Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 16 de maio de 2018 [1]

Processo C-124/17

Vossloh Laeis GmbH
contra
Stadtwerke München GmbH

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Vergabekammer Südbayern (Câmara dos Contratos Públicos da Baviera do Sul, Alemanha)]

«Questão prejudicial — Contratos públicos — Processo — Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE — Motivos de exclusão — Dever de cooperação do operador económico com a autoridade adjudicante para demonstrar a sua fiabilidade antes do fim do período de exclusão — Conceito de "autoridades responsáveis pelo inquérito" — Determinação do período máximo de exclusão»

1. Um operador económico pode ser excluído temporariamente dos procedimentos de contratação pública se tiver incorrido numa das situações previstas no artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE [2]. No entanto esse período de exclusão poderá ser reduzido quando se demonstre à autoridade adjudicante que, apesar da conduta ilícita precedente, recuperou a sua fiabilidade.

2. Para demonstrar novamente a sua fiabilidade, o n.º 6 do referido artigo estabelece, entre outros requisitos, que o operador económico tem de «esclarece[r] integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as *autoridades responsáveis pelo inquérito*» [3]. Grande parte do litígio diz respeito à exegese deste último conceito.

3. Ao transpor a Diretiva 2014/24 para o direito nacional, o legislador alemão previu que a referida colaboração deve ser prestada não apenas às autoridades responsáveis pelo inquérito, mas também à autoridade adjudicante.

4. Neste contexto, a Vergabekammer Südbayern (Câmara dos Contratos Públicos da Baviera do Sul, Alemanha) submete ao Tribunal de Justiça duas questões inéditas:

— Por um lado, pretende saber se a exigência de colaboração (com a autoridade adjudicante), acrescentada pelo legislador interno, é compatível com o direito da União.

— Por outro lado, pergunta qual é o *dies a quo* do período máximo de exclusão (três anos) que o artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24 prevê para as situações em que, não tendo sido fixado nenhum prazo na sentença transitada em julgado, se tenha de contar a partir da data do «facto pertinente».

1 Língua original: espanhol.

2 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

3 O sublinhado é meu.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2014/24

5. O considerando 102 afirma:

«Deverá contudo prever-se a possibilidade de os operadores económicos poderem adotar medidas de execução destinadas a remediar as consequências de quaisquer infrações penais ou faltas graves e a prevenir eficazmente a repetição de tais faltas. Essas medidas poderão consistir, em particular, em intervenções ao nível do pessoal e da organização, como sejam a rutura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita, medidas adequadas de reorganização do pessoal, a aplicação de sistemas de notificação e controlo e a criação de uma estrutura de auditoria interna para acompanhar o cumprimento e a adoção de regras internas em matéria de responsabilidade e compensação. Se tais medidas proporcionarem garantias suficientes, o operador económico em questão deverá deixar de estar excluído por esses motivos apenas. Os operadores económicos deverão ter a possibilidade de solicitar que sejam examinadas as medidas de execução tomadas com vista a uma eventual admissão ao procedimento de contratação. No entanto, deverá ser deixada ao critério dos Estados-Membros a determinação das exatas condições processuais e materiais aplicáveis nesses casos. Em particular, os Estados-Membros são livres de decidir se querem deixar ao cuidado das autoridades adjudicantes as avaliações pertinentes ou confiar essa tarefa a outras autoridades a nível central ou não central.»

6. O artigo 57.º («Motivos de exclusão») dispõe:

«1. As autoridades adjudicantes devem excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação se tiverem determinado, mediante verificação em conformidade com os artigos 59.º, 60.º e 61.º, ou se de qualquer outro modo tiverem conhecimento de que esse operador económico foi condenado por decisão final transitada em julgado com fundamento num dos seguintes motivos:

a) Participação numa organização criminosa […];

b) Corrupção […];

c) Fraude […];

d) Infrações terroristas ou infrações relacionadas com atividades terroristas, […] ou ainda instigação, cumplicidade ou tentativa de infração […];

e) Branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo […];

f) Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos […].

[…]

2. Um operador económico fica excluído da participação num procedimento de contratação se a autoridade adjudicante tiver conhecimento de que não cumpriu as suas obrigações em matéria de pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social e se tal tiver sido determinado por decisão judicial ou administrativa transitada em julgado e com efeito vinculativo […].

Além disso, as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir da participação num procedimento de contratação um operador económico quando a autoridade adjudicante possa demonstrar, por qualquer meio adequado, que […] não cumpriu as suas obrigações relativas ao pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social.

O presente número deixa de ser aplicável quando o operador económico tiver cumprido as suas obrigações pagando ou celebrando um acordo vinculativo com vista a pagar os impostos ou contribuições para a segurança social em atraso, incluindo, se for caso disso, os eventuais juros acrescidos ou multas.

[…]

4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações:

a) Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis a que se refere o artigo 18.º, n.º 2;

b) Se o operador económico tiver sido declarado em estado de insolvência ou em processo de insolvência, se os seus bens estiverem sob administração judicial ou por um liquidatário, se tiver celebrado um acordo com os credores, se as suas atividades estiverem suspensas ou se encontrarem em qualquer situação análoga resultante de um processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;

c) Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade;

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

e) Se houver um conflito de interesses, na aceção do artigo 24.º, que não possa ser eficazmente corrigido por outras medidas, menos invasivas;

f) Se houver uma distorção da concorrência decorrente da participação dos operadores económicos na preparação do procedimento de contratação, a que se refere o artigo 41.º, que não possa ser corrigida por outras medidas, menos invasivas;

g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;

h) Se o operador económico tiver sido considerado responsável por declarações falsas ao prestar as informações requeridas para a verificação da ausência de motivos de exclusão ou o cumprimento dos critérios de seleção, tiver retido essas informações ou não puder apresentar os documentos comprovativos exigidos nos termos do artigo 59.º; ou;

i) Se o operador económico tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações erróneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação.

