCM»), agindo esta última sociedade como mandante da ATE, de um processo de seleção, por não apresentação, juntamente com a proposta da ATE, de uma declaração relativa à pessoa designada como diretor técnico da CCM.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 No artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/18, o conceito de «contratos públicos de serviços» é definido, para efeitos desta diretiva, como contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II da referida diretiva. No ponto 16 do anexo II A desta última são mencionados os «Serviços de arruamentos e de recolha de lixo: serviços de saneamento e afins».
- 4 Nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2004/18, intitulado «Princípios de adjudicação dos contratos»:
«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.»
- 5 O artigo 45.º da Diretiva 2004/18, intitulado «Situação pessoal do candidato ou do proponente», prevê, nos seus n.ºs 1 e 3:

«1. Fica excluído de participar num procedimento de contratação pública o candidato ou proponente que tenha sido condenado por decisão final transitada em julgado de que a entidade adjudicante tenha conhecimento, com fundamento num ou mais dos motivos a seguir enunciados:

[...]

Em conformidade com a sua legislação nacional e na observância do direito comunitário, os Estados-Membros especificarão as condições de aplicação do presente número.

Os Estados-Membros poderão prever uma derrogação à obrigação referida no primeiro parágrafo por razões imperativas de interesse geral.

Para efeitos da aplicação do presente número, as entidades adjudicantes solicitarão, se for caso disso, aos candidatos ou proponentes que forneçam os documentos referidos no n.º 3, podendo, sempre que tenham dúvidas sobre a situação pessoal desses candidatos/proponentes, contactar as autoridades

competentes para obter as informações relativas à sua situação pessoal que considerem necessárias. Sempre que essas informações digam respeito a um candidato ou proponente estabelecido num Estado que não seja o Estado da entidade adjudicante, esta poderá pedir a cooperação das autoridades competentes. De acordo com a legislação nacional do Estado-Membro onde os candidatos ou proponentes estão estabelecidos, esses pedidos relacionar-se-ão com pessoas coletivas e/ou singulares, incluindo, se for caso disso, os dirigentes de empresas ou quaisquer pessoas que disponham de poderes de representação, decisão ou controlo do candidato ou proponente.

[...]

3. As entidades adjudicantes devem aceitar como prova bastante de que o operador económico não se encontra abrangido por nenhum dos casos referidos no n.º 1 e nas alíneas a), b), c), e) e f) do n.º 2:

a) Relativamente aos casos previstos no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2, a apresentação de um certificado de registo criminal ou, na sua falta, de documento equivalente emitido pela autoridade judicial ou administrativa competente do país de origem ou de proveniência, do qual resulte que aqueles requisitos se encontram satisfeitos;

[...]

Se o país em causa não emitir os documentos ou certificados ou se estes não se referirem a todos os casos mencionados no n.º 1 e nas alíneas a), b) ou c) do n.º 2, podem os mesmos ser substituídos por uma declaração sob juramento ou, nos Estados-Membros onde não exista tal tipo de declaração, por declaração solene feita pelo interessado perante a autoridade judicial ou administrativa competente, um notário ou um organismo profissional qualificado do seu país de origem ou de proveniência.»

6 O artigo 51.º da referida diretiva, intitulado «Documentação e informações complementares», prevê:

«A entidade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados e documentos apresentados em aplicação dos artigos 45.º a 50.º»

Direito italiano

7 O artigo 38.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto Legislativo n.º 163, que aprova o Código dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de serviços e dos contratos públicos de fornecimento em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (decreto legislativo n. 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinário do GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006, a seguir «Decreto Legislativo n.º 163/2006»), dispõe:

«1. São excluídas do processo de adjudicação das concessões e de contratos públicos de obras, fornecimentos e serviços, e não podem ser adjudicatárias subcontratadas nem celebrar os correspondentes contratos as pessoas:

[...]

b) relativamente às quais esteja pendente um processo de aplicação de uma das medidas de prevenção previstas no artigo 3.º da Lei n.º 1423, de 27 de dezembro de 1956, ou que se enquadrem numa das causas de exclusão previstas no artigo 10.º da Lei n.º 575, de 31 de maio de 1965. A exclusão e a proibição aplicam-se quando o processo pendente diga respeito ao titular ou ao diretor técnico, no caso de uma sociedade em nome individual; [...]

