



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

26 de janeiro de 2023*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 57.º, n.º 4, alínea g) — Motivo facultativo de exclusão relacionado com deficiências no âmbito de um contrato anterior — Contrato atribuído a um agrupamento de operadores económicos — Rescisão desse contrato — Inscrição automática de todos os membros do agrupamento numa lista de fornecedores não fiáveis — Princípio da proporcionalidade — Diretiva 89/665/CEE — Artigo 1.º, n.ºs 1 e 3 — Direito à ação»

No processo C-682/21,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia), por Decisão de 11 de novembro de 2021, que deu entrada no Tribunal de Justiça na mesma data, no processo

«HSC Baltic» UAB,

«Mitnija» UAB,

«Montuotojas» UAB

contra

Vilniaus miesto savivaldybės administracija,

sendo intervenientes:

«Active Construction Management» UAB, em situação de insolvência,

«Vilniaus vystymo kompanija» UAB,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: C. Lycourgos (relator), presidente de secção, L. S. Rossi, J.-C. Bonichot, S. Rodin e O. Spineanu-Matei, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

* Língua do processo: lituano.

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação do Governo lituano, por K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė e E. Kurelaitytė, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo checo, por L. Halajová, M. Smolek e J. Vlácil, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por P. Ondrůšek, A. Steiblytė e G. Wils, na qualidade de agentes,

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

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 18.º, n.º 1, e do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), e n.º 6, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), bem como do artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos (JO 1989, L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (JO 2017, L 94, p. 1).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de litígios que opõem a «HSC Baltic» UAB, «Mitnija» UAB e «Montuotojas» UAB à Vilniaus miesto savivaldybės administracija (administração municipal da cidade de Vilnius, Lituânia) (a seguir «cidade de Vilnius»), apoiada pela «Active Construction Management» UAB, em insolvência, e pela «Vilniaus vystymo kompanija» UAB, a respeito das consequências, para a HSC Baltic, Mitnija e Montuotojas, da rescisão de um contrato público adjudicado a um agrupamento de operadores económicos de que faziam parte.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 89/665

- 3 O artigo 1.º da Diretiva 89/665, sob a epígrafe «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», dispõe:
«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a Diretiva [2014/24] [...]

[...]

Os Estados-Membros adotam as medidas necessárias para assegurar que [...] as decisões das autoridades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes, e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

[...]

3. Os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, pelo menos a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.

[...]»

Diretiva 2014/24

4 Os considerandos 101 e 102 da Diretiva 2014/24 enunciam:

«(101) As autoridades adjudicantes deverão [...] poder excluir os operadores económicos que se tenham revelado pouco fiáveis, por exemplo na sequência de infrações de obrigações ambientais ou sociais [...] ou outras formas de falta profissional grave, como a violação das regras da concorrência ou dos direitos de propriedade intelectual. [...]

[...] [As entidades adjudicantes d]everão 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. [...]

(102) Deverá contudo prever-se a possibilidade de os operadores económicos poderem adotar medidas de execução destinadas a remediar as consequências de quaisquer infrações penais ou faltas graves e a prevenir eficazmente a repetição de tais faltas. Essas medidas poderão consistir, em particular, em intervenções ao nível do pessoal e da organização, como sejam a rutura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita, medidas adequadas de reorganização do pessoal, a aplicação de sistemas de notificação e controlo e a criação de uma estrutura de auditoria interna para acompanhar o cumprimento e a adoção de regras internas em matéria de responsabilidade e compensação. Se tais medidas proporcionarem garantias suficientes, o operador económico em questão deverá deixar de estar excluído por esses motivos apenas. [...]

5 O artigo 18.º dessa diretiva, sob a epígrafe «Princípios da contratação», dispõe, no seu n.º 1:
«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.
[...]»

6 O artigo 57.º da referida diretiva, sob a epígrafe «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:

[...]

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;

[...]

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 um importante motivo 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.

[...]

7. Os Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação do presente artigo por meio de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e tendo em conta o direito da União. Devem, em particular, determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas, como as especificadas no n.º 6, para demonstrar a sua fiabilidade. Se o período de exclusão não tiver sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não pode ser superior a [...] três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4.»

7 O artigo 90.º da mesma diretiva enuncia, no seu n.º 1, primeiro parágrafo:

«Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016. [...]»

8 Nos termos do artigo 91.º da Diretiva 2014/24:

«A 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 2004, L 134, p. 114),] é revogada com efeitos a partir de 18 de abril de 2016.

[...]»

