

Restrições à participação em procedimentos de contratação pública

Rodrigo Esteves de Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

1. Em sectores dominados pelo paradigma da concorrência e que têm no mercado o seu suporte, como sucede com o da contratação pública, a restrição ou limitação do acesso das empresas aos procedimentos de adjudicação é, quase por natureza, diríamos, uma questão delicada. Se mais não fosse, porque o princípio da concorrência não é de sentido único, apontando, a um tempo, para a maior concorrência possível e, a outro tempo, para uma concorrência efectiva e sã. Ali, o princípio pode ser um obstáculo à instituição de barreiras de acesso, aqui, pode ser o seu fundamento.

E note-se que o problema das restrições à participação em procedimentos de contratação pública não é juridicamente delicado apenas quando estejam em causa empresas privadas (de privados, entenda-se), mas também entidades públicas (em formato público ou em formato de direito privado, designadamente, societário), cuja participação, como concorrentes ou candidatos, em

procedimentos desses pode suscitar, e suscita, problemas complexos (indício disso mesmo é o Considerando 4 da Directiva 2004/18/CE).

Além de outros, um dos motivos principais da discussão centra-se na existência de relações e participações societárias entre as empresas, que podem ir desde a hipótese da “simples participação” (igual ou superior a 10%) até à da “relação de grupo” (“grupo constituído por domínio total”, “contrato de grupo paritário” e “contrato de subordinação”), passando pelas “relações de participação recíproca” e pelas “relações de domínio” (ver, a este respeito, os artigos 481^o e seguintes do Código das Sociedades Comerciais), questionando-se se, em tais casos, que são muito diversos, deve admitir-se ou proibir-se a participação separada de “sociedades coligadas” no mesmo procedimento adjudicatório.

A questão, em abstracto, coloca, pelo menos, quatro problemas: i) o primeiro é o de saber se as causas de exclusão

enunciadas nas directivas comunitárias em matéria de contratação pública, mais concretamente, no artigo 45º da Directiva 2004/18 (a questão é ligeiramente diferente no âmbito da Directiva 2004/17/CE, como pode ver-se pelo seu artigo 54º), são *taxativas*, é dizer, se são apenas as hipóteses aí previstas que podem fundar uma decisão de exclusão, não se admitindo que os ordenamentos nacionais estabeleçam outras causas de exclusão atinentes à situação pessoal do concorrente ou candidato. Se forem *taxativas*, então, não se prevendo nelas esta específica causa de exclusão, não se admitiria a proibição, pelos sistemas jurídicos internos, da participação simultânea das empresas coligadas no mesmo procedimento adjudicatório; ii) o segundo relaciona-se com a natureza *vinculativa* ou *imperativa* das causas de exclusão previstas nas directivas comunitárias, ou seja, se elas têm de ser inscritas em norma nacional (ou se, não sendo, valem à sua revelia, na medida em que disponham de efeito directo) ou se, pelo contrário, está na disponibilidade dos Estados-Membros incluí-las nos respectivos sistemas jurídicos internos; iii) o terceiro problema, que só aparece em caso de resposta negativa à primeira questão, é o de saber de que *espécie podem ser as outras causas de exclusão*, designadamente, se podem abranger a hipótese da participação separada de empresas entre as quais exista uma relação de grupo no

mesmo procedimento adjudicatório, e quais os princípios a que elas estão especialmente sujeitas; iv) o quarto problema (de que, porém, não se cuidará aqui) consiste em saber *de que depende a vigência ou operatividade dessas causas de exclusão*, ou seja, se tais causas de exclusão têm de estar previstas em lei interna, se podem apenas constar do programa do procedimento, ou se, pelo contrário, pode a entidade adjudicante ou o júri fundar a sua decisão directamente nos princípios comunitários da contratação pública.

2. Estas questões (com excepção da última) irão ser em breve tratadas pelo Tribunal de Justiça no processo *Assitur*, sendo propósito único deste pequeno texto dar uma imagem das tendências que se desenham no plano comunitário, aproveitando, aqui e ali, para fazer uma referência às soluções consagradas no Código dos Contratos Públicos (CCP). É verdade, convém dizê-lo já, que ao referido caso *Assitur* não se aplica a Directiva 2004/18, mas a anterior Directiva 92/50/CEE (sobre processos de adjudicação de contratos de serviços), não tendo porém as questões controvertidas, em nossa opinião, tratamento sensivelmente diferente num e noutro desses diplomas, pelo que a decisão que vier do Tribunal de Justiça contribuirá certamente para a formação do *acquis* comunitário aplicável aos actuais procedimentos de contratação pública.