Não obstante a alínea b) do primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem exigir ou prever a possibilidade de a autoridade adjudicante não excluir um operador económico que esteja numa das situações referidas nessa alínea, caso a autoridade adjudicante tenha determinado que o operador económico em causa será capaz de executar o contrato, tendo em conta as regras e medidas nacionais aplicáveis à continuação da atividade em situações a que se refere a alínea b).

[…]

6. Qualquer operador económico que se encontre numa das situações referidas nos n.os 1 e 4 pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão. Se essas provas forem consideradas suficientes, o operador económico em causa não é excluído do procedimento de contratação.

Para o efeito, o operador económico deve provar que ressarciu ou que tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou pela falta grave, esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e tomou as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

As medidas tomadas pelos operadores económicos são avaliadas tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida. Caso as medidas sejam consideradas insuficientes, o operador económico recebe uma exposição dos motivos dessa decisão.

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

7. Os Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação do presente artigo por meio de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e tendo em conta o direito da União. Devem, em particular, determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas, como as especificadas no n.º 6, para demonstrar a sua fiabilidade. Se o período de exclusão não tiver sido fixado por decisão transitada em julgado, esse prazo não pode ser superior a cinco anos a contar da data da condenação por decisão transitada em julgado nos casos referidos no n.º 1 e três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4.»

2. Diretiva 2014/25/UE[4]

7. O artigo 77.º («Sistemas de qualificação») dispõe:

«1. As entidades adjudicantes podem, se o desejarem, estabelecer e gerir um sistema de qualificação de operadores económicos.

As entidades adjudicantes que estabelecem ou gerem um sistema de qualificação asseguram que os operadores económicos podem, em qualquer momento, solicitar a sua qualificação.

2. O sistema previsto no n.º 1 pode abranger várias fases de qualificação.

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

As entidades adjudicantes estabelecem regras e critérios objetivos de exclusão e de seleção dos operadores económicos que requeiram a qualificação, bem como regras e critérios objetivos para a utilização do sistema de qualificação, as quais devem abranger questões como o registo no sistema, a atualização periódica das qualificações e, se for caso disso, a duração do sistema.

Sempre que esses critérios e regras incluam especificações técnicas, aplicam-se as disposições dos artigos 60.º a 62.º Esses critérios e regras podem, se necessário, ser atualizados.

[…]»

8. Nos termos do artigo 80.º («Utilização dos motivos de exclusão e dos critérios de seleção previstos na Diretiva 2014/24/UE»):

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

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

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

[…]»

B. Direito nacional. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei contra as restrições da concorrência)[5]

9. O § 124 dispõe:

«(1) Em cumprimento do princípio da proporcionalidade, as autoridades adjudicantes podem excluir a todo o tempo uma empresa da participação num procedimento de contratação pública quando:

[…]

3. A empresa tenha cometido, no âmbito da sua atividade, uma falta grave comprovada que ponha em causa a sua idoneidade; […]

4. A entidade adjudicante disponha de elementos suficientemente plausíveis para concluir que a empresa celebrou acordos com outras empresas com o objetivo ou o efeito de dificultar, restringir ou distorcer a concorrência,

[…]»

5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei contra as restrições da concorrência), na sua versão publicada em 26 de junho de 2013 (BGBl. I, p. 1750, 3245), alterada pela última vez pela Lei de 13 de outubro de 2016 (BGBl. I, p. 2258). A seguir «GWB».

10. O § 125 prevê:

«(1) As autoridades adjudicantes não excluem da participação nos procedimentos de contratação pública uma empresa relativamente à qual se verifiquem os motivos de exclusão referidos no § 123 ou no § 124, quando a empresa tenha provado que:

1. ressarciu ou se comprometeu a ressarcir os danos causados pela infração penal ou pela falta,

2. esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito e com a autoridade adjudicante, e

3. adotou medidas concretas de natureza técnica e organizativa e em matéria de pessoal adequadas para evitar nova infração penal ou nova falta.

[…]»

11. Nos termos do § 126:

«Se uma empresa relativamente à qual se verifique a existência de um motivo de exclusão não tiver adotado nenhuma medida ou medidas suficientes de saneamento interno na aceção do § 125 pode:

1. no caso do motivo de exclusão previsto no § 123, ser excluída da participação em procedimentos de contratação pública durante cinco anos, como período máximo, a contar da data da condenação por sentença transitada em julgado,

2. no caso do motivo de exclusão previsto no § 124, ser excluída da participação em procedimentos de contratação pública durante três anos, como período máximo, a contar da data do facto pertinente.»

II. Factos

12. A Stadtwerke München GmbH (a seguir «Stadwerke München» ou «autoridade adjudicante») estabeleceu, em 2011, um «sistema de qualificação», na aceção do artigo 77.º da Diretiva 2014/25, cujo objetivo era selecionar empresas para o fornecimento de elementos para vias férreas [6].

13. Em 4 de novembro de 2016, a empresa Vossloh Laeis GmbH foi excluída do referido sistema, porque lhe tinha sido aplicada uma coima, em 9 de março de 2016, pelo Bundeskartellamt (autoridade federal da concorrência) por ter participado, durante vários anos, num cartel ativo até à primavera de 2011.

14. Entre os prejudicados pelo comportamento colusório dos participantes no cartel constava a própria Stadtwerke München, que, por esse motivo, intentou uma ação cível contra a Vossloh Laeis, pedindo uma indemnização por danos e prejuízos.

15. Segundo o despacho de reenvio, a Vossloh Laeis não colaborou com a autoridade adjudicante para esclarecer as infrações das normas em matéria de práticas restritivas da concorrência. Concretamente:

– Após a descoberta do cartel em 2011, a Vossloh Laeis não se tinha dirigido à autoridade adjudicante nem tinha realizado nenhuma iniciativa para esclarecer integralmente os factos.