Direito lituano

Lei dos Contratos Públicos

9 O Lietuvos Respublikos viešmilitares jų pirkimų įstatymas (Lei dos Contratos Públicos da República da Lituânia), na sua versão aplicável ao processo principal (a seguir «Lei dos Contratos Públicos»), dispõe, no seu artigo 2.º, n.º 36:

«Entende-se por “fornecedor” — operador económico — uma pessoa singular ou coletiva de direito privado ou de direito público, uma outra organização e os seus membros ou grupo formado por essas pessoas, incluindo uma associação temporária de operadores económicos, que proponha no mercado a realização de obras, o fornecimento de bens ou a prestação de serviços.»

10 O artigo 46.º dessa lei dispõe:

«[...]

4. A entidade adjudicante deve excluir o fornecedor do procedimento de contratação quando:

[...]

6) o fornecedor não tenha executado um contrato celebrado em aplicação da presente lei, [...] ou um contrato de concessão, ou o tenha executado incorretamente e isso tenha constituído uma violação substancial do contrato, como definida no Código Civil [...], que tenha levado à rescisão do contrato nos três anos anteriores, ou uma sentença definitiva proferida no decurso dos três anos anteriores que tenha julgado procedente o pedido de indemnização da entidade adjudicante ou da autoridade contratante pelos danos sofridos em razão de deficiências significativas ou persistentes na execução de um elemento essencial do contrato, ou a adoção pela entidade adjudicante, nos três anos anteriores, de uma decisão que tenha declarado que a execução pelo fornecedor de um elemento essencial do contrato estava ferida de deficiências significativas ou persistentes que tenham dado origem, por isso, à aplicação de uma cláusula penal. [...]

[...]

8. Se um fornecedor não cumprir os requisitos estabelecidos nos n.ºs 1, 4 e 6 do presente artigo, a entidade adjudicante não o exclui do procedimento de contratação se estiverem preenchidas as duas seguintes condições:

1) se o fornecedor tiver apresentado à entidade adjudicante informações que demonstram que adotou as seguintes medidas:

- a) pagou espontaneamente ou assumiu a obrigação de pagar uma compensação pelo prejuízo causado pela infração ou pela violação referida nos n.ºs 1, 4 ou 6 do presente artigo, se for caso disso;
 - b) cooperou, ajudou ativamente ou adotou outras medidas que tenham contribuído para se elucidar ou precisar a infração ou a violação por ele perpetrada, se for caso disso;
 - c) tomou medidas técnicas, organizativas ou de gestão do pessoal destinadas a evitar outras infrações ou violações;
- 2) se a entidade adjudicante tiver avaliado as informações apresentadas pelo fornecedor nos termos do ponto 1 do presente número e tiver adotado uma decisão fundamentada em que considere suficientes as medidas adotadas pelo fornecedor para demonstrar a sua fiabilidade. [...]]»
- 11 Nos termos do artigo 91.º, n.º 1, da referida lei, na versão referida pelo órgão jurisdicional de reenvio:

«A entidade adjudicante publicará no prazo de dez dias, no portal central dos contratos públicos, segundo as modalidades definidas pela autoridade competente em matéria de contratos públicos, as informações relativas aos fornecedores (em caso de agrupamento de fornecedores, relativas a todos os membros desse agrupamento) que não executaram ou executaram mal o contrato, bem como, quando o incumprimento disser respeito à parte do contrato que lhes foi subcontratada, as relativas aos operadores económicos a cujas capacidades o fornecedor recorreu e que se obrigaram a responder solidariamente com o fornecedor pela boa execução do contrato [...]]»

Código civil

- 12 O artigo 6.6 do Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Código Civil da República da Lituânia) dispõe:

«1. A solidariedade entre os devedores não se presume, exceto nos casos previstos na lei. Constitui-se unicamente nos casos previstos na lei ou acordados pelas partes, bem como quando o objeto da obrigação seja indivisível.

[...]

3. Presume-se a solidariedade entre os devedores quando a obrigação disser respeito à prestação de serviços, a uma atividade comum ou à reparação de danos causados por atos de várias pessoas.

[...]]»