O caso *Assitur* descreve-se em breves palavras. Em 2003, a Camera di Comercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milan abriu um concurso público para a adjudicação, com base no critério do preço mais baixo, de um contrato para a prestação de serviços postais, a que se apresentaram três empresas: a SDA Spa, a Poste Italiane Spa e Assitur Srl. Tendo-se verificado que a totalidade das acções da SDA era detida pela *Attività Mobiliari SpA*, a qual, por sua vez, era inteiramente participada pela *Poste Italiane*, a Assitur requereu, nos termos das normas do concurso que proibiam que empresas em relações de grupo participassem (separadamente) como concorrentes, a exclusão da SDA e da *Poste Italiane*, com fundamento nas referidas ligações societárias. O requerimento acabou, no entanto, por ser indeferido e o contrato foi adjudicado à SDA, perguntando agora os tribunais italianos ao Tribunal de Justiça, em sede de reenvio prejudicial, se o artigo 29º da antiga Directiva 92/50/CE (sobre processos de adjudicação de contratos de serviços) — que corresponde ao artigo 45º/2 da Directiva 2004/18/CE — enuncia de forma taxativa as causas de exclusão da participação nos concursos, se há nessa matéria um “*numerus clausus*”, e, consequentemente, se o direito comunitário obsta a que haja legislação interna que proíba a participação simultânea num procedimento adjudicatório de empresas

que se encontrem, entre si, em relação de domínio (tal como definido no artigo 2359º do Código Civil italiano).

3. O Advogado Geral no processo *Assitur* (Ján Mazák), nas suas conclusões, já descreveu em termos essenciais o problema.

Assim, relativamente à questão da taxatividade ou não das causas de exclusão, o Tribunal de Justiça, no acórdão *La Cascina* (de 9.2.2006, processo C-226/04 e C-228/04), já havia considerado, é verdade, que o artigo 29º da Directiva 92/50 obstava a que os Estados-Membros previssem causas de exclusão diferentes das nele previstas (ver nº 22 do acórdão), mas, como bem observou o Advogado Geral, deve entender-se — até porque era isso que estava em causa nesse processo (ver nº 21) — que tal limitação só valeria para as causas impeditivas que se reportam à *honestidade profissional*, à *solvabilidade* ou à *fiabilidade* dos concorrentes e candidatos. Nesta matéria, portanto, mas só nela, haveria uma regra de taxatividade ou exaustividade comunitária, não podendo os sistemas jurídicos internos estabelecer, com base nessas razões, outras causas de exclusão.

É essa, aliás, a jurisprudência que parece também retirar-se do recente acórdão *Michaniki* (de 16.12.2008, processo C-213/07), a propósito do artigo 24º da antiga Directiva 93/37/CEE (sobre processos de adjudicação de empreitadas de

obras públicas) — em que estava em causa a conformidade jurídico-comunitária de uma norma constitucional do Estado grego que instituiu uma incompatibilidade geral entre o sector das obras públicas e o sector dos meios de comunicação social e da qual resultava uma proibição de participação no procedimento de empreitadas a empresas empreiteiras com relações societárias com o sector dos meios de comunicação social —, no qual o Tribunal de Justiça decidiu que a referida norma do artigo 24º da directiva deve ser interpretada no sentido “de que enumera de forma exhaustiva as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional susceptíveis de justificar a exclusão” de um concorrente ou candidato, só essas, portanto, não outras com diferente fundamento.

4. Note-se — e entramos aqui na segunda questão — que os Estados-Membros não estão obrigados a transpor para a respectiva ordem jurídica as causas de exclusão enunciadas no artigo 45º da Directiva 2004/18, com excepção das previstas no nº 1 desse preceito, que essas têm natureza vinculativa ou imperativa. O nosso legislador entendeu fazê-lo, no artigo 55º do CCP, mas podia ter optado por solução diferente, como pode também uma lei avulsa vir a dispor em sentido diverso, admitindo (ou não proibindo) a participação de empresas

em algumas das situações enunciadas no nº 2 do artigo 45º da Directiva 2004/18.

