



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 11 de maio de 2023¹

Processo C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, S. A.,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A.,
contra
TOSCCA — Equipamentos em Madeira, Lda.,
sendo interveniente:
Mota-Engil Railway Engineering, S. A.,**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2014/24/UE — Contratos públicos — Motivos facultativos de exclusão — Artigo 57.º, n.º 4, alínea d) — Exclusão de um operador económico da participação num procedimento de contratação — Sanção por práticas restritivas da concorrência — Exclusão automática com base numa decisão anterior da Autoridade da Concorrência — Faculdades da autoridade adjudicante para apreciar a existência de motivo de exclusão — Artigo 57.º, n.º 6 — Idoneidade e fiabilidade do proponente — Fundamentação — Práticas restritivas da concorrência detetadas no próprio procedimento de contratação»

1. No âmbito do presente reenvio prejudicial, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE², nos termos do qual as autoridades adjudicantes podem excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação se este tiver celebrado acordos com outros operadores para distorcer a concorrência.
2. O pedido de decisão prejudicial foi apresentado no âmbito de um litígio relativo à adjudicação de um contrato a uma empresa que tinha anteriormente sido sancionada por se ter concertado com outras empresas com vista a adotar comportamentos restritivos da concorrência (acordos sobre preços e repartição de mercado).

¹ Língua original: espanhol.

² 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*

1. *Diretiva 2014/24*

3. O artigo 56.º («Princípios gerais») dispõe:

«1. Os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos em conformidade com os artigos 67.º a 69.º, desde que a autoridade adjudicante tenha verificado, em conformidade com os artigos 59.º a 61.º, que estão preenchidas todas as seguintes condições:

[...]

b) A proposta foi apresentada por um proponente que não se encontra excluído em conformidade com o artigo 57.º [...]

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;

d) Se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência;

[...]

5. [...]

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.

Um operador económico que tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou concessão não pode recorrer à possibilidade prevista no presente número durante o período de exclusão resultante dessa decisão nos Estados-Membros onde esta produz efeitos.

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 cinco anos a contar da data da condenação por decisão transitada em julgado nos casos referidos no n.º 1 e três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4.»

2. Diretiva 2014/25/UE

5. Segundo o artigo 80.º da Diretiva 2014/25/UE³ («Utilização dos motivos de exclusão e dos critérios de seleção previstos na Diretiva 2014/24/UE»):

«1. As regras e os critérios objetivos de exclusão e de seleção dos operadores económicos que requerem a qualificação num sistema de qualificação e as regras e os critérios objetivos de exclusão e de seleção dos candidatos e dos proponentes nos concursos abertos, nos concursos limitados ou nos procedimentos por negociação, nos diálogos concorrenciais ou nas parcerias para a inovação, podem incluir os motivos de exclusão enumerados no artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições nele definidos.

Se a entidade adjudicante for uma autoridade adjudicante, esses critérios e regras incluem os motivos de exclusão enumerados no artigo 57.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições nele definidos.

Se os Estados-Membros assim o exigirem, esses critérios e regras devem ainda incluir os motivos de exclusão enumerados no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições definidos no mesmo artigo.

[...]»

³ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243).

B. Direito português

*1. Decreto-Lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos*⁴

6. O artigo 55.º («Impedimentos») tem a seguinte redação:

«Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que:

[...]

c) Tenham sido objeto de aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas coletivas, tenham sido objeto de aplicação daquela sanção administrativa os titulares dos órgãos sociais de administração, direção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efetividade de funções;

[...]

f) Tenham sido objeto de aplicação de sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de contratação pública prevista em legislação especial, nomeadamente nos regimes contraordenacionais em matéria [...] de concorrência [...], durante o período fixado na decisão condenatória».

7. O artigo 70.º («Análise das propostas»), n.º 2, dispõe:

«2 — São excluídas as propostas cuja análise revele:

[...]

g) A existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.»

2. Lei n.º 19/2012 da Concorrência

8. O artigo 71.º da Lei n.º 19/2012⁵ (com a epígrafe «Sanções acessórias») prevê, no seu n.º 1, alínea b), que, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade da Concorrência (Portugal, a seguir «AC») pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, da sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante.

⁴ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, Código dos Contratos Públicos (a seguir «CCP») (Diário da República, 1.ª série, n.º 20, de 29 de janeiro de 2008), na versão em vigor após a sua reformulação pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (a seguir «Decreto-Lei n.º 111-B/2017») (Diário da República, 1.ª série, n.º 168, 2.º suplemento, de 31 de agosto de 2017).

⁵ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência (*Diário da República*, 1.ª série, n.º 89, de 8 de maio de 2012).

II. Matéria de facto, litígio e questões prejudiciais

9. Em 18 de janeiro de 2019, a Infraestruturas de Portugal, S. A. (a seguir «Infraestruturas») lançou um procedimento de adjudicação de um contrato de aquisição de cavilhas e travessas de madeira de pinho creosotadas pelo preço base de 2 979 200 euros⁶.

10. As empresas TOSCCA — Equipamentos em Madeira, Lda. (a seguir «TOSCCA»), e a Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S. A. (a seguir «Futrifer»), participaram no concurso público, apresentando cada uma a respetiva proposta.

11. Em 12 de junho de 2019, a AC condenou a Futrifer no pagamento de uma coima por violação do direito da concorrência em concursos públicos⁷ abertos em 2014 e 2015⁸.

12. Em especial, a AC considerou que a Futrifer e outras empresas do setor se concertaram para fixar os preços e repartir o mercado dos serviços de manutenção da rede ferroviária, em violação do artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012 e do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

13. Na sua decisão, a AC considerou desnecessário, tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço e a proposta de transação apresentada pela Futrifer, aplicar-lhe a sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos, prevista no artigo 71.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 19/2012⁹.

