

*LIBER AMICORUM*  
MANUEL SIMAS SANTOS

COORDENAÇÃO

ANDRÉ PAULINO PITON  
ANA TERESA CARNEIRO



2016

## DA EXCLUSÃO POR INCUMPRIMENTO DE CONTRATO(S) ANTERIOR(ES) À LUZ DAS NOVAS DIRECTIVAS EM MATÉRIA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

MARCO CALDEIRA\*  
JULIANA BRAZ MIMOSO\*\*

### I. INTRODUÇÃO

1. A questão de saber se a conduta de determinado operador económico na execução de um contrato anterior pode (e/ou deve) relevar no âmbito de um procedimento para a formação de um novo contrato “é uma das questões de sempre do Direito dos contratos públicos”<sup>1</sup>. Com efeito, o incumprimento (ou, o que para efeito é igual, o cumprimento defeituoso) de um ou vários contratos levanta a dúvida legítima sobre se essa actuação irá repetir-se para o futuro.

Neste sentido, o estabelecimento de mecanismos que permitam às entidades adjudicantes em procedimentos de contratação pública evitar a adjudicação de propostas de concorrentes que tenham um “historial” negativo apresenta-se como uma solução natural e quase até intuitiva<sup>2</sup>. Pode de facto perguntar-se,

\* Advogado. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* Advogada.

<sup>1</sup> Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, página 882.

Mais recentemente, o mesmo Autor reiterou tratar-se esta de uma solicitação que desde há muito vem sendo feita, “na linha da defesa do interesse público contratual”: cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise das novas Directivas (Parte I)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, setembro-dezembro de 2013, página 40.

<sup>2</sup> Para uma breve análise, histórica e comparada, de algumas soluções que foram sendo ensaiadas em França, em Espanha e em Itália para dar resposta a este problema, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., página 883.

Para uma curta referência a recentes políticas governamentais anunciadas no Reino Unido, cf. NICOLAS POURBAIX, “United Kingdom: Procurement Policy Note – Taking Account of Bidders’ Past

com pertinência, qual o fundamento de obrigar “uma entidade pública cujos responsáveis sabem da pouca qualidade geral da prestação de uma empresa” a, ainda assim, “atribuir-lhe o contrato com base nos critérios da concorrência” – numa formulação expressiva, questiona-se mesmo “se isso não será de certa forma obrigar a entidade adjudicante a “caminhar para o abismo”, sem poder inverter esse caminho”<sup>3</sup>.

2. Todavia, se no âmbito de um procedimento de contratação puramente privado a questão nem chega a suscitar-se, por ser tão evidente a resposta – em caso de incumprimento, “simplesmente, não se volta a contratar com aquela entidade”<sup>4</sup> –, já em sede de procedimentos de contratação pública, por seu turno, o problema não se coloca, não pode colocar-se, exactamente nos mesmos termos: bem ao invés, verifica-se que a restrição ou limitação do acesso das empresas aos procedimentos de adjudicação é, “quase por natureza”, “uma questão delicada”<sup>5</sup>. Na verdade, enquanto um simples privado, ao abrigo da sua autonomia, tem uma margem de liberdade amplíssima ou mesmo total na escolha dos seus

Performance and related Strategic Supplier Risk Management Policy”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2013, NA79 a NA83 (disponível em [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com)).

Para uma descrição mais detalhada do panorama nos Estados Unidos da América, cf. o relatório de KATE M. MANUEL, *Evaluating the “Past Performance” of Federal Contractors: Legal Requirements and Issues*, Congressional Research Service, 2013 (disponível em [http://www.google.pt/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCoQFjAB&url=http%3A%2F%2Ffas.org%2Fsg%2Fcrs%2Fmisc%2FR41562.pdf&ei=QoxRVIWpCebY7AaRwYH4Ag&usq=AFQjCNEGxBQVzYZDKvNT-Bes-rcU\\_Ztm10A](http://www.google.pt/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCoQFjAB&url=http%3A%2F%2Ffas.org%2Fsg%2Fcrs%2Fmisc%2FR41562.pdf&ei=QoxRVIWpCebY7AaRwYH4Ag&usq=AFQjCNEGxBQVzYZDKvNT-Bes-rcU_Ztm10A), com consulta em 29 de Outubro de 2014).

<sup>3</sup> As citações transcritas pertencem a MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., página 882.

Por este motivo, embora seja globalmente correcta a afirmação de ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA de que “é de acordo com o princípio a concorrência, associado ao princípio da igualdade, que se justifica a existência de determinadas causas de exclusão de operadores económicos dos procedimentos de adjudicação” (cf. “A exclusão de operadores económicos à luz da nova Directiva sobre os Contratos Públicos – O artigo 57.º, n.º 4, 1.º parágrafo, alínea g)”, in *Publicações CEDIPRE Online*, n.º 22, Agosto de 2014, página 15, disponível em <http://www.fd.uc.pt/cedipre/co.html>), a verdade é que, em nosso entender, o que está em causa nesta situação em concreto, mais do que proteger a concorrência e a igualdade entre os operadores económicos que actuam no mercado, é sobretudo salvaguardar o interesse público subjacente à contratação e que a entidade adjudicante está incumbida de prosseguir (cf. artigos 266.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e 4.º do Código do Procedimento Administrativo), o qual sairá naturalmente prejudicado caso aquela entidade não tenha mecanismos que lhe permitam evitar contratar com quem não lhe oferece garantias de fiabilidade no cumprimento do contrato.

<sup>4</sup> Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., página 882.

<sup>5</sup> Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Restrições à participação em procedimentos de contratação pública”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, CEDIPRE, Maio de 2009, página 27 (disponível em <http://www.fd.uc.pt/cedipre/co.html>).

co-contratantes<sup>6</sup>, o mesmo não se verifica relativamente às entidades públicas<sup>7</sup>, as quais, por força dos princípios constitucionais e legais a que se encontram adstritas – *maxime*, os da imparcialidade, igualdade e concorrência<sup>8</sup> –, e também em virtude dos desideratos de construção de um mercado único europeu de contratação pública, têm forçosamente de justificar de forma mais cautelosa a exclusão de determinado(s) operador(es) económico(s) de qualquer procedimento pré-contratual que promovam<sup>9</sup>.

Talvez por esse motivo, até agora as Directivas comunitárias em matéria de contratação pública não previam expressamente a possibilidade de uma entidade adjudicante excluir uma proposta com base no incumprimento de um contrato anterior por parte do proponente, discutindo-se na doutrina se tal silêncio

<sup>6</sup> Sem prejuízo, claro está, das consequências que possam advir do exercício dessa liberdade, nomeadamente a sua responsabilização a título de *culpa in contrahendo* (cf. artigo 227.º do Código Civil) ou da violação de deveres específicos de contratar, como sejam, por exemplo, os decorrentes de um contrato-promessa ou de um pacto de preferência (cf., respectivamente, artigos 410.º e seguintes e 414.º e seguintes do Código Civil).

<sup>7</sup> *Rectius*, às entidades públicas ou privadas que se encontrem sujeitas ao regime da contratação pública.

Não se ignora que a personalidade jurídica de direito público não é um requisito para a qualificação de uma entidade como “adjudicante”, como aliás resulta expressamente da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”), preceito que acolhe a figura (de construção comunitária) dos denominados “organismos de direito público”. Não obstante, apenas por comodidade, neste texto empregaremos as expressões “entidade pública” e “entidade adjudicante” como sinónimas.

<sup>8</sup> Estes dois últimos, aliás, tidos como princípios “especialmente aplicáveis” à contratação pública, como resulta do disposto no artigo 1.º, n.º 4 do CCP.

<sup>9</sup> A questão não se coloca, claro está, se o operador económico tiver sido sujeito à sanção específica de proibição de participação em procedimentos pré-contratuais, seja por violação de algumas obrigações do CCP (cf. artigo 460.º, n.º 1 do CCP), seja pela prática de outro tipo de infracções para as quais esteja cominada uma tal sanção: cf., nomeadamente, os artigos 21.º, n.º 1, alínea *e*) do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (que aprovou o Regime Geral das Contra-Ordenações), 71.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (que aprovou o regime jurídico da concorrência), ambos expressamente mencionados pela alínea *f*) do artigo 55.º do CCP em sede de impedimentos, bem como o artigo 39.º, n.º 1 da Lei n.º 41/2015, de 3 de Junho [que aprovou o regime jurídico da actividade de construção – anteriormente, esta sanção vinha prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea *d*) do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, agora revogado]. Como é evidente, nestes casos o operador económico não pode participar no procedimento, mas porque se encontra sujeito a uma sanção inibitória, e não (directamente) por força do incumprimento de qualquer contrato anterior.

Considerando “questionável a eficiência desta sanção acessória”, na medida em que, apesar da sua “função pedagógica preventiva”, a respectiva aplicação poderá, em alguns mercados, “implicar a criação de monopólios temporários (...), não sendo sancionada a mais-valia obtida com a infracção”, cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013, página 377.

européu impedia ou não os Estados-Membros e as entidades adjudicantes nacionais de criarem, pelos seus meios, os seus próprios mecanismos de salvaguarda.

A verdade, porém, é que as novas Directivas da contratação pública, aprovadas este ano, vêm agora erigir o desempenho contratual anterior dos concorrentes como potencial causa de exclusão, pelo que esta recente e marcante novidade legislativa impõe uma reanálise deste “problema de sempre” à luz das “soluções de agora”<sup>10-11</sup>.

