



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
apresentadas em 8 de maio de 2019<sup>1</sup>

**Processo C-267/18**

**Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA  
contra  
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2014/24/UE — Contratação pública — Motivos facultativos de exclusão — Exclusão de um operador económico da participação num procedimento de adjudicação por ter sido rescindido um contrato anterior com fundamento numa subcontratação não comunicada à autoridade adjudicante — Conceito de deficiências significativas ou persistentes — Retenção de informações relativas à rescisão de um contrato anterior — Informações relativas à participação de subcontratantes na execução do contrato — Objetivos e fins — Gravidade da retenção de informações»

1. A Diretiva 2014/24/UE<sup>2</sup> permite a exclusão dos procedimentos de contratação pública ao proponente que tenha acusado «deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato anterior [...] tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato» [artigo 57.º, n.º 4, alínea g)].

2. Um órgão jurisdicional romeno submete ao Tribunal de Justiça as suas dúvidas relativas à questão de saber se essa disposição é aplicável quando a «rescisão antecipada do anterior contrato» resultou da subcontratação, por parte do adjudicatário, de uma parte da obra sem o conhecimento da Administração. Acrescia que, no novo procedimento de contratação, aquele operador económico também não comunicou à (segunda) autoridade adjudicante a rescisão antecipada do contrato anterior.

<sup>1</sup> Língua original: espanhol.

<sup>2</sup> Diretiva 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).

## I. Quadro jurídico

### A. Direito da União

3. Nos termos do considerando 101 da Diretiva 2014/24:

«As autoridades adjudicantes deverão, além disso, poder excluir os operadores económicos que se tenham revelado pouco fiáveis, por exemplo na sequência de infrações de obrigações ambientais ou sociais, incluindo as regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência ou outras formas de falta profissional grave, como a violação das regras da concorrência ou dos direitos de propriedade intelectual. Deverá ser especificado que uma falta profissional grave pode pôr em causa a idoneidade de um operador económico, desqualificando-o para efeitos de adjudicação de um contrato público, mesmo que tenha a capacidade técnica e económica necessária para executar o contrato.

Tendo em conta que a autoridade adjudicante será responsável pelas consequências da sua decisão eventualmente errada, as autoridades adjudicantes deverão também ter a liberdade de considerar que houve falta profissional grave quando, antes de tomarem uma decisão final e vinculativa sobre a existência de motivos de exclusão obrigatória, puderem demonstrar por qualquer meio adequado que o operador económico violou as suas obrigações, nomeadamente obrigações relacionadas com o pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social, salvo disposição em contrário do direito nacional. Deverão também ter a possibilidade de excluir os candidatos ou proponentes cujo desempenho no âmbito de anteriores contratos públicos tenha acusado deficiências graves no que se refere aos requisitos essenciais, por exemplo, falhas na entrega ou execução, deficiências significativas do produto ou do serviço prestado que os tornem inutilizáveis para o fim a que se destinavam, ou conduta ilícita que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade do operador económico. O direito nacional deverá prever uma duração máxima para essas exclusões.

Ao aplicar motivos facultativos de exclusão, deverá prestar-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade. Só em circunstâncias excecionais poderão as pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico. No entanto, a reincidência em pequenas irregularidades pode levantar dúvidas quanto à fiabilidade de um operador económico que poderão justificar a sua exclusão».

4. O artigo 57.º («Motivos de exclusão») prevê:

«[...]

4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações:

[...]

c) Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade;

[...]

g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;

h) Se o operador económico tiver sido considerado responsável por declarações falsas ao prestar as informações requeridas para a verificação da ausência de motivos de exclusão ou o cumprimento dos critérios de seleção, tiver retido essas informações ou não puder apresentar os documentos comprovativos exigidos nos termos do artigo 59.º; ou

[...]

5. As autoridades adjudicantes devem, a qualquer momento do procedimento, excluir um operador económico quando se verificar que o operador económico em causa, tendo em conta atos cometidos ou omitidos antes ou durante o procedimento, se encontra numa das situações referidas nos n.ºs 1 e 2.

A qualquer momento do procedimento, as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir, um operador económico quando se verificar que o operador económico em causa, tendo em conta atos cometidos ou omitidos antes ou durante o procedimento, se encontra numa das situações referidas no n.º 4.

6. 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. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.

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 as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal 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. Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão.

[...]»

5. O artigo 71.º («Subcontratação») dispõe:

«[...]

2. Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos.

[...]

