



CATARINA PAULINO ALVES

A sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos

Natureza, pressupostos e procedimento

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito
na especialidade de Direito Público

Orientadora:

Doutora Vera Eiró, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Outubro de 2020

CATARINA PAULINO ALVES

**A sanção de proibição de participação em
procedimentos de formação de contratos públicos**

Natureza, pressupostos e procedimento

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito
na especialidade de Direito Público

Orientadora:

Doutora Vera Eiró, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Outubro de 2020

Declaração de Compromisso de Anti Plágio

Declaro, por minha honra, que o trabalho que apresento é original e da minha exclusiva autoria, estando todas as citações corretamente identificadas, de acordo com as Normas Portuguesas n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português de Qualidade.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 24 de outubro de 2020

Catarina Paulino Alves

Aos meus pais,

Agradecimentos

A conclusão desta etapa não teria sido possível sem o apoio e motivação de todos os que me são próximos e de todos os que se prontificaram a auxiliar-me na elaboração da presente dissertação, a quem muito agradeço toda a disponibilidade demonstrada.

Aos meus pais, Olga e Feliciano, pelo apoio constante em todos os momentos e pela partilha de todas as alegrias e conquistas. Obrigada por me proporcionarem as oportunidades que nunca vos foram dadas, por me permitirem sonhar e alcançar os meus sonhos e objetivos. Sem vocês tudo o que alcancei até hoje não teria sido possível, incluindo a conclusão da presente dissertação.

À Filipa, por me chamar à razão, pela paciência para ouvir as minhas inquietudes e inseguranças e por me apoiar, mesmo quando já não pode mais ouvir-me.

À avó Maria, pela ajuda, por me apoiar de uma forma tão peculiar e por me encorajar em todos os momentos, mesmo sem perceber do que se trata.

Aos meus amigos, pela paciência para ouvirem as minhas dúvidas, inseguranças e problemas existenciais, por compreenderem as minhas constantes ausências e por acreditarem sempre em mim. Obrigada pelos almoços, jantares, cafés e serões em que ouviram as minhas inquietações e me encorajaram e motivaram.

À Professora Vera Eiró, pela introdução aos temas da Contratação Pública, por ter aceite orientar esta dissertação, pela disponibilidade e paciência para responder às minhas dúvidas, inquietudes e incertezas, pelas revisões e pelos conselhos. Obrigada pelo apoio e pela motivação e por ter acreditado que era possível alcançar este objetivo.

Ao Dr. Fernando Batista, pela disponibilidade para reunir e debater o tema da presente dissertação.

Declaração de número de caracteres

Declaro que o corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de **199 984** caracteres.

Mais declaro que o Resumo é composto por **2 407** caracteres e o *Abstract* por **2 249** caracteres, incluindo espaços e excluindo palavras-chave e *keywords*.

Modo de citar e esclarecimentos

A. Por referência às notas de rodapé:

1. As monografias serão citadas, pela primeira vez, pela seguinte ordem: nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), título integral da obra (em itálico), edição (com exceção da 1.^a), volume e página(s) onde se encontra a informação referenciada;
 - i. Nas citações seguintes, quando se tratar da mesma obra, esta será identificada pelo nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), seguido da abreviatura *op. cit.* e a indicação da(s) respectiva(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;
 - ii. Caso mais do que uma monografia/capítulo/artigo do mesmo autor seja referenciada na presente dissertação, as citações seguintes serão identificadas pelo nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), seguido do título abreviado da obra (em itálico) e a indicação da(s) respectiva(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;
 - iii. Caso a referência em causa seja exatamente igual à anterior ou varie apenas no que diz respeito à(s) página(s), será indicada a abreviatura *Ibid.* e, quando aplicável, a(s) página(s) relevantes.
2. Os capítulos de monografias serão citados, pela primeira vez, pela seguinte ordem: nome completo do autor do capítulo (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), o título integral do capítulo (entre aspas), seguido da expressão “in”, título completo da monografia (em itálico), edição (exceto quando for a 1.^a), volume e indicação da(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;
 - i. Nas citações seguintes será identificado pelo nome completo do autor do capítulo (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e

em maiúsculas), seguido da abreviatura *op. cit.* e indicação da(s) respectiva(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;

ii. Caso mais de uma monografia/capítulo/artigo do mesmo autor seja referenciada na presente dissertação, as citações seguintes serão identificadas pelo nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), seguido do título abreviado do capítulo (entre aspas) e a indicação da(s) respectiva(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;

iii. Caso a referência em causa seja exatamente igual à anterior ou varie apenas no que diz respeito à(s) página(s), será indicada a abreviatura *Ibid.* e, quando aplicável, a(s) página(s) relevantes.

3. Os artigos em publicações periódicas serão citados, pela primeira vez, pela seguinte ordem: nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), o título integral do artigo (entre aspas), seguido da expressão “in”, título completo da publicação periódica (em itálico), volume e/ou número da publicação e indicação da(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;

i. Nas citações seguintes será identificado pelo nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), seguido da abreviatura *op. cit.* e indicação da(s) respectiva(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;

ii. Caso mais de uma monografia/capítulo/artigo do mesmo autor seja referenciada na presente dissertação, as citações seguintes serão identificadas pelo nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas), seguido do título abreviado do artigo (entre aspas) e a indicação da(s) respectiva(s) página(s) onde se encontra a informação referenciada;

iii. Caso a referência em causa seja exatamente igual à anterior ou varie apenas no que diz respeito à(s) página(s), será indicada a abreviatura *Ibid.* e, quando aplicável, a(s) página(s) relevantes.

4. Tratando-se de jurisprudência, a citação em nota de rodapé será realizada da seguinte forma:

- i. Tratando-se de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: identificação do acórdão pelo nome por que é conhecido (em itálico), data do acórdão, número do processo e identificação do(s) parágrafo(s) relevante(s);
- ii. Tratando-se de jurisprudência do Tribunal Constitucional: identificação do número do acórdão;
- iii. Tratando-se de jurisprudência dos demais tribunais nacionais: identificação do tribunal, data do acórdão e número do processo.

5. Todos os sites indicados foram consultados, pela última vez, no dia 11 de outubro de 2020.

- B. A presente dissertação foi redigida ao abrigo das regras do Novo Acordo Ortográfico.
- C. As abreviaturas utilizadas no corpo da presente dissertação e nas notas de rodapé encontram-se identificadas, por ordem alfabética, na lista de abreviaturas *infra*.
- D. As expressões em latim ou em qualquer outra língua estrangeira encontram-se em itálico.
- E. As citações de obras ou diplomas redigidos em língua estrangeira encontram-se na sua língua original, não tendo sido traduzidas.
- F. Os conceitos de *impedimento absoluto* e *relativo* são definidos na presente dissertação, sendo referidos em itálico ao longo de todo o texto.
- G. Sempre que se recorre à expressão “operador” deverá considerar-se que nos referimos a um operador económico. Da mesma forma, sempre que se recorre à expressão “operador” ou “operador económico” deverá considerar-se que nos referimos indiscriminadamente a pessoas coletivas ou singulares.

- H. Relativamente aos diplomas legais identificados na lista de abreviaturas ou no corpo da presente dissertação, deverão considerar-se as respetivas versões em vigor à data de 11 outubro de 2020.
- I. Todos os entendimentos e interpretações imputados ao IMPIC na presente dissertação correspondem aos entendimentos e interpretações comunicados pelo Dr. Fernando Batista, Diretor Jurídico e de Contratação Pública do IMPIC, em reunião realizada com a Autora no dia 10 de setembro de 2019.
- J. As referências bibliográficas completas encontram-se na listagem final de bibliografia, sendo referenciadas, por ordem alfabética e pela seguinte ordem:
1. Em caso de monografias: nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas) - título integral da obra (em itálico). Volume. Edição (com exceção da 1.^a). Local de publicação: Editora, ano de publicação. ISBN;
 2. Em caso de capítulos de monografias: nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas) - título integral do capítulo (entre aspas). Seguido da expressão “In”, nome completo do(s) coordenador(es)/organizador(es) da monografia - título completo da monografia (em itálico). Volume. Edição (exceto quando for a 1.^a). Local de publicação: Editora, ano de publicação. ISBN. Localização do capítulo na monografia, através da indicação das respetivas páginas;
 3. Em caso de artigos em publicações periódicas: nome completo do autor (apresentando-se o seu último apelido em primeiro lugar e em maiúsculas) título integral do artigo (entre aspas). Seguido da expressão “In”, título completo da publicação periódica (em itálico). Local de publicação: Editora. ISSN. Volume e/ou número da publicação, período temporal a que diz respeito (entre parêntesis) e identificação das páginas onde se encontra o artigo;