Por conseguinte, após uma breve referência ao debate académico em torno deste tema à luz das Directivas de 2004 (cf. capítulo II.), passaremos de seguida a analisar os antecedentes que conduziram à solução que veio a ser vertida nas Directivas de 2014 (cf. capítulo III.), para depois, já em jeito de conclusão crítica,

<sup>10</sup> Assinalando o carácter inovador desta figura, ainda durante o curso do procedimento legislativo e perante um mero projecto do que viriam a ser as novas Directivas, cf. PEDRO MATIAS PEREIRA e JOÃO SOARES FRANCO, “A adjudicação de contratos em contexto de crise”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, Maio/Agosto de 2012, páginas 149 e 150.

Reforçando esta mesma ideia, mas já perante a versão final, aprovada e publicada, da Directiva 2014/24/UE, cf. ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA, “A exclusão...”, cit., páginas 7 a 9. Cf. ainda a breve referência de LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ – lextenso éditions, página 377.

<sup>11</sup> Ainda a propósito das “soluções de agora”, e ilustrando justamente a pertinência e a actualidade do tema, registre-se que, embora sem qualquer relação com a transposição das novas Directivas, o legislador nacional deu recentemente mostras da sua preocupação com a necessidade de assegurar que não são escolhidos como co-contratantes em determinados contratos entidades cujo passado faça temer pelo cumprimento de obrigações consideradas como de relevante interesse público.

Assim, através do Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de Setembro – que, na sequência da alteração de 2011 à Lei-Quadro das Privatizações, veio finalmente aprovar o “regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional” (cf. artigo 1.º) –, o Conselho de Ministros passou a poder opor-se à realização de operações das quais resulte, directa ou indirectamente, a aquisição do controlo, directo ou indirecto, por uma pessoa ou pessoas de países terceiros à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu, sobre activos estratégicos, desde que “estes possam pôr em causa, de forma real e suficientemente grave, a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional” (cf. artigo 3.º, n.º 1). Ora, para o que aqui releva, importa notar que se consideram susceptíveis de pôr em causa a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional as operações nas quais surja como contraparte (adquirente) uma entidade que “[t]enha, no passado, utilizado a posição de controlo detida sobre outros ativos para criar dificuldades graves à regular prestação dos serviços públicos essenciais no país no qual estes se situavam ou dos países limítrofes” [cf. artigo 3.º, n.º 3, alínea b), subalínea i) do Decreto-Lei n.º 138/2014]. O que constitui um exemplo expresso e inequívoco da relevância já reconhecida pelo legislador ao desempenho contratual anterior por parte de um operador económico, enquanto causa impeditiva da celebração de novos contratos no futuro.

apontarmos algumas das dificuldades que poderão colocar-se na aplicação prática desta nova causa de exclusão de propostas em cada procedimento concreto (cf. capítulo IV.).

## II. O DEBATE À LUZ DAS DIRECTIVAS DE 2004: BREVE REFERÊNCIA

3. Como já adiantámos, o risco acrescido de deficiente execução de um determinado contrato em virtude do incumprimento de outro(s) contrato(s) anteriormente celebrado(s) com o mesmo operador económico levou a doutrina a interrogar-se sobre os eventuais meios ao dispor das entidades adjudicantes para acautelar tais (compreensíveis) preocupações e receios.

Olhando para a doutrina Portuguesa, encontramos pelo menos quatro Autores que se debruçaram *ex professo* sobre a matéria.

4. Os dois primeiros Autores, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, pronunciaram-se no sentido de ser admissível a exclusão de propostas com base na existência de relações litigiosas passadas entre o concorrente e a entidade adjudicante, embora com a advertência de que esta possibilidade deveria estar “dependente de pressupostos rigorosos” e ser “sujeita a uma fiscalização administrativa ou contenciosa estrita”<sup>12</sup>.

Mais rigorosamente, e notando que o objecto do contrato a celebrar pode dizer respeito a actividades reguladas – cujo acesso depende da obtenção de um título habilitante e cujo exercício se encontra sujeito a fiscalização por parte de uma entidade pública<sup>13</sup> – ou a actividades não reguladas, os Autores citados distinguem dois principais cenários:

- (i) Tratando-se de actividades reguladas, a lei já prevê que as condutas ilícitas do operador económico sejam comunicadas pela entidade adjudicante à entidade reguladora, a qual poderá instaurar um procedi-

<sup>12</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, página 520.

<sup>13</sup> Como é o caso, paradigmaticamente, dos contratos de empreitadas de obras públicas, na medida em que a actividade de construção civil é uma actividade regulada, que apenas pode ser legalmente exercida por parte de entidades que detenham uma permissão administrativa (alvará, certificado ou registo) para o efeito concedida pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (anteriormente, o Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.), como resulta da acima citada Lei n.º 41/2015.

mento para a averiguação da prática e da gravidade dos actos em causa, podendo, se for caso disso, determinar a suspensão ou cassação do título habilitante para o exercício da actividade<sup>14</sup>. Neste cenário, em princípio, a questão nem sequer se colocará, pelo menos nas situações em que o título habilitante do operador económico já tenha sido suspenso ou cassado pela entidade reguladora no momento da abertura do procedimento pré-contratual<sup>15</sup>;

- (ii) Tratando-se de uma actividade não regulada<sup>16</sup>, mesmo sem previsão expressa na lei, entendem os mencionados Autores que, ainda assim, “há casos em que não pode exigir-se à entidade adjudicante que celebre o contrato que submeter à concorrência com quem tenha tido recorrentemente uma muito negativa experiência contratual ou pré-contratual”<sup>17</sup>.

Assim sucederá, na posição destes Autores, se a participação de tal operador económico “ofender claramente os princípios da boa-fé e da seriedade pré-contratuais, de um lado, ou se o estabelecimento de relações da entidade adjudicante com ele não for juridicamente exigível à luz (desses princípio e) do princípio da colaboração leal entre as partes, em virtude do seu comportamento anterior – se, portanto, a conduta do pretendente tornar a subsistência [ou o estabelecimento] da relação contratual praticamente impossível –, se se verificar alguma dessas circunstâncias que correspondem a princípios gerais de direito contratual, privado ou público”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Cf., no caso das empreitadas de obras públicas, o artigo 38.º, n.º 1, alíneas a) e b) da Lei n.º 41/2015, que permite ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. determinar, respectivamente, a “Interdição do exercício da actividade” e a “Suspensão dos alvarás e dos certificados, bem como dos registos”.

<sup>15</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., página 519.

<sup>16</sup> Ou de uma actividade regulada mas em que o procedimento sancionatório ainda esteja pendente de decisão final por parte da entidade reguladora, situação que os Autores entendem merecer idêntico tratamento jurídico: cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., páginas 519 e 521. Já no caso de ter sido proferida uma decisão condenatória mas a respectiva eficácia ter sido suspensa por via de um processo cautelar, consideram estes Autores – de forma, porém, assumidamente hesitante – que a entidade adjudicante pode vedar o acesso do operador económico ao procedimento pré-contratual com base naquela decisão condenatória judicialmente suspensa, sob pena de se assegurar “maior e melhor protecção ao pretendente que até já foi juridicamente sancionado pelo regulador, em procedimento idóneo, do que àquele que (...) ainda não foi alvo de qualquer sanção administrativa dessas”: cf. ob. cit., página 521, nota 314.

<sup>17</sup> Cf. *Concursos...*, cit., página 519.

<sup>18</sup> Cf. *Concursos...*, cit., página 520.

De notar, no entanto, que, nos casos que se enquadrem na segunda hipótese aventada, os Autores exigem a verificação, pelo menos, dos seguintes quatro requisitos (“de aplicação entre o rigoroso e o maleável”):

- a) A “indiscutibilidade objectiva e documentada dos factos que suportam a objecção à participação do pretendente”;
- b) A “existência de uma atitude reactiva da entidade adjudicante em relação ao comportamento anterior”;
- c) A “adopção de meios jurisdicionais necessários para sancionar a ilicitude da conduta anterior do pretendente, quando tal ilicitude ou a sua sanção não se esgotem no referido plano (pré-)contratual”; e
- d) A “concessão de audiência prévia ao interessado”<sup>19</sup>.

Caso a entidade adjudicante profira uma decisão de exclusão sem que estejam preenchidos estes pressupostos ou os mesmos padeçam de erro, insuficiência ou desproporcionalidade, defendem os Autores que a decisão em causa estará inquinada de nulidade (em vez da mera anulabilidade, desvalor-regra no Direito Administrativo<sup>20</sup>), respondendo ainda a entidade adjudicante civilmente por todos os danos provocados ao interessado, incluindo os danos sofridos a título de perda de chance<sup>21</sup>.

5. Também MARGARIDA OLAZABAL CABRAL abordou o problema em apreço, embora sem adoptar uma posição definitiva.

Partindo da constatação de que é “um pouco absurdo que a Administração fique sujeita a ter de contratar com esta empresa [que incumpriu sucessivamente diversos contratos com a entidade adjudicante], apesar dos seus incumprimentos anteriores”, a Autora reconhece que “[a] questão não é de resposta linear”, acabando por sugerir que o incumprimento de contratos anteriores possa eventualmente

<sup>19</sup> Cf. *Concursos...*, cit., página 520.

<sup>20</sup> Cf. artigo 163.º, n.º 1 do actual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro (que mantém a mesma solução já consagrada no artigo 135.º do anterior Código do Procedimento Administrativo, de 1991).