- 13 O artigo 6.15 desse código enuncia no n.º 1:

«Se o cumprimento da obrigação for impossível por culpa de um dos codevedores, os outros codevedores não ficam isentos da responsabilidade por incumprimento da obrigação.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 14 Em 7 de dezembro de 2016, a cidade de Vilnius publicou um anúncio de concurso público, no valor de 21 793 166,72 euros, sem imposto sobre o valor acrescentado, relativo à construção de um centro de saúde polivalente (a seguir «contrato controvertido»).
- 15 Um contrato de atividade comum celebrado em 30 de janeiro de 2017 entre a Active Construction Management, a HSC Baltic, a Mitnija, a Montuotojas e a «Axis Power» UAB designou, para efeitos da participação no processo de adjudicação do contrato controvertido e da execução das obras em caso de adjudicação, a Active Construction Management como líder desse agrupamento de operadores económicos. Foi igualmente acordado que as partes respetivas, em valor, das entradas de capital na atividade comum seriam distribuídas do seguinte modo: Ativo Construction Management 65 %, a HSC Baltic 15 %, a Axis Power 10 %, a Mitnija 5 % e a Montuotojas 5 %.
- 16 Em 5 de junho de 2017, a cidade de Vilnius adjudicou o contrato controvertido ao referido grupo. Tendo o prazo de realização das obras sido fixado em 18 meses, esse contrato devia ser executado até 5 de dezembro de 2018.
- 17 Não tendo as obras sido concluídas nesse prazo, o termo foi adiado para 28 de maio de 2020. Durante esse período adicional, os trabalhos não progrediram segundo o calendário previsto.
- 18 Por Despacho de 28 de outubro de 2019, o Vilniaus apygardos teismas (Tribunal Regional de Víliaus, Lituânia), a pedido do gerente da Active Construction Management, submeteu essa sociedade a um processo de insolvência. Em 6 de dezembro de 2019, o administrador da insolvência informou a HSC Baltic, a Mitnija, a Montuotojas e a Axis Power, bem como a cidade de Vilnius, desse processo de insolvência e de que o líder não prosseguiria a execução do contrato controvertido.
- 19 Em 22 de janeiro de 2020, a cidade de Vilnius informou a HSC Baltic, a Mitnija, a Montuotojas e a Axis Power de que rescindia o contrato controvertido devido a um incumprimento substancial, que consistia em terem abandonado e deixado sem vigilância a obra, em não terem prestado nova garantia, em não terem respeitado o calendário das obras e em não terem subscrito um seguro de responsabilidade civil.
- 20 Estas sociedades intentaram no Vilniaus apygardos teismas (Tribunal Regional de Vilnius) uma ação destinada a obter a declaração da ilegalidade da rescisão do contrato controvertido pela cidade de Vilnius e da sua inscrição na lista dos fornecedores não fiáveis contida no portal central dos contratos públicos.
- 21 Por Sentença de 27 de agosto de 2020, esse tribunal julgou improcedente a ação, declarando que a cidade de Vilnius tinha razão ao assinalar os problemas de execução das obras ao líder e aos outros membros do agrupamento. Sendo estas sociedades solidariamente responsáveis pela boa execução do contrato controvertido e tendo este sido rescindido, a entidade adjudicante não tinha qualquer poder de apreciação que lhe permitisse não inscrever todos os membros do agrupamento na lista dos fornecedores não fiáveis. Essa inscrição não impedia as referidas sociedades de se reabilitarem e de participarem, assim, noutros processos de adjudicação de contratos públicos.