4. Caso o capítulo ou artigo se encontre disponível online, a data na qual foi consultado pela última vez (entre parêntesis retos) e o respetivo link serão indicados na sequência da respetiva referência bibliográfica.
- K. Os acórdãos citados ao longo do texto são identificados de forma completa na listagem final de jurisprudência, sendo identificados pela seguinte ordem:
1. Tratando-se de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: identificação do acórdão pelo nome por que é conhecido (em itálico) - data do acórdão, seguida do número do processo, identificação das partes (em itálico) e ECLI (entre parêntesis);
 2. Tratando-se de jurisprudência do Tribunal Constitucional: número do acórdão, seguido da identificação da secção que o proferiu ou de que foi proferido pelo plenário, número do processo e identificação do relator;
 3. Tratando-se de jurisprudência dos restantes tribunais nacionais: data do acórdão, seguida da identificação da secção que o proferiu, número do processo e identificação do relator.
- L. Esclarece-se que à data de conclusão da presente dissertação tinha sido aprovada, na Assembleia da República, em votação final global, a Proposta de Lei n.º 41/XIV, que estabelece medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a qual, apesar de prever a alteração da redação da alínea f) do n.º 1 do artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos, em nada afeta as conclusões apresentadas na presente dissertação.

Abreviaturas

AR – Assembleia da República

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

BIRD - Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento

BM – Banco Mundial

BMD – Banco(s) Multilateral/Multilaterais de Desenvolvimento

CCP - Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro)

CPA – Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro)

CPP - Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro)

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro)

CRP – Constituição da República Portuguesa

DEUCP – Documento Europeu Único de Contratação Pública

Diretiva - Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014

Diretrizes - *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*

EM – Estado(s)-Membro(s)

ETAF - Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro)

EUA – Estados Unidos da América

FAR - *Federal Acquisition Regulation*

Ibid. – *Ibidem*, no mesmo lugar

ICO - *Integrity Compliance Officer*

IDA - Associação Internacional de Desenvolvimento

IMPIC - Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.

INT - *Integrity Vice-Presidency*

Junta - *Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado*

LCSP - *Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre)*

LOFTJ - Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto)

Ministro - *Ministro de Hacienda y Función Pública*

op. cit. – *opere citato*, obra citada

p. – Página

PNFE - Portal Nacional de Fornecedores do Estado

Portal BASE – Portal dos Contratos Públicos

pp. - Páginas

Regulamento - *Procurement Regulations for IPF Borrowers (Procurement in Investment Project Financing: Goods, Works, Non-Consulting and Consulting Services)*

RGCO – Regime Geral das Contraordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro)

RGLCAP - *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)*

ROLECE - *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público*

SAM - *System for Award Management*

Sanctions Proceedings - Sanctions Proceedings and Settlements in Bank Financed Projects

SB - *Sanctions Board*

SDO - *Suspension and Debarment Official*

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TC – Tribunal Constitucional

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

VDP - *Voluntary Disclosure Program*

Resumo

A presente dissertação procede à análise da sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, prevista nos artigos 460.º e 464.º-A do Código dos Contratos Públicos. Em particular, procede-se à análise da respetiva natureza jurídica, pressupostos e procedimento de aplicação.

Esta sanção consubstancia a vontade do legislador proteger a Administração Pública relativamente a operadores económicos comprovadamente incumpridores das obrigações legais e contratuais a que se encontram adstritos, impedindo que as entidades adjudicantes com eles contratem. Com a consagração desta sanção, o legislador procurou, assim, conjugar a garantia do mais amplo acesso aos procedimentos de formação de contratos públicos, de forma a obter o *value for money*, com a garantia do normal decurso dos referidos procedimentos e da pontual e integral execução dos contratos a celebrar na sequência de procedimentos de formação de contratos públicos.

Sucedem que a consagração desta sanção pelo legislador português levanta várias questões, para cuja solução se pretende contribuir, de forma a permitir a adequada aplicação desta sanção pela entidade competente, o efetivo exercício do direito de defesa por parte do operador económico visado pelo procedimento sancionatório e o eventual controlo jurisdicional por parte dos tribunais das decisões de aplicação da sanção. Assim, na presente dissertação, são aventadas diversas soluções com o intuito de conferir maior segurança à entidade competente para a sua aplicação, às entidades adjudicantes e aos operadores económicos.

Neste sentido, procede-se ao enquadramento desta sanção nos âmbitos nacional e internacional, averiguando a respetiva natureza jurídica, pressupostos e procedimento de aplicação. Ademais, procede-se à análise de modelos semelhantes, adotados a nível internacional por Estados e instituições internacionais.

Partindo do respetivo enquadramento nacional e internacional, procura-se responder às questões mais prementes relacionadas com esta sanção: a natureza jurídica, os pressupostos e o procedimento de aplicação. Aspectos estes que se revelam de importância capital, visto determinarem as garantias procedimentais asseguradas ao operador económico visado pelo procedimento sancionatório, bem como os limites a que a entidade competente para a aplicação da sanção se encontra adstrita no âmbito do referido procedimento.

Palavras-chave: exclusão; impedimento; *impedimento relativo*; *impedimento absoluto*; *debarment*; Contratação Pública; IMPIC.

Abstract

This thesis addresses the sanction prohibiting the participation in public procurement procedures, provided for in articles 460 and 464-A of the Code of Public Contracts. In particular, the legal nature and the enforcement requirements and procedure are examined.

This sanction embodies the legislator's aim of protecting the Public Administration against economic operators who have shown to be in breach of the legal and contractual obligations to which they are subject, by preventing contracting authorities from contracting with them. By enshrining this sanction, the legislator sought to combine the widest access to public procurement procedures in order to obtain value for money, with the guarantee of the normal course of said procedures and the timely and complete performance of the contracts to be executed following public procurement procedures.

The enshrinement of this sanction by the Portuguese legislator raises a number of questions, to which solution we intend to contribute, so as to enable the proper enforcement of this sanction by the competent authority, the effective exercise of the right of defence by the economic operator concerned by the enforcement procedure and the potential judicial review by the courts of the decisions enforcing this sanction. Therefore, several solutions are put forward in this thesis with a view to giving greater certainty to the authority competent for the enforcement of this sanction, to contracting authorities and to economic operators.

In this regard, this sanction is framed at the national and international levels, ascertaining the respective legal nature, and enforcement requirements and procedure. Furthermore, similar models adopted at the international level by States and international institutions are analysed.

Bearing in mind its national and international framework, the aim is to answer the most pressing questions relating to this sanction: the legal nature, and the enforcement requirements and procedure. These aspects are of capital importance since they determine the procedural guarantees afforded to the economic operator concerned by the procedure, as well as the limits to which the competent authority for its enforcement is bound within the enforcement procedure.

Keywords: exclusion; relative impediment; absolute impediment; debarment; Public Procurement; IMPIC.

Índice

Declaração de Compromisso de Anti Plágio	ii
Agradecimentos	iv
Declaração de número de caracteres	v
Modo de citar e esclarecimentos	vi
Abreviaturas	xi
Resumo	xiv
Abstract	xvi
1. Introdução	1
2. A sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos	3
2.1. Notas introdutórias	3
2.2. Antecedentes: os anteprojetos	9
2.3. Enquadramento internacional	11
3. <i>Impedimento relativo vs. impedimento absoluto</i>	15
3.1. O <i>impedimento relativo</i>	15
3.2. O <i>impedimento absoluto</i>	20
3.3. Critérios de distinção entre o <i>impedimento relativo</i> e o <i>impedimento absoluto</i>	22
3.4. Conformidade com a Diretiva de um sistema de <i>impedimento absoluto</i>	23
3.5. A sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos: <i>impedimento relativo</i> ou <i>absoluto</i>	26
4. Exemplos de <i>impedimento absoluto</i> a nível internacional	29
4.1. O modelo norte-americano	29
4.2. O modelo espanhol	35
4.3. O modelo do Banco Mundial	40
5. O <i>impedimento absoluto</i> em Portugal	47
5.1. A natureza da sanção prevista no art. 460.º: uma sanção contraordenacional acessória? 47	
5.2. A natureza da sanção prevista no art. 464.º-A: uma sanção administrativa?	51
5.3. Conformidade com a Diretiva	55
5.4. Procedimento sancionatório e garantias do operador visado pelo procedimento	59
5.4.1. Proibição de participação enquanto sanção acessória do tipo contraordenacional	60
5.4.2. Proibição de participação enquanto sanção administrativa	64

5.5. A relevação do <i>impedimento absoluto</i>	74
5.6. Reflexão global	77
6. Conclusões	81
Bibliografia	84
Jurisprudência	96
a) Tribunal de Justiça da União Europeia	96
b) Tribunal Constitucional	97
c) Supremo Tribunal Administrativo	98
d) Tribunal da Relação do Porto	99
e) Tribunal dos Conflitos	99

1. Introdução

I. Com a presente dissertação pretende-se analisar a sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, prevista no Código dos Contratos Públicos (CCP)¹.