<sup>21</sup> Cf. *Concursos...*, cit., páginas 520 e 521.

Para um elenco da bibliografia Portuguesa sobre o tema da responsabilidade civil das entidades adjudicantes por violação das regras da contratação pública, cf. MARCO CALDEIRA, “Um caso de arrependimento» da Administração antes da celebração do contrato”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas: Anotações de Jurisprudência* (coord. CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO), e-book do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Outubro de 2013, página 101, nota 2, disponível em [www.icjp.pt](http://www.icjp.pt).

ser reconduzido ao conceito de “falta grave em matéria profissional”, a que alude o artigo 45.º, n.º 2, alínea d) da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março<sup>22</sup>.

6. Por fim, igualmente MIGUEL ASSIS RAIMUNDO tomou partido quanto a esta questão, considerando que, pelo menos à luz do regime legal vigente, não parece admissível (embora fosse desejável) que uma entidade adjudicante possa excluir uma proposta com fundamento na existência passada de relações litigiosas com o proponente<sup>23</sup>. E isto, sublinha-se, mesmo que (i) esta causa de exclusão estivesse expressamente prevista nas peças do procedimento<sup>24</sup> e que (ii) tivesse existido uma resolução sancionatória do contrato anterior, com fundamento em incumprimento do proponente<sup>25</sup>, ou que, inclusivamente, este tivesse sido condenado em sede judicial, por sentença transitada em julgado, pela má execução do contrato.

Esta posição baseia-se, por um lado, no facto de o ordenamento jurídico apenas “conferir relevância ao desempenho dos agentes económicos em anteriores contratos numa óptica de exigência de requisitos positivos e não a título de delimitação negativa”<sup>26</sup>; por esse motivo, “a experiência anterior ou releva como experiência positiva, nos procedimentos onde essa experiência pode ser analisada, ou não releva de todo”<sup>27</sup>; por outro lado, acresce que o elenco das causas de idoneidade de fiabilidade dos agentes económicos previsto nas Directivas (para efeitos de exclusão do procedimento) tem um carácter *taxativo*, não no sentido de não serem de todo permitidas outras, mas sim “no sentido de não serem permitidas outras que também sejam reconduzíveis a causas de falta de idoneidade e fiabilidade”<sup>28</sup>.

Não obstante, apesar de entender que o incumprimento de contrato(s) anterior(es) não constitui, genericamente, um *impedimento* à participação do operador económico em procedimentos de contratação pública, ainda assim sustenta o mesmo Autor citado que tal não significa que, *de iure condito*, esse incumprimento

não possa ter consequências em procedimentos subsequentes<sup>29</sup>. Mais concretamente, defende o Autor ser de admitir a exigência pela entidade adjudicante, nas peças do procedimento, “de garantias de cumprimento (cauções) ou de multas contratuais mais elevadas do que as aplicáveis aos demais agentes económicos”<sup>30</sup>. Tal possibilidade não seria contrária, nem ao princípio da igualdade, nem ao princípio da proporcionalidade, pois, “se o risco de incumprimento não é igual, o tratamento procedimental não pode ser igual”; “se o risco é objectivamente maior, as garantias a dar pelo co-contratante devem ser maiores”<sup>31</sup>.

### III. AS DIRECTIVAS DE 2014: ANTECEDENTES E REGIME

7. Como já acima se antecipou, as Directivas comunitárias em matéria de contratação pública, aprovadas em 2014, vieram inovadoramente estabelecer que o mau desempenho de um operador económico na execução de um contrato público poderá constituir um fundamento de exclusão das suas propostas em procedimentos pré-contratuais futuros.

Antes de analisarmos os termos concretos em que essa causa de exclusão veio a conhecer forma de lei, vale a pena determo-nos um pouco sobre os dois principais antecedentes que estiveram na génese desta novidade.

8. Um primeiro antecedente que é possível localizar ocorreu no próprio procedimento legislativo, mais concretamente no Parecer n.º 2011/C 192/02 emitido pelo Comité das Regiões, sobre “a modernização da política de contratos públicos da EU: para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”<sup>32</sup>.

Com efeito, entre diversas outras recomendações então formuladas, aquele Comité sugeria à Comissão Europeia o seguinte:

“(…) [N]os processos de adjudicação, as entidades adjudicantes devem ter a possibilidade de aproveitar a experiência adquirida anteriormente com os adjudicatários. As experiências negativas em que o resultado final tenha sido insatisfatório deveriam poder entrar

<sup>22</sup> Cf. “O artigo 55.º, alínea j), do Código dos Contratos Públicos: mais vale ser do que parecer”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2011, página 145 (continuação da nota 12 da página 144).

<sup>23</sup> Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., página 885.

<sup>24</sup> Ao abrigo do disposto no artigo 132.º, n.º 4 do CCP.

<sup>25</sup> Ao abrigo de qualquer das alíneas do n.º 1 do artigo 333.º do CCP.

<sup>26</sup> Cf. *A formação...*, cit., página 884.

<sup>27</sup> Cf. *A formação...*, cit., página 884.

<sup>28</sup> Cf. *A formação ...*, cit., páginas 884 e 885.

<sup>29</sup> Sendo excessivo obrigar a entidade adjudicante a lançar um concurso limitado apenas com vista a evitar a participação do proponente em causa, uma vez que esta solução restringiria desnecessariamente a concorrência: por esta via, a entidade adjudicante prescindiria da participação de um número indeterminado de operadores económicos apenas por não pretender ter um ou alguns deles: cf. *A formação...*, cit., página 885, nota 2578.

<sup>30</sup> Cf. *A formação...*, cit., páginas 885 e 886.

<sup>31</sup> Cf. *A formação...*, cit., páginas 885 e 886.

<sup>32</sup> Tirado na 90.ª reunião plenária de 11 e 12 de Maio de 2011, publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* (C 192) a 1 de Julho de 2011.

em linha de conta. Actualmente, uma entidade que não cumpra (deliberadamente) o contrato, em princípio, pode voltar a apresentar uma proposta em novo concurso. Aliás, por vezes, realiza-se um novo concurso justamente porque a parte responsável pela execução suspendeu o contrato. Esta é uma situação frequentemente indesejável, pois perturba as relações estabelecidas, a confiança depositada e as prestações efectuadas. O Comité recomenda um sistema que permita ter em consideração a experiência adquirida com determinada empresa. É evidente que um tal sistema deve garantir a objectividade. Esta pode ser alcançada utilizando um relatório oficial de avaliação dos contratos anteriores e estabelecendo um prazo limitado para a exclusão<sup>33</sup>.

A questão seria depois retomada pela Comissão Europeia, que, no Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa<sup>34</sup>, dava conta de que “As partes interessadas apontam também para o facto de que as actuais directivas não prevêem instrumentos adequados para permitir ter em conta anteriores experiências da entidade adjudicante relativamente ao desempenho dos concorrentes. É certo que a tomada em consideração dessa experiência pode dar indicações preciosas sobre a qualidade do proponente e o seu trabalho futuro. Contudo, esta possibilidade implica um risco óbvio de discriminação entre proponentes. Por conseguinte, seria necessário adoptar medidas de salvaguarda adequadas para garantir a igualdade de tratamento dos proponentes, a transparência e um processo equitativo<sup>35</sup>”.

Nesta conformidade, o processo de revisão das Directivas de 2004 – e que viria a culminar na aprovação das actuais Directivas, de 2014 – nasceu já com a preocupação de saber se (i) as novas Directivas deveriam “permitir explicitamente que seja tida em conta a experiência anterior com um ou mais proponentes” e, em caso afirmativo, (ii) “que medidas seriam necessárias para evitar práticas discriminatórias<sup>36</sup>”.

Sem prejuízo de o procedimento para elaboração e aprovação das Directivas de 2014 ter posteriormente conhecido diversos outros contributos, das mais

<sup>33</sup> Cf. ponto 40 do Parecer, justamente com a epígrafe “Desempenho anterior”.

<sup>34</sup> Cf. COM(2011) 15 final, de 27 de Janeiro de 2011, disponível em <http://www.contratacao-publica.com.pt/documentacao/publica/>.

Em pronúncia sobre este Livro Verde, também o Comité Económico e Social manifestou a sua preocupação sobre o tema, notando que “as autoridades públicas podem parecer impotentes perante um fornecedor incumpridor ou desrespeitador dos termos do contrato”: cf. conclusão 6.5 do Parecer deste Comité [(2011/C 318/19)], datado de 13 de Julho de 2011 e publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* (C 318) em 29 de Outubro de 2011.

<sup>35</sup> Cf. página 19.

<sup>36</sup> Cf. página 19 (pergunta 25).

variadas proveniências, parece ser possível afirmar que, no que se refere a este ponto específico, foram o ponto 40 do Parecer n.º 2011/C 192/02 do Comité das Regiões e a subsequente pergunta 25 do Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa os antecedentes directos da consagração legal desta causa de exclusão.

9. Por sua vez, o segundo antecedente desta solução não tem origem legislativa, mas jurisprudencial: trata-se, como se sabe, do (hoje célebre) Acórdão Forposta<sup>37</sup>.

No processo no qual foi proferido este Acórdão estava em causa a incompatibilidade de uma norma legal do Estado da Polónia face ao artigo 45.º, n.º 2, alínea d) da Directiva 2004/18/CE (aplicável por remissão do artigo 53.º da Directiva 2004/17/CE).