14. Em 27 de julho de 2019, a Infraestruturas adjudicou o contrato controvertido à Futrifer.

15. A TOSCCA impugnou essa decisão no Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (Portugal, a seguir «TAF de Viseu»). Pediu a anulação do ato de adjudicação, a exclusão da proposta apresentada pela Futrifer e que o contrato lhe fosse adjudicado. Como fundamento da sua ação, invocou, em especial, a decisão sancionatória da AC contra a Futrifer.

16. O tribunal de primeira instância julgou improcedente a ação da TOSCCA, tendo considerado que o artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP só se aplica quando os indícios de falseamento da concorrência se verificam em sede do próprio procedimento em análise.

17. A TOSCCA recorreu da sentença do TAF de Viseu para o Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal, a seguir «TCA Norte»). Este último, por Acórdão de 29 de maio de 2020, considerando errada a interpretação do artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP levada a cabo em primeira instância, revogou a sentença impugnada e condenou a Infraestruturas a adjudicar o contrato à TOSCCA.

18. A Infraestruturas e a Futrifer interpuseram recurso de revista desse acórdão para o Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), que o anulou por falta de fundamentação e determinou a baixa dos autos ao TCA Norte.

⁶ Procedimento Portugal-Almada: Travessas, publicado no suplemento do *Jornal Oficial da União Europeia* de 22 de janeiro de 2019 (JO 2019/S 015-030671).

⁷ Tratava-se de concursos organizados por uma empresa pública para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária portuguesa.

⁸ Processo PRC/2016/6. No que respeita à Futrifer, corresponde à «Decisão final em sede de procedimento de transação (versão não confidencial)».

⁹ N.ºs 231 e segs. da Decisão de 12 de junho de 2019.

19. Em 2 de junho de 2021, o TCA Norte proferiu acórdão no qual revogou novamente a sentença da primeira instância e condenou a Infraestruturas a adjudicar o contrato à TOSCCA.

20. A Infraestruturas e a Futrifer recorreram do Acórdão de 2 de junho de 2021 para o Supremo Tribunal Administrativo, que submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) A causa de exclusão contemplada na alínea d) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva [2014/24] constitui uma “reserva de decisão” da autoridade adjudicante?
- 2) Pode o legislador nacional substituir completamente a decisão a tomar pela autoridade adjudicante ao abrigo da alínea d) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva [2014/24] por uma decisão (pelos efeitos de uma decisão) genérica da Autoridade da Concorrência de aplicação de uma sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos durante um determinado período de tempo no âmbito da aplicação de uma coima por violação das regras da concorrência?
- 3) Deve a decisão da autoridade adjudicante sobre a “fiabilidade” do operador económico à luz do respeito (desrespeito) pelas regras do direito da concorrência fora do concreto procedimento contratual entender-se como a necessidade de ser proferido um juízo fundamentado sobre a idoneidade relativa desse operador económico, a qual se inscreve numa dimensão concretizadora do direito à boa administração, previsto no artigo 41.º, n.º 2, [alínea c),] da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?
- 4) Pode considerar-se conforme ao direito europeu e, em especial, ao disposto no artigo 57.º, n.º 4, [alínea d),] da Diretiva [2014/24] a solução adotada pelo direito português no artigo 55.º, n.º 1, [alínea f),] do CCP que faz depender a exclusão de um operador económico do procedimento contratual, com fundamento em violação das regras da concorrência fora do concreto procedimento contratual em questão, do que vier a ser decidido pela Autoridade da Concorrência em sede de aplicação da sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos, procedimento no âmbito do qual é a Autoridade da Concorrência quem avalia nessa sede o modo como relevam as medidas de *self-cleaning* adotadas?
- 5) E pode igualmente considerar-se conforme ao direito europeu e, em especial, ao disposto no artigo 57.º, n.º 4, [alínea d),] da Diretiva [2014/24] a solução adotada pelo direito português no [artigo] 70.º, n.º 2, [alínea g),] do CCP de limitar a possibilidade de exclusão de uma proposta por existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência ao concreto procedimento concursal em que aquelas práticas sejam detetadas?»

III. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

21. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 2 de fevereiro de 2022.

22. Apresentaram observações escritas a Futrifer, a TOSCCA, os Governos checo, húngaro e português, bem como a Comissão Europeia.

23. Com exceção dos Governos checo e húngaro, todos participaram na audiência realizada em 7 de março de 2023.

IV. Apreciação

A. Observações preliminares

1. Diretiva aplicável

24. O órgão jurisdicional de reenvio pede unicamente a interpretação da Diretiva 2014/24, sem fazer referência à Diretiva 2014/25. Esta última regula os contratos públicos celebrados pelas autoridades adjudicantes que operam nos setores da água, da energia, dos *transportes* e dos serviços postais.

25. O contrato cuja adjudicação está em causa tem por objeto o fornecimento de elementos de infraestruturas do setor ferroviário, ou seja, do setor dos transportes. Questionados na audiência pelo Tribunal de Justiça, os intervenientes foram unânimes em considerar que este contrato é abrangido pelo âmbito da Diretiva 2014/25, aplicável especificamente às «atividades que tenham por objetivo a disponibilização ou exploração de redes destinadas à prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por caminho de ferro» (artigo 11.º).

26. Em todo o caso, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio definir se, em função das suas cláusulas, o contrato em causa é regulado pela Diretiva 2014/24 ou, pelo contrário, como tudo parece indicar, pela Diretiva 2014/25.

27. É certo que, na prática, o impacto de uma ou outra diretiva não se alterará significativamente no que diz respeito à questão controversa: mesmo que a Diretiva 2014/25 seja aplicável, o artigo 80.º da mesma remete para «os motivos de exclusão enumerados no artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, nos termos e condições nele definidos»¹⁰.

28. A aplicação da Diretiva 2014/25 poderá, no entanto, ter consequências para a (controvertida) «faculdade» de os Estados-Membros incorporarem no seu direito interno os motivos facultativos de exclusão, como explicarei a seguir¹¹.