Atendendo à relevância da contratação pública no âmbito nacional², a proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos revela-se de extrema relevância prática, quer para os operadores económicos, quer para o interesse público, visto implicar a redução do número de possíveis interessados nos procedimentos de formação de contratos públicos e, conseqüentemente, a redução da concorrência no âmbito de cada procedimento. Relevância que, contudo, não teve, até ao momento, correspondência por parte do interesse demonstrado pela doutrina neste tema, razão que justifica o presente estudo.

A presente análise focar-se-á, assim, na sanção prevista nos arts. 460.º e 464.º-A do CCP, procurando identificar a natureza jurídica desta sanção, bem como os pressupostos e procedimento para a sua aplicação.

II. Neste sentido, iniciaremos a presente análise pelo enquadramento da sanção no âmbito nacional, identificando os respetivos pressupostos de aplicação e analisando os seus antecedentes.

Posteriormente, procuraremos enquadrar esta sanção no âmbito internacional, concetualizando e distinguindo entre os denominados *impedimentos relativos* e *absolutos* e concluindo pela recondução da sanção a um destes conceitos.

Ainda no âmbito internacional, realizaremos uma breve análise de direito comparado, através do estudo dos modelos de *impedimento absoluto* adotados noutros Estados e instituições internacionais, procurando compreender melhor o conceito de *impedimento absoluto* e identificar características comuns com a sanção objeto do presente estudo.

Por fim, retomaremos a análise desta sanção, procurando determinar a respetiva natureza jurídica. Nesta sede, analisaremos ainda o procedimento para a sua aplicação, bem como as garantias procedimentais asseguradas aos operadores visados pelo procedimento

¹ Ao longo do presente texto, todos os artigos cujo diploma não se encontre expressamente identificado, são artigos do CCP.

² Em 2018, os valores contratuais comunicados ao Portal BASE representaram 3,45% do PIB nacional (IMPIC - *Relatório Anual: Contratação Pública em Portugal 2018*, p. 14).

sancionatório. Ademais, analisaremos a possibilidade de relevação da sanção e refletiremos sobre a consagração desta sanção no nosso ordenamento jurídico, ponderando eventuais alterações ao seu regime.

Com a presente dissertação pretendemos, deste modo, contribuir para o aprofundamento da análise desta sanção, procurando clarificar aspetos essenciais num âmbito tão relevante como seja o do impedimento de acesso a procedimentos de formação de contratos públicos.

2. A sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos

I. O CCP prevê, nos arts. 460.º e 464.º-A, a sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos. De forma literal, esta sanção significa que, ao ser aplicada a um operador económico, este encontrar-se-á, durante o respetivo período de duração, proibido de participar em procedimentos de formação de contratos públicos.

Apesar das semelhanças que à primeira vista possam ser identificadas entre aqueles dois artigos, uma leitura mais atenta revela diversas diferenças. Vejamos.

2.1. Notas introdutórias

I. Do ponto de vista sistemático, os arts. 460.º e 464.º-A encontram-se localizados no capítulo II da parte IV do CCP, intitulado “Regime Sancionatório”. A inserção sistemática destes artigos confirma, pois, o que os enunciados já indicam: estamos perante uma sanção aplicada no contexto da contratação pública.

O art. 460.º, com a epígrafe “Sanção de proibição de participação”, encontra-se localizado no âmbito do regime contraordenacional do CCP. Por sua vez, o art. 464.º-A, com a epígrafe “Proibição de participação decorrente de incumprimento contratual”, encerra o capítulo II, não se encontrando enquadrado, em termos sistemáticos, no âmbito do regime contraordenacional. Com efeito, o art. 464.º regula a responsabilidade criminal, separando o art. 464.º-A do regime contraordenacional constante dos arts. 455.º a 463.º.

II. Os enunciados dos artigos sob referência confirmam que a sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos tem diferentes pressupostos de aplicação, consoante resulte da aplicação dos arts. 460.º ou 464.º-A. Diz-nos o art. 460.º:

“1 - Pode ser aplicada ao infrator a sanção de proibição de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infração e a culpa do agente o justifiquem.

2 - A sanção a que se refere o número anterior deve ser fixada segundo a gravidade da infração e a culpa do agente e não pode, em caso algum, exceder dois anos.”

Da leitura do art. 460.º resulta a vaguidade dos seus pressupostos de aplicação, não sendo claro quem pode aplicar a sanção, nem em que termos. A sua aplicação depende, de acordo com o n.º 1, da verificação de critérios indeterminados (gravidade da infração e culpa do agente), cujo conteúdo não se encontra densificado. Parece, assim, numa primeira leitura, que se encontra na discricionariedade da entidade competente a determinação dos casos que justificam a aplicação da sanção, tendo em conta os critérios enunciados.

Já o n.º 2 consagra os critérios de determinação da medida concreta da sanção, que não pode exceder 2 anos, devendo ser fixada tendo em conta a gravidade da infração e a culpa do agente. Não deixa de ser curioso verificar que o legislador parece ter consagrado os mesmos critérios para a aplicação da sanção, i.e. se se justifica ou não a sua aplicação ao caso concreto, que consagrou para a determinação da sua medida, i.e. para a determinação do prazo da proibição.

Note-se ainda que a identificação da entidade competente para aplicar esta sanção, bem como a densificação dos critérios para a sua aplicação, estão dependentes da determinação da sua natureza. De facto, a resposta a estas questões será diferente caso estejamos perante uma sanção acessória contraordenacional ou uma sanção administrativa, por exemplo. Remetemos esta análise para o capítulo 5.

Refira-se ainda que, do art. 463.º resulta a obrigatoriedade de as decisões definitivas de aplicação da sanção prevista no art. 460.º serem publicadas no portal dos contratos públicos (Portal BASE)³, durante o prazo da proibição. Esta exigência justifica-se pela necessidade de as entidades adjudicantes saberem, a todo o momento, se podem contratar com determinado operador⁴.

³ Acessível em <http://www.base.gov.pt>. O seu funcionamento encontra-se regulado pela Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro.

⁴ JORGE ANDRADE DA SILVA refere que “essa publicidade é mesmo necessária, sob pena de a sanção ter a sua execução prática muito dificultada e até, em muitos casos, inviabilizada” (SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos Contratos Públicos: anotado e comentado*, 8ª ed., p. 935).

III. Por sua vez, diz-nos o art. 464.º-A:

“1 - Pode ser aplicada sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, pelo prazo de um ano, às entidades que se encontrem em qualquer das seguintes situações:

a) Incumprimento contratual que tenha dado origem, nos três últimos anos, à aplicação de sanções que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 329.º;

b) Incumprimento contratual que tenha sido objeto de duas resoluções sancionatórias nos três últimos anos com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 333.º, em qualquer das situações das alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 405.º e as constantes do artigo 423.º.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, os contraentes públicos devem comunicar ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., as situações aí referidas, no prazo de 10 dias a contar da sua ocorrência.

3 - A aplicação da sanção referida no presente artigo cabe ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., e é objeto de publicitação no portal dos contratos públicos.”

Antes de mais, cumpre notar que, tanto na aplicação das sanções pecuniárias referidas na alínea a), como nas resoluções sancionatórias referidas na alínea b), estamos perante sanções administrativas contratuais, aplicadas pelo contraente público ao cocontratante, por incumprimento, total ou parcial, mora ou cumprimento defeituoso, das obrigações que lhe incumbiam nos termos do contrato entre eles celebrado.