6 Posteriormente, por decisão de 28 de dezembro de 2016, pôs-se fim ao sistema de qualificação controvertido.

– Apenas em 2016 tinha deixado de negar, perante a autoridade adjudicante, a sua participação nas práticas colusórias pertinentes, embora esclarecendo que tinha recorrido da decisão de aplicação da coima e descrevendo as medidas de organização e em matéria de pessoal adotadas para clarificar os factos e evitar a sua repetição futura. Acrescentava que ressarciria o dano causado pelo seu comportamento ilícito.

16. Contudo, a Vossloh Laeis não aceitou transmitir à autoridade adjudicante a decisão de aplicação da coima, para que esta a pudesse examinar. Também não aceitou cooperar com a autoridade adjudicante para esclarecer a infração cometida, uma vez que entendia que a sua cooperação com a autoridade de defesa da concorrência era suficiente.

17. O órgão jurisdicional de reenvio não põe em causa (uma vez que tal facto constava da própria decisão de aplicação da coima) que a Vossloh Laeis tinha colaborado de modo continuado e sem restrições com a autoridade alemã de defesa da concorrência durante o procedimento que decorreu nesta.

18. A autoridade adjudicante considerou que as explicações da Vossloh Laeis não demonstravam que tivesse tomado as medidas necessárias de saneamento interno, na aceção do § 125 da GWB. Por este motivo, em 4 de novembro de 2016, a Stadtwerke München comunicou-lhe definitivamente que estava excluída, com efeitos imediatos, do sistema de qualificação.

19. A Vossloh Laeis recorreu dessa decisão para a Vergabekammer Südbayern (Câmara de Contratos Públicos da Baviera do Sul), que submete ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais.

III. Questões submetidas

20. As questões prejudiciais têm a seguinte redação:

«1) Uma norma do direito interno de um Estado-Membro que exige, como requisito de eficácia do saneamento interno de um operador económico, que este esclareça integralmente os factos e as circunstâncias da infração penal ou da falta grave, bem como os danos por elas causados, através de uma colaboração ativa não só com as autoridades responsáveis pelo inquérito mas também com a autoridade adjudicante, é compatível com as disposições do artigo 80.º da Diretiva 2014/25/UE, conjugado com o artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE?

2) No caso de resposta negativa à [primeira questão]: deve o artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado, neste contexto, no sentido de que o operador económico em causa, para proceder a um saneamento interno eficaz, também é obrigado a esclarecer a situação de facto perante a autoridade adjudicante, de modo a que esta possa avaliar se as medidas de saneamento interno (medidas técnicas, organizativas e [em matéria de pessoal] e indemnização dos danos) são adequadas e suficientes?

3) No que respeita aos motivos facultativos de exclusão previstos no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, o período máximo de exclusão ou o prazo de exclusão, nos termos do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE, eleva-se a três anos a contar do facto pertinente. Deve entender-se como facto pertinente, desde logo, a ocorrência dos motivos de exclusão referidos no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, ou é determinante o momento em que a autoridade adjudicante tem conhecimento seguro e consistente da existência do motivo de exclusão?

4) Por consequência, no caso de ocorrência do motivo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE, em virtude da participação de um operador económico num cartel, o facto pertinente na aceção do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24/UE é a data da cessação da participação no cartel, ou a tomada de conhecimento seguro e consistente, pela autoridade adjudicante, da participação no cartel?»

IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e posição das partes

21. O pedido de decisão prejudicial foi registado no Tribunal de Justiça em 10 de março de 2017.

22. Apresentaram observações escritas a Vossloh Laeis, a Stadtwerke München, os Governos alemão, grego, húngaro e polaco, bem como a Comissão, que, com a exceção da Stadtwerke München e do Governo polaco, estiveram presentes na audiência realizada em 21 de fevereiro de 2018.

V. Análise

23. De modo preliminar, e embora nenhuma das partes o tenha posto em causa, convém recordar que a qualificação da Vergabekammer Südbayern (Câmara de Contratos Públicos da Baviera do Sul) como órgão jurisdicional, na aceção do artigo 267.º TFUE, foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 27 de outubro de 2016, Hörmann Reisen [7].

24. As quatro questões submetidas neste processo podem ser agrupadas em duas. Com a primeira e a segunda procura esclarecer-se se a colaboração exigida pelo artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 (para demonstrar a fiabilidade superveniente de um operador económico relativamente ao qual se verifique um dos motivos de exclusão previstos nos n.ºs 1 e 4 da referida disposição) deve ser prestada apenas às «autoridades responsáveis pelo inquérito» ou também à autoridade adjudicante, quando, neste último caso, assim o preveja a legislação interna de um Estado-Membro.

25. As duas questões restantes dizem respeito ao período de exclusão a que pode ser submetido um operador económico que não tenha adotado as medidas de saneamento interno previstas no n.º 6 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24. Concretamente, tem que se esclarecer qual é o «facto pertinente» a que se refere o n.º 7 da referida disposição, como *dies a quo* do prazo.

A. Conceito de «autoridades responsáveis pelo inquérito», na aceção do artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 (primeira e segunda questões)

1. Síntese das alegações das partes

26. A Vossloh Laeis alega que, ao exigir uma colaboração ativa com a autoridade adjudicante, a legislação alemã teria imposto um requisito suplementar ao saneamento interno, uma vez que o artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 apenas faz referência à colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito.

27. Em seu entender, os conceitos «autoridade adjudicante» e «autoridade responsável pelo inquérito» dizem respeito, no direito da União, a atores diferentes, com funções distintas: enquanto a primeira adjudica contratos públicos, a segunda tem por função a realização dos inquéritos relativos a infrações penais ou, de modo geral, a eventuais faltas.

7 Processo C-292/15, EU:C:2016:817, n.º 29.

28. A Vossloh Laeis alega que o artigo 57.º da Diretiva 2014/24 distingue entre as medidas de saneamento interno adotadas pelo operador económico, por um lado, e a demonstração da sua eficácia, por outro. A lógica desta disposição assenta no facto de o operador económico ter de adotar as medidas de saneamento interno necessárias e, seguidamente, se participar num procedimento de contratação pública (seja de adjudicação ou de pré-qualificação), ter de demonstrar à autoridade adjudicante que as referidas medidas deram resultado. O legislador alemão ter-se-ia afastado deste esquema ao subdividir a exigência de colaboração, contrariando assim a Diretiva 2014/24.