- c) que tenham sido objeto de uma sentença condenatória com força de caso julgado, de despacho penal de condenação transitado em julgado, ou de decisão de aplicação de pena a pedido das partes, nos termos do artigo 444.º do Código de Processo Penal, por infrações graves cometidas contra o Estado ou a Comunidade, que afetem a sua idoneidade profissional; constitui, em qualquer caso, motivo de exclusão a condenação, por sentença com força de caso julgado, por um ou vários crimes de participação em atividades de uma organização criminosa, de corrupção, de fraude, de branqueamento de capitais, como definidos nos atos comunitários referidos no artigo 45.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18/CE; a exclusão e a proibição aplicam-se quando a sentença ou o despacho tenham sido proferidos contra: o titular ou o diretor técnico, no caso de uma sociedade em nome individual; [...]

[...]

2. O candidato ou o proponente comprova que satisfaz os requisitos estabelecidos apresentando uma declaração substitutiva em conformidade com as prescrições do texto único das disposições legislativas e regulamentares em matéria de documentos administrativos, prevista no Decreto do Presidente da República n.º 445, de 28 de dezembro de 2000, e mencionando na referida declaração todas as condenações penais que lhe foram aplicadas, incluindo aquelas em relação às quais beneficiou de um não averbamento no registo criminal. [...]

- 8 Nos termos do artigo 46.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 163/2006:

«Dentro dos limites previstos nos artigos 38.º a 45.º, as entidades adjudicantes convidam, se necessário, os proponentes a completar ou a explicitar o conteúdo dos certificados, dos documentos ou das declarações apresentadas.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 9 Decorre da decisão de reenvio que a CEM Ambiente lançou, mediante anúncio público de concurso, um processo de adjudicação para a celebração de um contrato de fornecimento de papel e cartão provenientes da recolha seletiva de resíduos sólidos urbanos para o período compreendido entre 1 de abril de 2011 e 31 de março de 2014. Esse contrato devia ser adjudicado ao proponente que oferecesse o pagamento dos preços mais elevados para remover as quantidades indicadas desses materiais, de acordo com as modalidades detalhadamente especificadas no caderno de encargos correspondente ao respetivo processo.
- 10 Importa sublinhar que esse caderno de encargos, do qual foi junta uma cópia aos autos submetidos ao Tribunal de Justiça, prevê no seu artigo 8.º um conjunto de motivos de exclusão da participação no processo de adjudicação. De entre eles consta o caráter incompleto ou irregular de um dos documentos e/ou de uma das declarações substitutivas destinadas a comprovar o respeito pelos requisitos gerais e especiais, com exceção dos casos de irregularidades meramente formais, passíveis de correção, e não decisivas para a apreciação da proposta.
- 11 Por decisão de 21 de dezembro de 2010, a CEM Ambiente excluiu a ATE do referido processo de adjudicação, com fundamento no facto de a proposta desta associação não conter a declaração relativa a A. Galbiati, designado como diretor técnico da CCM, e comprovativa da inexistência relativamente a este de um processo penal pendente ou de uma condenação por sentença com força de caso julgado, nos termos previstos no artigo 38.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006. Ao ter sido igualmente excluído do mesmo processo de seleção o outro proponente, a CEM Ambiente declarou-o sem efeito e lançou um novo processo de adjudicação.