5. No caso dos contratos de empreitada de obras e em relação a serviços a serem prestados nas instalações sob a supervisão direta da autoridade adjudicante, após a adjudicação do contrato e o mais tardar aquando do início da execução do contrato, a autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que lhe indique o nome, as coordenadas e os representantes legais dos seus subcontratantes que participam nas obras ou serviços em causa, na medida em que disso haja conhecimento nesse momento. A autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que no decurso do contrato lhe comunique todas as alterações a essas informações, bem como as necessárias informações a respeito de novos subcontratantes que posteriormente associe às obras ou serviços em causa.

Não obstante o primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem impor a obrigação de facultar as informações necessárias diretamente ao adjudicatário principal.

Sempre que necessário para efeitos da alínea b) do n.º 6 do presente artigo, as informações requeridas são acompanhadas das declarações sob compromisso de honra dos subcontratantes, conforme previsto no artigo 59.º [...]

6. A fim de evitar o incumprimento das obrigações a que se refere o artigo 18.º, n.º 2, podem ser tomadas medidas adequadas, tais como:

[...]

b) As autoridades adjudicantes, de acordo com os artigos 59.º, 60.º e 61.º, podem verificar ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratantes por força do disposto no artigo 57.º Nesses casos, a autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos obrigatórios de exclusão. A autoridade adjudicante pode exigir ou ser solicitada por um Estado-Membro a exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos não obrigatórios de exclusão.

[...]»

### **B. Direito nacional**

6. O artigo 167.º da Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Lei n.º 98/2016 relativa aos contratos públicos, a seguir «Lei n.º 98/2016») dispõe:

«(1) A entidade adjudicante exclui do procedimento de adjudicação do contrato público/acordo quadro qualquer operador económico que se encontre numa das seguintes situações:

[...]

g) o operador económico não tenha cumprido de modo grave ou repetido as suas obrigações principais decorrentes de um contrato público, de um contrato público setorial ou de um contrato de concessão celebrados anteriormente e tais incumprimentos tenham determinado a cessação antecipada do contrato, uma indemnização ou outras sanções comparáveis;

h) se o operador económico tiver sido declarado culpado de prestar falsas declarações ao fornecer as informações solicitadas pela entidade adjudicante para verificar a ausência de motivos de exclusão ou o respeito dos critérios de qualificação ou de seleção, ou não tiver fornecido essas informações ou não se tiver disponibilizado para fornecer os documentos comprovativos exigidos;

[...]

(8) Nos termos do n.º 1, alínea g), consideram-se graves incumprimentos das obrigações contratuais, por exemplo, o incumprimento do contrato, a entrega/o fornecimento/a execução de produtos/obras/serviços que apresentem deformidades substanciais que os tornem inadequados para o uso previsto no contrato.»

7. O artigo 171.º prevê:

«(1) Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos artigos 164.º e 167.º que implicam a exclusão do procedimento de adjudicação pode fornecer provas do facto de que as medidas por ele adotadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade no que respeita aos motivos de exclusão.

(2) Se a entidade adjudicante entender que as provas apresentadas pelo operador económico, nos termos do disposto no n.º 1, são suficientes para demonstrar em concreto a sua fiabilidade, não exclui o operador económico do procedimento de adjudicação.

(3) As provas referidas no n.º 1 que o operador económico que se encontre em qualquer uma das situações previstas pelos artigos 164.º e 167.º poderá fornecer à entidade adjudicante devem ser relativas ao pagamento ou à assunção da obrigação de pagar uma indemnização pelos eventuais danos causados por uma infração ou outro ilícito, ao esclarecimento cabal pelo operador económico dos factos e circunstâncias em que foi cometida a infração ou o ilícito, em colaboração ativa com as autoridades de investigação e à adoção pelo operador económico de medidas concretas e adequadas de carácter técnico, organizativo e relativas ao pessoal, tais como a cessação das relações com as pessoas e as organizações envolvidas no comportamento irregular, medidas de reorganização do pessoal, de execução dos sistemas de controlo e de prestação de contas, e a criação de uma estrutura de auditoria interna para verificar o respeito da lei e das normas ou a adoção de regras internas sobre a responsabilidade e o pagamento de indemnizações, a fim de evitar a prática de novas infrações ou outros ilícitos.

[...]»

## II. Matéria de facto do litígio e questão prejudicial

8. Em 3 de outubro de 2010, o Município de Râmnicu Vâlcea (Roménia) adjudicou à Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (a seguir «Delta») e a outras duas empresas com as quais formava uma união temporária de empresas («UTE1») um contrato de obras para a reestruturação e modernização de uma estrutura recreativa.