29. A posição defendida pela Vossloh Laeis é também a defendida, no essencial, pelo Governo grego.

30. Pelo contrário, na opinião da Stadtwerke München e dos Governos alemão e húngaro, o facto de a legislação alemã não ter transposto de modo literal o teor do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24 não constitui nenhum problema. Ao acrescentar a referência à autoridade adjudicante teria sido tomado em consideração o facto de, no direito alemão, o conceito «autoridades responsáveis pelo inquérito» poder ser interpretado como referindo-se apenas às autoridades responsáveis pelos inquéritos de infrações penais. Para evitar uma transposição insuficiente, era indispensável que o referido conceito fosse utilizado na sua aceção mais ampla, motivo que levou o legislador nacional a especificar que o operador económico está obrigado a colaborar, em devido tempo, com as «autoridades responsáveis pelo inquérito» em sentido estrito e com a autoridade adjudicante, enquanto «autoridade responsável pelo inquérito» num sentido mais amplo. Este último também «realiza inquéritos» quando, de acordo com o artigo 57.º, n.ºs 5 e 6, da Diretiva 2014/24, examina se um proponente incorre numa causa de exclusão facultativa ou cumpre os critérios de saneamento interno.

31. Contudo, na audiência, o representante do Governo alemão matizou a sua posição inicial, no sentido de que, com a referência conjunta às autoridades responsáveis pelo inquérito e à autoridade adjudicante na legislação nacional, não se pretende duplicar a mesma obrigação.

32. Para a Stadtwerke München, mesmo que se considerasse que o alargamento do dever de colaboração não é abrangido pelo artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24, o direito da União não se oporia a que os Estados-Membros adotem medidas mais rigorosas nessa matéria. Tal resultaria do espírito, da finalidade e da função dos motivos de exclusão em matéria de contratação pública.

33. Nessa linha, a Stadtwerke München salienta que a solução adotada pelo legislador nacional seria transparente e não discriminatória. Além disso, a Diretiva 2014/24 não proíbe expressamente a adoção de medidas mais restritivas. Por último, a participação das autoridades adjudicantes no processo de saneamento interno seria também necessária, uma vez que lhes compete verificar se os operadores económicos devem ser excluídos do procedimento e, sendo o caso, verificar também as medidas de saneamento interno que tenham adotado.

34. Segundo a Comissão, diferentemente do conceito de «autoridade adjudicante» utilizado pelo artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, o conceito de «autoridade responsável pelo inquérito» não foi definido nem por essa diretiva nem pela Diretiva 2014/25. Em sua opinião, embora a mesma autoridade possa intervir simultaneamente como autoridade adjudicante e como autoridade responsável pelo inquérito, não parece que a referência a esta última no artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24 diga respeito à autoridade adjudicante.

35. Para a Comissão, da interpretação sistemática da disposição depreende-se que, além da colaboração com as autoridades responsáveis pelo inquérito, existe também um dever de colaboração com a autoridade adjudicante, embora de natureza diferente. De qualquer modo, a colaboração com as duas autoridades não deveria resultar numa duplicação ou repetição das mesmas obrigações.

36. A Comissão também entende que a cooperação exigível com cada autoridade tem as suas características próprias, ou seja, não seria idêntica. A finalidade prosseguida pelas autoridades responsáveis pelo inquérito na instrução dos mesmos (para detetar infrações) é diferente do exame a realizar pelas autoridades adjudicantes (para verificarem a fiabilidade de um operador económico). No primeiro caso, consiste em determinar a culpabilidade das partes envolvidas, relativamente a factos passados. No segundo, consiste em analisar os riscos que pudessem decorrer, no futuro, da adjudicação de um contrato público a um proponente concreto.

2. Apreciação

37. O artigo 57.º da Diretiva 2014/24 prevê uma série de motivos de exclusão dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública. Do seu n.º 1 constam os motivos imperativos («as autoridades adjudicantes *devem excluir*») e do n.º 4, os facultativos («as autoridades adjudicantes *podem excluir*).

38. Entre os motivos facultativos encontram-se os comportamentos colusórios previstos na alínea d): «[s]e a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência», poderá recusar a sua participação num destes procedimentos.

39. Exceto quando esta exclusão tiver sido determinada por decisão transitada em julgado — em cujo caso será aplicável durante o período estabelecido na decisão judicial —, o operador económico afetado pode beneficiar da possibilidade que lhe é conferida pelo n.º 6 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, isto é, pôr termo ao período *normal* de exclusão [8] antes do decurso da totalidade da sua duração.

40. Para beneficiar desta possibilidade, o referido operador económico tem de demonstrar que, «não obstante a existência de uma importante causa de exclusão» (artigo 57.º, n.º 6, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24), o seu comportamento posterior o tornou «fiável». Para «demonstrar a sua fiabilidade» (*ibid.*), «pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes» (*ibid.*) para os referidos efeitos.

41. A fiabilidade a que se refere a disposição consiste numa qualidade para cuja apreciação a autoridade adjudicante tem de seguir, necessariamente, as previsões do artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24. Pode apenas considerá-la demonstrada se o operador económico: a) ressarciu — ou tomou medidas para ressarcir — eventuais danos causados pela infração que deu origem à sua exclusão; b) esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias; e c) tomou as medidas concretas (técnicas, organizativas e em matéria de pessoal), adequadas para evitar outras infrações.

42. As dúvidas do tribunal de reenvio dizem apenas respeito ao segundo dos requisitos referidos e fundamentam-se na diferença entre o artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 (nos termos do qual o operador económico terá de demonstrar que «esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito») e o § 125, n.º 1, ponto 2, da GWB (nos termos do qual a colaboração ativa tem de ser prestada às «autoridades responsáveis pelo inquérito e [à] autoridade adjudicante»).