A disposição em crise preceituava que seriam excluídos do processo de adjudicação de um contrato público, entre outros, “Os operadores económicos com os quais a respectiva entidade adjudicante, por circunstâncias que lhes sejam imputáveis, (...) tenha revogado, denunciado ou rescindido o contrato, no caso de revogação, a denúncia ou a rescisão ter ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo de adjudicação em curso e de o valor do contrato não executado corresponder a pelo menos, 5% do valor do contrato”.

As empresas Forposta SA e ABC Direct Contact Sp z o.o, tendo sido excluídas de um procedimento pré-contratual promovido pela Poczta Polska SA (entidade adjudicante no sector dos serviços postais na Polónia) com base naquela disposição, impugnaram judicialmente a decisão de exclusão com fundamento na incompatibilidade da norma em causa com o disposto no artigo 45.º, n.º 2, alínea d) da Directiva 2004/18/CE.

Chamado a pronunciar-se sobre a questão, em reenvio prejudicial suscitado pelo Tribunal nacional que julgou a acção, o Tribunal de Justiça declarou a norma legal polaca incompatível com as Directivas comunitárias.

Em primeiro lugar, e apesar de concordar que “o incumprimento por qualquer operador económico das suas obrigações contratuais pode, em princípio, ser considerado uma falta cometida em matéria profissional”, considerou o Tribunal de Justiça que o conceito de “falta grave cometida em matéria profissional” não pode ser reconduzido, sem mais, a “circunstâncias imputáveis” ao operador económico, uma vez

<sup>37</sup> Cf. Acórdão de 13 de Dezembro de 2012 (Forposta), processo n.º C-465/11, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

que este é um conceito bastante mais amplo e que pode abranger situações que vão muito para além de uma atitude do operador económico que denote uma intenção culposa ou uma negligência de uma certa gravidade da sua parte.

Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça recordou ainda que as entidades adjudicantes não podem fixar critérios de selecção qualitativa que digam respeito às qualidades profissionais dos operadores económicos, em complemento dos critérios definidos no artigo 45.º da Directiva 2004/18/CE, pois esta disposição comunitária já enumera de forma exaustiva as causas susceptíveis de justificar a exclusão de um operador económico da participação num procedimento de adjudicação de um contrato público por razões relativas às suas qualidades profissionais.

Por último, mas não menos importante, o Tribunal de Justiça censurou a legislação polaca em virtude de a mesma prever a exclusão automática do proponente no novo procedimento, sem permitir, portanto, que a entidade adjudicante apreciase *concreta e individualizadamente* a conduta do operador económico e, logo, a efectiva gravidade do seu anterior incumprimento contratual.

Assim, em conclusão, decidiu o Tribunal de Justiça que as Directivas comunitárias devem ser interpretadas no sentido de que obstem “a uma regulamentação nacional que prevê a existência de uma falta grave em matéria profissional, conducente à exclusão automática do operador económico em causa do processo de adjudicação de um contrato público em curso, quando, em razão de circunstâncias imputáveis a este mesmo operador económico, a entidade adjudicante tenha revogado ou denunciado um contrato público anterior celebrado com o referido operador, ou o tenha rescindido, se esta revogação, denúncia ou rescisão do contrato tiver ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo em curso e o valor da parte do contrato público anterior não executada ascender a, pelo menos, 5% do valor total deste contrato”.

Nas palavras do mesmo Tribunal, “Os princípios e as normas do direito da União em matéria de contratos públicos não justificam que, em razão da salvaguarda do interesse público e dos interesses legítimos das entidades adjudicantes, bem como da manutenção de uma concorrência leal entre operadores económicos, uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, imponha a uma entidade adjudicante que exclua automaticamente de um processo de adjudicação de um contrato público um operador económico” num caso como o acima referido (revogação, denúncia ou rescisão por falta profissional imputável ao co-contratante)<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Sobre a decisão e consequências do Acórdão *Forposta*, cf. SUSIE SMITH, “EU:ForpostaSA, ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA (C-465/11) – exclusion on the grounds of grave professional misconduct”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2013, NA57 a NA60 (disponível em

10. Como é público, o procedimento de revisão legislativa encetado em 2011 culminou na aprovação de três novas Directivas em matéria de contratação pública:

- (i) A Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão<sup>39</sup>;
- (ii) A Directiva 2014/24/UE Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos públicos<sup>40</sup>; e
- (iii) A Directiva 2014/25/UE Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos públicos celebrados por entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais<sup>41</sup>.

Para o que aqui importa, todas estas Directivas prevêem que o incumprimento (ou cumprimento defeituoso) de contratos anteriores constitui um potencial – mas não obrigatório<sup>42</sup> – motivo de exclusão da participação de operadores económicos de um procedimento de contratação pública.

Pegando no exemplo, emblemático, da Directiva 2014/24/UE, determina o seu artigo 57.º, n.º 4, alínea g) que um operador económico poderá ser excluído – em qualquer momento do procedimento pré-contratual<sup>43</sup> – se “*tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato como uma autoridade*

www.westlaw.com); GIUSEPPINA PASSARELLI, “Criteri di selezione qualitativa nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: la Corte di giustizia delimita la nozione di errore grave in materia professionale”, in *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, Torino, 2013 - II, páginas 713 a 721; ANN LAWRENCE DURVIAUX, “Droit européen des marchés et contrats publics – 1<sup>er</sup> janvier 2012-31 décembre 2012”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, avril-juin 2013, páginas 354 e 355; SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Volume I, 3<sup>rd</sup> edition, Sweet&Maxwell, London, 2014, páginas 1254 a 1258; e, entre nós, ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA, “A exclusão...”, cit., páginas 10 a 12.

<sup>39</sup> O que constitui um acontecimento inédito, já que não existia anteriormente uma Directiva que tivesse por escopo específico a regulação dos procedimentos adjudicatórios de contratos de concessão.

<sup>40</sup> E que revoga, com efeitos a partir de 18 de Abril de 2016, a anterior Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

<sup>41</sup> E que revoga, com efeitos a partir de 18 de Abril de 2016, a anterior Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

<sup>42</sup> Enfatizando este aspecto, cf. ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA, “A exclusão...”, cit., página 16.

<sup>43</sup> Cf. n.º 5, segundo parágrafo, do mesmo artigo 57.º da Directiva 2014/24/UE.

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". Esta solução vigora igualmente no âmbito das denominadas "Directiva Concessões"<sup>44</sup> e "Directiva sectores especiais"<sup>45</sup>.

Não obstante, e porque – como ficou claro, em especial, no acima citado Acórdão *Forposta* – o Direito comunitário se opõe à consagração de cláusulas de exclusão automática de concorrentes ou de propostas (o mesmo é dizer, mostra-se sempre necessário conferir ao interessado a oportunidade do contraditório), as novas Directivas prevêem a possibilidade de o visado pela causa de exclusão poder infirmar a presunção de falta de fiabilidade originada pelo incumprimento de contrato(s) anterior(es). Tal poderá ser feito, em particular, através da prova da tomada de medidas ditas de *self-cleaning*, ou seja, de medidas correctivas ou atenuadoras do incumprimento e das respectivas consequências, o que permitiria demonstrar que o operador económico se encontra "reabilitado" e que, por conseguinte, os eventos do seu passado não podem ser esgrimidos contra si como fundamento de suspeita quanto ao seu desempenho futuro<sup>46</sup>. Neste sentido, dispõem as Directivas que o operador económico deve ser admitido a "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", designadamente evidenciando "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"<sup>47</sup>.

Aqui chegados, "as medidas tomadas pelos operadores económicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta

<sup>44</sup> Cujo artigo 38.º, n.º 7, alínea f) apresenta uma redacção bastante idêntica.

<sup>45</sup> Por expressa remissão do respectivo artigo 80.º, n.º 1 para os fundamentos de exclusão previstos no artigo 57.º da Directiva 2014/24/UE.

<sup>46</sup> Porém, parece não existir qualquer possibilidade de *self-cleaning* quando o operador económico é "excluído, por decisão transitada em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou concessão", pois as Directivas estipulam claramente que, nestes casos, o operador em causa não pode socorrer-se dos referidos meios de prova do seu "arrepentimento" e da sua "reabilitação" "durante o período de exclusão resultante dessa decisão nos Estados-Membros onde esta produz efeitos": cf. artigo 57.º, n.º 6, quarto parágrafo, da Directiva 2014/24/UE, bem como artigo 38.º, n.º 9, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/23/UE.

<sup>47</sup> Cf. artigo 57.º, n.º 6, primeiro e segundo parágrafos, da Directiva 2014/24/UE, bem como artigo 38.º, n.º 9, primeiro e segundo parágrafos, da Directiva 2014/23/UE.

cometida"<sup>48</sup> e, a final, de duas uma: ou as provas dadas pelo operador económico são julgadas suficientes e, nesse caso, não há lugar à sua exclusão do procedimento<sup>49</sup>, ou tais provas não são consideradas bastantes e o operador económico "recebe uma exposição de motivos dessa decisão"<sup>50</sup>, ou seja, é excluído mediante decisão devidamente fundamentada.

#### IV. APRECIACÃO CRÍTICA E CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

11. As novas Directivas comunitárias em matéria de contratação pública foram publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO L 94) em 28 de Março de 2014, entraram em vigor 20 dias após a data da sua publicação<sup>51</sup> e deverão ser transpostas para o ordenamento jurídico interno de cada um dos Estados-Membros até 18 de Abril de 2016<sup>52</sup>.