- 12 Ao tomar conhecimento da decisão de excluir a ATE do primeiro processo de seleção, a CCM remeteu à CEM Ambiente uma declaração na qual esclarecia que não se aplicava a A. Galbiati nenhum dos motivos de impedimento previstos nesse artigo. Posteriormente, esclareceu igualmente que este havia sido indicado como diretor técnico por erro, sendo apenas um membro do conselho de administração da CCM sem quaisquer poderes de representação. Consequentemente, não lhe seria exigível qualquer declaração a título do artigo 38.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006.
- 13 Em face da falta de resposta da CEM Ambiente às suas comunicações, a Cartiera dell'Adda e a CCM interpuseram um recurso no órgão jurisdicional de reenvio com vista à anulação da decisão de exclusão da ATE do primeiro processo de adjudicação e à supressão do anúncio relativo à abertura de um novo processo. Por acórdão de 25 de maio de 2011, o referido órgão jurisdicional deu provimento ao recurso, indeferindo contudo o pedido destinado a obter a adjudicação do contrato.
- 14 Em 23 de junho de 2011, a CEM Ambiente interpôs um recurso desse acórdão no Consiglio di Stato. No dia seguinte, a Cartiera dell'Adda apresentou no órgão jurisdicional de reenvio um pedido de execução do referido acórdão.
- 15 Por acórdão de 31 de março de 2012, o Consiglio di Stato deu provimento ao recurso da CEM Ambiente, considerando que a omissão de apresentação de uma declaração, como a em questão, deve implicar a exclusão do processo de seleção da empresa proponente, pelo menos quando, como no presente caso, a *lex specialis* pune a falta de tal declaração com a exclusão desse processo. Considera que o processo em questão não diz respeito a uma obrigação de completar ou de regularizar um documento incompleto ou defeituoso a qualquer título, mas à omissão pura e simples de apresentar uma declaração obrigatória.
- 16 No âmbito do processo relativo ao pedido de execução no órgão jurisdicional de reenvio, a Cartiera dell'Adda apresentou, em 26 de junho de 2012, um articulado no qual, por um lado, considerava que a autoridade de caso julgado associada ao referido acórdão do Consiglio di Stato era contrária ao artigo 45.º da Diretiva 2004/18 e, por outro, pedia que o Tribunal de Justiça fosse chamado a pronunciar-se a título prejudicial.
- 17 Por despacho de 28 de junho de 2012, o órgão jurisdicional de reenvio, ao verificar que também tinha sido chamado a pronunciar-se sobre um pedido de indemnização motivado pelo atraso na execução do seu acórdão de 25 de maio de 2011, decidiu que a instância devia prosseguir sob a forma de processo ordinário. O montante indemnizatório reclamado pela Cartiera dell'Adda é superior a nove milhões de euros.
- 18 O órgão jurisdicional de reenvio questiona-se, em substância, sobre a questão de saber se o direito da União se opõe a uma interpretação de uma disposição nacional destinada a transpor para o direito interno o artigo 45.º da Diretiva 2004/18, segundo a qual a entidade adjudicante é obrigada a excluir de um processo de adjudicação um proponente que não declarou, no seu pedido de participação, que uma pessoa identificada como sendo o seu diretor técnico não é objeto de um processo ou de uma condenação na aceção da referida disposição nacional, ainda que esse proponente esteja em condições de comprovar que, por um lado, a qualidade de diretor técnico havia sido atribuída a essa pessoa por erro e, por outro, que esta última satisfazia, em todo o caso, os requisitos para apresentar a declaração exigida.
- 19 No âmbito da sua decisão de reenvio, o referido órgão jurisdicional salienta, além disso, que a faculdade concedida à entidade adjudicante, pelo artigo 46.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006, de pedir, no decurso do processo, esclarecimentos ou complementos que repute necessários só se aplica aos casos previstos taxativamente nessa disposição, pelo que essa entidade adjudicante não pode instruir livremente o processo nos casos em que são omitidas declarações.

