



## Coletânea da Jurisprudência

DESPACHO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção)

4 de junho de 2019\*

«Reenvio prejudicial — Artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça — Procedimentos para contratação pública no setor da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d) — Motivos de exclusão — Falta profissional grave — Violação das regras em matéria de concorrência»

No processo C-425/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte, Itália), por Decisão de 7 de fevereiro de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 28 de junho de 2018, no processo

**Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)**

contra

**Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA,**

sendo intervenientes:

**Consorzio Stabile Gestione Integrata Servizi Aziendali GISA,**

**La Lucente SpA,**

**Dussmann Service Srl,**

**So.Co.Fat. SC,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Nona Secção),

composto por: K. Jürimäe, presidente de secção, D. Šváby (relator) e S. Rodin, juízes,

advogado-geral: P. Pikamäe,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

\* Língua do processo: italiano.

vistas as observações apresentadas:

- em representação do Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), por F. Cintioli, G. Notarnicola, E. Perrettini e A. Police, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por D. Del Gaizo, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de decidir por despacho fundamentado, nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça,

profere o presente

### **Despacho**

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 53.º, n.º 3, e do artigo 54.º, n.º 4, da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1), bem como 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, relativo 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).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (a seguir CNS) ao Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA (a seguir GTT) e que tem por objeto, nomeadamente, a anulação da decisão desta última de retirar a adjudicação de um contrato público à primeira.

### **Quadro jurídico**

#### ***Direito da União***

##### *Diretiva 2004/17*

- 3 O artigo 53.º, n.º 3, da Diretiva 2004/17, intitulado «Sistemas de qualificação», e o artigo 54.º, n.º 4, desta diretiva, consagrado aos «[c]ritérios de seleção qualitativa», preveem que, por um lado, os critérios e as regras de qualificação e, por outro, os critérios de seleção qualitativa «podem incluir os critérios de exclusão enumerados no artigo 45.º da Diretiva [2004/18], nos termos e condições nele definidos».

##### *Diretiva 2004/18*

- 4 Intitulado «Situação pessoal do candidato ou do proponente», o artigo 45.º da Diretiva 2004/18 figura numa secção consagrada aos «[c]ritérios de seleção qualitativa» e dispõe:

«[...]

2. Pode ser excluído do procedimento de contratação:

[...]

d) [quem t]enha cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar;

[...]

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

[...]»

### ***Direito italiano***

5 O decreto legislativo n.º 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, que aprova o Código dos Contratos Públicos de Empreitadas de Obras Públicas, de Serviços e de Fornecimentos, em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinário do GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006, a seguir «Código dos Contratos Públicos»), transpôs para o direito italiano as Diretivas 2004/17 e 2004/18.

6 O artigo 38.º do Código dos Contratos Públicos, intitulado «Condições de ordem geral», enumerava, no seu n.º 1, as causas de exclusão de um operador económico da participação num concurso público:

«1. São excluídas da participação nos processos de adjudicação de contratos de empreitadas de obras públicas, de contratos públicos de fornecimentos e de contratos públicos de serviços, estão impedidas de realizar subcontratações e de celebrar qualquer contrato que lhes diga respeito, as pessoas:

[...]

f) que, de acordo com uma apreciação fundamentada da entidade adjudicante, tenham sido consideradas culpadas da prática de atos com negligência grave ou tenham participado de má-fé na execução das prestações que lhe tenham sido adjudicadas pela entidade adjudicante responsável pela publicação do anúncio de concurso, ou que tenham cometido uma falta grave em matéria profissional que seja comprovada por qualquer meio que a entidade adjudicante possa apresentar;

[...]»

7 O artigo 230.º, n.º 1.º, deste código dispunha:

«As entidades adjudicantes aplicam o artigo 38.º para verificar que os candidatos ou proponentes observam as condições de caráter geral.»

### **Litígio no processo principal e questão prejudicial**

8 A GTT é uma sociedade que explora serviços no domínio dos transportes ferroviários urbanos, dos transportes em *tram* (elétricos), dos transportes em *filobus* e dos transportes em autocarros.