29. Feitas estas precisões, referir-me-ei em seguida ao artigo 57.º da Diretiva 2014/24.

2. Transposição para o direito português do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24

30. As observações escritas da Comissão deram início a um debate, que prosseguiu na audiência, sobre a margem de apreciação dos Estados-Membros para não transporem os motivos facultativos de exclusão do artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24.

31. A Comissão desenvolve a sua argumentação nos seguintes termos:

— o artigo 57.º, n.º 4, bem como o considerando 101 da Diretiva 2014/24, refletem a intenção do legislador de não conferir aos Estados-Membros a liberdade de escolherem se transpõem ou não os nove motivos de exclusão nele contidos. Esta liberdade de aplicar ou não esses motivos é conferida às autoridades adjudicantes, a menos que os Estados-Membros decidam obrigá-las

¹⁰ V., por analogia, Acórdão de 10 de novembro de 2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, n.ºs 39 e 40).

¹¹ N.º 46 das presentes conclusões.

a aplicá-los. Em contrapartida, os Estados-Membros não têm a possibilidade de evitar a transposição de um ou de vários desses motivos;

— o motivo facultativo de exclusão relativo à existência de acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência não foi transposto para o direito português.

32. A questão suscitada pela Comissão poderia ser resolvida neste reenvio prejudicial se a segunda destas afirmações fosse correta: perante a não transposição de um motivo facultativo de exclusão para o direito nacional, haveria que reconsiderar se a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que até agora incide¹² sobre a faculdade de os Estados-Membros transporem ou não esta categoria de motivos de exclusão, necessita de ser ajustada ou, até, retificada.

33. Pelos motivos que exporei em seguida, considero que esta segunda afirmação da Comissão (sustentada por algumas observações escritas apresentadas no âmbito do processo prejudicial) não corresponde à realidade.

34. O Decreto-Lei n.º 111-B/2017 alterou o CCP tendo em vista a transposição das Diretivas 2014/24 e 2014/25. No seu artigo 1.º, o legislador português declara expressamente que, através deste, se «procede [...] à transposição», entre outras, das Diretivas 2014/24 e 2014/25¹³.

35. Os motivos de exclusão («impedimentos») que figuram na nova redação do CCP são enumerados no artigo 55.º, n.º 1, alíneas a) a l), que refletem, com algumas *nuances*, os motivos correspondentes do artigo 57.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva 2014/24.

36. No que se refere ao motivo de exclusão em causa, o artigo 55.º, n.º 1, alínea f), do CCP tem a seguinte redação: «Não podem ser candidatos [...] as entidades que [t]enham sido objeto de aplicação de sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de contratação pública prevista em legislação especial, nomeadamente nos regimes contraordenacionais em matéria [...] de concorrência [...] durante o período fixado na decisão condenatória».

37. Além disso, o CCP contém outra disposição, o artigo 70.º, n.º 2, alínea g), que prevê a exclusão das propostas cuja análise revele «[a] existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência»¹⁴.

¹² A tese dominante nos Acórdãos de 19 de junho de 2019, Meca (C-41/18, a seguir «Acórdão Meca», EU:C:2019:507, n.º 33), e de 30 de janeiro de 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, n.º 34), é confirmada no Acórdão de 3 de junho de 2021, Rad Service e o. (C-210/20, EU:C:2021:445, n.º 28), nestes termos: «[...] em conformidade com o artigo 57.º, n.ºs 4 e 7, da Diretiva 2014/24, os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar os motivos de exclusão facultativos nela indicados ou de os integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que pode variar consoante os casos, em função de considerações de ordem jurídica, económica ou social que prevaleçam a nível nacional».

¹³ É irrelevante, no que aqui interessa, que o Decreto-Lei n.º 111-B/2017 não tenha alterado certas disposições do CCP anteriormente em vigor.

¹⁴ É esta a disposição que a TOSCCA invoca nas suas observações escritas para sustentar que «o legislador Português transpôs o artigo 57.º, n.º 4, alínea d) da Diretiva 2014/24, mantendo a redação do artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP (agora na versão resultante da reforma de 2017)». O sublinhado é meu.

38. À luz destas duas disposições, tenho dificuldade em compreender algumas afirmações feitas nas observações escritas da Futrifer e do próprio Governo português (este último, em termos ambíguos que não esclareceu na audiência)¹⁵ sobre a não transposição do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 para o CCP.

39. Com efeito, a leitura destas duas disposições do CCP evidencia, na minha opinião, que o legislador português teve a intenção inequívoca de introduzir (ou manter)¹⁶ no seu ordenamento jurídico a cláusula que figura no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24. Tanto este último como as duas disposições nacionais acima mencionadas visam combater, no domínio dos contratos públicos, os acordos dos operadores económicos destinados a distorcer a concorrência.

40. Questão diferente é a de saber se, ao regular este motivo de exclusão do modo como o fez, o legislador português respeitou estritamente o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 ou se, pelo contrário, adotou soluções que o desvirtuam, se afastam dos seus princípios básicos ou reduzem indevidamente o seu âmbito de aplicação.

41. O Tribunal de Justiça reiterou que, «[...] uma vez que um Estado-Membro decida incorporar um dos motivos facultativos de exclusão previstos na Diretiva 2014/24, deve respeitar as suas características essenciais, conforme definidas nesta última. Ao esclarecer que os Estados-Membros devem ter “em conta o direito da União” quando especificarem “as condições de aplicação do presente artigo”, o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24 obsta a que os Estados-Membros desvirtuem os motivos facultativos de exclusão estabelecidos nesta disposição ou ignorem os objetivos e os princípios subjacentes a cada um desses motivos»¹⁷.

42. Pelas razões que passarei a expor, considero que ao transpor para o seu ordenamento jurídico o conteúdo do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24, as normas portuguesas procederam a uma transposição que não é inteiramente conforme com essa diretiva: em especial, o artigo 55.º, n.º 1, alínea f), do CCP restringe indevidamente as faculdades da autoridade adjudicante para excluir os proponentes envolvidos em práticas concertadas, ao exigir que o seu comportamento tenha sido previamente objeto de uma sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de contratação pública, imposta pela AC.