Verificando-se o incumprimento contratual, o contraente público pode aplicar as sanções administrativas contratuais referidas no n.º 1 (art. 302.º/d)). Este poder público exterioriza-se através de um ato administrativo (art. 307.º/2/c)) e resulta do exercício do poder de fiscalização, previsto no art. 302.º/b), através do qual o contraente público identifica as condutas do cocontratante que entende deverem ser sancionadas (art. 305.º/1).

Todavia, um incumprimento contratual não implica, por si só, a aplicação desta sanção, apenas sendo sancionados os casos de incumprimento contratual previstos no n.º 1, que cumpram os requisitos aí referidos, nomeadamente em termos de prazo e de frequência.

Em particular, o n.º 1/a) prevê a aplicação desta sanção aos casos de incumprimento contratual que, nos últimos 3 anos, tenham dado origem à aplicação de sanções pecuniárias que

tenham atingido os valores máximos previstos no art. 329.º/2 e 3. Isto é, que nos últimos 3 anos, tenham sido aplicadas sanções contratuais, pelo contraente público, que sejam iguais ou superiores a 20% do preço contratual⁵ ou a 30%, caso o contraente público decida não resolver o contrato por da resolução resultar um dano grave para o interesse público.

O art. 464.º-A/1/b) prevê a aplicação da sanção aos operadores que, nos últimos 3 anos, devido a incumprimento contratual, tenham tido dois contratos públicos resolvidos pelo contraente público, com fundamento nos artigos enunciados na referida alínea.

A redação desta norma apresenta-se mais completa do que a que consta do art. 460.º, dela resultando que a sanção de proibição de participação será aplicada pelo prazo fixo de 1 ano, pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC)⁶ nos casos suprarreferidos.

Acrescente-se ainda que o art. 464.º-A/2 prevê a obrigação de os contraentes públicos comunicarem ao IMPIC, entidade competente para a aplicação da sanção segundo o n.º 3, as situações referidas nas alíneas do n.º 1⁷, no prazo de 10 dias contados a partir da sua ocorrência.

Também neste caso a aplicação da sanção é publicitada no Portal BASE, conferindo-se, desta forma, publicidade à mesma, visto ser este Portal de acesso público.

Deste modo, a sanção de proibição de participação, que constitui uma sanção extracontratual, pois é aplicada fora do âmbito da execução de um contrato público, por uma entidade distinta do contraente público, tem como âmbito de aplicação, nos termos do art. 464.º-A, as situações de incumprimento contratual, cuja gravidade se reflete na aplicação das sanções contratuais aí previstas. Enquanto no caso das sanções pecuniárias basta a aplicação, por uma vez, dos montantes referidos, no caso da resolução sancionatória, o operador apenas poderá ser sancionado após ter tido dois contratos públicos resolvidos num período de 3 anos⁸.

⁵ O preço contratual encontra-se definido no art. 97.º, correspondendo ao preço a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.

⁶ O IMPIC é um instituto público, que regula os contratos públicos e os setores da construção e do imobiliário. A orgânica do IMPIC foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de outubro, encontrando-se a gestão do Portal BASE entre as suas atribuições (art. 3.º).

⁷ No caso de resolução do contrato pelo dono da obra, a obrigação de comunicação ao IMPIC já decorria do art. 405.º/2.

⁸ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL considera que os pressupostos de aplicação da sanção parecem incoerentes, pois enquanto na sanção pecuniária basta a sua aplicação uma única vez, já no caso da resolução sancionatória, exige-se que ocorra duas vezes (CABRAL, Margarida Olazabal – “Alguns apontamentos sobre os impedimentos no CCP revisto”, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3ª ed., p. 727).

IV. Por último, importa ainda referir o art. 55.º que, não determinando a aplicação da sanção em apreço, acrescenta elementos relevantes à sua análise.

De uma parte, o art. 55.º/1/f) prevê a aplicação da sanção do art. 460.º como um impedimento à participação do operador sancionado num procedimento pré-contratual.

De outra parte, a alínea l) apresenta uma relação relevante com o art. 464.º-A, prevendo o impedimento dos operadores que tenham acusado deficiências num contrato público anterior, tendo-lhes sido aplicadas as sanções aí referidas. Também este impedimento tem como pressuposto a aplicação de sanções contratuais com fundamento em incumprimento contratual, nomeadamente a resolução do contrato e a aplicação de sanções pecuniárias que atinjam os valores previstos no art. 329.º/2 e 3, tal como o art. 464.º-A.

Se, relativamente à aplicação das sanções pecuniárias, o âmbito de aplicação deste impedimento parece coincidir com o do art. 464.º-A, visto que os valores máximos são os mesmos e o período temporal também, o mesmo não sucede relativamente à resolução. Este impedimento abrange ainda o pagamento de indemnizações e outras sanções equivalentes, situações que se encontram fora do âmbito de aplicação do art. 464.º-A.

Note-se que, enquanto no art. 464.º-A são necessárias duas resoluções num período de 3 anos para a aplicação da sanção, no art. 55.º/1/l), basta a resolução de um contrato para a aplicação do impedimento. Por sua vez, no art. 55.º não basta a aplicação das sanções contratuais, sendo ainda necessário que a sua aplicação decorra de “deficiências significativas ou persistentes”, requisito que não se verifica no art. 464.º-A. Todavia, entendemos que as “deficiências significativas ou persistentes” se verificam quando o contrato é resolvido com fundamento em incumprimento do cocontratante, bem como quando são aplicadas as sanções pecuniárias referidas, tendo em conta a gravidade ou persistência do incumprimento que é necessária para que se verifiquem os pressupostos de aplicação destas sanções contratuais⁹. Repare-se que a resolução sancionatória constitui o último recurso do contraente público em caso de incumprimento contratual¹⁰ e que caso o contraente público aplique sanções

⁹ No mesmo sentido, SÁNCHEZ, Pedro Fernández - *Direito da Contratação Pública*, vol. II, p. 48, nota de rodapé 84. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL admite que, na maioria das vezes, a aplicação destas sanções resulte de deficiências significativas ou persistentes, mas entende que tal poderá não suceder em todos os casos (CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, p. 720).

¹⁰ Relativamente à resolução sancionatória do art. 333.º, JORGE ANDRADE DA SILVA refere que “a resolução-sanção funciona como um meio de defesa do contraente público face ao incumprimento do cocontratante suscetível de fazer perigar a realização do interesse público subjacente ao contrato, pelo que deve ser exercido nessa conformidade” (SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos...*, p. 725).

pecuniárias, cujo valor acumulado ultrapasse os valores referidos, este poderá resolver o contrato a título sancionatório (art. 333.º/1/e)).

Desta forma, podemos concluir pela não coincidência dos âmbitos de aplicação dos referidos artigos¹¹, sendo o âmbito da alínea l) tendencialmente mais abrangente, visto ser suficiente a aplicação de uma sanção contratual, ainda que se exija que tenha como fundamento um incumprimento grave ou persistente, o que, tendo em conta a gravidade das sanções contratuais em causa, ocorrerá, em princípio, nas sanções referidas no art. 464.º-A.

V. Desta primeira aproximação ao regime dos arts. 460.º e 464.º-A, resulta que em ambos os casos, a sanção é publicitada no Portal BASE. Acresce que, enquanto no art. 460.º a sanção pode ser aplicada por um período não superior a 2 anos, no art. 464.º-A a sanção tem o prazo fixo de 1 ano. Enquanto do art. 464.º-A resulta claro que a aplicação da sanção decorre de situações de incumprimento contratual legalmente previstas e é aplicada pelo IMPIC, já do art. 460.º não resultam expressos os respetivos pressupostos de aplicação, nem a entidade competente para a sua aplicação.

A aplicação desta sanção constitui o culminar de um procedimento autónomo, cuja tramitação será abordada posteriormente¹², não sendo aplicada no âmbito de um procedimento pré-contratual. Pelo contrário, a entidade competente, tendo conhecimento de uma situação suscetível de preencher os pressupostos para a sua aplicação, inicia um procedimento autónomo, que termina com a aplicação, ou não, desta sanção.

Assim, os efeitos desta sanção não se cingem a determinado procedimento, estendendo-se a todos os procedimentos pré-contratuais que ocorram durante o prazo da sanção, constituindo, desta forma, uma proibição absoluta.