- 20 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio alega, invocando nomeadamente os acórdãos Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempster (C-2/06, EU:C:2008:78) e Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506), que uma decisão nacional que tenha adquirido autoridade de caso julgado, como o acórdão do Consiglio di Stato de 31 de março de 2012, é suscetível de não ser aplicada na medida em que seja contrária ao direito da União. Ora, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o controlo das condições de participação em processos de contratos públicos deve incidir sobre o fundo — ou seja, deve ser verificado se estão preenchidas as condições de participação nesses processos — e não apenas sobre o caráter formalmente completo dos documentos administrativos contidos nas propostas apresentadas dentro dos prazos. Em conclusão, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se sobre se o artigo 38.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Decreto Legislativo n.º 163/2006 respeita o artigo 45.º da Diretiva 2004/18.
- 21 Nestas condições, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) O direito [da União] opõe-se a uma interpretação segundo a qual, no caso de uma empresa que participa num concurso público não ter declarado no seu pedido de participação que o seu diretor técnico não foi objeto dos procedimentos e das sanções previstos no artigo 38.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Decreto Legislativo n.º 163/2006, a entidade adjudicante deve excluir a referida empresa, ainda que esta tenha feito prova bastante de que a indicação do diretor técnico se deveu a um erro material?
- 2) O direito [da União] opõe-se a uma interpretação segundo a qual, no caso de uma empresa que participa num concurso público não ter apresentado prova pertinente e adequada de que as pessoas obrigadas a fazer as declarações previstas no artigo 38.º, n.º 1, alíneas b) e c), [do Decreto Legislativo n.º 163/2006] não foram objeto dos procedimentos e das sanções aí previstos, a entidade adjudicante deve excluir a referida empresa devido ao incumprimento de uma disposição da *lex specialis* nos termos da qual foi lançado o concurso público?»
- 22 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de novembro de 2013, foi indeferido o pedido do órgão jurisdicional de reenvio para que o presente processo fosse submetido à tramitação acelerada prevista no artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à admissibilidade

- 23 A CEM Ambiente e o Governo italiano salientam que o pedido de decisão prejudicial é submetido no âmbito de uma ação executiva que tem por base um acórdão do órgão jurisdicional de reenvio — e de uma ação de indemnização pelo atraso verificado nessa execução — o qual foi, contudo, alterado pelo acórdão do Consiglio di Stato de 31 de março de 2012, que adquiriu autoridade de caso julgado, de modo que a questão da legalidade da decisão de exclusão da ATE do processo de seleção em causa no processo principal já não pode ser posta em causa pelo órgão jurisdicional de reenvio no âmbito da apreciação das referidas ações. Deduzem daí que as questões submetidas por este último revestem um caráter hipotético e são inadmissíveis a esse título.
- 24 Os referidos interessados alegam igualmente que as questões submetidas assentam num quadro factual diferente do apurado pelo Consiglio di Stato no seu acórdão de 31 de março de 2012. Assim, a circunstância de facto em que assenta a primeira questão, a saber, a existência de um erro material na atribuição a A. Galbiati da qualidade de diretor técnico, não foi verificada por este último órgão jurisdicional. Quanto à segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio não referiu que as provas que menciona foram apresentadas fora de prazo.