- 22 A HSC Baltic, a Mitnija, a Montuotojas e a Axis Power interpuseram recurso dessa sentença para o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia). Este negou provimento ao recurso por Acórdão de 21 de janeiro de 2021, subscrevendo o raciocínio do tribunal de primeira instância.
- 23 Em 22 de janeiro de 2021, a Viešprimavera jų pirkimų tarnyba (Autoridade dos Contratos Públicos, Lituânia) inscreveu os membros do agrupamento na lista dos fornecedores não fiáveis por iniciativa da cidade de Vilnius.
- 24 A HSC Baltic, a Mitnija e a Montuotojas interpuseram, do Acórdão de 21 de janeiro de 2021 do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia), um recurso de revista para o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia), o órgão jurisdicional de reenvio.
- 25 Em 15 de março de 2021, a HSC Baltic, a Mitnija e a Montuotojas requereram ao órgão jurisdicional de reenvio que ordenasse, a título de medida provisória, que os seus nomes fossem retirados da lista dos fornecedores não fiáveis. Por Sentença de 31 de março de 2021, o referido tribunal deferiu esse requerimento.
- 26 Em 11 de novembro de 2021, o referido órgão jurisdicional proferiu um acórdão que decidiu parcialmente o recurso, negando provimento aos fundamentos da HSC Baltic, da Mitnija e da Montuotojas, relativos à ilegalidade da rescisão do contrato controvertido.
- 27 Para decidir da inscrição dessas sociedades na lista dos fornecedores não fiáveis, o órgão jurisdicional de reenvio considera que são necessários alguns esclarecimentos sobre o alcance do direito da União.
- 28 A este respeito, esse órgão jurisdicional indica, a título preliminar, que o legislador lituano transpôs tardiamente a Diretiva 2014/24, com efeitos a partir de 1 de julho de 2017, posteriormente em 18 de abril de 2016, data do termo do prazo de transposição dessa diretiva. Considera, no entanto, que a referida diretiva pode ser aplicada ao litígio no processo principal.
- 29 Esse tribunal interroga-se sobre a questão de saber se a inscrição automática, numa lista de fornecedores não fiáveis, de qualquer operador económico juridicamente responsável pelo incumprimento que conduziu à rescisão de um contrato público é compatível com a exigência de uma apreciação individualizada no âmbito da aplicação dos motivos de exclusão previstos pela Diretiva 2014/24.
- 30 Observa que, à luz do alcance dos termos «decisões tomadas pelas entidades adjudicantes» no artigo 1.º da Diretiva 89/665, a inscrição de um operador económico numa lista de fornecedores não fiáveis poderia constituir um ato recorrível. Ora, o direito lituano não permite impugnar essa inscrição, que é considerada um mero efeito jurídico da rescisão do contrato. No caso, foi efetivamente interposto um recurso no Vilniaus apygardos teismas (Tribunal Regional de Vilnius), no qual se contestava tanto essa rescisão como a referida inscrição. Todavia, uma vez que a inscrição ocorreu após o trânsito em julgado da decisão do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia), os tribunais de primeira instância e de recurso não puderam, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, conhecer da parte da ação relativa a essa inscrição.

31 Nestas circunstâncias, o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia) suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Devem o artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), e n.º 6, da Diretiva 2014/24, bem como o artigo 1.º, n.º 1, quarto parágrafo, e o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 (em conjunto ou separadamente, mas sem se limitar a estas disposições), ser interpretados no sentido de que a decisão da entidade adjudicante de inscrever o operador económico em causa na lista de fornecedores não fiáveis, limitando-lhes assim, durante um certo período, a possibilidade de participar em procedimentos de contratação posteriormente anunciados, com o fundamento de que esse operador económico violou substancialmente o contrato celebrado com essa entidade adjudicante constitui uma medida que pode ser objeto de recurso perante um órgão jurisdicional?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, devem as disposições do direito da União supramencionadas (em conjunto ou separadamente, mas sem se limitar a essas disposições) ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional e a uma prática de aplicação das mesmas, ao abrigo das quais: (a) entidade adjudicante, ao resolver um contrato público com base numa violação substancial do mesmo, não adota nenhuma decisão formal (separada) relativamente à inscrição de operadores económicos na lista de fornecedores não fiáveis; (b) o operador económico não é informado antecipadamente sobre a futura inscrição na lista de fornecedores não fiáveis e, por conseguinte, não pode apresentar esclarecimentos pertinentes e, sucessivamente, contestar de modo efetivo a inscrição; (c) a entidade adjudicante não efetua um exame individual das circunstâncias do cumprimento defeituoso do contrato e, por conseguinte, se o contrato público tiver sido legalmente resolvido com base numa violação substancial do mesmo, o operador económico de jure responsável por essa violação é automaticamente inscrito na lista de fornecedores não fiáveis?
- 3) Em caso de resposta afirmativa às duas primeiras questões, devem as disposições do direito da União supramencionadas (em conjunto ou separadamente, mas sem se limitar a essas disposições) ser interpretadas no sentido de que os parceiros em atividades conjuntas (entidades que participam num agrupamento de fornecedores) que executaram o contrato público, resolvido legalmente com base numa violação substancial, podem demonstrar a sua fiabilidade e, assim, ser retirados da lista de fornecedores não fiáveis, baseando-se, entre outros, no montante da parte (valor) do contrato executado, na insolvência do parceiro principal, nas ações imputáveis a esse parceiro e no contributo da entidade adjudicante para o incumprimento do contrato?»