Como já foi notado, a aprovação destas Directivas constitui "uma excelente oportunidade para rever a legislação Portuguesa em matéria de contratação pública", sendo esta inovadora previsão de atribuição de relevância às condutas anteriores dos operadores económicos um bom exemplo de como se pode aproveitar a revisão do regime legal para introduzir melhorias substanciais no mercado da contratação pública em Portugal<sup>53</sup>. E, de facto, parece claro que esta novidade, se bem implementada, poderá constituir um precioso mecanismo ao dispor das entidades adjudicantes, permitindo-lhes não contratar com entidades cujo passado não ofereça garantias de fiabilidade na execução dos contratos.

<sup>48</sup> Cf. artigo 57.º, n.º 6, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/24/UE, bem como artigo 38.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Directiva 2014/23/UE.

<sup>49</sup> Cf. artigo 57.º, n.º 6, primeiro parágrafo, da Directiva 2014/24/UE, bem como artigo 38.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Directiva 2014/23/UE.

<sup>50</sup> Cf. artigo 57.º, n.º 6, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/24/UE, bem como artigo 38.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Directiva 2014/23/UE.

<sup>51</sup> Cf. artigos 54.º, primeiro parágrafo, da Directiva 2014/23/UE, 93.º da Directiva 2014/24/UE e 109.º da Directiva 2014/25/UE.

<sup>52</sup> Cf. artigos 51.º, n.º 6, terceiro parágrafo, da Directiva 2014/23/UE, 90.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/UE e 106.º, n.º 1 da Directiva 2014/25/UE.

<sup>53</sup> Neste sentido, cf. RUI MEDEIROS, "The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview", in AA. VV., *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, editado pela OPET – Observatório de Prospectiva da Engenharia e da Tecnologia, Lisboa, 2014, página 52. O Autor sublinha ainda, na mesma passagem, que subjacente a esta inovação da Directiva está uma ideia que justifica uma reflexão aprofundada: a da superação do antigo paradigma assente na existência de um "Muro de Berlim" entre as matérias do procedimento de formação e as da execução dos contratos públicos.

Em nosso entender, a transposição deste ponto específico para o ordenamento jurídico nacional não oferece, em si mesma, dificuldades de maior: deverá ser feita por acto legislativo<sup>54</sup> e, por razões de coerência e uniformização, deverá consistir numa alteração ao CCP, enquanto diploma que contém a disciplina geral aplicável à contratação pública<sup>55</sup>. A redacção da norma de transposição poderá também ser relativamente próxima à das Directivas<sup>56</sup>.

Dito isto, há aspectos da transposição e, sobretudo, da aplicação do novo regime legal resultante dessa transposição que carecem de uma ponderação cuidada e que suscitam algumas interrogações quanto à respectiva concretização prática.

Vejamos.

12. Relativamente à transposição propriamente dita, pensamos que existem pelo menos dois aspectos que reclamam do legislador uma atenção redobrada.

12.1. O primeiro aspecto prende-se com a questão de saber se o incumprimento de contratos anteriores deve ser configurado como um *impedimento* do operador económico à participação no procedimento ou antes como um *fundamento material de exclusão da proposta* apresentada pelo mesmo operador<sup>57</sup>. A distinção pode parecer um preciosismo, sobretudo porque qualquer um dos dois caminhos conduz ao mesmo resultado prático: a impossibilidade de adjudicação àquele proponente. Mas, na verdade, o enquadramento conceptual que se dê à

<sup>54</sup> Apesar de as Directivas comunitárias preverem a obrigação de os Estados-Membros darem cumprimento às suas disposições através de medidas legislativas, regulamentares ou administrativas, nos termos da nossa Lei Fundamental a transposição de actos jurídicos da União Europeia assume necessariamente a forma de Lei, de Decreto-Lei ou, em alguns casos, de Decreto Legislativo Regional: cf. artigo 112.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa.

<sup>55</sup> Cf. artigo 1.º, n.º 1 do CCP.

<sup>56</sup> No sentido de que, por cautela, a adequada transposição desta norma da Directiva tenderá a ser uma transcrição, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, "Primeira análise...", cit., página 41.

<sup>57</sup> Não se diga que a situação em causa tem de configurar um impedimento e não uma "mera" causa de exclusão de propostas em virtude de as Directivas apresentarem o incumprimento de contratos anteriores como uma causa de exclusão do operador económico (e não das suas propostas) do procedimento, pois este argumento prova demais. Na verdade, sob a capa da "exclusão do operador económico", as Directivas albergam situações que, à luz da nossa legislação interna – e, ao que se saiba, sem que alguém tenha questionado a sua compatibilidade com o Direito comunitário –, tanto são enquadradas como verdadeiros impedimentos (veja-se, por exemplo, a declaração de insolvência, a prática de faltas profissionais graves ou o conflito de interesses), como enquanto causas de exclusão de propostas (v.g., o conluio com outros concorrentes para distorcer a concorrência ou a prestação de falsas informações).

figura não é indiferente e, aliás, mesmo o regime que corresponde a cada uma das qualificações não é necessariamente idêntico, em toda a sua extensão.

Por um lado, sem prejuízo do que diremos adiante, a figura em causa não tem um alcance absoluto, isto é, não incapacita o proponente de executar todos e quaisquer contratos, estando especialmente (resta saber se *exclusivamente*) ligada à anterior relação entre o operador económico e aquela entidade adjudicante; além disso, os efeitos do incumprimento de contratos anteriores traduzem-se numa menor fiabilidade da *proposta* e no maior risco de incumprimento do novo contrato; por último, estamos perante uma situação menos grave do que, por exemplo, a participação numa organização criminosa, corrupção ou fraude, sendo que, enquanto as Directivas impõem aos Estados-Membros que prevejam a resolução de contratos no caso de detecção tardia de uma destas situações mais graves, o mesmo não acontece com a detecção tardia do incumprimento de contratos anteriores<sup>58</sup>. Estes argumentos pareceriam indicar que estamos perante uma causa de exclusão das propostas<sup>59</sup>, mas não um impedimento do proponente.

Por outro lado, e numa perspectiva distinta, pode contrapor-se que o desempenho anterior do operador económico é, em si mesmo, um elemento exterior à proposta (cujo mérito intrínseco é idêntico, depende dos seus atributos e não varia consoante o passado do proponente), pelo que o que está em causa é, antes de mais, a falta de confiança que o operador económico inspira, e que "contamina" qualquer proposta que este apresente, independentemente do respectivo conteúdo. Acresce que a configuração do incumprimento de contratos anteriores como "mera" causa de exclusão de propostas permitiria que o operador económico apresentasse candidatura num procedimento pré-contratual com fase de prévia qualificação (por exemplo, um concurso limitado, ao abrigo dos artigos 162.º e seguintes do CCP), sem que o júri pudesse excluir a sua

<sup>58</sup> Cf. artigos 44.º, alínea b) da Directiva 2014/23/UE, 73.º, alínea b) da Directiva 2014/24/UE e 90.º, alínea b) da Directiva 2014/25/UE. Aparentemente, isto significaria que o incumprimento de contratos anteriores seria uma falta menos grave, que apenas prejudicaria a credibilidade da proposta mas não a capacidade do operador económico, pelo que, caso apenas viesse a ser detectada em sede de execução do contrato, não determinaria *de per se* a cessação deste.

<sup>59</sup> De algum modo, este enquadramento traz irresistivelmente à colação a figura da "inaceitabilidade" das propostas que se encontrava vertido no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março [cf. artigo 134.º, n.º 1, alínea a)] e no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho [cf. artigos 57.º, n.º 1, alínea a), 83.º, alínea a), 106.º, n.º 3, 108.º, n.º 4, alínea a), 125.º, n.º 2 e 173.º, n.º 2, alínea c) e n.º 4], bem como na legislação anterior a estes diplomas, conceito que, de resto, suscitava inúmeras dúvidas na doutrina.

candidatura, o que apenas poderia legalmente fazer na subsequente fase de apresentação de propostas; ora, se à partida já se conhece a inviabilidade de celebração do contrato com aquele proponente, não faz sentido a entidade adjudicante ser obrigada a admitir a respectiva candidatura, sem poder excluí-la desde logo.

Tendo em conta os argumentos apresentados de um lado e de outro da contenda, propendemos para a qualificação do incumprimento de contratos anteriores como um impedimento (ainda que meramente *relativo*) e não como causa de exclusão de propostas, pelo que, em nossa opinião, a transposição das Directivas, nesta parte, deverá efectuar-se mediante o aditamento de uma nova alínea ao artigo 55.º do CCP, e não ao artigo 70.º do mesmo diploma legal<sup>60</sup>.

Verdadeiramente, todavia, a nossa posição é diferente da que foi consagrada pelo legislador comunitário – pela nossa parte, e de um ponto de vista puramente conceptual, concordamos com a posição de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, acima citada (cf. n.º 6 *supra*): se o que está em causa não é, nem a inaptidão do operador económico, nem um vício intrínseco da sua proposta, mas antes uma suspeita quanto à fiabilidade da proposta ou, melhor dizendo, quanto ao seu cumprimento estrito pelo proponente, então não estamos, rigorosamente, perante um impedimento nem perante uma causa de exclusão de propostas, pelo que o incumprimento de contratos anteriores deveria relevar essencialmente como fundamento de reforço dos mecanismos de garantia do cumprimento do contrato, como sejam o aumento do valor da caução<sup>61</sup> ou do montante das

<sup>60</sup> Qualificando a situação em causa como de impedimento, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise...”, cit., páginas 44 e 45.