- 25 Além disso, o Governo italiano considera que as questões submetidas não têm por objeto a interpretação do direito da União, mas a apreciação do quadro factual do processo principal. Com efeito, trata-se de verificar se estão reunidos os requisitos que permitem a regularização de um documento incompleto, o que foi excluído pelo Consiglio di Stato.
- 26 Importa recordar, em primeiro lugar, que, nos termos de jurisprudência constante, o artigo 267.º TFUE confere aos órgãos jurisdicionais nacionais uma faculdade muito ampla de recorrer ao Tribunal de Justiça, se considerarem que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições do direito da União necessárias para a resolução do litígio que lhes foi submetido. Os órgãos jurisdicionais nacionais são, de resto, livres de exercer essa faculdade a qualquer momento do processo que considerarem adequado (acórdão Bericap Záródástechnikai, C-180/11, EU:C:2012:717, n.º 53 e jurisprudência referida).
- 27 Em conformidade, o Tribunal de Justiça concluiu que uma regra de direito nacional, nos termos da qual os órgãos jurisdicionais que não decidem em última instância estão vinculados por apreciações feitas pelo órgão jurisdicional superior, não pode privar esses órgãos jurisdicionais da faculdade de submeter questões de interpretação do direito da União relativas a essas apreciações. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que o tribunal que não decide em última instância, se considerar que a apreciação de direito feita pelo tribunal de grau superior o pode levar a proferir uma sentença contrária ao direito da União, deve poder colocar ao Tribunal de Justiça as questões que o preocupam (v. acórdãos Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, n.ºs 25 e 27, e Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, n.º 35).
- 28 Por conseguinte, o acórdão do Consiglio di Stato de 31 de março de 2012, ainda que goze de autoridade de caso julgado segundo o direito nacional, não constitui obstáculo a que o órgão jurisdicional de reenvio submeta ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais, se considerar que o referido acórdão pode ser contrário ao direito da União.
- 29 Em segundo lugar, quanto ao carácter pretensamente hipotético das questões prejudiciais, importa recordar que as questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que o mesmo define sob sua responsabilidade, e cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar, gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar responder a um pedido formulado por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio do processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas (v., designadamente, acórdão Genil 48 e Comercial Hosteleria de Grandes Vinos, C-604/11, EU:C:2013:344, n.º 26).
- 30 Neste caso, não é possível declarar que as questões formuladas são hipotéticas. Elas foram submetidas no âmbito de um processo no qual a Cartiera dell'Adda pretende, nomeadamente, ser indemnizada pelo atraso na execução do acórdão do órgão jurisdicional de reenvio de 25 de maio de 2011 que procedeu à anulação da decisão da CEM Ambiente de excluir a ATE do processo de seleção em causa no processo principal. Por conseguinte, não se afigura que estas questões, relativas à conformidade dessa decisão de exclusão com o direito da União, sejam desprovidas de pertinência para a solução do litígio no processo principal. Além disso, não obstante a existência do acórdão do Consiglio di Stato de 31 de março de 2012, não é possível declarar *a priori* que o presente litígio ficou desprovido de objeto.
- 31 Em terceiro lugar, no que respeita às pretensas inexatidões e omissões na exposição dos factos no processo principal, basta verificar, tal como resulta igualmente do n.º 29 do presente acórdão, que incumbe exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional definir o quadro factual do litígio que dá lugar a tais questões, não competindo ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a apreciação feita a esse respeito pelo referido órgão jurisdicional (v., neste sentido, acórdão van Delft e o., C-345/09, EU:C:2010:610, n.º 114).

- 32 Por último, em quarto lugar, resulta da própria redação das questões submetidas que o órgão jurisdicional de reenvio não pede ao Tribunal de Justiça para efetuar uma apreciação do referido quadro factual, mas uma interpretação do direito da União que lhe seja útil para a resolução do litígio nele pendente.
- 33 Resulta das considerações precedentes que as questões prejudiciais são admissíveis.