Quanto às questões prejudiciais

Observações preliminares

- 32 A segunda e terceira questões, a analisar antes da primeira questão, dizem respeito às modalidades segundo as quais os operadores económicos são, após a rescisão de um contrato público que lhes tinha sido adjudicado, inscritos numa lista de fornecedores não fiáveis, para efeitos da sua exclusão da participação nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.
- 33 A rescisão do contrato controvertido pela cidade de Vilnius teve como consequência impedir temporariamente as recorrentes no processo principal de participarem noutros processos de adjudicação de contratos públicos. Essa rescisão, que lhes foi comunicada em 22 de janeiro de

2020, seguiu-se, em 22 de janeiro de 2021, da sua inscrição numa lista de fornecedores não fiáveis. Por conseguinte, a segunda e terceira questões devem ser examinadas à luz da Diretiva 2014/24, que estava em vigor nessas datas, sem que seja necessário examinar se esta diretiva era aplicável no período compreendido entre 18 de abril de 2016, data do termo do seu prazo de transposição, e 1 de julho de 2017, data da sua transposição na Lituânia.

Quanto à segunda questão

- 34 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação ou a uma prática nacional segundo a qual, quando a entidade adjudicante rescinde um contrato público adjudicado a um agrupamento de operadores económicos devido a deficiências significativas ou persistentes que tenham causado o incumprimento de uma obrigação essencial no âmbito desse contrato, qualquer membro desse agrupamento é automaticamente inscrito numa lista de fornecedores não fiáveis e assim temporariamente impedido de participar em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.
- 35 A esse respeito, refira-se antes de mais que o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 permite excluir da participação nos processos de adjudicação de contratos públicos qualquer operador económico em relação ao qual tenham sido declaradas deficiências significativas ou persistentes no cumprimento de uma obrigação essencial que lhe incumbia no âmbito de um contrato público anterior, nomeadamente, quando essas deficiências tenham dado origem à rescisão desse contrato.
- 36 Como resulta do considerando 101 dessa diretiva, o objeto e a finalidade deste motivo facultativo consistem em excluir os operadores económicos cuja fiabilidade esteja seriamente comprometida devido a um comportamento culposo ou negligente.
- 37 Quando, na sua regulamentação nacional, um Estado-Membro fixa os pressupostos de aplicação desse motivo facultativo de exclusão, deve respeitar as suas características essenciais conforme expressas no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 (v., neste sentido, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.º 33).
- 38 Além disso, a aplicação desse motivo facultativo de exclusão deve respeitar o princípio da proporcionalidade, princípio geral do direito da União lembrado, em matéria de contratação pública, no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24. O respeito desse princípio merece especial atenção na aplicação dos motivos facultativos de exclusão previstos no artigo 57.º dessa diretiva (v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.ºs 45 e 48, e jurisprudência referida).
- 39 A este respeito, essa exclusão deve, primeiro, ser temporária. Com efeito, decorre do considerando 101 da Diretiva 2014/24 que qualquer ato de direito nacional que estabeleça as condições de aplicação do artigo 57.º, n.º 4, alínea g), dessa diretiva deve prever uma duração máxima de exclusão. O artigo 57.º, n.º 7, da referida diretiva precisa que, quando não tenha sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não pode exceder três anos.
- 40 Segundo, durante esse período de exclusão, o operador económico em causa, a menos que tenha sido excluído de qualquer participação em procedimentos de adjudicação de contratos públicos por decisão transitada em julgado, deve ser admitido a participar nesse procedimento se fornecer

provas, em conformidade com o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24, para demonstrar que as medidas que tomou são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade. Os operadores económicos são assim incentivados a adotar medidas corretivas (v., neste sentido, Acórdão de 19 de junho de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, n.º 40).