Acrescente-se ainda o seu carácter centralizado, pois esta sanção será aplicada por uma entidade central, o IMPIC no caso do art. 464.º-A, no termo de um procedimento autónomo, sendo a decisão de aplicação da sanção vinculativa para todas as entidades adjudicantes em todos os procedimentos. Sublinhe-se, também, o facto de a sua aplicação ser publicitada no

¹¹ No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos Contratos Públicos*, 4ª ed., p. 742.

¹² Cf. ponto 5.4.

mesmo local, para que todas as entidades adjudicantes possam, ao tramitar um procedimento, saber se determinado operador se encontra ou não proibido de participar.

2.2. Antecedentes: os anteprojetos

I. A revisão do CCP de 2017, operada por via do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto¹³, introduziu no nosso ordenamento jurídico a sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, na sua configuração atual. Esta revisão resultou da transposição para a nossa ordem jurídica do pacote de diretivas europeias relativas à contratação pública de 2014¹⁴, tendo introduzido consideráveis alterações ao CCP. No que respeita à proibição de participação, foi aditado ao anterior texto o art. 464.º-A, como a sua numeração indica e foi alterado o art. 460.º, que já existia nas anteriores versões do CCP.

II. O art. 464.º-A foi, já se disse, introduzido por esta revisão do CCP, não tendo, contudo, constado do anteprojeto de revisão que foi submetido pelo Governo a consulta pública. Neste anteprojeto, ao art. 456.º, que determina as condutas que constituem contraordenações muito graves, acrescentavam-se as duas alíneas seguintes:

“f) O incumprimento contratual que tenha dado origem, em dois contratos diferentes, nos dois últimos anos, à aplicação de multas que tenham atingido os valores máximos aplicáveis nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 329.º;

g) O incumprimento contratual que seja objeto de duas resoluções sancionatórias nos dois últimos anos com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 333.º, em qualquer das situações das alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 405.º e as constantes do artigo 423.º”

Deste anteprojeto constava, ainda, o aditamento de um n.º 3 ao art. 456.º que determinava que as contraordenações previstas naquelas alíneas f) e g) apenas seriam puníveis com a sanção do art. 460.º.

¹³ Tendo entrado em vigor a 01.01.2018.

¹⁴ Referimo-nos à Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão, à Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e à Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Relativamente à introdução destas alíneas no anteprojeto, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ consideravam que esta previsão era a “resposta a uma das mais urgentes aspirações dos decisores públicos, permitindo que as entidades adjudicantes (...) [deixassem] de ficar indefesas perante situações de deficiências significativas e persistentes no cumprimento das obrigações contratuais por parte dos seus cocontratantes”¹⁵. Estes autores realçavam, ainda, o facto de esta sanção ser aplicada por uma entidade terceira, central (o IMPIC), não constituindo um juízo subjetivo por parte da entidade adjudicante lesada¹⁶.

Nesta linha, CÁTIA SOUSA, JOSÉ MIGUEL CARMONA e MARIANA COELHO referiam que “o «incumprimento anterior» passa[va] (...) a relevar não diretamente como impedimento, mas como fundamento de aplicação de sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, esta sim, releva como impedimento”¹⁷.

Resulta, assim, claro que no anteprojeto de revisão do CCP os casos de incumprimento contratual atualmente previstos no art. 464.º-A e punidos com a sanção aí prevista, constituíam contraordenações muito graves, punidas com a sanção acessória de proibição de participação em procedimentos pré-contratuais. Já na versão final da revisão, o legislador optou por autonomizar no art. 464.º-A a sanção para as situações de incumprimento contratual e, além disso, criar um impedimento específico para as mesmas. Deste modo, atualmente, o incumprimento anterior releva, simultaneamente, como fundamento de aplicação da sanção e como impedimento.

Além das diferenças já referidas, identifica-se ainda o carácter mais restrito dos pressupostos previstos no anteprojeto. Enquanto no anteprojeto era necessário que as sanções pecuniárias fossem aplicadas em 2 contratos diferentes, nos 2 anos anteriores, atualmente basta que atinjam os valores previstos, nos 3 anos anteriores. Foi, ainda, alargado o período a considerar quanto às 2 resoluções sancionatórias, passando de 2 anos no anteprojeto, para 3 anos na versão atual. Outra diferença encontra-se na duração da sanção, que no anteprojeto seria de até 2 anos e atualmente é de 1 ano.

Já em relação ao art. 460.º, comparando a redação da norma previamente à revisão com a redação constante do anteprojeto, que corresponde à sua redação atual, verifica-se que foi

¹⁵ *Vd. ALMEIDA, João Amaral e/ SÁNCHEZ, Pedro Fernández - Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos: regime da contratação pública.*, p. 22.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Vd. SOUSA, Cátia/ CARMONA, José Miguel/ COELHO, Mariana – “Regime dos impedimentos”, in Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 40.

retirada a expressão “sanção acessória”, da epígrafe e do texto do artigo, bem como a expressão “em simultâneo com a coima” do n.º 1. Apesar de o anteprojeto revelar algumas incoerências, pois se, por um lado, retirava do art. 460.º a menção àquela sanção como “acessória”, noutras partes referia-se à mesma como acessória¹⁸, parece, ainda assim, à primeira vista, ter o legislador pretendido alterar a natureza desta sanção¹⁹.

III. A este propósito, importa ainda referir o projeto de revisão do CCP elaborado por uma Comissão²⁰ coordenada pela Prof.ª Doutora MARIA JOÃO ESTORNINHO, conhecido por “Projeto Estorninho”. Este projeto, que operava uma profunda revisão do CCP, transpondo para o ordenamento português o pacote de diretivas europeias, não foi, contudo, adotado pelo Governo.

Neste projeto, aos casos de incumprimento contratual que motivassem a aplicação das sanções contratuais referidas, i.e. a resolução sancionatória e as sanções pecuniárias, seria aplicada uma sanção acessória (art. 309.º/1/e) do projeto), que constituía um impedimento à participação do operador sancionado, durante o respetivo prazo (art. 38.º/1/l) do projeto).

2.3. Enquadramento internacional

I. O pacote de diretivas europeias de 2014 trouxe novidades que influenciaram o legislador português no regime em apreço e que podem, por isso, auxiliar-nos na compreensão desta sanção. Entre as novidades apresentadas, encontram-se novos motivos de exclusão e a introdução da possibilidade de *self-cleaning*, i.e. de relevação do fundamento da exclusão²¹.

Como relembra JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, a matéria dos impedimentos é fortemente regulada pelo direito europeu, pois “ao afastar um interessado do procedimento adjudicatório, o impedimento interfere com o acesso a um determinado «mercado público» e, por conseguinte, com a mobilidade intracomunitária do operador impedido”²². Assim, ao analisar

¹⁸ Referimo-nos ao art. 55.º/1/m) e aos Anexo II e V.

¹⁹ Cf. ponto 5.1.

²⁰ Criada pelo Despacho n.º 3290/2016, de 3 de março.

²¹ Nos termos do art. 57.º/6 da Diretiva 2014/24/UE.

²² *Vd.* MOREIRA, José Azevedo – “A relevação dos impedimentos no Código dos Contratos Públicos”, in *E-Pública*, vol. 4, n.º 2, p. 124. No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, pp. 705, 707-708.

as desqualificações no ordenamento português, torna-se imprescindível analisar também esta matéria ao nível europeu.

Das diretivas não constam quaisquer sanções de proibição, apenas consta um elenco de causas de exclusão, no art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE (Diretiva)²³, que inclui causas obrigatórias e facultativas. Caso se constate que um operador económico se encontra em alguma das situações previstas nos respetivos n.ºs 1 e 2, 1.º parágrafo (elenco de motivos obrigatórios de exclusão)²⁴, este será excluído do procedimento em causa. Se, pelo contrário, se encontrar em alguma das situações previstas nos n.ºs 2, 2.º parágrafo, e 4 (elenco de motivos facultativos)²⁵, tudo dependerá da forma como o Estado-Membro (EM) tiver transposto este elenco²⁶. Caso o EM ao transpor a Diretiva mantenha o motivo como facultativo, a exclusão do operador dependerá da decisão da entidade adjudicante sobre a necessidade de exclusão no caso concreto. Caso o EM transponha o motivo como obrigatório²⁷, a decisão da entidade adjudicante incidirá apenas sobre a existência do motivo de exclusão.