Quanto ao mérito

- 34 A título liminar, importa salientar, por um lado, que, embora o órgão jurisdicional de reenvio não mencione o artigo 45.º da Diretiva 2004/18 na redação das suas questões, resulta da própria decisão de reenvio e, nomeadamente, do parágrafo introdutivo das questões submetidas que esse órgão jurisdicional se interroga sobre a conformidade do artigo 38.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Decreto Legislativo n.º 163/2006 com esse artigo 45.º
- 35 Por outro lado, apenas a segunda questão faz referência ao desrespeito, por parte de um operador económico que participa num concurso público, de uma disposição contida nos documentos do concurso, tais como o anúncio de concurso e o caderno de encargos relativos ao processo de adjudicação em causa no processo principal. De qualquer forma, o motivo de exclusão mencionado nas duas questões é o mesmo e consta, como resulta do n.º 10 do presente acórdão, do artigo 8.º do caderno de encargos.
- 36 Por conseguinte, há que considerar que, através das suas questões, que cabe examinar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 45.º da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à exclusão de um operador económico de um processo de adjudicação com fundamento no facto de esse operador não ter respeitado a obrigação, prevista nos documentos do concurso, de juntar à sua proposta, sob pena de exclusão, uma declaração nos termos da qual a pessoa designada nessa proposta como diretor técnico do referido operador não é objeto de um processo ou de uma condenação penal, quando, numa data posterior ao termo do prazo concedido para a apresentação das propostas, essa declaração tenha sido comunicada à entidade adjudicante ou seja demonstrado que a qualidade de diretor técnico foi atribuída a essa pessoa por erro.
- 37 Quanto à questão de saber se o contrato em causa no processo principal está abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18, a Comissão Europeia considerou, na audiência, que este contrato constitui um contrato público de serviços conforme definido no artigo 1.º, n.º 2, alínea d), desta diretiva e mencionado, em especial, no ponto 16 do respetivo anexo II A.
- 38 Em contrapartida, a CEM Ambiente entende que o referido concurso tem por objeto um contrato de compra e venda de bens móveis ou, tendo em conta a obrigação de tratamento dos resíduos que o integra, que constitui quando muito uma concessão de serviços. Logo, não estaria em caso algum abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18.
- 39 Em primeiro lugar, na hipótese de o contrato em causa no processo principal estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, importa recordar que o artigo 45.º desta última prevê nos seus n.ºs 1 e 2 um conjunto de motivos de exclusão de um proponente relacionados com a sua situação pessoal. O n.º 3 do mesmo artigo indica quais os documentos que as entidades adjudicantes devem aceitar como prova bastante de que esse proponente não se encontra abrangido por nenhum dos casos referidos nos ditos n.ºs 1 e 2, com exceção das situações mencionadas nas alíneas d) e g) desse mesmo n.º 2.
- 40 Não resulta da decisão de reenvio que a compatibilidade entre tais disposições da Diretiva 2004/18 e as causas de exclusão enumeradas no artigo 38.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Decreto Legislativo n.º 163/2006 e a obrigação de apresentar uma «declaração substitutiva» prevista no n.º 2 deste artigo seja posta em

causa no âmbito do litígio no processo principal. Do mesmo modo, também não se afirma que a exclusão de um proponente do contrato com fundamento no desrespeito, por parte desse proponente, da referida obrigação seja, por si só, contrária a essa diretiva. Em contrapartida, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade com o direito da União da impossibilidade de o referido proponente colmatar, após a apresentação da sua proposta, o facto de não ter juntado a esta tal declaração, seja através da comunicação desta última à entidade adjudicante ou seja demonstrando que a qualidade de diretor técnico foi atribuída, por erro, à pessoa em questão.

- 41 A este respeito, é ponto assente que decorre dos documentos do contrato em causa no processo principal, por um lado, que a «declaração substitutiva» prevista no artigo 38.º do Decreto Legislativo n.º 163/2006 em relação à pessoa designada como diretor técnico do operador económico em causa devia ser junta à proposta por este apresentada, sob pena de exclusão do concurso público e, por outro, que apenas era possível corrigir *a posteriori* as irregularidades meramente formais e não decisivas para a apreciação da proposta.
- 42 Ora, o Tribunal de Justiça já declarou que incumbe à entidade adjudicante observar estritamente os critérios que ela própria fixou, pelo que estaria obrigada a excluir do concurso um operador económico que não tenha comunicado um documento ou uma informação, cuja apresentação fosse imposta pelos documentos desse concurso, sob pena de exclusão (v., neste sentido, acórdão Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 40).
- 43 Esta obrigação estrita que incumbe às entidades adjudicantes enquadra-se no princípio da igualdade de tratamento e no dever de transparência que dele decorre, que se aplicam a estas últimas nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2004/18.
- 44 Com efeito, por um lado, o princípio da igualdade de tratamento impõe que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica portanto que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes. Por outro lado, o dever de transparência tem por finalidade garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa (v., neste sentido, acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, n.ºs 108 a 111).
- 45 Consequentemente, nas circunstâncias do litígio no processo principal, o artigo 45.º da Diretiva 2004/18, em conjugação com o respetivo artigo 2.º, não se opõe à exclusão de um proponente com fundamento no facto de este não ter juntado à sua proposta uma declaração substitutiva relativa à pessoa designada como diretor técnico nessa proposta. Em especial, na medida em que a entidade adjudicante considera que essa omissão não constitui uma irregularidade meramente formal, não pode permitir a este proponente que colmate posteriormente tal omissão, seja de que forma for, após a expiração do prazo concedido para a apresentação das propostas.
- 46 De resto, nestas circunstâncias, o artigo 51.º da referida diretiva, que estabelece que a entidade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados e documentos apresentados em aplicação dos respetivos artigos 45.º a 50.º, não pode ser interpretado como permitindo àquela aceitar quaisquer retificações às omissões que, segundo as disposições expressas dos documentos do concurso, devem conduzir à sua exclusão.