9. Em 7 de junho de 2017, o Município decidiu rescindir o contrato alegando o seu incumprimento, por parte da UTE1, pelo facto de esta ter subcontratado partes significativas da obra sem a sua autorização prévia, apesar de o caderno de encargos prever que nenhum subcontratante poderia participar na execução do contrato sem o consentimento da autoridade adjudicante<sup>3</sup>.

10. A rescisão antecipada do contrato por culpa da UTE1 foi comunicada, em 25 de julho de 2017, à plataforma *online* Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Sistema Eletrónico dos Contratos Públicos; a seguir «sistema eletrónico»).

11. Em 27 de julho de 2017, a Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (Companhia Nacional para a Administração da Infraestrutura Rodoviária; a seguir «CNAIR») anunciou o concurso público de empreitada de obras de «Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350» [Projeto e execução do alargamento para 4 faixas de rodagem da estrada estatal DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350], de valor estimado em cerca de 210 627 629 leus romenos (RON) (46 806 139,78 euros), durante período de 84 meses.

12. A Delta, conjuntamente com outras duas empresas, constituiu uma nova união temporária de empresas («UTE2») e participou nesse procedimento na qualidade de proponente. Na sua proposta declarou não lhe ser aplicável nenhum motivo de exclusão.

13. A Comissão de avaliação da CNAIR, ao consultar o sistema eletrónico, teve acesso ao ato de verificação emitido pelo Município de Râmnicu Vâlcea, do qual constava a rescisão do contrato celebrado entre a UTE1 e esse município.

<sup>3</sup> Nessa mesma decisão foram avaliados prejuízos resultantes no montante de 2 345 299,70 leus romenos (RON) (521 000 euros).

14. Em 18 de dezembro de 2017, após ouvir a Delta e o Município de Râmnicu Vâlcea, a Comissão de avaliação da CNAIR excluiu a UTE2 do procedimento de adjudicação do contrato de alargamento da estrada nacional. Alegou, para esse efeito, que a rescisão antecipada do contrato anterior e a ausência de declaração deste facto no segundo procedimento constituíam motivos de exclusão previstos nas alíneas g) e h) do artigo 167.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2016.

15. A UTE2 requereu à autoridade adjudicante que revogasse a decisão de exclusão e procedesse a uma nova avaliação da sua proposta. Perante o silêncio da CNAIR, apresentou uma reclamação no Conselho Nacional para a Resolução das Reclamações (a seguir «CNRR»).

16. Em 2 de fevereiro de 2018, o CNRR indeferiu a reclamação, afirmando que:

- Era competente para verificar a legalidade da decisão de exclusão da proposta e para verificar se estava abrangida pela exclusão prevista pela lei, mas não era competente para analisar a validade do ato de verificação.
- O referido ato de verificação, ao gozar da presunção de legalidade, comprovava a gravidade da não execução das obrigações decorrentes de um anterior contrato público.
- A UTE2 tinha invocado apenas fundamentos de ilegalidade do ato de verificação sem apresentar provas para demonstrar a sua fiabilidade, em conformidade com o artigo 171.º da Lei n.º 98/2016.

17. A decisão do CNRR foi impugnada no órgão jurisdicional de reenvio em 16 de fevereiro de 2018. No pedido alegou-se, em síntese: a) que o ato de verificação não era adequado para demonstrar o incumprimento grave e reiterado das obrigações contratuais por parte da Delta; e b) que, admitindo que esse ato corresponda à realidade, o seu conteúdo não é abrangido na situação de exclusão que consiste no incumprimento grave e reiterado das obrigações contratuais<sup>4</sup>.

18. Neste contexto, a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia) submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Pode o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), 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 a rescisão de um contrato público pelo motivo de ter sido subcontratada uma parte das obras sem autorização da entidade adjudicante constitui uma deficiência significativa ou persistente na execução de um requisito substancial de um anterior contrato público que leva à exclusão de um operador económico da participação num procedimento de contratação pública?»

### III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

19. Os autos do reenvio prejudicial deram entrada no Tribunal de Justiça em 17 de abril de 2018.

20. Apresentaram observações escritas a Delta, o Governo romeno e a Comissão Europeia. Compareceram na audiência, realizada em 27 de fevereiro de 2019, a Delta, o Governo austríaco e a Comissão.

<sup>4</sup> A Delta acrescentava que tanto o ato de verificação como as alegadas infrações nele referidas tinham sido objeto de impugnação nos tribunais.

## IV. Apreciação

### A. Observação preliminar

21. A questão do tribunal *a quo* circunscreve-se à interpretação do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24. No entanto, entendo que, em conformidade com uma prática constante do Tribunal de Justiça<sup>5</sup> a sua resposta pode abranger outras disposições dessa diretiva relacionadas com os mesmos factos, para fornecer ao órgão de reenvio elementos de apreciação que facilitem a sua missão.