8 A duração máxima desse período, nos termos do n.º 7 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, por força de sentença transitada em julgado que o tenha determinado, será de cinco ou de três anos, de acordo com as situações previstas na referida disposição.

43. A referência à «autoridade adjudicante» teria sido acrescentada à que o legislador da União fez às «autoridades responsáveis pelo inquérito» com a finalidade, segundo a Stadtwerke München, de evitar uma interpretação estrita do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24, que limita o dever do operador económico à colaboração com as «autoridades responsáveis pelo inquérito» em sentido estrito (isto é, com as instituições que fiscalizam infrações penais ou faltas), esquecendo que, num sentido amplo, a autoridade adjudicante também *realiza inquéritos* quando examina se um operador económico incorre numa causa de exclusão ou conseguiu, apesar disso, demonstrar a sua fiabilidade.

44. Contudo, não creio que exista risco de confusão decorrente da alegada imprecisão do artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, nas suas diferentes versões linguísticas.

45. A versão alemã utiliza a expressão «Ermittlungsbehörden», que corresponde de modo exato à utilizada noutras versões como a espanhola («autoridades investigadoras»), a inglesa («investigating authorities»), a francesa («autorités chargées de l'enquête»), a italiana («autorità investigative»), a portuguesa («autoridades responsáveis pelo inquérito») ou a neerlandesa («onderzoekende autoriteiten»). Acresce que, em todas elas, as autoridades e os organismos que adjudicam contratos públicos ou organizam procedimentos de contratação pública são denominadas com expressões também inequívocas: «poder adjudicador», no caso espanhol, e «öffentliche Auftraggeber», no alemão.

46. O problema não reside, portanto, na imprecisão dos termos do artigo 57.º da Diretiva 2014/24 utilizados para designar *órgãos* de natureza distinta. O que se verifica é que a mesma disposição também atribui às autoridades adjudicantes algumas *competências* com características típicas de um inquérito. Designadamente:

— Nos termos do artigo 57.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, as autoridades adjudicantes devem excluir um operador económico «se tiverem *determinado* […] ou […] tiverem conhecimento […] de que […] foi condenado por decisão final transitada em julgado com fundamento [em determinados] motivos».

— Nessa mesma linha, o 57.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 refere-se à situação em que «a autoridade adjudicante *possa demonstrar*, por qualquer meio adequado, que o operador económico não cumpriu as suas obrigações relativas ao pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social».

— Finalmente, outras situações enumeradas no 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 exigem uma certa atividade *inquisitiva* [9] das autoridades adjudicantes. Por exemplo, nos termos da alínea c), podem « *demonstrar*, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade».

47. Em meu entender, o exercício dessas competências não converte a autoridade adjudicante numa das «autoridades responsáveis pelo inquérito» mencionadas no artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24.

48. É certo que a autoridade adjudicante terá que levar a cabo uma inegável atividade inquisitiva (na aceção suprarreferida) para demonstrar se se verificam algumas das causas de exclusão dos n.ºs 1 e 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24. Ora, o que o n.º 6 dessa mesma disposição pretende não é que a autoridade adjudicante *determine por si própria* e em todos os casos os factos suscetíveis de levarem à exclusão, mas sim que, uma vez excluído o operador económico, *pondere as provas apresentadas por* quem alegue ter recuperado a sua fiabilidade.

9 Utilizo este adjetivo na sua aceção processual, isto é, a que diz respeito a um processo em que o instrutor impulsiona oficiosamente a sua tramitação, carreando elementos de prova de defesa ou acusação relativos a um comportamento.

49. O papel da autoridade adjudicante nesta ponderação das provas é, portanto, *passivo*, relativamente ao *ativo*, que pertence ao operador económico. Este último tem de fornecer os elementos de prova sobre os quais a autoridade adjudicante terá de se pronunciar, sendo que, para o fazer, não é necessário que a autoridade adjudicante, repito, realize em todas as situações atividades de instrução (ou inquérito) a esse respeito.

50. O operador económico que pretenda comprovar a sua fiabilidade superveniente tem de demonstrar, *inter alia*, que «esclareceu integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelo inquérito». Logicamente, deverá efetuar essa demonstração à autoridade adjudicante, ou seja, ao órgão que, após a ponderação das provas, decidirá se o proponente demonstrou a sua fiabilidade de modo suficiente e pode, por esse motivo, ser admitido novamente nos procedimentos de contratação .

51. Assim, em termos gerais, as «autoridades responsáveis pelo inquérito» a que se refere o artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24 não são as autoridades adjudicantes. O proponente (ou a empresa que pretenda ser incluída num sistema de classificação, como acontece neste processo) tem de demonstrar às autoridades adjudicantes que colaborou ativa e exaustivamente com as autoridades responsáveis pelo inquérito para esclarecer os factos. Mas essa colaboração tem de ser, necessariamente, a prestada a uma instituição diferente da própria autoridade adjudicante: caso contrário constituiria, para esta última, um facto notório que não exige nenhuma comprovação.

52. A sequência temporal das atuações a que se refere o n.º 6 do artigo 57.º confirma esta conclusão. O que o operador económico tem de demonstrar à autoridade adjudicante são factos que se verificaram no passado, ou seja, num momento anterior ao pertinente para a autoridade adjudicante que tenha que verificar a sua fiabilidade superveniente.

53. Assim, o ressarcimento dos danos efetuado, ou as medidas tomadas para esse efeito, tem que ter tido já lugar, tendo também que ter sido tomadas as medidas adequadas para evitar outras infrações. Por motivo idêntico, os esclarecimentos (relativos aos factos e às circunstâncias da conduta que levou à exclusão) têm de ter sido fornecidos, em momento próprio, a uma autoridade que não pode ser a autoridade adjudicante, à qual apenas tem de se demonstrar que esse esclarecimento — como o pagamento da indemnização ou a adoção das medidas adequadas — já foi efetuado.