¹⁵ N.ºs 80 a 84 das suas observações escritas. Lidos em conjugação com os números anteriores, sublinham, em definitivo, que, através do artigo 70.º do CCP, em conjugação com o artigo 55.º, n.º 1, alínea f), o legislador português transpôs o motivo de exclusão em causa. O Governo português exprime-o muito claramente no n.º 71 das suas observações: «o disposto no artigo 55.º, n.º 1, alínea f), e no artigo 70.º, n.º 2, alínea g), ambos do CCP, está em perfeita consonância com o constante na Diretiva 2014/24, mormente com o estabelecido no seu artigo 57.º, n.º 4, alínea d)».

¹⁶ Para dar cumprimento à obrigação de transpor as disposições de uma diretiva para o direito interno, basta que a legislação nacional contenha, previamente, as normas que transpõem materialmente essas disposições. A transposição de uma diretiva não exige necessariamente a adoção formal e textual do seu conteúdo vinculativo através de uma norma jurídica *posterior* a essa diretiva. V., neste sentido, Acórdão de 10 de junho de 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2021:479, n.ºs 33 a 36). Em especial, o n.º 35 declara que, para clarificar «se uma regulamentação nacional dá execução suficiente às obrigações resultantes de uma dada diretiva, há que ter em conta não só a regulamentação especificamente adotada para efeitos da transposição dessa diretiva mas também o conjunto das normas jurídicas disponíveis e aplicáveis».

¹⁷ Acórdão Meca, n.º 33.

43. Se, como é minha opinião, for esse o caso, tal não significa, no entanto, que não tenha havido transposição, mas sim que a transposição que foi levada a cabo é imperfeita. Além disso, esta falha podia eventualmente ser colmatada por uma interpretação do artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP mais *generosa*, ou seja, ajustada ao artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 (interpretação conforme)¹⁸.

44. Em definitivo, não considero que o presente reenvio prejudicial seja suscetível de reabrir a discussão a respeito das faculdades dos Estados-Membros de não transporem os motivos facultativos de exclusão para o direito interno, quando, precisamente, o legislador português optou pela solução inversa (embora esta solução não seja tão satisfatória como deveria, do ponto de vista do direito da União).

45. A jurisprudência estabelecida até ao presente pelo Tribunal de Justiça sobre as faculdades dos Estados-Membros nesta matéria não ignora, logicamente, a obrigatoriedade (artigo 288.º TFUE) de o Estado-Membro se conformar com o resultado a alcançar ao abrigo de uma diretiva. Partindo desta premissa, as diferentes formações de julgamento do Tribunal de Justiça decidiram que, quanto aos motivos facultativos de exclusão, a execução da Diretiva 2014/24 será considerada respeitada nos termos acima referidos.¹⁹

46. A reabertura da discussão anteriormente referida seria, além disso, particularmente delicada, na medida em que o seu resultado:

- poderia levar à conversão de motivos facultativos de exclusão em motivos obrigatórios, que se encontram à margem da intervenção dos Estados a que se refere o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24;
- poderia fragmentar o regime unitário que inspira a remissão das disposições relativas aos motivos de exclusão da Diretiva 2014/25 para a Diretiva 2014/24. Com base no artigo 80.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/25, os critérios e regras aplicáveis à exclusão de candidatos devem incluir os motivos facultativos enumerados no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 *se os Estados-Membros assim o exigirem*.

B. Quanto à primeira questão prejudicial

47. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o motivo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 «constitui uma “reserva de decisão” da autoridade adjudicante».

48. A questão já foi respondida pelo Tribunal de Justiça: «resulta da redação do artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 que o legislador da União entendeu atribuir à autoridade adjudicante, e só a esta, na fase da seleção dos proponentes, a tarefa de apreciar se um candidato ou um proponente deve ser excluído de um [concurso público]»²⁰.

¹⁸ Esta parece ter sido a tese do TCA Norte no Acórdão de 29 de maio de 2020, ao julgar procedente o pedido da TOSCCA. Assim se infere da argumentação da Infraestruturas que consta no n.º 7 do despacho de reenvio: para aquele tribunal, o artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP «abrange também necessariamente *os casos passados* de indícios de condutas anticoncorrenciais pelos concorrentes, ainda que de há vários anos, e não presentes ou indicados na proposta do concorrente» (o sublinhado é meu).

¹⁹ Nota de rodapé n.º 12, *supra*.

²⁰ Acórdão Meca, n.º 34.

49. Esta declaração do Tribunal de Justiça é coerente com o artigo 56.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/24: a autoridade adjudicante deve verificar que «[a] proposta foi apresentada por um proponente que não se encontra excluído em conformidade com o artigo 57.º». Compete-lhe, portanto, em todo o caso, decidir se um proponente deve ser excluído do concurso público.

50. No entanto, a declaração categórica acima referida deve ser matizada quando uma decisão prévia da autoridade competente que se convolou em definitiva tenha constatado um comportamento incompatível com o acesso aos procedimentos de contratação pública ou proibido o proponente de participar nesses procedimentos.

51. No contexto em que a questão é formulada (ou seja, perante comportamentos restritivos da concorrência imputados a um proponente), são possíveis dois cenários:

- se esse operador tiver sido previamente excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública (artigo 57.º, n.º 6, último parágrafo, da Diretiva 2014/24), devido a comportamentos restritivos da concorrência²¹, a autoridade adjudicante deve respeitar essa proibição. O operador económico condenado não pode recorrer à possibilidade de demonstrar a sua fiabilidade (medidas corretivas ou de *self cleaning*) durante o período de exclusão resultante da decisão no Estado-Membro onde esta produz efeitos²²;
- quando a proibição de participar não tenha sido imposta por decisão transitada em julgado, mas sim por uma decisão da AC, a autoridade adjudicante não está inexoravelmente vinculada à mesma: pode verificar se esse operador adotou as medidas corretivas acima referidas e permitir que, ainda assim, aquele participe no procedimento de adjudicação do contrato;
- o mesmo acontece, *a fortiori*, se a AC não tiver imposto uma proibição de participação em concursos públicos, mas tiver sancionado o operador económico por práticas concertadas.