22. Concretamente, o motivo de exclusão relacionado com a rescisão antecipada do contrato corresponde, certamente, ao artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24. Mas o próprio despacho de reenvio<sup>6</sup> refere que, a comissão de avaliação da autoridade adjudicante, «aplicou igualmente à proposta em causa o disposto no artigo 167.º, n.º 1, alínea h), da Lei n.º 98/2016». Como esta norma reflete, na legislação nacional, o motivo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24, a resposta do Tribunal de Justiça poderá ser mais completa se abranger a incidência deste último motivo nos factos em causa<sup>7</sup>.

### B. Quanto ao motivo de exclusão do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24

23. Como afirmei nas Conclusões do processo Meca<sup>8</sup>, o artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 elenca, entre os comportamentos dos operadores económicos que podem justificar a sua exclusão de um procedimento de contratação, tanto a «falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade» [alínea c)], como as «deficiências significativas [...] na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior [...], tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato» [alínea g)].

24. Do considerando 101 da Diretiva 2014/24/UE pode concluir-se que as faltas profissionais da alínea c) têm um carácter essencialmente *extracontratual*, isto é, são comportamentos ilícitos que têm lugar, em geral, fora do âmbito das relações contratuais. É o que sucede com os relativos ao incumprimento de obrigações ambientais ou sociais, à violação de regras em matéria de concorrência ou dos direitos de propriedade intelectual ou industrial, ou com a violação de obrigações fiscais ou de segurança social. Pelo contrário, o comportamento previsto na alínea g) é um característico incumprimento *contratual*.

25. É certo, contudo, que alguns incumprimentos contratuais poderão, simultaneamente, constituir falta profissional grave, isto é, a praticada no âmbito de um contrato administrativo anterior, suficientemente grave para justificar a quebra da relação contratual.

26. Nesta perspetiva, a relação entre as duas alíneas seria a situação típica de uma *lex generalis* [alínea c)] face a uma *lex specialis* [alínea g)], o que permitiria recorrer aos fins e às justificações da previsão geral para compreender os princípios pelos quais se deve reger a interpretação da norma contida na alínea g).

5 Acórdão de 22 de outubro de 2015, *Impresa Edilux e SICEF* (C-425/14, EU:C:2015:721, n.º 20): «o facto de um órgão jurisdicional de reenvio ter formulado uma questão prejudicial e de ter feito referência apenas a certas disposições do direito da União não obsta a que o Tribunal de Justiça lhe forneça todos os elementos de interpretação que possam ser úteis para a decisão do processo que lhe foi submetido, independentemente de ter ou não feito essas referências no enunciado das suas questões. A este respeito, compete ao Tribunal de Justiça extrair do conjunto dos elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional, e nomeadamente da fundamentação da decisão de reenvio, os elementos do direito da União que necessitam de interpretação, tendo em conta o objeto do litígio».

6 N.º 15.

7 A análise do incumprimento contratual poderia até estar relacionado com o motivo de exclusão do artigo 57.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2014/24 (ou seja, com a falta profissional grave). No entanto, não analisarei esta situação.

8 Conclusões de 7 de março de 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183, n.ºs 38 a 45).

27. Ambas as causas de exclusão têm como fundamento um elemento essencial da relação do adjudicatário do contrato com a autoridade adjudicante, a saber, a *fiabilidade* do primeiro, na qual assenta a confiança que o segundo deposita naquele. Embora a Diretiva 2004/18/CE<sup>9</sup> não fizesse expressamente referência a este elemento, a jurisprudência do Tribunal de Justiça encarregou-se de o consolidar<sup>10</sup>.

28. A Diretiva 2014/24 prevê a fiabilidade como componente chave da relação, precisamente para efeitos da falta profissional grave. Segundo o considerando 101, primeiro parágrafo, as autoridades adjudicantes podem excluir «os operadores económicos que se tenham revelado pouco fiáveis». O mesmo considerando, no seu segundo parágrafo, prevê o desempenho em anteriores contratos «que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade do operador económico».

29. A importância conferida à *fiabilidade* do operador económico surge em determinados números (6 e 7), do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, ao permitir-lhe a adoção de medidas para demonstrar que é digno de confiança, não obstante a existência de um motivo de exclusão. Desta forma, o elemento *fiabilidade* imbui os motivos de exclusão relacionados com as condições subjetivas do candidato.