54. Esta é, na minha opinião, a interpretação mais plausível do artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24. E é, precisamente, a que melhor se adequa a um processo como este, no qual a conduta causadora da exclusão (a participação da empresa num cartel) tinha sido apreciada, e tinha-lhe sido aplicada uma sanção por uma «autoridade responsável pelo inquérito»: o Bundeskartellamt (Autoridade Federal da Concorrência).

55. Não faz sentido, neste contexto, que se duplique o dever de colaboração, acrescentando o dever de a prestar à autoridade adjudicante, como aconteceria se o operador económico, que, após ter sido excluído, pretendesse demonstrar a sua fiabilidade superveniente, se visse obrigado a esclarecer os mesmos factos e as mesmas circunstâncias perante duas autoridades diferentes.

56. Contudo, poderia argumentar-se (tal como faz o Stadtwerke München) que o direito da União não se opõe a que os Estados-Membros estabeleçam requisitos mais rigorosos para que os operadores económicos demonstrem a sua fiabilidade superveniente durante o período de exclusão. Seria, portanto, viável exigir-lhes que, além de colaborarem com as autoridades responsáveis pelo inquérito, o fizessem também com a autoridade adjudicante.

57. Essa tese tem a seu favor argumentos não negligenciáveis. Por um lado, nos termos do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24, «[o]s Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação do presente artigo». Por outro lado, o Tribunal de Justiça declarou [10], no que diz respeito às causas de exclusão facultativas [11], que a diretiva relativa aos contratos públicos «não prevê uma aplicação uniforme […] a nível da União, na medida em que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar essas causas de exclusão 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».

58. Na minha opinião, isto seria apenas possível se estivesse em causa uma colaboração diferente da exigida relativamente às autoridades responsáveis pelo inquérito. Assim, poderia entender-se que a colaboração com a autoridade adjudicante, prevista no § 125, n.º 1, ponto 2, da GWB, não tem o mesmo objeto da exigida ao operador económico para com as autoridades responsáveis pelo inquérito, mas sim que diz respeito a condutas cuja consideração como causa de exclusão tem de ser apreciada e ponderada pela própria autoridade adjudicante.

59. Sob este ponto de vista, as disposições do § 124, n.º 4, da GWB [12], adquiririam sentido: o operador económico terá de colaborar ativamente com a autoridade adjudicante para: i) esclarecer os factos e as circunstâncias que possam ter levado esta última a considerar aplicável a causa de exclusão, cuja apreciação é da sua competência; e ii) persuadi-la de que, apesar desse facto, pode recuperar a sua fiabilidade.

60. Pelo contrário, se a norma nacional fosse interpretada no sentido de que o operador económico deve cooperar de igual modo (e duas vezes) com a autoridade adjudicante e com as autoridades responsáveis pelo inquérito para esclarecer os mesmos factos e circunstâncias relativamente à mesma causa de exclusão, chegar-se-ia a um resultado que não me parece compatível com o artigo 57.º, n.º 6, da Diretiva 2014/24:

— Por um lado, verificar-se-ia uma duplicação de obrigações exigíveis perante quem, como é o caso das autoridades responsáveis pelo inquérito e as autoridades adjudicantes, exerce funções distintas.

— Por outro lado, poderia colocar o operador económico numa situação próxima da ausência de tutela quando, em circunstâncias como as deste processo, a autoridade adjudicante afirma ter sofrido danos e prejuízos decorrentes da conduta infratora que deu origem à exclusão do operador económico, pelos quais pede o ressarcimento devido [13].

61. Com efeito, essa duplicação de obrigações ignora as diferenças entre as funções próprias das autoridades responsáveis pelo inquérito em matéria de defesa da concorrência e as das autoridades adjudicantes. Além disso, sendo uma autoridade adjudicante colocada na situação de apreciar se os factos pelos quais entende ter sido prejudicado foram ou não devidamente esclarecidos, e não estando limitada, portanto, a verificar se o operador económico colaborou integralmente com as autoridades responsáveis pelo inquérito para as esclarecer, poderia não estar nas melhores condições para decidir, com a neutralidade e imparcialidade exigíveis, o pedido de recuperação da fiabilidade.

10 Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, n.º 31).

11 O Tribunal de Justiça refere-se às causas de exclusão previstas no artigo 45.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114). Recordo, contudo, que o n.º 6 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24 se refere às «situações referidas nos n.ºs 1 e 4 [do mesmo artigo]», ou seja, tanto aos motivos de exclusão imperativos como aos facultativos.

12 Nos termos dessa disposição, é possível, excluir uma empresa quando a autoridade adjudicante disponha de elementos suficientemente plausíveis para concluir que a empresa celebrou acordos colusórios.

13 A colaboração com a autoridade adjudicante que é exigida ao operador económico poderia prejudicá-lo quando, tal como aqui acontece, um e outro são parte num processo civil iniciado pelo primeiro, que alega ter sido prejudicado pela conduta da empresa proponente (a sua participação no cartel) que dá origem à exclusão, conduta relativamente à qual o segundo pretende recuperar a sua fiabilidade.

B. Conceito de «facto pertinente» na aceção do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24 (terceira e quarta questões)

62. Nos termos do artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24, os Estados-Membros devem «determinar o período máximo de exclusão no caso de o operador económico não ter tomado medidas, como as especificadas no n.º 6, para demonstrar a sua fiabilidade».

63. Ora, os Estados-Membros não dispõem de uma liberdade absoluta nesta matéria, uma vez que a disposição referida prevê determinados limites para a duração do período máximo. Designadamente:

— Se o período de exclusão tiver sido estabelecido por uma decisão transitada em julgado, terá de respeitar necessariamente o prazo nela fixado.

— Se, existindo decisão transitada em julgado, esta não tiver fixado o período de exclusão, este não poderá ser superior a cinco anos a partir do momento da condenação, quando estejam em causa motivos de exclusão imperativos (os do n.º 1 do mesmo artigo).

— Se não existir decisão transitada em julgado, ou a que for proferida não indicar o período máximo de exclusão, este é reduzido para «três anos a contar da data do facto pertinente nos casos referidos no n.º 4» (motivos de exclusão facultativos).