O que em caso algum nos pareceria adequado seria consagrar-se o desempenho anterior do proponente como causa de não adjudicação, isto é, como uma “permissão de recusa” de adjudicação daquela proposta a final. Em nosso entender, a discussão sobre a relevância do incumprimento de contratos anteriores deve efectuar-se no momento da análise da proposta (ou da candidatura, em procedimentos com fase de prévia qualificação), não podendo a mesma ser admitida “a jogo” mas, depois, tornar *precário* ou *condicional* o acto de adjudicação que sobre ela recaia. Assim, se a proposta passou o “crivo” e foi admitida, tem de ser avaliada em pé de igualdade com todas as outras, o que significa que, caso seja ordenada em primeiro lugar, deverá naturalmente ser adjudicada.

<sup>61</sup> Tem-se plena consciência de que, no actual contexto de crise económico-financeira, e com as dificuldades conhecidas no sector bancário, o agravamento do montante da caução a prestar poderia igualmente, na prática, afastar os operadores económicos dos procedimentos pré-contratuais, por não terem capacidade para suportar os encargos e comissões exigidos pelos Bancos como contrapartida pela emissão das garantias bancárias (a forma, por excelência, de prestação de caução, sem prejuízo de o artigo 90.º, n.º 2 do CCP admitir outras). Apesar deste risco, que é real e não pode ser menosprezado, a verdade é que esta solução, ainda assim, nos parece preferível.

penalidades contratuais aplicáveis. Contudo, em face das Directivas, não nos parece que qualquer uma destas opções seja viável para o legislador nacional<sup>62</sup>.

12.2. O segundo aspecto tem que ver com a necessidade de o legislador, entre outras densificações que entenda pertinentes para transpor as Directivas, “determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas [de *self-cleaning*] (...) para demonstrar a sua fiabilidade”, sendo certo que, a menos que exista uma decisão judicial condenatória transitada em julgado e que estabeleça um período diferente, tal prazo de exclusão não pode ser superior a “três anos a contar do facto pertinente”<sup>63</sup>. O que faz todo o sentido, sob pena de o incumprimento ficar a pairar sobre o operador económico – qual “espada de Dâmocles” – durante um período alargado e indefinido de tempo, com a inerente insegurança jurídica, sendo também certo que, por mais grave que tenha sido o incumprimento, o mesmo não pode “perseguir” eternamente o operador, isto quando até uma condenação pela prática de ilícitos criminais não obsta à reabilitação do condenado.

13. Independentemente do modo concreto como sejam transpostas as Directivas, nem tudo se esgota na pena do legislador, pelo que, no dia-a-dia dos procedimentos pré-contratuais, as entidades adjudicantes e os operadores

<sup>62</sup> Entenda-se: pelo menos, enquanto mecanismos *substitutivos* da consagração do incumprimento de contratos anteriores como impedimentos ou causas de exclusão das propostas; mas paremos que, em contrapartida, já nada impedirá que o legislador consagre um aumento do valor da caução nos casos em que o operador económico tenha incumprido contratos anteriores mas tenha demonstrado a adopção de medidas de *self-cleaning* julgadas suficientes pela entidade adjudicante, a exemplo do regime que se aplica às propostas de preço anormalmente baixo cujos esclarecimentos justificativos são aceites (cf. artigos 71.º, n.º 3 e 89.º, n.º 2 do CCP).

<sup>63</sup> Cf. artigos 57.º, n.º 7 da Directiva 2014/24/UE e 38.º, n.º 10 da Directiva 2014/23/UE. Considerando este prazo “problemática”, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise...”, cit., página 45.

Isto significa que, naturalmente, o incumprimento (por mais grave que seja) de um determinado contrato não poderá impedir o operador económico faltoso, *ad aeternum*, de participar em futuros procedimentos de adjudicação (cf. ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA, “A exclusão...”, cit., página 10). No caso Português, e tendo em conta que mesmo a privação do direito de participar em procedimentos pré-contratuais, determinada por sanção acessória aplicada no âmbito de um procedimento contra-ordenacional, não pode ter uma duração superior a dois anos (cf. artigo 460.º, n.º 2 do CCP), vemos com dificuldade a fixação de um prazo superior a este (pelo menos, sem que correspondentemente se altere o limite máximo daquela inibição), sob pena de se tratar mais desfavoravelmente uma situação que não foi objecto de sanção contra-ordenacional do que aquela que o foi.

económicos continuarão a defrontar-se com relevantes problemas práticos no que respeita à implementação da figura aqui em estudo.

Na verdade, como resulta mesmo de uma leitura perfunctória das Directivas, esta nova “causa de exclusão do procedimento” surge – porventura não poderia deixar de surgir – formulada em termos muito amplos, com apelo a conceitos abertos, que suscitem inevitavelmente questões que, embora sejam da maior relevância para a aplicação prática desta figura, todavia não encontram resposta clara e imediata no texto da lei<sup>64</sup>.

Assim, exemplificativamente:

- a) O que deve entender-se por “deficiências significativas ou persistentes”? A partir de que magnitude uma deficiência é “significativa”<sup>65</sup> e após quantas ocorrências (duas, cinco, dez, depende?) se considera que é “persistente”, para este efeito<sup>66</sup>?
- b) O que é um “requisito essencial” de um contrato<sup>67</sup>?
- c) Que tipos de contrato estão em causa? Apenas contratos do mesmo tipo daquele que agora se pretende celebrar, ou qualquer outro tipo de contratos<sup>68</sup>?

<sup>64</sup> Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise...”, cit., páginas 41 e 42.

<sup>65</sup> A legislação polaca cuja conformidade com o Direito comunitário se discutiu no Acórdão *Forposta* previa que uma deficiência seria relevante quando o valor dos trabalhos não executados ascendesse a 5% do preço contratual. Apesar de a decisão do Tribunal de Justiça ter sido desfavorável ao Estado Polaco, não foi a fixação deste patamar que motivou a censura do Tribunal, mas sim a criação de factores adicionais e não correspondentes aos elencados no artigo 45.º, n.º 2, alínea d) da Directiva 2004/18/CE e, sobretudo, o carácter automático da exclusão dos operadores que se integrassem naquela previsão.

Desde logo, não se sabe se é necessário que essas deficiências tenham conduzido à resolução do contrato ou, pelo menos, à aplicação de multas contratuais (e, neste caso, de que montante).

<sup>66</sup> Parece claro que “pequenas falhas” não poderão ser relevantes para este efeito: cf. ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA, “A exclusão...”, cit., página 17. Em sentido aparentemente contrário, se bem interpretamos, considera SUE ARROWSMITH que “persistent minor actions might warrant exclusions”: cf. *The Law...*, cit., página 1269.

Os Considerandos (70) da Directiva 2014/23/UE, (101) da Directiva 2014/24/UE e (106) da Directiva 2014/25/UE dão como exemplos de deficiências graves na execução de requisitos essenciais de um contrato as “falhas na entrega ou execução, deficiências significativas do produto ou do serviço prestado que os tornem inutilizáveis para os fins a que se destinavam”. Todavia, apesar do auxílio que fornece, este elenco é assumidamente enunciativo e não dispensa o intérprete de procurar outras deficiências graves e um critério para a qualificação de um requisito como “essencial”.

<sup>67</sup> Este conceito, parece, deverá ser densificado casuisticamente, já que um mesmo requisito – pense-se, paradigmaticamente, no prazo de execução – pode constituir um aspecto menor ou relativamente inócuo num contrato e, pelo contrário, assumir uma importância fundamental num outro.

<sup>68</sup> Quer a “Directiva Concessões” quer a “Directiva sectores gerais” falam, alternativamente, em incumprimento de contratos de concessão e outros contratos públicos, pelo que parece lícito

- d) Estão em causa apenas incumprimentos de contratos, ou podem (e/ou devem) considerar-se aqui incluídas violações de obrigações pré-contratuais<sup>69</sup> ou pós-contratuais<sup>70</sup>?
- e) Apenas relevam os incumprimentos de contratos celebrados com a mesma entidade adjudicante (que agora promove o procedimento pré-contratual), ou pode (e/ou deve) ser atribuída relevância ao incumprimento de contratos celebrados com outras entidades adjudicantes<sup>71</sup>?

supor que a intenção do legislador comunitário terá sido a de abranger todos os contratos celebrados e (mal) executados com entidades adjudicantes. Em sentido próximo, afirma SUE ARROWSMITH que o incumprimento se reporta também a outros contratos regulados pelo Direito comunitário da contratação pública, mesmo que não formalmente cobertos pelas Directivas: cf. *The Law...*, cit., página 1269.

A ser assim, isto levanta a dúvida: fará mesmo sentido (e não será excessivo), por hipótese, extrair-se do incumprimento de um anterior contrato de empreitada de obras públicas um risco acrescido de incumprimento de um futuro contrato de fornecimento de bens móveis?

No sentido, que nos parece correcto, de que é necessário estarmos perante contratos com objecto idêntico, cf. ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA, “A exclusão...”, cit., página 17.