30. Ora, segundo o objetivo do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, a autoridade adjudicante deve gozar de liberdade para apreciar essa componente (a fiabilidade do candidato) sem estar necessariamente vinculada pelas apreciações de outros organismos públicos. Cabe às autoridades adjudicantes, e apenas a estas, apreciar o alcance das faltas que constituam um incumprimento contratual substancial suficientemente grave para justificar a resolução de um contrato prévio devido à perda de confiança.

31. Como já foi referido, o motivo de exclusão do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, aplicado neste processo, será aplicável quando, no âmbito de um contrato anterior, o operador tenha acusado deficiências significativas ou persistentes<sup>11</sup> na execução de um requisito essencial, que tenham conduzido à rescisão antecipada do referido contrato.

32. Dessa disposição, importa salientar, desde logo, o facto de a irregularidade praticada pelo proponente dever ter sido suficientemente grave («significativa») para justificar, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, a rescisão antecipada do contrato.

33. A comparação de algumas versões linguísticas da disposição<sup>12</sup> demonstra que este motivo de exclusão exige o incumprimento de um requisito essencial decorrente de um contrato público anterior. Esse requisito tanto pode ser de natureza material como de natureza formal, uma vez que nada obsta a que existam requisitos formais previstos como essenciais para a execução de um contrato público<sup>13</sup>.

9 Diretiva 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 2004, L 134, p. 114).

10 Acórdãos de 20 de março de 2018, Comissão/Áustria (Imprensa do Estado) (C-187/16, EU:C:2018:194, n.ºs 88 e 91); de 14 de dezembro de 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, n.º 28); e de 9 de fevereiro de 2006, La Cascina e o. (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, n.º 21).

11 Este artigo utiliza o plural quando se refere às *deficiências*. No entanto, creio que o critério é mais qualitativo do que quantitativo, pelo que uma deficiência significativa poderia, por si só, provocar a exclusão. Este foi também o entendimento da Comissão e do Governo austríaco na audiência. O considerando 101 da Diretiva 2014/24, ao exemplificar algumas das «deficiências graves» às quais diz respeito, utiliza o singular para se referir a «falhas na entrega ou execução» ou a «conduta ilícita que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade do operador económico». Todo dependerá, repito, da proporcionalidade da medida relativamente à gravidade do comportamento.

12 Na versão espanhola é utilizada a expressão *requisito de fondo*, mas as restantes versões remetem para a *substância* desse requisito: por exemplo, a francesa (*obligation essentielle*); a inglesa (*substantive requirement*); a alemã (*einer wesentlichen Anforderung*); e a italiana (*requisito sostanziale*).

13 A ocultação intencional da participação de um subcontratante, omitida pelo proponente para contornar as cláusulas do contrato que refletem normas imperativas da Diretiva 2014/24, embora tenha natureza aparentemente formal, pode implicar prejuízos graves e ser qualificada, em função destes e da sua intenção fraudulenta, de significativa.



34. Por conseguinte, para que opere a exclusão não é suficiente a simples rescisão unilateral do contrato público anterior. A autoridade adjudicante terá que levar a cabo uma tarefa adicional de avaliação do incumprimento imputado ao contratante e verificar se cumpre, ou não, as exigências do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24.

35. O Tribunal de Justiça não se deve substituir ao órgão jurisdicional de reenvio na sua apreciação dos factos nem na sua ponderação da gravidade do incumprimento que conduziu à exclusão da Delta. Por conseguinte, compete ao órgão jurisdicional *a quo* determinar se, neste processo, a subcontratação não autorizada<sup>14</sup> das obras de construção da estrutura recreativa municipal constituiu uma deficiência significativa na execução do contrato celebrado entre a UTE1 e o Município de Râmnicu Vâlcea.

36. No entanto, o Tribunal de Justiça pode fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio alguns elementos úteis para efetuar a sua própria ponderação.

37. Em primeiro lugar, terá de se analisar o conteúdo dos documentos do concurso e em que medida impunham, especificamente, o dever do contratante de comunicar que tencionava subcontratar parte da obra e de exigir a autorização da autoridade adjudicante para esse fim. Segundo o Governo romeno, existiam cláusulas específicas em virtude das quais nenhum subcontratante podia participar na execução do contrato sem o consentimento da autoridade adjudicante<sup>15</sup>.

38. Importa salientar que, nos termos do artigo 71.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24, «[n]os documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar [...] ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos». Só com base nesse elemento a autoridade adjudicante estará em condições de avaliar se o subcontratante é fiável<sup>16</sup>.