64. Estas últimas disposições constituem o objeto das duas questões finais do tribunal de reenvio que pretende esclarecer dúvidas relativas ao conceito de facto «pertinente».

1. Síntese das observações das partes

65. A Vossloh Laeis defende que o conceito controvertido se refere à existência objetiva do motivo de exclusão. Se o legislador tivesse preferido referir-se ao conhecimento subjetivo da autoridade adjudicante, tê-lo-ia explicitado. A essa mesma conclusão conduziria a interpretação sistemática da disposição, uma vez que, se assim não fosse, a data dependeria de cada autoridade adjudicante, o que chocaria com a segurança jurídica.

66. Para a Stadtwerke München, o momento decisivo não é aquele em que tem lugar (ou cessa) o comportamento que dá origem à exclusão facultativa, mas sim o momento em que são integralmente preenchidos os seus requisitos, entre os quais consta a componente subjetiva (conhecimento do motivo por parte da autoridade adjudicante). Em conformidade com esta premissa, o facto pertinente situar-se-ia, normalmente, na data em que a autoridade adjudicante tem conhecimento sólido relativamente à existência de um motivo de exclusão.

67. Os Governos alemão e húngaro concordam, substancialmente, com essa mesma abordagem. O «facto pertinente» seria determinado pelo momento em que a autoridade adjudicante tem conhecimento seguro e consistente sobre a existência da causa de exclusão, ou seja, para o Governo húngaro, aquele em que existe uma decisão transitada em julgado relativa ao particular.

68. O Governo grego defende a aplicação, no âmbito da contratação pública, do previsto no artigo 25.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003[14], para que não ocorram diferenças relativamente aos processos administrativo ou penal correspondentes. Infere daí que o facto «pertinente» diz respeito ao momento em que se verificou o facto que determinou a exclusão, e não ao momento em que a autoridade adjudicante teve conhecimento do mesmo.

14 Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1).

69. Para o Governo polaco, que apenas apresentou observações relativamente a esta questão, o «facto pertinente» consistiria na celebração do acordo que tenha pretendido distorcer a concorrência. Não sendo possível determinar a data desse acordo, teria de se tomar em consideração a data do acontecimento que permita considerar provável a sua celebração (poderia ser, por exemplo, o dia em que terminou o procedimento de contratação durante o qual se demonstrou que os operadores económicos participantes tinham pretendido falsear a concorrência).

70. A Comissão considera que poderiam ser tidas em conta três datas diferentes: 1) a do comportamento constitutivo de um motivo de exclusão; 2) o momento em que estavam preenchidos os requisitos de um destes motivos, que, no caso das alíneas c) e d) do artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, corresponderia àquele em que a autoridade adjudicante pode demonstrar a falta do operador económico ou tem elementos suficientemente plausíveis; e 3) a data em que a autoridade responsável pelo inquérito teve conhecimento, por decisão transitada em julgado, do comportamento indevido.

71. Para a Comissão, a segurança jurídica (fundamento da limitação no tempo dos motivos de exclusão) constituiria um argumento a favor da primeira dessas três opções. Contudo, o risco de o contrato público ser adjudicado a quem tenha cometido faltas profissionais (fundamento, precisamente, das causas de exclusão da Diretiva 2014/24) levaria a privilegiar a segunda.

72. Na audiência, a Comissão trouxe à colação as normas reguladoras dos contratos públicos celebrados pelas instituições da União Europeia, designadamente o artigo 106.º, n.ºs 14 e 15, do Regulamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 [15], por considerá-las úteis para a interpretação do artigo 57.º da Diretiva 2014/24, dado que, entre esta diretiva e aquelas disposições, deve existir uma certa sintonia. Daí infere que, em suma, o período máximo durante o qual um operador económico pode ser excluído é de três anos a partir da decisão final que aplica a sanção, adotada por uma autoridade responsável pelo inquérito.

2. Apreciação

73. Tal como já referi, o artigo 57.º, n.º 7, *in fine*, da Diretiva 2014/24 tem em consideração, na fixação do início do período máximo de exclusão, quando este não tenha sido determinado numa decisão transitada em julgado, o «facto pertinente nos casos referidos no n.º 4» [16]. Em princípio, portanto, este conceito abrange a conduta ou a circunstância descrita nas diferentes situações do referido n.º 4 do artigo 57.º

74. Questão diferente, que é a submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, consiste em saber se a contagem do período de exclusão deve ter início na data em que efetivamente tem lugar a referida conduta ou circunstância ou no momento em que a autoridade adjudicante tem conhecimento, seguro e demonstrável, da sua existência.

75. As partes representadas neste incidente prejudicial oscilaram entre a defesa de uma interpretação objetiva, centrada na realização do «facto pertinente», e de uma interpretação subjetiva, baseada no conhecimento desse facto por parte da autoridade adjudicante.

76. Tal como afirmou a Comissão, enquanto a primeira perspetiva dá primazia à salvaguarda da segurança jurídica, a segunda favorece a defesa dos procedimentos de contratação , relativamente ao risco que implica admitir proponentes que incorram em motivos de exclusão.

15 Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União e que revoga o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 do Conselho (JO 2012, L 298, p. 1), conforme alterado pelo Regulamento (UE, Euratom) 2015/1929 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de outubro 2015 (JO 2015, L 286, p. 1).

16 Haverá situações em que, com alguma sorte, poderá existir uma declaração judicial [por exemplo, no caso de um processo de insolvência ou de liquidação; situação da alínea b)] mas, noutros, poderá ser detetado um motivo de exclusão sem necessidade de que exista a referida declaração [por exemplo, se o operador económico tentou obter informações confidenciais; situação da alínea i)].

77. Contudo, para responder ao órgão jurisdicional de reenvio, não é necessária uma análise exaustiva do regime temporal dos períodos de exclusão previstos na Diretiva 2014/24, sendo suficiente fazer uma referência ao motivo concreto de exclusão controvertido.