- 41 Terceiro, o princípio da proporcionalidade exige uma apreciação concreta e individualizada da atitude do operador em causa, com base em todos os elementos pertinentes (Acórdão de 3 de junho de 2021, Rad Service e o., C-210/20, EU:C:2021:445, n.º 40 e jurisprudência referida).
- 42 No caso presente, resulta do pedido de decisão prejudicial que, em caso de rescisão de um contrato público devido a deficiências significativas ou persistentes do adjudicatário no cumprimento de uma obrigação essencial, essa rescisão leva, por força da regulamentação nacional aplicável, a inscrever cada operador económico juridicamente responsável pela boa execução do referido contrato numa lista destinada a permitir às entidades adjudicantes conhecerem os nomes dos operadores que, por não terem ou por terem executado deficientemente um contrato público, são considerados, por esse facto, fornecedores não fiáveis. A inclusão nessa lista implica a exclusão de qualquer procedimento de adjudicação de um contrato público por um período de três anos, a menos que o operador económico em causa demonstre ter adotado medidas corretivas adequadas.
- 43 O órgão jurisdicional de reenvio refere que, na prática, logo com a prolação de uma decisão judicial que confirme a legalidade da rescisão do contrato em causa, todos os operadores económicos juridicamente responsáveis pela execução desse contrato são automaticamente inscritos nessa lista, sem que seja formalmente adotada uma decisão para esse efeito.
- 44 Quanto à questão de saber se essa regulamentação ou prática respeita as características essenciais do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 e o princípio da proporcionalidade enunciado no artigo 18.º, n.º 1, dessa diretiva, refira-se que essas disposições não se opõem ao registo temporário, num portal dedicado a facilitar a gestão dos processos de adjudicação de contratos públicos, dos nomes dos operadores relativamente aos quais se verificaram deficiências significativas ou persistentes na execução de uma obrigação essencial no âmbito de um contrato público anterior.
- 45 Com efeito, como se expõe nos n.ºs 35 e 36 do presente acórdão, este motivo facultativo de exclusão visa permitir que o acesso desses operadores aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos seja restringido por uma proibição de princípio de participar nesses procedimentos. No caso presente, essa restrição é enunciada no artigo 46.º da Lei dos Contratos Públicos. A inscrição, prevista no artigo 91.º dessa lei, dos operadores em causa numa lista eletrónica acessível às entidades adjudicantes e às outras entidades competentes em matéria de contratos públicos parece, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, ter por objetivo facilitar a aplicação dessa restrição.
- 46 Dito isto, a fim de respeitar as características essenciais do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 e o princípio da proporcionalidade, esse regime deve ser organizado de modo que, previamente à inscrição, na lista dos fornecedores não fiáveis, de um operador económico que é membro de um agrupamento ao qual foi adjudicado um contrato público rescindido, devem ser objeto de uma apreciação concreta todos os elementos pertinentes apresentados por esse operador para demonstrar que a sua inscrição nessa lista é injustificada à luz do seu comportamento individual.

- 47 Por conseguinte, não se pode admitir que esse operador económico seja, em caso de rescisão desse contrato em razão de deficiências significativas ou persistentes no momento da sua execução, automaticamente qualificado de não fiável e seja objeto de exclusão temporária sem que o seu comportamento tenha sido previamente avaliado, concreta e individualizadamente, à luz de todos os elementos pertinentes.
- 48 É certo que um Estado-Membro pode prever, em caso de fixação dos pressupostos de aplicação do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, a presunção de que qualquer operador económico juridicamente responsável pela boa execução de um contrato público terá contribuído, no momento da execução desse contrato, para o desenvolvimento ou para a manutenção das deficiências significativas ou persistentes que levaram à rescisão do referido contrato. Contudo, quando esse contrato tiver sido adjudicado a um agrupamento de operadores económicos, cujos contributos individuais para essas deficiências e para os eventuais esforços feitos para as solucionar não são necessariamente idênticos, essa presunção, sob pena de prejudicar as características essenciais desse motivo facultativo de exclusão e o princípio da proporcionalidade recordado no artigo 18.º, n.º 1, dessa diretiva, deve ser ilidível.
- 49 Com efeito, independentemente da responsabilidade jurídica solidária dos membros desse agrupamento, a aplicação do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 deve basear-se no carácter culposo ou negligente desse comportamento individual.
- 50 Por conseguinte, numa situação como a que está em causa no processo principal, cada membro do agrupamento, juridicamente responsável pela boa execução de um contrato público, deve, antes de ser inscrito na lista dos fornecedores não fiáveis e, por isso, sujeito ao regime de exclusão temporária dos processos de contratação pública, ter a possibilidade de demonstrar que as deficiências que conduziram à rescisão desse contrato não tinham nenhuma relação com o seu comportamento individual. Quando, na sequência de uma apreciação concreta e individualizada do comportamento do operador em causa à luz de todos os elementos pertinentes, se verifique que este não estava na origem das deficiências constatadas e que não lhe podia ser razoavelmente exigido que fizesse mais do que fez para sanar essas deficiências, a Diretiva 2014/24 opõe-se a que seja inscrito na lista dos fornecedores não fiáveis (v., por analogia, Acórdão de 7 de setembro de 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, n.ºs 157 e 158).
- 51 Esta interpretação não é posta em causa pela possibilidade de o operador em causa evitar a exclusão da participação em procedimentos de adjudicação de contratos públicos demonstrando, em conformidade com o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24, que adotou medidas corretivas, como as enumeradas de maneira ilustrativa no considerando 102 dessa diretiva. Com efeito, não se pode exigir que esse operador demonstre ter adotado medidas corretivas quando o seu comportamento individual for alheio às deficiências que levaram à rescisão do contrato.
- 52 À luz de todas estas considerações, há que responder à segunda questão que o artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação ou a uma prática nacional segundo a qual, quando a entidade adjudicante rescinde um contrato público adjudicado a um agrupamento de operadores económicos, devido a deficiências significativas ou persistentes que tenham causado a inexecução de uma obrigação essencial no âmbito desse contrato, qualquer membro desse