- 9 Através de um anúncio enviado para publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* em 30 de julho de 2015 e de um convite de 27 de novembro de 2015, a GTT abriu, ao abrigo da Diretiva 2004/17, um concurso limitado para a adjudicação do serviço de limpeza dos veículos, das instalações e dos locais, do serviço de transporte e de abastecimento dos veículos e de serviços acessórios de estabelecimentos da entidade adjudicante.
- 10 A GTT indicou que este concurso, que incluía seis lotes, tinha um valor total de 29 434 319,39 euros, não se incluindo neste nenhum montante a título de imposto sobre o valor acrescentado (IVA) e oscilando o valor de cada lote entre 4 249 999,10 euros e 6 278 734,70 euros.
- 11 Depois de ter atribuído três destes lotes à CNS, a GTT, por decisão de 14 de julho de 2017 (a seguir «decisão controvertida»), retirou essa adjudicação. Para o efeito, baseou-se numa decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade Garante da Concorrência e do Mercado, Itália) (a seguir «AGCM») de 22 de dezembro de 2015 (a seguir «decisão da AGCM»), que aplicou à CNS uma coima no montante de 56 190 090 euros a título da participação desta num acordo restritivo da concorrência de tipo horizontal, o qual tinha por objetivo influenciar o resultado de um procedimento de contratação levado a cabo por outra entidade administrativa.
- 12 Na decisão controvertida, foi igualmente referido que a decisão da AGCM já tinha sido confirmada por decisão judicial transitada em julgado. A decisão controvertida baseia-se, além disso, em dois Acórdãos de 29 de março e de 3 de abril de 2017, nos quais o órgão jurisdicional de reenvio declarou que um acordo restritivo da concorrência, implementado pelo operador em causa noutro procedimento de contratação e constatado no âmbito de um procedimento administrativo, constitui uma falta profissional grave na aceção do artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do Código dos Contratos Públicos e do artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18. A CNS foi ainda acusada, por um lado, de não ter assinalado no seu dossiê de participação no procedimento de contratação em causa que estava pendente contra si na AGCM um processo de sanções e, por outro, de só ter adotado medidas de conformidade no decurso do procedimento de contratação, pelo que a causa de exclusão ainda existia quando este procedimento se iniciou.
- 13 Em consequência, a GTT considerou que o comportamento punido pela AGCM era suscetível de quebrar a relação de confiança existente com a entidade adjudicante.
- 14 Por Despacho de medidas provisórias de 11 de outubro de 2017, o órgão jurisdicional de reenvio indeferiu o pedido de medidas provisórias apresentado pela CNS.
- 15 Tanto este último despacho de medidas provisórias como os Acórdãos proferidos pelo mesmo órgão jurisdicional em 29 de março e em 3 de abril de 2017 foram reformados pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), respetivamente, através de Despacho de 20 de novembro de 2017, bem como através de duas Decisões de 4 de dezembro de 2017 e de 5 de fevereiro de 2018. De acordo com as explicações dadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, resulta destas decisões que os comportamentos constitutivos de uma infração em matéria de concorrência não são suscetíveis de ser qualificados de «faltas profissionais graves», para efeitos da aplicação do artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do Código dos Contratos Públicos, e que esta qualificação só pode ser atribuída «aos incumprimentos e às situações de negligência cometidos quando da execução de um contrato público». Assim, devem ser excluídos «os factos, ainda que ilícitos, que tenham ocorrido durante o processo de atribuição que o antecederam». Esta interpretação assenta na necessidade que os operadores económicos têm de ter segurança jurídica. De acordo com o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), esta interpretação é compatível com o Acórdão de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), do qual resulta apenas que uma regra nacional que qualifica expressamente de «falta profissional grave» uma infração em matéria de concorrência não viola o direito da União e não que o direito da União

impõe que estas infrações sejam englobadas no conceito de «falta profissional grave». Daqui resulta que, no direito italiano, a prática de semelhantes infrações não é pertinente para efeitos de procedimentos de contratação pública que sejam regidos pelo Código dos Contratos Públicos.