78. Em particular, estando em causa a participação da Vossloh Laeis num cartel, participação comprovada e à qual foi aplicada uma sanção pela autoridade alemã da concorrência, a controvérsia gira à volta da questão de saber se o prazo de três anos se inicia: i) quando teve lugar ou cessou essa participação (abordagem objetiva); ou ii) quando as autoridades, seja a responsável pelo inquérito, seja a autoridade adjudicante, tiveram conhecimento fidedigno da conduta ilícita ou lhe aplicaram uma sanção (abordagem subjetiva).

79. O Governo grego entende ser aplicável a fórmula adotada no artigo 25.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, relativo ao *dies a quo* para o prazo de prescrição das condutas ilícitas no âmbito da concorrência. Esse prazo «começa a ser contado a partir do dia em que foi cometida a infração. Todavia, no que se refere às infrações continuadas ou repetidas, o prazo de prescrição apenas começa a ser contado a partir do dia em que tiverem cessado essas infrações».

80. Com efeito, poderia pensar-se que, se o legislador da União optou por dar prevalência à segurança jurídica do infrator relativamente à efetividade do poder de aplicar sanções da Comissão, o mesmo critério seria extrapolável para o dia inicial do período de exclusão nos procedimentos de contratação pública.

81. Contudo, entendo que essa perspetiva é incompleta. Procedendo à analogia, esta teria que ser aplicada em toda a sua extensão, de modo que — como nas situações de prescrição das condutas restritivas da concorrência — o prazo máximo de exclusão, uma vez iniciado, poderia ser interrompido [17]. Seria então suscetível de se prolongar para além dos três anos previstos taxativamente pelo artigo 57.º, n.º 7, da diretiva [18].

82. Creio, por isso, que a solução pode ser encontrada por analogia, mas aplicando esta técnica de integração da norma ao restante conteúdo da disposição. Nele se destaca que, quando o motivo de exclusão obrigatório for uma conduta ilícita cuja constatação tenha sido feita numa decisão que não tenha estabelecido a duração do período de exclusão, a contagem dos cinco anos de exclusão será iniciada, precisamente, na data da *condenação*.

83. Este mesmo critério pode ser aplicável, em meu entender, sem dificuldades hermenêuticas, quando estejam em causa condutas restritivas da concorrência, cuja existência se pode apenas dar como provada (dada a presunção de inocência) numa decisão, seja judicial ou administrativa. Nessa hipótese, que é a dos autos, será a data desta decisão (que vale como *condenação* em sentido impróprio) que servirá como «facto pertinente» para iniciar o cálculo dos três anos de exclusão.

84. O artigo 57.º, n.º 7, da Diretiva 2014/24 não remete, portanto, nas circunstâncias deste caso, para a conduta colusória propriamente dita, para a considerar como «facto pertinente», mas para a constatação jurídica da sua existência; ou, se se preferir, para a qualificação jurídica de uma ação, à qual a autoridade já aplicou uma sanção por se tratar de um comportamento ilícito.

17 Nos termos do artigo 25.º, n.ºs 3 e 5, do Regulamento n.º 1/2003, «[a] prescrição em matéria de aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias é interrompida por qualquer ato da Comissão ou de uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência destinado à investigação da infração ou à instrução do respetivo processo. A interrupção da prescrição produz efeitos a partir da data em que o ato é notificado a, pelo menos, uma empresa ou associação de empresas que tenha participado na infração. […] O prazo de prescrição recomeça a ser contado a partir de cada interrupção».

18 Disposição que, diferentemente do artigo 106.º do Regulamento n.º 966/2012, não estabelece especificamente um prazo de prescrição da exclusão.

85. Dito de outro modo, se tiver existido uma decisão que, explicitamente, tenha verificado a participação de um operador económico num cartel, o «facto pertinente» para que a autoridade adjudicante — destinatária do mandato ou, se for o caso, da competência para a exclusão do operador económico em causa — calcule o tempo máximo de inabilitação, não é a conduta material propriamente dita da empresa infratora, mas sim a sua qualificação, e a aplicação correspondente de uma sanção, de conduta restritiva da concorrência.

86. Na minha opinião, que coincide com a defendida pelo Governo húngaro e, já na audiência, pela Comissão, esse fator deve ser o «pertinente» para a autoridade adjudicante, para efeitos de determinação do período máximo de exclusão do operador económico em causa. Dada a sanção aplicada pela autoridade da concorrência, a autoridade adjudicante não precisa de mais, uma vez que, juridicamente, já foi determinada a existência de uma conduta que implica a exclusão. O período de exclusão tem então início, isto é, a contar do dia em que a correspondente decisão de aplicação da sanção tenha sido proferida.

VI. Conclusão

87. Atendendo às considerações expostas, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda à Vergabekammer Südbayern (Câmara dos Contratos Públicos da Baviera do Sul, Alemanha) nos seguintes termos:

«1) O artigo 80.º da Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, lido em conjugação com o artigo 57.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE:

— Opõe-se a que um operador económico que pretenda demonstrar a sua fiabilidade, apesar da existência de um motivo de exclusão pertinente, tenha de colaborar ativamente com a autoridade adjudicante para esclarecer integralmente os factos e as circunstâncias em que participou como coautor de acordos destinados a distorcer a concorrência, quando esse mesmo operador tenha já colaborado ativamente, esclarecendo integralmente as suas circunstâncias, com a autoridade de defesa da concorrência que realizou o inquérito e aplicou a sanção relativa a esses factos.

— Não se opõe a que um Estado-Membro exija essa colaboração ativa com a autoridade adjudicante, como requisito para que o operador económico demonstre a sua fiabilidade e não continue excluído do procedimento de contratação , quando estejam em causa condutas infratoras cujos factos e circunstâncias tenham de ser determinados pela própria autoridade adjudicante.

2. Quando um operador económico tenha incorrido no motivo de exclusão previsto no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24, por ter celebrado acordos destinados a distorcer a concorrência que já tenham sido objeto de uma decisão de aplicação de uma sanção, o período de exclusão máximo é calculado a contar da data dessa decisão.»