52. Debruçar-me-ei sobre a segunda e terceira hipóteses que acabo de enunciar no âmbito da análise das questões prejudiciais subsequentes. Para responder à primeira, nos termos gerais em que é formulada, considero suficiente uma resposta que indique a regra geral, sem prejuízo das exceções decorrentes da própria Diretiva 2014/24.

C. Quanto à segunda questão prejudicial

53. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se, no âmbito do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24, o legislador nacional pode «substituir completamente a decisão a tomar pela autoridade adjudicante» por uma decisão da AC que impõe a um operador, a título de sanção acessória, a proibição de participação em concursos públicos.

²¹ A proibição de participação em concursos públicos pode ter sido decretada por decisão transitada em julgado devido a infrações cometidas noutros setores do ordenamento. Centro-me por ora nas impostas por uma autoridade da concorrência, o que aconteceu no caso em apreço.

²² Quanto à interpretação da regra análoga na Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1), v. Acórdão de 11 de junho de 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, n.º 20).

54. A Lei n.º 19/2012 permite que a AC imponha aos operadores envolvidos em práticas restritivas da concorrência, além da coima, a sanção²³ acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos durante um determinado período [artigo 71.º, n.º 1, alínea b)].

55. Ora, como já expliquei, a AC decidiu expressamente que não havia que aplicar uma sanção acessória à Futrifer.

1. *Inadmissibilidade*

56. Partindo desta premissa, por muito interesse que, de outras perspetivas, e em termos gerais, o problema levantado pelo órgão jurisdicional de reenvio *a quo* possa suscitar, a questão reveste carácter hipotético relativamente ao processo em causa.

57. A questão faria sentido se, perante uma decisão da AC que impõe uma proibição de participação em concursos públicos, fosse necessário apreciar, como pede o órgão jurisdicional de reenvio, em que medida essa decisão é suficiente para «substituir» a decisão (posterior) da autoridade adjudicante.

58. Quando, pelo contrário, o processo contra a Futrifer demonstra que a AC não lhe impôs, conscientemente, a sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos, não vejo qual seria a utilidade para este litígio de o Tribunal de Justiça se pronunciar a respeito das consequências dessa proibição (inexistente).

59. Por conseguinte, a segunda questão prejudicial é inadmissível²⁴.

2. *Subsidiariamente, quanto ao mérito*

60. Caso o Tribunal de Justiça não partilhe da minha opinião e opte por abordar o mérito desta questão prejudicial, exporei a minha posição a este respeito.

61. Na minha opinião (deixando de lado os casos em que a proibição de participação foi imposta por uma decisão transitada em julgado)²⁵, a decisão da AC que proíbe um operador da participação em concursos públicos não vincula a autoridade adjudicante a ponto de «substituir completamente a [sua] decisão».

62. Com efeito, a autoridade adjudicante pode, também nesse caso, verificar se o operador económico sancionado adotou as medidas corretivas a que se refere o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24 e permitir, ainda assim, a participação daquele no procedimento de contratação pública.

²³ A Lei n.º 19/2012 qualifica esta proibição de «sanção». Assim, não dá lugar ao debate sobre a sua natureza jurídica, que é discutida noutros ordenamentos.

²⁴ A Futrifer considera o reenvio prejudicial inadmissível na sua totalidade, uma vez que nenhuma das questões, que considera gerais e hipotéticas, é pertinente para a decisão do litígio. A Comissão, mais sucintamente, critica o facto de o órgão jurisdicional *a quo* «parece[r] convidar o Tribunal de Justiça a pronunciar-se, de uma forma ampla e quase abstrata, sobre a conformidade da transposição da Diretiva 2014/24», mas não contesta a admissibilidade do reenvio. Pela minha parte, considero que a crítica da Futrifer é correta no que respeita à segunda e quarta questões prejudiciais.

²⁵ V. n.ºs 50 e 51 das presentes conclusões.

63. Recordo que o operador económico tem o direito inequívoco de demonstrar a sua fiabilidade através dessas medidas corretivas, direito que deriva diretamente do referido artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24²⁶.

64. A solução que proponho (que reserva à autoridade adjudicante a faculdade de verificar as medidas corretivas, apesar da proibição de participação em concursos públicos imposta pela autoridade da concorrência) permite encontrar um equilíbrio entre duas abordagens:

- por um lado, a que visa preservar as competências próprias da autoridade adjudicante, que deve gozar de liberdade para apreciar a fiabilidade do candidato sem estar necessariamente vinculada pelas apreciações de outros organismos públicos²⁷;
- por outro, a que se revela respeitosa das funções das autoridades públicas que são, em especial, responsáveis pela investigação dos comportamentos restritivos da concorrência²⁸. A autoridade adjudicante deve ter em conta as decisões dessas autoridades, uma vez que, em última análise, «a existência de comportamentos restritivos da concorrência só se pode dar como provada depois da adoção dessa decisão, que qualifica juridicamente os factos materiais nesse sentido»²⁹.

65. No entanto, é certo que, como o Tribunal de Justiça declarou à luz do considerando 102 da Diretiva 2014/24³⁰, os Estados-Membros dispõem de «uma ampla margem de apreciação [...] quanto à definição das autoridades encarregadas de avaliar a adequação das medidas corretivas. A este respeito, [...] os Estados-Membros podem confiar esta missão de avaliação a qualquer entidade que não seja a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante»³¹.