39. Deste modo, uma cláusula do caderno de encargos que exija essa indicação prévia tem uma base jurídica sólida no direito da União. A sua introdução responde, também, ao desígnio da Diretiva 2014/24 no que diz respeito aos mecanismos de comunicação das intenções de subcontratar e da identidade dos subcontratantes.

40. Enquanto a Diretiva 2004/18 era sucinta quanto a este aspeto<sup>17</sup>, uma vez que referia apenas a conveniência de prever disposições em matéria de subcontratação a fim de favorecer o acesso de pequenas e médias empresas aos concursos públicos<sup>18</sup>, a Diretiva 2014/24 sublinha a importância da «transparência na cadeia de subcontratação».

14 A Delta afirma que, na realidade, não existiu subcontratação, mas sim uma relação com outra empresa para a prestação de serviços e para o fornecimento de materiais. O despacho de reenvio, cuja exposição de matéria de facto deve ser aceite pelo Tribunal de Justiça, parece partir, como premissa, da existência efetiva de uma subcontratação.

15 N.º 17 das suas observações escritas. Na audiência discutiu-se o conteúdo desta cláusula (número 23.6), cuja presença foi reconhecida pela Delta.

16 Considerando 105 da Diretiva 2014/24: «[...] deverá ser expressamente indicado que os Estados-Membros poderão ir mais longe, por exemplo, ampliando as obrigações de transparência, [...] permitindo ou requerendo às autoridades adjudicantes que verifiquem se os subcontratantes não se encontram numa das situações em que se justifica a exclusão de operadores económicos [...]».

17 A comparação entre o regime de subcontratação da Diretiva 2004/18 (artigo 25.º) e o da Diretiva 2014/24 (artigo 71.º) revela que, em termos substantivos, se mantém o dever de indicar à autoridade adjudicante, se tal for exigido nos cadernos de encargos, qual a parte do contrato que tenciona subcontratar, bem como a identidade dos subcontratantes propostos.

18 Considerando 32 da Diretiva 2004/18.

41. Especificamente, no preâmbulo da Diretiva 2014/24 explica-se que «já que tal proporcionará às autoridades adjudicantes informações sobre quem se encontra nos estaleiros de construção onde estão a ser executadas obras [...] Deverá ser especificado que a obrigação de facultar as informações necessárias caberá sempre ao contratante principal, quer com base em *cláusulas específicas, que cada autoridade adjudicante terá de incluir em todos os procedimentos de adjudicação*, quer com base nas obrigações que os Estados-Membros imponham aos adjudicatários principais por meio de disposições de aplicação geral»<sup>19</sup>.

42. Sob o ponto de vista estritamente normativo, o artigo 71.º, n.º 6, alínea b), da Diretiva 2014/24 dispõe que «[a]s autoridades adjudicantes, [...] podem verificar ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratantes por força do disposto no artigo 57.º». Essa verificação exige que, previamente, o adjudicatário tenha informado as referidas autoridades de que tenciona subcontratar parte da obra.

43. Uma vez assente esta premissa, terá de se verificar, adicionalmente, se do incumprimento do dever de informação da existência do subcontratante decorre, segundo o caderno de encargos, a rescisão antecipada do contrato. Nessa hipótese, a autoridade adjudicante, ao rescindir o contrato, teria apenas de «observar estritamente os critérios que ela própria fixou», na aceção do Acórdão Connexion Taxi Services<sup>20</sup>.

44. Em segundo lugar, o tribunal de reenvio deve avaliar se a execução direta da responsabilidade exclusiva do contratante selecionado constituía um requisito *essencial* para a realização do objetivo prosseguido pela autoridade adjudicante. Caso contrário, isto é, se for possível o recurso aos subcontratantes no âmbito desse contrato de obras, ainda que sujeito ao dever de informação prévia e à subsequente autorização administrativa, tem de se determinar se a ausência da referida informação (e, por conseguinte, da autorização necessária) constitui apenas um erro administrativo sem maior relevância, sanável *a posteriori*<sup>21</sup>.

45. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio poderá ponderar em que medida a subcontratação abrangeu uma parte importante das obras de construção do centro recreativo municipal e se a intervenção do subcontratante afetou negativamente a execução dessas obras<sup>22</sup>.

46. Tais considerações serão relevantes para apreciar a medida de exclusão sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade<sup>23</sup>. Se o comportamento do operador económico que infringiu os seus deveres no primeiro contrato não atingir um determinado nível de importância (isto é, se for apenas *de minimis*), é possível que a sua exclusão do segundo contrato não seja admissível, por ser desproporcionada.