II. Entre os novos motivos de exclusão consagrados na Diretiva e de maior relevância para o presente estudo, encontra-se o motivo facultativo previsto no n.º 4/g), relativo à *bad past performance* (incumprimento anterior), i.e. ao incumprimento de um contrato público anterior²⁸.

²³ Centraremos a nossa atenção na Diretiva 2014/24/UE, relativa aos setores clássicos. Os impedimentos referidos ao longo desta dissertação encontram-se em termos semelhantes no art. 38.º da Diretiva 2014/23/UE, remetendo o art. 80.º/1 da Diretiva 2014/25/UE expressamente para as causas de exclusão do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE.

²⁴ Nos termos da Diretiva, “as autoridades adjudicantes devem excluir” (n.º 1) e “Um operador económico fica excluído da participação num procedimento de contratação se a autoridade adjudicante tiver conhecimento” (n.º 2, 1.º parágrafo).

²⁵ Neste caso a Diretiva refere “as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-membros a excluir” (n.ºs 2, 2.º parágrafo e 4). Cabe, pois, aos EM determinar se aplicam os critérios facultativos de exclusão e em que termos (ARROWSMITH, Sue - *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, 3ª ed., vol. I, pp. 721, 1238-1239), conforme resulta do Acórdão *La Cascina* (Acórdão do TJUE, de 09.02.2006, Processos C-226/04 e C-228/04, § 21 e 23).

²⁶ Note-se que os EM não se encontram obrigados a transpor os motivos facultativos de exclusão como motivos facultativos.

²⁷ Tal como fez o legislador português, que no art. 55.º do CCP consagrou todas as causas de exclusão como obrigatórias.

²⁸ Em sentido contrário à solução europeia, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, MARCO CALDEIRA e JULIANA BRAZ MIMOSO entendem que o incumprimento anterior não deveria constituir uma causa de exclusão, mas sim motivar o reforço das garantias de cumprimento do contrato, através do aumento do valor da caução ou do montante das penalidades contratuais (RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, pp. 885-886; CALDEIRA, Marco/ MIMOSO, Juliana Braz - “Da exclusão por incumprimento de contratos(s) anterior(es) à luz das novas directivas em matéria de contratação pública”, in *Liber amicorum: Manuel Simas Santos*, pp. 910-911).

Esta possibilidade de as entidades adjudicantes considerarem o incumprimento anterior era há muito requerida, tendo o Comité das Regiões²⁹ e a Comissão Europeia³⁰ previamente recomendado a sua adoção.

Com a previsão deste motivo de exclusão na Diretiva, o incumprimento contratual passa a produzir também efeitos extracontratuais, na medida em que poderá implicar o impedimento do operador em futuros procedimentos pré-contratuais, produzindo, assim, efeitos além do contrato que foi incumprido³¹.

Por fim, importa ainda realçar que, nos termos desta alínea g), não é qualquer incumprimento, *per se*, que provoca a exclusão, sendo necessário que se verifiquem “deficiências significativas ou persistentes”³² em requisitos essenciais.

III. Também o Acordo sobre Compras Públicas (*Government Procurement Agreement*)³³, prevê como motivo de exclusão de um operador num procedimento pré-contratual, a existência, em contratos anteriores, de deficiências significativas e persistentes em requisitos essenciais (art. VIII/4/c) do referido Acordo).

IV. Segundo ALBERT SANCHEZ-GRAELLS a introdução pelas diretivas de 2014 do incumprimento anterior como motivo de exclusão aproxima o sistema europeu do norte-americano³⁴. O ordenamento europeu aplica um sistema de exclusões ou impedimentos, nas palavras do legislador português. Por sua vez, o ordenamento norte-americano aplica um

²⁹ No Parecer n.º 2011/C 192/02.

³⁰ No Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE.

³¹ Note-se que ANA RITA VIEIRA QUINTA NOVA considera que o incumprimento de um contrato anterior apenas pode ser tido em conta quando este tenha um objeto idêntico ao do procedimento em causa, pois apenas neste caso será afetada a fiabilidade do operador (NOVA, Ana Rita Vieira Quinta – “A exclusão de operadores económicos à luz da nova diretiva sobre os contratos públicos: o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g)”, in *CEDIPRE online*, n.º 22, p. 17). Contudo, nada na Diretiva aponta no sentido desta restrição, não tendo sido acolhida pelo legislador português. Da nossa parte, discordamos deste entendimento, visto considerarmos que a fiabilidade do operador não está relacionada com o objeto do contrato, mas sim com o seu histórico de incumprimentos, os quais demonstram a falta de fiabilidade e de idoneidade do operador. Discordando daquela tese, cf. OLIVEIRA, Miguel Neiva de - “A Exclusão de Concorrentes com Fundamento em Deficiências na Execução de Contratos Passados”, in *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, pp. 833-834; CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, p. 723, nota de rodapé 30.

³² Conceitos densificados no considerando 101 da Diretiva.

³³ Negociado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, do qual a União Europeia e, conseqüentemente, Portugal são Partes.

³⁴ SANCHEZ-GRAELLS, Albert - “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24”, in *Modernising Public Procurement: The New Directive*, p. 110.

sistema de *debarment*, ao qual nos referiremos como *impedimento absoluto*, por oposição ao *impedimento relativo*, consagrado pelo legislador português.

O legislador norte-americano, tal como o europeu, consagrou o incumprimento anterior como fundamento para a desqualificação de operadores da participação em procedimentos pré-contratuais. Todavia, contrariamente ao europeu, o legislador norte-americano consagrou um sistema de exclusão absoluta, denominado *debarment (impedimento absoluto)*.

Assim, cumpre analisar este *impedimento absoluto* em comparação com os *impedimentos relativos* e com a sanção em apreço.

3. Impedimento relativo vs. impedimento absoluto

I. O *impedimento relativo* e o *impedimento absoluto* constituem medidas administrativas aplicadas no âmbito de procedimentos administrativos, que impedem os operadores económicos de participar num procedimento pré-contratual, tendo em conta comportamentos prévios que demonstram a sua inidoneidade.

O sistema de *impedimento relativo* ou exclusão caracteriza o ordenamento europeu, encontrando-se consagrado nas diretivas europeias e no CCP. Já o sistema de *impedimento absoluto* surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), tendo sido adotado por vários países e instituições.

Embora muitos autores, tanto em Portugal³⁵, como noutros ordenamentos jurídicos³⁶, se refiram ao *impedimento relativo* e ao *impedimento absoluto* de forma indistinta, estes dois conceitos não se confundem. Assim, importa, antes de mais, distingui-los.

3.1. O impedimento relativo

I. Impedimento foi a expressão utilizada pelo legislador português ao consagrar no CCP os motivos de exclusão constantes da Diretiva³⁷. Assim, exclusão, nos termos da Diretiva, e *impedimento relativo* são conceitos com o mesmo significado, pois o legislador português acolheu o esquema previsto nas diretivas.

O sistema de *impedimento relativo* constitui um sistema descentralizado, no qual a exclusão dos operadores relativamente aos quais se verifica uma causa de exclusão resulta de

³⁵ Entre outros, TELLES, Pedro - "Qualitative selection and exclusion of economic operators in Portugal", in *Qualification, selection and exclusion in EU procurement*; GOMES, Pedro Cerqueira - "The portuguese debarment system for those convicted of corruption", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 7.

³⁶ Entre outros, HEIMANN, Fritz/ PIETH, Mark - *Confronting corruption: past concerns, present challenges, and future strategies*; SCHOENMAEKERS, Sarah - "The EU debarment rules: legal and economic rationale", in *Public Procurement Law Review*, vol. 25, n.º 3; AURIOL, Emmanuelle/ SØREIDE Tina - "An economic analysis of debarment", in *International Review of Law and Economics*, vol. 50; DUBOIS, Pascale Helene/ EZZEDDIN, Paul/ SWAN, Collin David - "Suspension and Debarment on the International Stage: Experiences in the World Bank's Sanctions System", in *Public Procurement Law Review*, vol. 25, n.º 3; HJELMENG, Erling Johan/ SØREIDE, Tina - "Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization", in *Legal Studies Research Paper Series* n.º 2014-32.