Como se disse no acórdão *La Cascina*, mesmo se a propósito do artigo 29º da Directiva 92/50, “não [se] prevê na matéria uma aplicação uniforme das causas de exclusão nele indicadas a nível comunitário, na medida em que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar de nenhum modo essas causas de exclusão, optando pela participação mais ampla possível nos processos de adjudicação de contratos públicos, ou de as integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que poderá 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 tornar mais flexíveis os critérios estabelecidos no artigo 29º da directiva”.

Acontece é que, repete-se, em matéria de honestidade profissional, solvabilidade e fiabilidade dos concorrentes e candidatos, os sistemas jurídicos internos não podem criar outras causas de exclusão, diferentes das enunciadas nas directivas.

5. Mas se é assim — e desta forma chegamos ao terceiro problema —, isso significa que podem existir outras causas de exclusão estabelecidas pelos sistemas jurídicos internos. Ponto é que tenham um fundamento ou natureza diferente,

ou seja, não digam respeito à honestidade profissional, à solvabilidade e à fiabilidade das empresas.

A que podem então ir votadas essas outras causas de exclusão? O acórdão *Michaniki*, depois de considerar que as directivas não impedem que um Estado-Membro “preveja outras medidas de exclusão” dos concorrentes ou candidatos, já adiantou alguma coisa sobre o assunto, afirmando que isso será legítimo quando tenham em vista “garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que for necessário para alcançar esse objectivo”.

E é isso que vem também sustentar o Advogado Geral no processo *Assitur*, afirmando, nas suas conclusões, que a enumeração taxativa das causas de exclusão relativas à honestidade profissional, à solvabilidade e à fiabilidade “não afasta a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou aprovarem outras normas destinadas a garantir (...) o respeito do princípio da igualdade de tratamento e do concomitante princípio da transparência. Esses princípios, que correspondem à própria essência das directivas relativas aos processos de adjudicação de contratos públicos, devem ser respeitados pelas entidades adjudicantes em todos os processos para a adjudicação de contratos deste tipo e significam, em especial, que os concor-

rentes devem estar numa posição de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas como no momento em que estas são avaliadas pela entidade adjudicante. Um Estado-Membro pode, pois, prever medidas de exclusão com o fim de garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento de todos os concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, para além das (...) causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional”, taxativamente enumeradas nas directivas comunitárias. E como “são os Estados-Membros que estão na melhor posição para identificar, à luz de considerações de ordem histórica, económica ou social, que lhes são próprias, situações susceptíveis de conduzir a violações dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, (...) há que reconhecer-lhes uma certa margem de apreciação para efeitos da adopção de medidas destinadas a garantir o respeito desses princípios. No entanto, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, que é um princípio geral do direito comunitário, essas medidas não devem ir além do que é necessário para alcançar esse objectivo”.

Diga-se, aliás, que isto mesmo já se havia admitido noutros casos, designadamente, quando uma empresa tenha prestado

assessoria ou apoio técnico à entidade adjudicante na preparação e elaboração das peças do procedimento. Não se trata aí de uma causa de exclusão prevista nas directivas comunitárias, mas o Tribunal de Justiça aceitou que essa hipótese possa constituir, em certos termos, motivo para o afastamento da empresa concorrente (ver, por exemplo, acórdão Fabricom, de 3.3.2005) — mesmo que, note-se, não tenha sido prevista nas peças do procedimento —, solução que o nosso legislador veio consagrar na alínea j) do artigo 55º do CCP, em termos porém cuja plena compatibilidade com o direito comunitário nos suscita dúvidas.

6. Relativamente à hipótese da participação simultânea num procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem, entre si, em relação de domínio, sobre que trata o processo Assitur, o que estará em causa, segundo o Advogado Geral, é o facto de “o jogo da livre concorrência e a rivalidade ficarem irremediavelmente prejudicados com a admissão de propostas que, apesar de provirem formalmente de duas ou mais sociedades legalmente distintas, possam ser imputadas a um único centro de interesses”. Ou seja, as “sociedades dominadas não são consideradas terceiros relativamente às sociedades dominantes e, portanto, não têm legitimidade para apresentar outra proposta no mesmo concurso”. Ora, diz, essa eventual causa de

exclusão “não se reporta à honestidade profissional, à solvabilidade ou à fiabilidade dos candidatos”, “não versa sobre o comportamento dos candidatos, antes procura prevenir situações em que a própria relação entre determinadas sociedades que participam num concurso tende a falsear esse processo”, tendo por isso em vista “garantir a igualdade de tratamento de todos os concorrentes e a transparência dos processos de adjudicação dos contratos públicos”, sustentando por isso que “o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, em princípio, não obsta à adopção de medidas nacionais desse tipo”.