agrupamento é automaticamente inscrito numa lista de fornecedores não fiáveis e, desse modo, temporariamente impedido, em princípio, de participar em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

Quanto à terceira questão

- 53 Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que um operador económico que é membro de um agrupamento adjudicatário de um contrato público pode, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, invocar, para demonstrar que a sua inscrição numa lista de fornecedores não fiáveis é injustificada, tanto elementos que digam respeito à sua própria situação como elementos relativos à situação de terceiros, como o líder desse agrupamento.
- 54 Como referido no n.º 50 do presente acórdão, cada membro do agrupamento adjudicatário deve, em caso de rescisão do contrato em razão de deficiências significativas ou persistentes, ter a possibilidade, antes de ser inscrito numa lista de fornecedores não fiáveis e, por esse facto, estar sujeito ao regime de exclusão temporária dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, de demonstrar que o seu comportamento individual na execução desse contrato não estava relacionado com essas deficiências.
- 55 Para demonstrar que o seu comportamento individual não está na origem das referidas deficiências e que, por outro lado, não lhe podia ser razoavelmente exigido que fizesse mais do que fez para as sanar, deve ser dada ao operador económico em causa a possibilidade de invocar qualquer elemento que considere pertinente.
- 56 Com efeito, a expressão que figura no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 não especifica em que circunstâncias se deve considerar que um membro de um agrupamento de operadores económicos está ou não envolvido nas deficiências que levaram à rescisão do contrato. Por conseguinte, esta disposição permite a cada membro de um agrupamento adjudicatário invocar qualquer elemento, específico da sua situação ou de um terceiro, suscetível de demonstrar que esse motivo de exclusão não lhe pode ser aplicado.
- 57 Cabe à entidade adjudicante do contrato rescindido e, se for caso disso, ao órgão jurisdicional chamado a conhecer de um recurso, determinar, no âmbito da apreciação concreta e individualizada que se impõe por força do princípio da proporcionalidade recordado no artigo 18.º, n.º 1, da referida diretiva, o peso que deve ser atribuído a cada elemento invocado.
- 58 Em face do exposto, há que responder à terceira questão que o artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que um operador económico que seja membro de um agrupamento adjudicatário de um contrato público, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, pode, para demonstrar que a sua inscrição numa lista de fornecedores não fiáveis é injustificada, invocar qualquer elemento, incluindo relativo a terceiros, como o líder desse agrupamento, suscetível de demonstrar que não esteve na origem das deficiências que levaram à rescisão desse contrato e que não se lhe podia razoavelmente exigir mais do que fez para resolver essas deficiências.

Quanto à primeira questão

- 59 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro que prevê, no âmbito da fixação das condições de aplicação do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, que os operadores económicos aos quais foi adjudicado um contrato público serão, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, inscritos numa lista de fornecedores não fiáveis e, assim, temporariamente excluídos, em princípio, da participação em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, deve garantir o direito de recorrer da inscrição nessa lista de fornecedores não fiáveis.
- 60 Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, com o fundamento de essas decisões terem violado o direito da União em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito. De acordo com o artigo 1.º, n.º 3, dessa diretiva, esses procedimentos de recurso devem ser acessíveis pelo menos a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.
- 61 Com estas disposições, a Diretiva 89/665 visa assegurar, no domínio dos contratos públicos abrangidos pelo direito da União, o pleno respeito do direito à ação e a um tribunal imparcial, consagrado no artigo 47.º, primeiro e segundo parágrafos, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Acórdão de 7 de setembro de 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 128 e jurisprudência referida).
- 62 Nesta perspetiva, o conceito de «decisões tomadas pelas entidades adjudicantes», que figura no artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665, deve ser objeto de interpretação lata. Qualquer decisão de uma entidade adjudicante abrangida pelas regras da União em matéria de contratos públicos e que seja suscetível de as violar deve poder ser sujeita à fiscalização jurisdicional prevista nessa diretiva. Este conceito refere-se, portanto, de maneira geral, às decisões de uma entidade adjudicante sem distinguir em função do seu conteúdo ou do momento da sua adoção e não prevê nenhuma restrição no que respeita à natureza e ao conteúdo das decisões em causa (v., neste sentido, Acórdão de 7 de setembro de 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 105).
- 63 A expressão «qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação», que figura no artigo 1.º, n.º 3, dessa diretiva, deve igualmente ser objeto de interpretação lata, de modo que as regras previstas nessa diretiva se apliquem a todas as pessoas cujo interesse em obter esse contrato seja afetado por uma decisão tomada por uma entidade adjudicante.
- 64 Quando, como no caso presente, os membros de um agrupamento de operadores económicos estão, devido à rescisão do contrato público que lhes tinha sido adjudicado, inscritos, por uma entidade adjudicante ou por iniciativa desta, numa lista de fornecedores não fiáveis e assim temporariamente excluídos, em princípio, da participação em futuros processos de adjudicação de contratos públicos, essa inscrição, que afeta o interesse de cada um desses operadores em obter contratos públicos abrangidos pelo direito da União, constitui uma decisão tomada por uma entidade adjudicante, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665. Essa decisão deve,