47. Em quarto lugar, caso seja verificada a existência deste motivo de exclusão, o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24 (transposto no artigo 171.º da Lei n.º 98/2016) prevê ainda que o proponente afetado possa fornecer provas de que, após o seu comportamento anterior, demonstrou a sua fiabilidade<sup>24</sup>.

19 Considerando 105 da Diretiva 2014/24. O sublinhado é meu.

20 Acórdão de 14 de dezembro de 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948, n.º 38 e jurisprudência aí referida).

21 Esta é uma das possibilidades avançadas pela Comissão nas suas observações escritas (conjuntamente com outras, como a hipótese de que a UTE1 pretendesse induzir em erro a autoridade adjudicante relativamente à identidade do subcontratante).

22 Para o Governo romeno, embora o despacho de reenvio não esclareça se ocorreram deficiências na referida execução, a declaração de responsabilidade da UTE1 constituiria um indicador de que tal sucedeu.

23 A Diretiva 2014/24 faz referência à proporcionalidade da medida, também no que diz respeito aos motivos de exclusão obrigatória, como o relativo ao não pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social (artigo 57.º, n.º 3, segundo parágrafo).

24 No n.º 21 do despacho de reenvio afirma-se que a UTE2 «invocou apenas fundamentos de ilegalidade do ato de verificação sem apresentar provas que demonstrem a sua credibilidade [...]». Na audiência, a Delta não invocou que tivesse implementado medidas de correção, de autodepuração do seu comportamento, para recuperar a fiabilidade (limitou-se a indicar que tentou, em certo momento, corrigir a falta de indicação da subcontratação).

48. Por último, a alegação de Delta sobre os processos pendentes relativamente à decisão do Município de Râmnicu Vâlcea que determinou a rescisão do contrato da UTE1<sup>25</sup> não impede, por si só, a aplicação deste motivo de exclusão. Como afirmei nas Conclusões do processo Meca<sup>26</sup>, a mera impugnação de uma decisão de rescisão antecipada de um contrato não pode impedir que a autoridade adjudicante aprecie o comportamento que a provocou e a subsequente fiabilidade do operador.

**C. Quanto ao motivo de exclusão do artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24**

49. Entre as hipóteses previstas no artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24 para justificar a exclusão de um operador económico de um procedimento de contratação pública incluem-se:

- se «tiver sido considerado responsável por declarações falsas ao prestar as informações requeridas para a verificação da ausência de motivos de exclusão ou o cumprimento dos critérios de seleção»; e
- se «tiver retido essas informações»<sup>27</sup>.

50. O Tribunal de Justiça foi confrontado com a primeira dessas hipóteses ao interpretar, no Acórdão Esaprojekt<sup>28</sup>, a disposição da Diretiva 2004/18 [isto é, o artigo 45.º, n.º 2, alínea g),] que, em termos análogos, permitia excluir um operador económico do procedimento de contratação com base nas suas falsas declarações à autoridade adjudicante.

51. Nesse acórdão entendeu que não era necessária a intencionalidade na declaração falsa, bastando a verificação de uma «negligência que revista uma certa gravidade, a saber, uma negligência suscetível de ter uma influência determinante nas decisões de exclusão, de seleção ou de adjudicação de um contrato público». Uma vez que, nesse processo, se verificava essa circunstância, pôde considerar-se que existiu «culpa grave do operador económico», o que justificava «a decisão da entidade adjudicante de excluir o referido operador do concurso público em causa»<sup>29</sup>.

52. A segunda hipótese foi examinada no Acórdão Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato<sup>30</sup>, relativamente à disposição correspondente da Diretiva 2004/18<sup>31</sup>. Nesse processo, o proponente tinha omitido, da sua proposta, a informação relativa à situação penal de um administrador, condenado por diversos crimes. O Tribunal de Justiça entendeu que essa circunstância era suficiente para excluir o proponente do procedimento de adjudicação<sup>32</sup>.

25 O despacho de reenvio faz referência a essa litispendência no seu n.º 12.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

27 Embora as diversas versões linguísticas que consultei diverjam quanto à utilização de verbos afirmativos ou negativos (em italiano, *non ha trasmesso*; em inglês, *has withheld*; em francês, *a caché*; em alemão, *zurückgehalten*; em português, *tiver retido*; em romeno, *nu a divulgat*), creio que, quanto à substância, coincidem na descrição da mesma conduta.

28 Acórdão de 4 de maio de 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 *Ibidem*, n.ºs 71 e 77.

30 Acórdão de 20 de dezembro de 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 Nos termos do artigo 45.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2004/18, «[p]ode ser excluído do procedimento de contratação [...] não tenha prestado essas informações [exigidas nos termos da presente secção]».