<sup>69</sup> Imagine-se, por hipótese, que o operador económico não chegou a celebrar o contrato anterior porque culposamente violou o dever de prestação da caução ou não compareceu na data, hora e local marcados para a outorga do contrato. Já se defendeu na nossa doutrina que, numa situação como a descrita, a entidade adjudicante poderia relevar esse incumprimento num procedimento pré-contratual posterior, não podendo ser obrigada a contratar com o proponente incumpridor, sob pena de “afronta aos princípios da boa fé ou da colaboração leal, da transparência e, sobretudo, da seriedade dos procedimentos pré-contratuais”: cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., páginas 517 e 518. De notar, por outro lado, que a violação de determinadas obrigações pré-contratuais configura a prática de contra-ordenação [cf. artigos 456.º, alíneas b), c) e d), e 457.º, alíneas a), b) e c) do CCP], que poderá ser punida, além do mais, com a sanção acessória de “privação do direito de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adoptado para a formação de contratos públicos” (cf. artigo 460.º, n.º 1 do CCP).

<sup>70</sup> Pense-se, por exemplo, na violação, ocorrida após o termo da vigência do contrato, do dever de sigilo relativamente a informações conhecidas durante e por força da execução do contrato – embora, nestes casos, tratando-se da violação de um dever emergente do contrato, ainda que com eficácia pós-contratual, talvez possa defender-se que continuamos a estar perante um incumprimento do contrato.

<sup>71</sup> Tal chegou a ser sugerido pelo Comité do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores, no seu Projecto de Parecer PE 483.468v01-00 [(COM (2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438 (COD)], de 3 de Maio de 2012, páginas 56 e 57 (disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-483.468&secondRef=01&language=PT>), e parece ser a solução que decorre da leitura dos artigos 38.º, n.º 7, alínea f) da Directiva 2014/23/UE e 57.º, n.º 4, alínea g) da Directiva 2014/24/UE (cf., também neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise...”, cit., página 42), embora este nos pareça um entendimento muito amplo e que seguramente gerará forte insegurança jurídica. De todo o modo, a aceitar-se este entendimento, tais aplicabilidade *urbi et orbi* e oponibilidade por parte de qualquer entidade adjudicante reforçam a qualificação desta figura como um verdadeiro impedimento e, mais do que isso, como um impedimento absoluto, e não apenas relativo à entidade adjudicante que anteriormente contratou com o proponente.

- f) O incumprimento de contratos anteriores pode (e/ou deve) ser atendido mesmo quando o proponente impugnou judicialmente a decisão de aplicação de multas ou de resolução do contrato anterior<sup>72</sup> e essa acção judicial ainda não foi decidida por sentença desfavorável transitada em julgado<sup>73</sup>?
- g) Apenas releva o incumprimento pessoal por parte do próprio proponente ou, por hipótese, caso o mesmo tenha integrado um agrupamento, o incumprimento por parte de outro agrupado também será aqui relevante<sup>74</sup>?

<sup>72</sup> Como se sabe, embora as declarações do contraente público sobre a execução do contrato revistam a forma de meras declarações negociais (cf. artigo 307.º, n.º 1 do CCP), a aplicação de sanções e a resolução unilateral do contrato têm de operar através de acto administrativo [cf. artigos 307.º, n.º 2, alíneas c) e d), 308.º, n.º 2, 329.º e 333.º do CCP].

Apesar de SUE ARROWSMITH considerar que, muitas vezes, as entidades públicas nem sempre se dispõem a exercer cabalmente os seus poderes de conformação da relação contratual, por temerem uma potencial litigância e uma interrupção da execução do contrato (cf. *The Law...*, página 1269), pela nossa parte também não afastamos a hipótese de a transposição das Directivas vir a contribuir para inverter esta situação e gerar o cenário oposto, passando as entidades públicas a “ameaçar” mais frequentemente os co-contratantes com a aplicação de sanções e mesmo com a resolução sancionatória, sabendo que esta passará a ter efeitos também no âmbito de procedimentos futuros e não apenas sobre o contrato presente. Neste preciso sentido, considera HANS-JOACHIM PRIESS que, não sendo exigida “a judicial decision or similar stating that such deficiencies occurred”, “[t]his unfortunately leaves contracting authorities still some room to use the threat of an exclusion in negotiations or disputes regarding the execution of a contract”: cf. “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2014, página 120 (disponível em [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com)).

<sup>73</sup> Independentemente de o proponente ter ou não requerido e obtido a suspensão da eficácia das decisões sancionatórias através de um processo cautelar, cenário em que a dúvida se adensaria ainda mais.

<sup>74</sup> Existindo responsabilidade solidária de todos os agrupados pela execução do contrato, o agrupamento é “um só” contraente, pelo que a entidade pública está sempre perante “uma” contraparte, ainda que complexa (integrada por várias entidades). Pelo que, em caso de incumprimento, poder-se-ia pensar que, para todos os efeitos, o incumprimento de um agrupado constitui uma falha que macula o desempenho de todos os outros. Não obstante, este raciocínio parece provar demais, pois, não apenas os agrupados continuam a ser entidades juridicamente distintas entre si como, além disso, através deste entendimento poderia chegar-se ao extremo de rotular de “incumpridor” o agrupado que cumpriu integralmente a sua parte no contrato e ainda supriu as falhas do outro agrupado. De resto, este impedimento tem uma natureza sancionatória e tem ínsito, por isso, uma ligação directa à pessoa do incumpridor, implicando um juízo valorativo (de censura) quanto à *culpabilidade* do seu comportamento faltoso.

A questão levantada quanto à responsabilidade pessoal tem relevância ainda num outro campo, no do incumprimento por parte de terceiros subcontratados. Mas, aí, a lei resolve expressamente o problema, preceituando (como não poderia deixar de ser) que “o co-contratante permanece

14. O que acima ficou exposto já deixa antever que a inovação das Directivas, sendo em abstracto louvável, no plano concreto não deixará de acarretar diversos problemas que, com toda a probabilidade, conduzirão ao aumento da (sempre e cada vez mais) elevada litigiosidade que caracteriza a contratação pública.

14.1. Um passo importante para tentar minorar esses inconvenientes – e uma vez que, doravante, cada incumprimento contratual terá (ou poderá passar a ter, dependendo da sua relevância) também efeitos pós-contratuais (em futuros procedimentos de contratação pública) – seria o de tornar mais objectiva a avaliação de desempenho dos co-contratantes em cada contrato, através da elaboração de um relatório final no qual ficasse vertido o veredicto definitivo da entidade adjudicante (aí, entidade pública contratante) sobre a sua maior ou menor satisfação quanto ao decorrer da relação contratual.

Assim, o Comité das Regiões, no seu Parecer n.º 2011/C 192/02, acima referido, preconizava a utilização, para este efeito, de um “relatório oficial de avaliação dos contratos anteriores” (cf. n.º 8 *supra*); do mesmo modo, o §2 do n.º 3 do artigo 55.º da proposta que veio a dar origem à actual Directiva 2014/24/UE estabelecia, em trecho que não passou para a versão final, que as entidades adjudicantes deveriam indicar “um método para a avaliação do desempenho contratual que se baseie em critérios objetivos e mensuráveis e que seja aplicável de forma sistemática, coerente e transparente. Todas as avaliações de desempenho são comunicadas ao adjudicatário em causa, sendo-lhe dada a oportunidade de contestar as conclusões e de obter protecção judicial”<sup>75</sup>.

Em suma, caso este mecanismo fosse adoptado com sucesso, desejavelmente, no final da execução de cada contrato público o co-contratante saberia se o seu desempenho teria sido satisfatório ou se, ao invés, as falhas cometidas

integralmente responsável perante o contraente público pelo exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais” (cf. artigo 321.º do CCP). Pelo que, nestes casos, mesmo que materialmente o incumprimento seja do subcontratado, *juridicamente* o mesmo (incumprimento) será sempre imputável ao co-contratante (pelo menos por culpa *in vigilando*, quando não mesmo por culpa *in eligendo*).

<sup>75</sup> Cf. o texto desta proposta (COM(2011) 896 final, de 20 de Dezembro de 2011), disponível em <http://www.contratacao publica.com.pt/documentacao/publica/>.

A Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores, no seu Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos [COM (2011) 0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438 (COD)], de 11 de Janeiro de 2013, páginas 286 e 338 (disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+XML+V0//PT>), já apontava, e bem, para a necessidade de reforço dos mecanismos de acompanhamento, pelo contraente público, da execução do contrato por parte do co-contratante.

no cumprimento dos seus deveres contratuais estariam a comprometer a sua possibilidade de participação nos próximos procedimentos pré-contratuais promovidos pela mesma entidade adjudicante<sup>76</sup> para a celebração do mesmo tipo de contratos<sup>77</sup>, a menos que, até lá, adoptasse medidas de *self-cleaning* capazes de demonstrar o afastamento da suspeição de falta de fiabilidade gerada pelo seu mau desempenho contratual.

Claro está que este relatório final de avaliação do desempenho contratual deverá ser previamente sujeito ao contraditório do co-contratante, no exercício do seu direito de audiência prévia, assim como deverá poder ser por este impugnado em sede judicial<sup>78</sup>, com vista ao afastamento do “estigma” que, em caso de consolidação do relatório no ordenamento jurídico, incidirá sobre o co-contratante nos futuros procedimentos.

Já é mais discutível saber se este relatório deveria ser obrigatoriamente publicitado<sup>79</sup> e se poderia ser judicialmente impugnado por outros operadores

<sup>76</sup> Dependendo da resposta dada à questão por nós colocada na alínea e) do n.º 13 *supra*.

<sup>77</sup> Dependendo da resposta dada à questão por nós colocada na alínea c) do n.º 13 *supra*.