³⁷ JOÃO CAUPERS critica a adoção deste conceito pelo legislador, visto as proibições de participação não se confundirem com os impedimentos do Código do Procedimento Administrativo, que dizem respeito à imparcialidade ou conflito de interesses (CAUPERS, João - "Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos", in *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, pp. 41-42).

uma decisão casuística da entidade adjudicante, i.e. a decisão de exclusão é tomada no âmbito de um concreto procedimento pré-contratual, não produzindo qualquer efeito fora do mesmo. A decisão de exclusão é tomada procedimento a procedimento, por cada entidade adjudicante, não se encontrando vinculada a anteriores decisões de exclusão tomadas por si ou por outras entidades adjudicantes. A exclusão é determinada em cada procedimento pré-contratual, podendo o operador excluído num procedimento, ser admitido noutro, ou o inverso.

Um dos principais objetivos das regras europeias relativas à contratação pública é o de garantir a maior abertura possível à concorrência, o maior número de interessados. Em sentido contrário, reconhece-se a preocupação em proteger as entidades adjudicantes face a operadores que, comprovadamente, não são responsáveis e em garantir que os operadores concorrem entre si num *level playing field*. É desta dicotomia que surgem os impedimentos, que representam “necessariamente uma restrição no acesso ao procedimento adjudicatório”³⁸. Conforme refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “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”³⁹.

Os *impedimentos relativos* estão relacionados com a adequação do operador à execução de contratos públicos, sendo utilizados pelo legislador como instrumento para afastar operadores não fiáveis dos procedimentos pré-contratuais⁴⁰. De uma parte, fundam-se na proteção do erário e do interesse públicos e na promoção da igualdade de tratamento entre os operadores⁴¹. De outra parte, inserem-se numa política de combate a certos tipos de criminalidade⁴², procurando promover a integridade dos negócios públicos e uma concorrência efetiva⁴³, protegendo a reputação da entidade adjudicante. Por fim, pretende-se salvaguardar a

³⁸ Vd. MOREIRA, José Azevedo - "Os «motivos de exclusão» na Directiva 2014/24/UE", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13, p. 48.

³⁹ Vd. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - "Restrições à participação em procedimentos de contratação pública", in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, p. 27.

⁴⁰ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 707; ARROWSMITH, Sue/ PRIEB, Hans-Joachim/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning - An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?", in *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, pp. 17-18.

⁴¹ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 706; PRIEB, Hans-Joachim/ ARROWSMITH, Sue/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct: An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?", in *Public Procurement Law Review*, vol. 18, n.º 6, pp. 270-271.

⁴² MOREIRA, José Azevedo - "Os «motivos...”, pp. 79-80; ARROWSMITH, Sue/ PRIEB, Hans-Joachim/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning...", pp. 18-20.

⁴³ RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação...*, pp. 862-867; ARROWSMITH, Sue/ PRIEB, Hans-Joachim/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning...", p. 21.

idoneidade cívica, moral, profissional e económica dos candidatos e concorrentes, procurando-se um cocontratante responsável, íntegro e prudente⁴⁴.

II. Não obstante competir aos EM especificar as condições de aplicação do art. 57.º da Diretiva, dos respetivos n.ºs 1 e 2, 1.º parágrafo, resulta a imposição e dos n.ºs 2, 2.º parágrafo, e 4 a possibilidade, de as entidades adjudicantes excluírem, num concreto procedimento, os operadores em relação aos quais se verifique algum motivo de exclusão. Desta forma, a Diretiva contempla um sistema de exclusão casuística, realizada procedimento a procedimento, pelas entidades adjudicantes⁴⁵.

Neste sentido, em Portugal, nos termos dos arts. 55.º, 146.º, 148.º, 184.º e 186.º do CCP, os *impedimentos relativos* são verificados e declarados pela entidade adjudicante, em cada procedimento, face a cada operador, excluindo as propostas ou candidaturas apresentadas por operadores relativamente aos quais se verifique um *impedimento relativo*. Deste modo, o *impedimento relativo* é declarado pela entidade adjudicante, de forma casuística, produzindo efeitos apenas naquele concreto procedimento. Caso o operador participe noutra procedimento, com a mesma entidade adjudicante ou não, esta entidade terá de averiguar, novamente, se existe algum impedimento relativamente àquele operador, bem como a todos os restantes, não estando vinculada a decisões anteriores.

III. Aos candidatos ou concorrentes é exigido o cumprimento de diversos requisitos, determinados tendo em conta o tipo de procedimento e o respetivo objeto. Entre os requisitos que todos os operadores interessados em participar no procedimento têm de preencher encontra-se a inexistência de qualquer impedimento (arts. 55.º do CCP e 56.º/1/b) da Diretiva)⁴⁶. Esta ausência de impedimentos constitui um requisito geral de participação⁴⁷, visto constituir uma exigência para todos os procedimentos, que tem de se verificar ao longo de todo o procedimento (arts. 57.º/5 e 73.º/b) da Diretiva).

⁴⁴ RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação...*, p. 863; PRIEB, Hans-Joachim/ ARROWSMITH, Sue/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning as a Defence...", p. 273.

⁴⁵ Neste sentido, YUKINS, Christopher - "Public Procurement Law: Key International Developments in 2014 - Part I: An American Perspective on the New European Public Procurement Directives", in *West Government Contracts Year in Review Covering 2014 Conference Briefs*, pp. 8-9.

⁴⁶ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 699. Com efeito, a participação de um operador que se encontre impedido constitui contraordenação muito grave, nos termos do art. 456.º/a).

⁴⁷ *Ibid.*

Nos termos do art. 56.º/2 da Diretiva, não é obrigatória a existência de uma fase de admissão dos concorrentes, prévia à análise das propostas, no caso de concursos públicos, podendo a apreciação dos concorrentes, na qual se insere a verificação da inexistência de impedimentos, ocorrer na mesma fase que a análise das propostas. Não obstante, a verificação da inexistência de impedimentos em momento prévio à apreciação da proposta apresenta menores possibilidades de discriminação por parte da entidade adjudicante, pois esta ainda não conhece o conteúdo das propostas⁴⁸.

Tendo o legislador português optado por não autonomizar a fase de admissão dos concorrentes ou candidatos, a exclusão daqueles em relação aos quais se verifique algum dos impedimentos previstos no art. 55.º ocorre através da exclusão da respetiva proposta ou candidatura, que é proposta pelo júri nos relatórios preliminar e final (arts. 146.º/2/c), 184.º/2/c), 148.º/1 e 186.º/1) e decidida pelo órgão competente para a decisão de contratar (arts. 148.º/4 e 186.º/4).

A ausência de impedimentos é declarada pelos concorrentes ou candidatos, através da apresentação de uma declaração sob compromisso de honra (Anexo I ao CCP), no momento da apresentação das respetivas propostas ou candidaturas (art. 57.º/1/a)). Nos procedimentos com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, é apresentado o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) (art. 57.º/6), que contém uma secção relativa aos motivos de exclusão. O DEUCP constitui uma declaração sob compromisso de honra do operador, na qual declara não se encontrar em qualquer situação que implique a sua exclusão e que preenche os critérios de seleção requeridos. Estas declarações constituem um meio de prova preliminar, substituindo a entrega dos documentos comprovativos da inexistência de impedimentos, cuja apresentação apenas será exigida ao adjudicatário.

Em sede de apresentação dos documentos de habilitação é feita a comprovação documental da inexistência de impedimentos (art. 81.º/1/a) e b))⁴⁹. A habilitação “é o ato procedimental que se traduz na apresentação, pelo adjudicatário, dos documentos comprovativos de que preenche os requisitos estabelecidos na lei e no programa de procedimento como necessários para poder celebrar o contrato”⁵⁰, por isso se diz que a

⁴⁸ ARROWSMITH, Sue – *op. cit.*, p. 718.

⁴⁹ A apresentação dos documentos de habilitação encontra-se regulada pela Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro.

⁵⁰ *Vd.* SILVA, Jorge Andrade da - *Dicionário dos Contratos Públicos*, p. 319.

verificação de um impedimento inabilita o operador⁵¹ e apenas o adjudicatário se encontra obrigado a apresentar os documentos comprovativos da inexistência de impedimentos.