- 16 A CNS invoca estas três decisões do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) em apoio do seu recurso de anulação da decisão controvertida.
- 17 Referindo-se ao Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 33), o órgão jurisdicional de reenvio salienta, no entanto, que tendo a República Italiana feito uso da faculdade, reconhecida aos Estados-Membros no artigo 54.º, n.º 4, da Diretiva 2004/17, de incluir, de entre os critérios de seleção qualitativa dos operadores nos setores especiais, os critérios de exclusão enumerados no artigo 45.º da Diretiva 2004/18, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a esta disposição é pertinente no processo principal, embora este tenha por objeto um concurso limitado abrangido pela Diretiva 2004/17.
- 18 Ora, nos Acórdãos de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 27), e de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 35), o Tribunal de Justiça já precisou que o conceito de «falta em matéria profissional» abrange qualquer comportamento culposos que tenha incidência sobre a credibilidade profissional do operador em causa e que uma infração às regras da concorrência constitui uma causa de exclusão prevista no artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18, nomeadamente quando essa infração tenha sido punida com uma coima.
- 19 Da comparação entre os Acórdãos de 9 de fevereiro de 2006, La Cascina e o. (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, n.º 23), e de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 25), deduz o órgão jurisdicional de reenvio, em substância, que os Estados-Membros dispõem de um poder de apreciação reduzido no que respeita às causas facultativas de exclusão que não remetem para as legislações e regulamentações nacionais para precisar as respetivas condições de aplicação.
- 20 Considerando, no entanto, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às causas de exclusão ditas «facultativas», que se formou sob a égide das Diretivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO 1992, L 209, p. 1), e 2004/18, não tem interpretação unívoca, o órgão jurisdicional de reenvio solicita ao Tribunal de Justiça esclarecimentos a este respeito.
- 21 Nestas condições, o Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal Administrativo Regional do Piemonte, Itália) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Opõem-se as disposições conjugadas, por um lado, dos artigos 53.º, n.º 3, e 54.º, n.º 4, da Diretiva 2004/17/CE e, por outro, do artigo 45.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/18/CE, a uma disposição, como o artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do Decreto Legislativo n.º 163/2006 da República Italiana, conforme interpretado pela jurisprudência nacional, que exclui do âmbito de aplicação da chamada “falta grave” cometida por um operador económico “no exercício da sua atividade profissional”, os comportamentos que constituem violações das regras de concorrência constatadas e punidas pela autoridade nacional da concorrência por decisão confirmada judicialmente, impedindo, assim, *a priori* as autoridades adjudicantes de apreciarem de modo autónomo tais violações para efeitos de uma eventual, mas não obrigatória, exclusão desse operador económico de um concurso aberto para a adjudicação de um contrato público?»

## Quanto à questão prejudicial

- 22 Nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, quando a resposta a uma questão submetida a título prejudicial possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta a essa questão não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado.
- 23 Cabe aplicar esta disposição no âmbito do presente processo.
- 24 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a do artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do Código dos Contratos Públicos, que é interpretada no sentido de que exclui do âmbito de aplicação da «falta grave» cometida por um operador económico «em matéria profissional» os comportamentos constitutivos de uma violação das regras de concorrência, constatados e punidos pela autoridade nacional da concorrência por decisão confirmada por um órgão jurisdicional, e que impede as entidades adjudicantes de apreciarem de forma autónoma tal violação para eventualmente excluírem esse operador económico de um procedimento de contratação pública.
- 25 Conforme resulta de jurisprudência constante, o artigo 45.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 não prevê uma aplicação uniforme, a nível nacional, das causas de exclusão que aí são indicadas, na medida em que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicarem de todo essas causas de exclusão ou de as integrarem 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. Neste contexto, os Estados-Membros têm o poder de moderar ou de flexibilizar os critérios estabelecidos nesta disposição (Acórdãos de 10 de julho de 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 36, e de 14 de dezembro de 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, n.º 29).
- 26 Assim sendo, cumpre constatar que o artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18, ao contrário das disposições respeitantes às causas de exclusão previstas no mesmo parágrafo, alíneas a), b), e) e f), não remete para as legislações e regulamentações nacionais, mas que o segundo parágrafo desse mesmo n.º 2 enuncia que os Estados-Membros especificarão, em conformidade com a sua legislação nacional e na observância do direito da União, as condições da sua aplicação (Acórdão de 13 de dezembro de 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 25).
- 27 Resulta assim da jurisprudência que, como aliás o órgão jurisdicional de reenvio observou, quando uma causa facultativa de exclusão prevista no artigo 45.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, como a que figura no seu primeiro parágrafo, alínea d), não remete para o direito nacional, a margem de apreciação dos Estados-Membros é enquadrada de forma mais estrita. Neste caso, compete ao Tribunal de Justiça definir o âmbito de tal causa facultativa de exclusão (v., neste sentido, Acórdãos de 13 de dezembro de 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, n.ºs 25 a 31, e de 18 de dezembro de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 35).
- 28 Daqui resulta que os conceitos de «falta grave» cometida em «matéria profissional», que figuram no referido artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), podem ser precisados e explicitados pelo direito nacional, no respeito, contudo, do direito da União (Acórdão de 13 de dezembro de 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 26).