66. Em suma, ao apreciar se aplica o disposto no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), a autoridade adjudicante pode, alternativamente:

- ou excluir, por si só, na falta de decisões prévias de outras autoridades, um operador económico relativamente ao qual existam indícios suficientemente plausíveis para concluir que celebrou acordos com outros operadores com objetivo de distorcer a concorrência;
- ou, uma vez constatada a existência desses acordos restritivos da concorrência pela autoridade competente³², quer esta última tenha ou não decretado a proibição de participação em concursos públicos, apreciar se as medidas corretivas do proponente ou do candidato demonstram a sua fiabilidade e, por conseguinte, se o mesmo não deve ser excluído do procedimento de contratação, ao abrigo do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24;
- no entanto, um Estado-Membro pode confiar a apreciação das medidas corretivas a uma autoridade diferente da autoridade adjudicante, caso em que esta última deve respeitar essa apreciação.

²⁶ Acórdão de 14 de janeiro de 2021, RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, n.º 48).

²⁷ Remeto para as minhas Conclusões no processo Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, n.º 30).

²⁸ Acórdão de 24 de outubro de 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, a seguir «Acórdão Vossloh Laeis», EU:C:2018:855, n.ºs 25 e 26).

²⁹ Acórdão Vossloh Laeis, n.º 39.

³⁰ «Em particular, os Estados-Membros são livres de decidir se querem deixar ao cuidado das autoridades adjudicantes as avaliações pertinentes ou confiar essa tarefa a outras autoridades a nível central ou não central».

³¹ Acórdão de 11 de junho de 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, n.º 29).

³² Sobre a relação entre as decisões da autoridade da concorrência e as das autoridades adjudicantes, ver os n.ºs 25 a 33 do Acórdão Vossloh Laeis.

D. Quanto à terceira questão prejudicial

67. Na redação da terceira questão prejudicial, parecem na realidade coexistir duas interrogações:

- por um lado, se «a decisão da autoridade adjudicante sobre a “fiabilidade” do operador económico à luz do respeito (desrespeito) pelas regras do direito da concorrência» pode ser tomada «fora do concreto procedimento contratual»;
- por outro, se essa apreciação sobre a idoneidade relativa ao operador económico deve estar «suficientemente fundamentada» através de um «juízo autónomo» da autoridade adjudicante que possa ser sindicado pelos outros concorrentes³³.

68. Mais uma vez, a premissa em que parece assentar esta questão é a de que a decisão da autoridade adjudicante foi precedida da medida acessória (proibição de participação em concursos públicos) aplicada pela AC. Nesta base, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as razões subjacentes à medida acessória são «do mesmo tipo e natureza» do «juízo de fiabilidade» que a autoridade adjudicante deve formular³⁴.

69. A questão assim entendida confrontar-se-ia com os mesmos problemas de inadmissibilidade (devido ao seu carácter hipotético) que os já referidos a respeito da segunda questão. Ora, na sua argumentação, o órgão jurisdicional *a quo* refere a possibilidade de a autoridade adjudicante decidir admitir a idoneidade de um operador económico, apesar de este ter sido sancionado por práticas concertadas, sem que nessas sanções se tenha incluído a proibição de participação em concursos públicos³⁵.

70. Por conseguinte, responderei às duas interrogações com base na abordagem do órgão jurisdicional de reenvio a que acabo de me referir.

1. Juízo de fiabilidade ou idoneidade a cargo da autoridade adjudicante

71. Na realidade, a resposta a esta parte da questão prejudicial decorre da resposta dada às duas questões anteriores. A autoridade adjudicante conserva plenamente a sua faculdade de apreciar a fiabilidade do proponente ou do candidato, após a decisão da autoridade da concorrência, nos termos acima expostos.

72. Nos termos do considerando 101 da Diretiva 2014/24, «[a]s autoridades adjudicantes deverão [...] poder excluir os operadores económicos que se tenham revelado *pouco fiáveis*, por exemplo na sequência de [...] *outras formas de falta profissional grave, como a violação das regras da concorrência* [...]»³⁶. O mesmo considerando, no seu segundo parágrafo, prevê o desempenho no âmbito de anteriores contratos «que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade do operador económico»³⁷.

³³ Despacho de reenvio, n.º 2.2.6, terceiro parágrafo.

³⁴ Segundo o órgão jurisdicional *a quo*, nos presentes autos, «a Entidade Adjudicante não mostra [...] interesse em formular um juízo próprio sobre a “fiabilidade” da concorrente [...]. Pelo contrário, defende a posição de que não tem que formular um tal juízo, pois ele esgota-se na decisão que foi tomada pela [AC]» (n.º 2.2.6, quinto parágrafo, do despacho de reenvio).

³⁵ Isto parece resultar, sem grande clareza, do n.º 2.2.6 do despacho de reenvio.

³⁶ O sublinhado é meu.

³⁷ V. Acórdão Meca, n.º 30.

73. Não é surpreendente que, à luz deste considerando, o Tribunal de Justiça declare: «a faculdade de que qualquer autoridade adjudicante dispõe de excluir um proponente de um procedimento de contratação é particularmente destinada a permitir-lhe apreciar a idoneidade e fiabilidade de cada um dos proponentes»³⁸.

74. Os motivos facultativos de exclusão permitem aos Estados-Membros cumprir objetivos de interesse geral e, em todo o caso, procuram assegurar as garantias de fiabilidade³⁹, de diligência, de honestidade profissional e de seriedade do proponente⁴⁰.

75. Em especial, o Tribunal de Justiça declarou, no que respeita ao «objetivo subjacente ao artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24», que «a faculdade, ou mesmo a obrigação, de a autoridade adjudicante excluir um operador económico da participação num procedimento contratual destina-se especialmente a permitir-lhe apreciar a idoneidade e a fiabilidade de cada um dos operadores económicos»⁴¹.

76. Por outro lado, a correta interpretação do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 exige que a verificação da integridade e da fiabilidade do proponente se estenda aos seus comportamentos restritivos da concorrência *do passado*, e não apenas às práticas concertadas adotadas no âmbito do «concreto» procedimento contratual que a autoridade adjudicante deve resolver.

77. Isto resulta, nomeadamente, do artigo 57.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, nos termos do qual as autoridades adjudicantes podem 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»⁴².