como resulta da análise da segunda e da terceira questões, respeitar as características essenciais do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 e respeitar o princípio da proporcionalidade enunciado no seu artigo 18.º, n.º 1. Em caso de violação alegada dessas disposições ou de qualquer outra norma do direito da União, a pessoa pretensamente lesada deve, por força do artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665, dispor de uma via de recurso efetiva.

- 65 Ora, a possibilidade de interpor recurso da rescisão do contrato público de que decorre a sua inscrição na lista dos fornecedores não fiáveis não constitui, para os membros do agrupamento adjudicatário, uma via de recurso efetiva contra a decisão de os inscrever nessa lista e de os excluir assim, em princípio, de processos de adjudicação de contratos públicos futuros. Com efeito, a legalidade dessa rescisão à luz do direito da União, por um lado, e dessas inscrições e exclusão, por outro, pode depender, como resulta da análise relativa à segunda questão, de elementos diferentes.
- 66 Por conseguinte, quando o contrato rescindido foi adjudicado a um agrupamento de operadores económicos, cada membro desse agrupamento deve poder interpor recurso da sua inscrição na lista de fornecedores não fiáveis, da qual decorre a sua exclusão, em princípio, de futuros procedimentos de adjudicação de contratos públicos.
- 67 Em face do exposto, há que responder à primeira questão que o artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro que, no âmbito da fixação dos pressupostos de aplicação do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, prevê que os membros de um agrupamento de operadores económicos adjudicatário de um contrato público são, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, inscritos numa lista de fornecedores não fiáveis e, desse modo, temporariamente excluídos, em princípio, da participação em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, deve garantir o direito de esses operadores interporem recurso efetivo da sua inscrição nessa lista.

Quanto às despesas

- 68 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 (Quarta Secção) declara:

- 1) O artigo 18.º, n.º 1, e 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,**

devem ser interpretados no sentido de que:

se opõem a uma regulamentação ou a uma prática nacional segundo a qual, quando a entidade adjudicante rescinde um contrato público adjudicado a um agrupamento de operadores económicos, devido a deficiências significativas ou persistentes que tenham causado a inexecução de uma obrigação essencial no âmbito desse contrato, qualquer membro desse agrupamento é automaticamente inscrito numa lista de fornecedores

não fiáveis e, desse modo, temporariamente impedido, em princípio, de participar em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

2) O artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24

devem ser interpretados no sentido de que:

um operador económico que seja membro de um agrupamento adjudicatário de um contrato público, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, pode, para demonstrar que a sua inscrição numa lista de fornecedores não fiáveis é injustificada, invocar qualquer elemento, incluindo relativo a terceiros, como o líder desse agrupamento, suscetível de demonstrar que não esteve na origem das deficiências que levaram à rescisão desse contrato e que não se lhe podia razoavelmente exigir mais do que fez para resolver essas deficiências.

3) O artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014,

deve ser interpretado no sentido de que:

um Estado-Membro que, no âmbito da fixação dos pressupostos de aplicação do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, prevê que os membros de um agrupamento de operadores económicos adjudicatário de um contrato público são, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, inscritos numa lista de fornecedores não fiáveis e, desse modo, temporariamente excluídos, em princípio, da participação em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, deve garantir o direito de esses operadores interporem recurso efetivo da sua inscrição nessa lista.

Assinaturas