- 47 Em segundo lugar, na hipótese de o contrato em causa no processo principal constituir uma concessão de serviços, importa recordar que, embora, no momento da ocorrência dos factos no processo principal, os contratos de concessão de serviços não fossem regulados por nenhuma das diretivas através das quais o legislador da União regulamentou o domínio dos contratos públicos, as autoridades públicas que celebravam tais contratos estavam obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado FUE, em especial, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência (v., neste sentido, acórdãos *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, n.ºs 46 a 49, e *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 33), no caso de a concessão em causa revestir um interesse transfronteiriço certo, atendendo, nomeadamente, à sua importância e ao local da sua execução (v., neste sentido, acórdão *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o.*, C-159/11, EU:C:2012:817, n.º 23 e jurisprudência referida).
- 48 Na medida em que o contrato em causa no processo principal apresente um tal interesse, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência que dele decorre impõem à entidade adjudicante, como resulta dos n.ºs 42 e 44 do presente acórdão, o respeito pelos critérios que ela própria fixou, de modo que está obrigada a excluir do concurso um operador económico que não comunicou um documento ou uma informação cuja apresentação era imposta pelos documentos desse concurso, sob pena de exclusão.
- 49 Nestas condições, há que considerar que a exclusão de um proponente como a *Cartiera dell'Adda* de um concurso como o em causa no processo principal respeita o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência, enquanto regras fundamentais do Tratado FUE.
- 50 À luz do exposto, importa responder às questões submetidas que o artigo 45.º da Diretiva 2004/18, em conjugação com o respetivo artigo 2.º, bem como o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à exclusão de um operador económico de um processo de adjudicação com fundamento no facto de esse operador não ter respeitado a obrigação, prevista nos documentos do concurso, de juntar à sua proposta, sob pena de exclusão, uma declaração nos termos da qual a pessoa designada nessa proposta como diretor técnico do referido operador não é objeto de um processo ou de uma condenação penal, mesmo quando, numa data posterior ao termo do prazo concedido para a apresentação das propostas, essa declaração tenha sido comunicada à entidade adjudicante ou seja demonstrado que a qualidade de diretor técnico foi atribuída a essa pessoa por erro.

Quanto às despesas

- 51 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Décima Secção) declara:

O artigo 45.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de novembro de 2009, em conjugação com o respetivo artigo 2.º, bem como o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à exclusão de um operador económico de um processo de adjudicação com fundamento no facto de esse operador não ter respeitado a obrigação, prevista nos documentos do concurso, de juntar à sua proposta, sob pena de exclusão, uma declaração nos termos da qual a pessoa designada nessa proposta como diretor técnico do referido operador não é objeto de um processo ou de uma

condenação penal, mesmo quando, numa data posterior ao termo do prazo concedido para a apresentação das propostas, essa declaração tenha sido comunicada à entidade adjudicante ou seja demonstrado que a qualidade de diretor técnico foi atribuída a essa pessoa por erro.

Assinaturas