78. Deve acrescentar-se às considerações precedentes que a autoridade adjudicante pode, em alternativa, recorrer ao artigo 57.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2014/24 tomando como base da sua decisão de excluir o proponente a circunstância de este ter cometido uma falta profissional grave.

79. No conceito de falta grave em matéria profissional, que a lei portuguesa acolhe como motivo de exclusão⁴³, também podem ser incluídos os comportamentos restritivos da concorrência, ainda que para estes exista um tipo específico de exclusão: tal é confirmado pelo considerando 101 da Diretiva 2014/24, acima referido, que (em linha com a abordagem do Tribunal de Justiça relativamente à diretiva anterior)⁴⁴ qualifica as violações das regras de concorrência como falta profissional grave⁴⁵.

³⁸ Acórdão Meca, n.º 29.

³⁹ Nas Conclusões do processo Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, n.º 28), já referi que «a Diretiva 2014/24 prevê a fiabilidade como componente chave da relação» entre a autoridade adjudicante e os proponentes.

⁴⁰ Acórdão de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, n.ºs 29, 31 e 32).

⁴¹ Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, n.º 41).

⁴² O sublinhado é meu.

⁴³ O artigo 55.º, n.º 1, alínea c), do CCP impõe a proibição de apresentar propostas a pessoas singulares ou coletivas que tenham sido objeto de aplicação de uma sanção administrativa por falta grave em matéria profissional.

⁴⁴ Despacho de 4 de junho de 2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), a respeito do artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), 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 2004, L 134, p. 114).

⁴⁵ Sobre o «âmbito de aplicação do motivo de exclusão por colusão: cobertura das práticas concertadas e interligação com o motivo de exclusão devido a falta profissional grave», deve ler-se o n.º 5.2 da Comunicação da Comissão Europeia sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão (2021/C 91/01).

80. É certo que, como foi sublinhado na audiência, esta possibilidade pressupõe uma certa sobreposição entre os dois motivos facultativos de exclusão. No entanto, considero que, se a relação entre ambos for entendida como uma relação de complementaridade, a mesma serve utilmente a realização dos objetivos da Diretiva 2014/24.

81. Quando se aplica o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24, é lógico que a autoridade adjudicante invoque este motivo de exclusão. Para os outros comportamentos que, em violação das regras da concorrência, não têm a natureza de «acordos com outros operadores», é possível recorrer ao enunciado mais geral da alínea c).

82. Se o objetivo é dotar a autoridade adjudicante de maior capacidade para apreciar a fiabilidade dos proponentes e dos candidatos, não vejo razões para limitar as suas faculdades no momento em que procedem à determinação das «violações das regras da concorrência» que foram cometidas. O considerando 101 da Diretiva 2014/24 autoriza novamente a utilização das alíneas c) e d), do artigo 57.º, n.º 4, nos termos acima referidos. Assim, dá origem a um concurso de normas que o intérprete deverá resolver, aplicando a que mais se adequa às circunstâncias de cada caso concreto.

2. *Dever de fundamentação*

83. A autoridade adjudicante tem a obrigação de «[proceder] a uma apreciação concreta e individualizada da atitude da entidade em causa»⁴⁶. Esta apreciação deve traduzir-se numa fundamentação do ato adotado que permita aos seus destinatários, bem como aos eventuais concorrentes, contestá-lo judicialmente⁴⁷.

84. Quando (como no caso em apreço) um dos concorrentes alegue que outro incorreu num motivo de exclusão ao abrigo do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24, a autoridade adjudicante deve explicar concretamente por que razão aceita a fiabilidade desse candidato. Nesse caso, a fundamentação deve ser alargada à apreciação das medidas corretivas que o proponente sancionado tenha adotado⁴⁸.

85. O requisito de fundamentação estará cumprido se a autoridade adjudicante fizer seus, diretamente ou por remissão, os argumentos tidos em conta pela autoridade setorial (neste caso, a AC) quando declarou que um operador se concertou com outros para falsear a concorrência.

E. *Quarta questão prejudicial*

86. O órgão jurisdicional de reenvio duvida que a «solução adotada pelo direito português no artigo 55.º, n.º 1, alínea f), do CCP» esteja em conformidade com o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24.

⁴⁶ Acórdão de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 157), que cita o Acórdão de 9 de novembro de 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, n.º 39 e jurisprudência referida).

⁴⁷ Acórdão de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 120).

⁴⁸ Nos termos do artigo 57.º, n.º 6, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24, «[c]aso as medidas [tomadas pelos operadores económicos] sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão». Esta disposição não impede, no entanto, que seja dada fundamentação em caso contrário, se outro operador concorrente o exigir para defender a exclusão do seu oponente.

87. A interpretação dessa disposição do CCP pelo órgão jurisdicional *a quo* (que o Tribunal de Justiça deve seguir, já que provém da mais alta instância jurisdicional portuguesa no âmbito do contencioso administrativo) é a seguinte: quando a exclusão de um operador económico se deve à «violação das regras da concorrência fora do concreto procedimento contratual», o artigo 55.º, n.º 1, alínea f), do CCP faz depender essa exclusão da decisão da AC «em sede de aplicação da sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos». No âmbito desse procedimento, acrescenta o órgão jurisdicional de reenvio, a AC avalia a pertinência das medidas corretivas adotadas.

88. É pelas mesmas razões que as expostas no âmbito da análise da segunda questão prejudicial⁴⁹ que esta questão é hipotética, uma vez que:

- por um lado, a AC afastou expressamente a sanção acessória como resposta ao comportamento da Futrifer;
- por outro, não resulta dos autos que, para ultrapassar uma anterior proibição (inexistente) de participação em concursos públicos, nenhum dos operadores em causa tenha invocado a adoção das medidas corretivas referidas no artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24.

89. As interrogações do órgão jurisdicional de reenvio ultrapassam, portanto, os limites do litígio, à luz dos factos em causa, e solicitam, *de facto*, um parecer consultivo do Tribunal de Justiça a respeito de questões não relacionadas com esses factos.