32 Acórdão de 20 de dezembro de 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000, n.º 48): «Assim, o facto de não informar a entidade adjudicante de uma conduta penalmente punível do ex-administrador pode também ser um elemento que permite excluir, em virtude dessa disposição, um proponente da participação num processo de adjudicação de um contrato público».

53. Embora o teor literal do artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24 pudesse sugerir que a «gravidade» é apenas exigível quanto à prestação de informações falsas e não quanto à retenção de informações, creio não ser esse o caso. O relevante, quer num comportamento ativo (falsear), quer num comportamento omissivo (ocultar), consiste no facto de as informações, falseadas ou ocultadas, terem importância na decisão a adotar pela autoridade adjudicante. Entendo que esta é, mais uma vez, uma consequência do princípio da proporcionalidade.

54. Neste reenvio, como já mencionei, o tribunal *a quo* não se refere ao motivo de exclusão que estou a analisar, ao contrário do que fez a autoridade adjudicante<sup>33</sup>. Com efeito, como a Delta não comunicou à CNAIR que o seu contrato público anterior tinha sido rescindido, com base no incumprimento da cláusula relativa à subcontratação, aquele organismo optou por aplicar (conjuntamente com o motivo de exclusão já examinado na epígrafe anterior) o artigo 167.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2016, isto é, a norma nacional que reflete o artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24.

55. Neste contexto, se o órgão jurisdicional de reenvio entender que deve analisar o segundo motivo de exclusão aplicado pelo CNAIR, terá de apreciar as circunstâncias específicas em que ocorreu a omissão das informações, bem como a gravidade desse comportamento.

56. Concretamente, para apreciar a gravidade das informações ocultadas à autoridade adjudicante, não será suficiente verificar que o proponente omitiu a existência de um eventual motivo de exclusão. Será também necessário ponderar a importância das informações omitidas.

57. Num processo como este, em que ocorreu uma rescisão contratual prévia formalmente declarada<sup>34</sup>, o princípio da lealdade obrigava a Delta a comunicar este dado objetivo à autoridade adjudicante, desde o início, sem prejuízo de fornecer todas as informações que considerasse necessárias para demonstrar que, em seu entender, não existiu o incumprimento de obrigações ou que se revestiu de importância limitada<sup>35</sup>.

58. Em qualquer caso, competirá ao juiz nacional ponderar as circunstâncias de facto do litígio para apreciar, à luz do princípio da proporcionalidade, se a exclusão do proponente, por um ou outro motivo, foi suficientemente justificada.

## V. Conclusão

59. Atendendo a estas considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial suscitada pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia) nos seguintes termos:

- 1) O artigo 57.º, n.º 4, alínea g), 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, deve ser interpretado no sentido em que:
  - uma autoridade adjudicante pode, em princípio, excluir do procedimento de contratação de obras públicas um operador económico relativamente ao qual tenha sido determinada a rescisão antecipada de um contrato público anterior, com base no incumprimento da cláusula que lhe impunha o dever de comunicar, para sua autorização necessária, a atribuição de parte dessas obras a um subcontratante;

<sup>33</sup> Durante a audiência, a Comissão avançou a possibilidade de o artigo 57.º, n.º 4, alínea h), servir de fundamento para a exclusão.

<sup>34</sup> O Governo austríaco salientou, na audiência, que a rescisão antecipada de um contrato público constitui um fator cuja relevância não pode ser ignorada e que deve necessariamente ser sublinhado em posteriores procedimentos de adjudicação.

<sup>35</sup> Na audiência, a Delta reconheceu que não fez constar esse elemento do Documento Europeu Único de Contratação Pública, alegando que esse formulário não tem espaço reservado para observações. Mas nada teria obstado a que, querendo explicar as particularidades da rescisão do contrato, apresentasse um documento adicional com essas explicações.

- compete ao juiz nacional apreciar, à luz das circunstâncias específicas do litígio e em aplicação do princípio da proporcionalidade, se a rescisão antecipada do (primeiro) contrato público decorreu de uma deficiência significativa na execução de um requisito essencial exigível no âmbito do referido contrato, suficiente para excluir o operador económico do (segundo) contrato.
- 2) O artigo 57.º, n.º 4, alínea h), da Diretiva 2014/24 não obsta a que a autoridade adjudicante exclua de um (segundo) contrato público o proponente que tenha omitido a essa autoridade a rescisão antecipada de um contrato anterior, baseada na existência de deficiências significativas na execução de um requisito essencial exigível no âmbito do referido (primeiro) contrato. Compete ao juiz nacional apreciar, à luz do princípio da proporcionalidade, a gravidade dessa ocultação de informações.