Refira-se que, ao contrário, por exemplo, do Código dos Contratos Públicos italiano — aprovado pelo Decreto legislativo nº 163/06, de 12 de Abril de 2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), em cujo artigo 34º, último parágrafo, se prevê que “não podem participar no mesmo concurso concorrentes que se encontrem entre si numa das situações de domínio previstas no artigo 2359º do Código Civil”, dispondo-se ainda que devem ser excluídos do concurso os concorrentes relativamente aos quais verificarem, “com base em elementos inequívocos, que as respectivas propostas são imputáveis a um único centro de decisão” —, o CCP não previu expressamente esta hipótese, embora não tenha deixa-

do de dispor, no respectivo artigo 54º/2, que “os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento, (...) nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente”.

Note-se porém que a circunstância de, segundo o Advogado Geral, o direito comunitário não impedir, em princípio, a adopção de medidas tendentes à proibição da participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem em relação de domínio ou grupo não significa a sua aceitação sem mais, pois a medida instituída há-de ser compatível com o *princípio da proporcionalidade*.

Ora, no caso Assitur, a norma de direito italiano em apreço determina a exclusão automática das sociedades, baseando-se na “presunção *juris et de jure* da cognoscibilidade da proposta da sociedade dominada por parte da sociedade dominante”, insusceptível portanto de ser “refutada com a prova de que a sociedade dominada formulou a sua proposta com total autonomia”, facto que leva o Advogado Geral a considerar a norma como “desproporcionada, uma vez que não permite que os concorrentes possam provar que as suas propostas foram, de facto, elaboradas de tal modo que, na verdade, não constituem um obstáculo à igualdade de tratamento dos concorren-

tes e à transparência dos processos de adjudicação dos contratos públicos”.

7. É esta portanto a proposta que o Advogado Geral sujeita à apreciação do Tribunal de Justiça: por um lado, as directivas comunitárias sobre contratação pública devem ser interpretadas no “sentido de que enumeram, de forma exhaustiva, as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional susceptíveis de justificar a exclusão de um [concorrente] da participação num processo de adjudicação de um contrato público”, mas não obstam a que um Estado-Membro “preveja outras medidas de exclusão com o fim de garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que é necessário para alcançar esse objectivo”; e, por outro lado, que o “direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, que, embora prosseguindo os objectivos legítimos de igualdade de tratamento dos concorrentes e de transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, implica a exclusão automática do concurso no tocante a concorrentes entre os quais exista uma relação de domínio, como definida pela regulamentação nacional, sem que lhes seja dada a oportunidade de provarem que, nas circunstâncias do caso concreto, essa relação não levou à violação dos princípios

da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência”.

A questão, como se vê, é muito delicada e o caso particular não deixa sequer antever toda a complexidade do problema, que, de resto, se mantém mesmo que o Tribunal de Justiça venha a considerar contrária ao direito comunitário uma norma que proíba a participação simultânea de sociedades com relação de domínio ou de grupo. Basta imaginar, por exemplo, a qualificação, em concurso limitado com sistema de selecção (do artigo 181º do CCP), de duas sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de grupo ou a selecção de duas sociedades dessas para a fase de negociações (em separado) de um procedimento adjudicatório, que se nos afiguram casos de desvirtuamento das

regras da concorrência. Para não dizer também que, ao contrário do que sucede noutros casos (vg, no regime do preço anormalmente baixo ou no caso do acórdão Fabricom), a admissibilidade da prova em contrário, proposta pelo Advogado Geral, em hipóteses como a do processo Assitur pode não resolver muito, pois, dependendo da leitura que se faça, ou se tratará de uma “prova diabólica” ou será tendencialmente uma prova bastante simples, insusceptível de ser refutada pela entidade adjudicante.

Como quer que seja, o propósito deste pequeno texto, que era dar uma imagem das tendências que se desenham no plano comunitário, esgota-se aqui. A palavra pertence agora ao Tribunal de Justiça. □