- 29 A este respeito, há que salientar que o conceito de «falta em matéria profissional» abrange qualquer comportamento culposos que afete a credibilidade profissional do operador económico em causa (Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 27), a sua integridade ou a sua fiabilidade.
- 30 Por conseguinte, o conceito de «falta em matéria profissional», que é objeto de uma interpretação ampla, não pode ser limitado apenas aos incumprimentos e às situações de negligências cometidos durante a execução de um contrato público.
- 31 Além disso, deve compreender-se o conceito de «falta grave» no sentido de que se refere habitualmente a um comportamento do operador económico em causa, que denota da sua parte uma intenção culposa ou a prática de atos negligentes de certa gravidade (Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 30).
- 32 Por último, o artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 autoriza as entidades adjudicantes a constatarem, por qualquer meio que possam apresentar, uma falta grave cometida em matéria profissional. A constatação de tal falta não implica uma sentença com força de caso julgado (Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 28), podendo a decisão de uma autoridade nacional de concorrência que determina que um operador violou as regras da concorrência certamente constituir um indício da existência de uma falta grave cometida por esse operador.
- 33 Assim, uma infração às regras de concorrência, nomeadamente quando essa infração tenha sido sancionada por uma coima, constitui uma causa de exclusão abrangida pelo artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 (Acórdão de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 35).
- 34 No entanto, importa precisar que de uma decisão de uma autoridade nacional de concorrência que constate uma violação das regras de concorrência não pode resultar uma exclusão automática de um operador económico de um procedimento de contratação pública. Com efeito, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a constatação da existência de uma «falta grave» requer, em princípio, que se proceda a uma apreciação concreta e individualizada da atitude do operador económico em causa (v., neste sentido, Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 31).
- 35 Atendendo a todas as considerações que precedem, há que responder à questão submetida que o artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que é interpretada no sentido de que exclui do âmbito de aplicação da «falta grave» cometida por um operador económico «em matéria profissional» os comportamentos constitutivos de uma violação das regras de concorrência, constatados e punidos pela autoridade nacional da concorrência por meio de decisão confirmada por um órgão jurisdicional, e que impede as entidades adjudicantes de apreciarem de forma autónoma essa violação para eventualmente excluírem esse operador económico de um processo de adjudicação de um contrato público.

### **Quanto às despesas**

- 36 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 (Nona Secção) declara:

**O 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, relativo à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que é interpretada no sentido de que exclui do âmbito de aplicação da «falta grave» cometida por um operador económico «em matéria profissional» os comportamentos constitutivos de uma violação das regras de concorrência, constatados e punidos pela autoridade nacional da concorrência por meio de decisão confirmada por um órgão jurisdicional, e que impede as entidades adjudicantes de apreciarem de forma autónoma essa violação para eventualmente excluírem esse operador económico de um processo de adjudicação de um contrato público.**

Assinaturas