<sup>78</sup> Através de um processo judicial que, não tendo de produzir efeito suspensivo, deveria porém, idealmente, seguir uma forma de processo urgente (o que actualmente não está nem se antevê que venha a estar previsto na nossa lei processual), visto o autor não poder participar em procedimentos pré-contratuais enquanto não o Tribunal não decidir sobre o mérito do relatório desfavorável.

<sup>79</sup> Resposta que nos parece dever ser positiva, se se entender que o incumprimento de contratos anteriores releva, não apenas em procedimentos pré-contratuais promovidos pela entidade adjudicante com quem se contratou no passado, mas também em procedimentos promovidos com outras entidades adjudicantes, com as quais não exista qualquer precedente negativo. No sentido de que o legislador Português deverá “regular os modos de publicitação das decisões que dêem lugar a este impedimento”, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Primeira análise...”, cit., página 45.

De todo o modo, a publicitação dos relatórios finais de avaliação de desempenho contratual, sobretudo quando negativos para o co-contratante e enquanto não exista uma decisão judicial que confirme a bondade da apreciação feita pela entidade adjudicante – assim como a elaboração e divulgação pública de uma “lista negra” de operadores relapsos – é passível de gerar problemas delicados, na medida em que coloca em causa o bom-nome comercial e honorabilidade profissional do co-contratante (ou dos operadores económicos incluídos na referida “lista negra”), com consequências nefastas para a sua actividade económica – nomeadamente, reduzindo o número de convites recebidos para apresentar proposta em procedimentos de ajuste directo promovidos por outras entidades – e que pode, por isso, vir a redundar na eventual responsabilização da entidade adjudicante que aprova o relatório.

No mesmo sentido, temos dúvidas sobre se poderá constar das peças de procedimento posterior a identificação nominal do operador económico incumpridor – como, se bem interpretamos, parece resultar da posição de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., página 885 (cf. n.º 6 *supra*) –, uma vez que, quando não se fundamenta em prévia decisão judicial condenatória/confirmativa, poderá gerar idênticos “estigmas” para o operador e, nesse sentido, constituir eventualmente a entidade adjudicante em responsabilidade civil pelos danos provocados àquele.

económicos que não o próprio co-contratante (em especial, quando este relatório conclua no sentido da inexistência de incumprimentos relevantes, naturalmente)<sup>80</sup>.

14.2. Não existindo, ou não funcionando devidamente, este mecanismo de emissão de relatórios finais de avaliação, terão as entidades adjudicantes de, em cada procedimento pré-contratual, erigir antecipadamente critérios de densificação para aplicação deste impedimento/causa de exclusão<sup>81</sup> ou, em alternativa, decidir causisticamente e através de fundamentação *ad hoc*, sem base expressa nas peças procedimentais (com os riscos daí inerentes), as questões que se sus-

<sup>80</sup> Em princípio, dir-se-ia que os terceiros não poderiam questionar um acto proferido por uma entidade pública relativamente a um contrato nos quais aqueles (terceiros) não foram parte; não obstante, tais terceiros têm indubitavelmente um interesse *de facto* em modificar a conclusão vertida no relatório, na medida em que isso se traduzirá na redução, pelo menos potencial, da concorrência enfrentada em futuros procedimentos pré-contratuais – e, de resto, o artigo 40.º, n.º 2, alínea e) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos [que, na redacção do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, corresponde ao artigo 77.º-A, n.º 3, alínea e)] confere a terceiros (ainda que apenas aos que tenham sido preteridos no procedimento pré-contratual antecedente) legitimidade activa para formularem pedidos relativamente à execução do contrato. Trata-se, porém, de uma discussão que extravasa largamente o escopo deste texto.

<sup>81</sup> Uma questão que, propositadamente, aqui não afluamos prende-se com saber se a entidade adjudicante poderia relevar o desempenho passado do proponente, não em sede de análise das propostas (para efeitos de exclusão), mas sim de avaliação das propostas (ou seja, para efeitos de diminuição da pontuação a atribuir à proposta). No entanto, além de tal apenas *dificultar* – mas não *evitar* por completo – a adjudicação da proposta do operador faltoso, este mecanismo implicaria ainda que os factores relativos a esse desempenho passado estivessem vertidos no critério de adjudicação, possibilidade que todavia se afigura problemática em face do disposto no artigo 75.º, n.º 1 do CCP. Isto sem embargo de não se desconhecer as acesas discussões geradas em torno desta última norma, e que acabaram por dar origem ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 26 de Março de 2015, no qual aquele Tribunal acabou por decidir que o Direito Europeu da contratação pública “*não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros*” (cf. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º C-601/13, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163248&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=541115>). Sobre este Acórdão, veja-se PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, páginas 314 e 315. Apesar do seu extremo interesse, também esta é uma matéria que não podemos desenvolver nesta sede.

SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., página 1268, admite também que o desempenho contratual passado do operador económico possa relevar para efeitos de aferição da sua capacidade técnica ou financeira para executar o contrato.

citarem consoante a identidade e historial dos operadores económicos que pretendam participar no procedimento.

É fácil de compreender que tudo isto implicará inevitavelmente, a montante, (i) uma maior complexidade na elaboração das peças do procedimento e, a jusante, (ii) uma exigência acrescida na fundamentação da decisão de admissão ou exclusão dos proponentes e/ou das respectivas propostas, em especial porque não são admissíveis causas de exclusão automáticas e todos os operadores económicos devem ter a oportunidade de demonstrar que tomaram todas as providências adequadas a afastar a suspeita que sobre si recai, cabendo à entidade adjudicante a tarefa de fundamentar uma decisão de exclusão, apresentando os motivos pelos quais considera que tais providências não foram suficientes.

Em jeito de coordenadas de orientação da actuação administrativa, nesta matéria é necessário ter sempre presente que todos os mecanismos que introduzem restrições ao mercado e, por conseguinte, diminuem o número de propostas apresentadas à Administração devem ser interpretados de forma restritiva, devendo dar-se prevalência ao princípio *in dubio pro concorrente*<sup>82</sup>. Como tem sido salientado pela nossa doutrina, “uma proibição de concorrer constitui uma decisão restritiva de um direito que só deve ser imposta quando seja necessária para salvaguardar a igualdade e a imparcialidade”<sup>83</sup>; além disso, o entendimento do princípio da concorrência enquanto exigência de igualdade entre os concorrentes impõe uma apreciação *casuística* das causas de exclusão nos procedimentos de adjudicação<sup>84</sup>, pelo que “devem ponderar-se sempre as circunstâncias e resultados concretos e verosímeis da situação em causa”<sup>85</sup>. E essa ponderação, claro está, deve obedecer aos princípios jurídicos aplicáveis, como os da igualdade e da proporcionalidade, bem como da imparcialidade, sob pena de esta previsão deixar de ser

<sup>82</sup> A que alude RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I* (org. PEDRO GONÇALVES), Almedina, Coimbra, 2008, página 113.

<sup>83</sup> Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O artigo 55.º, alínea j)”, cit., página 159.

<sup>84</sup> Neste sentido, observa PEDRO GONÇALVES que o Tribunal de Justiça tem reiteradamente censurado “as regras que estabeleciam causas automáticas de exclusão dos concorrentes, por, além do mais, violarem, de forma desproporcionada, o interesse em que o maior número possível de empresas participe no procedimento de adjudicação”: cf. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, página 390, nota 691.

<sup>85</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., página 525.

No sentido de que este motivo de exclusão, embora “compreensível”, deverá ser aplicado de forma “prudente”, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., página 255.

um meio de garantia da entidade adjudicante quanto à boa execução do futuro contrato para se transformar, antes, num mecanismo de *retaliação póstuma* quanto ao incumprimento de contratos passados.

Assim consiga a Administração, em cada caso, encontrar o justo (mas difícil) equilíbrio entre os diversos valores e interesses em jogo nesta matéria<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> A título de nota final, e até tendo em conta que as novas Directivas vieram dar corpo a uma preocupação quanto à governação dos contratos públicos (cf. artigos 83.º a 86.º da Directiva 2014/24/UE e artigos 99.º a 102.º da Directiva 2014/25/UE), importa também referir que a (desejável) redução da potencial litigiosidade que se adivinha nesta matéria não passa apenas pela elaboração cuidada das peças do procedimento, pelo correcto exercício da margem de discricionariedade administrativa na densificação de conceitos indeterminados ou pelo cumprimento cabal do dever de fundamentação das decisões proferidas pela entidade adjudicante; tudo isto, sendo essencial e incontornável, não deve porém fazer esquecer outras preocupações elementares da *governance* dos contratos públicos e que têm um papel decisivo no sucesso ou insucesso da gestão dos interesses envolvidos (mas que na prática são frequentemente descuradas), como sejam a preocupação de não nomear como fiscal de uma obra pública uma entidade rival do adjudicatário no mercado (sobretudo, se aquela também tiver sido concorrente no procedimento que antecedeu a celebração do contrato de empreitada) ou de assegurar que o técnico que fiscaliza a execução de uma obra por parte de um operador económico não integra o júri de um outro procedimento em que este operador económico se apresentou como concorrente. Como é evidente, situações como as aqui adiantadas prestam-se a óbvios *conflitos de interesse* (em que o fiscal de obra tem interesse em obstaculizar e depreciar o desempenho do empreiteiro, no primeiro caso, ou em que o membro do júri não está numa posição de equidistância, no segundo caso), os quais se mostram em tudo perniciosos e que as novas Directivas, aliás, visam expressamente combater (cf. artigos 35.º da Directiva 2014/23/UE, 24.º da Directiva 2014/24/UE e 42.º da Directiva 2014/25/UE).