90. Com o objetivo de contornar a exceção de inadmissibilidade, a questão poderia ser reformulada no pressuposto de que a AC considera provada a prática concertada e sanciona a mesma com uma coima, mas sem acrescentar a proibição de participação em concursos públicos.

91. Em qualquer caso, quer em virtude desta reformulação, quer a título subsidiário, a resposta que proponho baseia-se nas minhas considerações precedentes. Assim:

- não seria conforme com o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 uma norma nacional (ou a sua interpretação) que exija, como requisito necessário para a sua aplicação, a apreciação prévia de uma autoridade da concorrência;
- os Estados-Membros podem confiar a avaliação das medidas corretivas a autoridades que não sejam autoridades adjudicantes, como é o caso da AC. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é esse o caso no direito português e, em caso afirmativo, verificar «que o regime nacional instituído para esse efeito [respeita] todas as exigências estabelecidas no artigo [57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24]»⁵⁰.

F. Quinta questão prejudicial

92. O órgão jurisdicional de reenvio centra-se no artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP, a fim de determinar se o seu conteúdo está em conformidade com o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24.

⁴⁹ A diferença em relação à segunda questão prejudicial reside no facto de que, agora, o órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção para o facto de, ao abrigo do direito português, uma vez aplicada a sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos, a AC ser igualmente competente para decidir da reabilitação do operador económico sancionado.

⁵⁰ Acórdão de 11 de junho de 2020, *Vert Marine* (C-472/19, EU:C:2020:468, n.ºs 31, 38 e dispositivo, n.º 2).

93. A leitura que o órgão jurisdicional de reenvio faz deste artigo do CCP leva-o a concluir que o mesmo «[limita] a possibilidade de exclusão de uma proposta por existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência ao concreto procedimento concursal em que aquelas práticas sejam detetadas».

94. O artigo 70.º do CCP encontra-se, pelo menos literalmente, numa fase posterior do procedimento de contratação pública: enquanto o artigo 55.º se aplica na fase inicial (seleção do operador em função de critérios qualitativos), o artigo 70.º refere-se à fase subsequente (análise das propostas apresentadas). Para chegar a esta segunda fase, logicamente, o proponente ou o candidato deve ter passado a primeira, ou seja, não ter sido previamente excluído do procedimento.

95. Ora, nada obsta à referida disposição nacional se, em todo o caso, a mesma for interpretada no sentido de que ressalva a faculdade da autoridade adjudicante de apreciar se, antes do procedimento específico de contratação pública no qual deve proceder a uma adjudicação, um proponente teve comportamentos restritivos da concorrência que determinam a sua exclusão.

96. Por outras palavras, nenhuma disposição da Diretiva 2014/24 é violada se o artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP se limitar a autorizar a autoridade adjudicante, por si só, a excluir a proposta de um proponente quando constata que esta resultou de práticas concertadas no âmbito do próprio procedimento de contratação pública⁵¹.

97. A redação do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24 é suficientemente ampla para integrar todas as possibilidades em que a autoridade adjudicante tenha conhecimento de comportamentos de um proponente com o objetivo de distorcer a concorrência.

98. Nas conclusões apresentadas no processo Vossloh Laeis defendi que o artigo 57.º da Diretiva 2014/24 reconhece às autoridades adjudicantes determinadas funções com conotações de investigação⁵², posição que o Tribunal de Justiça retomou no acórdão proferido nesse processo⁵³.

99. Ao recorrerem a estas funções, as autoridades adjudicantes têm competência para detetar a presença de acordos dos proponentes, celebrados em relação ao procedimento de contratação pública em curso, que distorcem a concorrência. É possível que, como indica a Comissão, a prova do comportamento restritivo da concorrência pela própria autoridade adjudicante apresente dificuldades. Essas dificuldades, além de não serem inultrapassáveis na prática, não justificam que se limite a faculdade da autoridade adjudicante de apreciar uma prática concertada cuja existência a própria constatou.

⁵¹ Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio decidir se, além disso, o artigo 70.º, n.º 2, alínea g), do CCP pode ser interpretado no sentido referido na nota de rodapé n.º 18.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, n.ºs 46 a 49.

⁵³ Acórdão Vossloh Laeis, n.ºs 24 e segs.

V. Conclusão

100. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que declare a segunda e quarta questões prejudiciais inadmissíveis e responda ao Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) nos seguintes termos:

«O artigo 57.º, n.º 4, alínea d), 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 de que:

- o motivo facultativo de exclusão previsto nesta disposição deve ser apreciado pela autoridade adjudicante sem estar vinculada por decisões de outras autoridades, a menos que um operador tenha sido excluído, por decisão transitada em julgado, da participação em concursos públicos durante o período de exclusão resultante da referida decisão no Estado-Membro onde esta produz efeitos;
- a autoridade adjudicante deve fundamentar, diretamente ou por remissão, as razões pelas quais admite a participação em concursos públicos de um proponente que tenha sido previamente sancionado como autor de comportamentos restritivos da concorrência;
- não se opõe a uma norma nacional que autoriza a autoridade adjudicante a excluir uma proposta por existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações que, no concreto procedimento concursal em que aquelas práticas sejam detetadas, são suscetíveis de falsear as regras de concorrência.

A título subsidiário, proponho que o Tribunal de Justiça responda à segunda e quarta questões prejudiciais nos seguintes termos:

- quando uma autoridade da concorrência tiver aplicado uma sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos por um período determinado a um operador económico, a autoridade adjudicante mantém a faculdade de não o excluir do procedimento de contratação pública, se se verificarem as circunstâncias referidas no artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24;
- o operador económico tem o direito de apresentar provas de que adotou medidas suficientes para demonstrar a sua fiabilidade ao abrigo do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24, que a autoridade adjudicante (ou a autoridade competente para o efeito nos termos do direito nacional) deve avaliar, mesmo quando uma autoridade da concorrência lhe tenha aplicado uma sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos.»