IV. Os EM podem introduzir listas de operadores económicos aprovados (*white lists*) (art. 64.º da Diretiva)⁵², das quais constarão informações relativas ao cumprimento de requisitos qualitativos e à inexistência de motivos de exclusão. O registo em listas oficiais poderá, pois, ser utilizado pelo operador como prova da inexistência de motivos de exclusão⁵³. Note-se que, segundo o considerando 85 da Diretiva, sempre que possível, as entidades adjudicantes devem aceder às bases de dados relevantes, no sentido de obterem informações relativas aos motivos de exclusão.

Neste sentido, o Governo, no âmbito do Programa SIMPLEX+, criou o Portal Nacional de Fornecedores do Estado (PNFE), através do Decreto-Lei n.º 72/2018, de 12 de setembro, com o objetivo de simplificar e agilizar os procedimentos de verificação da inexistência de impedimentos. Do PNFE constarão informações relativas à situação tributária e contributiva do operador, ao seu registo criminal e ao dos titulares dos seus órgãos de administração, direção ou gerência (arts. 1.º/3 e 8.º daquele diploma). O registo no PNFE é facultativo e dispensa os operadores da entrega dos documentos relativos à sua situação tributária e contributiva e dos certificados de registo criminal (art. 3.º do referido diploma).

V. Por último, importa ainda referir a possibilidade de relevação dos *impedimentos relativos*, ou *self-cleaning*, previsto no art. 55.º-A do CCP, bem como no art. 57.º/6 e no considerando 102 da Diretiva. A relevação consiste na possibilidade de o operador, relativamente ao qual se verifica um *impedimento relativo*, evitar a exclusão da respetiva proposta ou candidatura, demonstrando a sua idoneidade presente, decorrente da adoção de medidas de reabilitação e de prevenção de futuras situações idênticas.

⁵¹ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 699.

⁵² BOVIS, Christopher - *The law of EU public procurement*, 2ª ed., pp. 117-118.

⁵³ ARROWSMITH, Sue – *op. cit.*, pp. 1300-1303; STEINICKE, Michael/ VESTERDORF, Peter L. - *EU public procurement law: Brussels commentary*, p. 694. Esta possibilidade já era admitida previamente à Diretiva, cf. Acórdão *Bâtiments et Ponts Construction SA* (Acórdão do TJUE, de 15.07.2010, Processo C-74/09, § 53).

A sua consagração constituiu uma novidade da Diretiva, inspirada nas legislações da Alemanha e da Áustria⁵⁴.

3.2. O impedimento absoluto

I. O sistema de *impedimento absoluto* teve origem nos EUA, tendo sido adotado por vários outros países, inclusive europeus, bem como por várias instituições internacionais, como o Banco Mundial (BM)⁵⁵.

Quando falamos no sistema de *impedimento absoluto*, referimo-nos ao sistema de suspensão e *impedimento absoluto* (*suspension and debarment*), pois ambos fazem parte do mesmo sistema, funcionando de forma interligada. Segundo STEVEN L. SCHOONER “*suspension and debarment are administrative remedies available to the Federal Government to disqualify contractors or individuals from obtaining (...) federal government contracts*”⁵⁶. O *impedimento absoluto* e a suspensão, tal como o *impedimento relativo*, impedem um operador de participar em procedimentos de formação de contratos públicos.

Apesar de, regra geral, o sistema de *impedimento absoluto* incluir estas duas medidas administrativas (o *impedimento absoluto* e a suspensão), tal não se verifica em todos os casos. Podem existir e existem, sistemas que apenas consagram o *impedimento absoluto* e não consagram medidas equivalentes à suspensão.

II. O sistema de *impedimento absoluto* constitui um sistema centralizado⁵⁷, no qual a decisão de desqualificar determinado operador, durante certo período, é tomada por organismos centrais⁵⁸, produzindo esta decisão efeitos *erga omnes*, i.e. esta decisão produz efeitos em relação a todos os procedimentos que decorram durante o período determinado, vinculando todas as entidades adjudicantes⁵⁹. Esta decisão resulta de um procedimento autónomo,

⁵⁴ STEINICKE, Michael/ VESTERDORF, Peter L. – *op. cit.*, pp. 642-643; CARANTA, Roberto/ RICHETTO, Sara – “Self-cleaning”, in *Qualification, selection and exclusion in EU procurement*, pp. 290-291.

⁵⁵ Alguns dos quais serão analisados no capítulo 4 *infra*.

⁵⁶ *Vd.* SCHOONER, Steven L. - "The paper tiger stirs: rethinking exclusion and debarment", in *Public Procurement Law Review*, vol. 13, n.º 5, p. 212.

⁵⁷ CASTELLANO, Nathaniel E. - "Suspensions, Debarments, and Sanctions: a comparative guide to United States and World Bank Exclusion Mechanisms", in *Public Contract Law Journal*, vol. 45, n.º 3, pp. 426-427.

⁵⁸ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 711.

⁵⁹ Note-se que o conceito de *impedimento absoluto* ora avançado não coincide com o conceito de impedimento absoluto avançado por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, para quem o critério de identificação se situa ao nível da

tramitado à margem de qualquer procedimento pré-contratual, iniciando-se com o conhecimento da alegada infração pela entidade central e terminando com uma decisão de aplicação, ou não, da medida.

Note-se que este sistema é também conhecido como *blacklisting*⁶⁰, pois a aplicação destas medidas implica a inclusão do operador numa lista ou base de dados (*blacklist*), de forma a que todas as entidades adjudicantes conheçam, a todo o momento, os operadores impedidos.

III. O *impedimento absoluto* e a suspensão são medidas administrativas, que produzem efeitos severos nos operadores visados⁶¹. STEVEN L. SCHOONER refere que a ameaça de suspensão ou *impedimento absoluto* constitui uma espada de Dâmocles⁶², uma motivação para que o operador cumpra todas as suas obrigações. Vários autores referem que estas medidas podem constituir a pena de morte de um operador (*corporate death penalty*)⁶³, visto implicarem a interdição absoluta a fundos e contratos públicos por períodos de duração diferenciada, que podem provocar a insolvência de um operador, caso este se encontre dependente dos mesmos.

Todavia, mesmo que esta dependência não exista, verifica-se sempre um dano reputacional decorrente da aplicação da medida, que é tornada pública através da sua inserção numa base de dados de acesso público. Com efeito, a aplicação destas medidas exterioriza o entendimento da Administração de que aquele operador não é fidedigno, o que pode repercutir-se nos contratos que este pretenderia vir a celebrar com operadores privados⁶⁴.

O sistema de *impedimento absoluto* pretende proteger a Administração de negócios arriscados, bem como o erário e o interesse públicos, garantindo que aquela apenas contrata com operadores idóneos, afastando aqueles cujas infrações demonstram inidoneidade.

insusceptibilidade de relevação do impedimento (RAIMUNDO, Miguel Assis - "Primeira análise das novas directivas (Parte I)", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, pp. 49-50).

⁶⁰ YUKINS, Christopher R. - "Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis", in *George Washington International Law Review*, vol. 45, p. 219.

⁶¹ Cf. CANNI, Todd J. - "Shoot First, Ask Questions Later: An Examination and Critique of Suspension and Debarment Practice Under the FAR, Including a Discussion on the Mandatory Disclosure Rule, the IBM Suspension, and Other Noteworthy Developments", in *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n.º 3, pp. 585-587.

⁶² SCHOONER, Steven L. – *op. cit.*, p. 214.

⁶³ Entre outros, STEADMAN, John Montague - "Banned in Boston - and Birmingham and Boise and...: Due Process in the Debarment and Suspension of Government Contractors", in *Hastings Law Journal*, vol. 27, n.º 4, pp. 793-794; SCHOONER, Steven L. – *op. cit.*, p. 214; CANNI, Todd J. – *op. cit.*, p. 605.

⁶⁴ Como refere RACHEL E. KRAMER, "the decision to suspend or debar a contractor is equivalent to a decision that the contractor poses too great a risk to the Government, even taking into account mitigating factor" (KRAMER, Rachel E., "Awarding contracts to suspended and debarred firms: are stricter rules necessary?", in *Public Contract Law Journal*, vol. 34, n.º 3, p. 550).

Pretende-se ainda desincentivar a prática de infrações pelos operadores, que, sob pena de serem impedidos, são compelidos a cumprir as obrigações a que se encontram adstritos⁶⁵.

3.3. Critérios de distinção entre o *impedimento relativo* e o *impedimento absoluto*

I. Apesar de tanto os *impedimentos relativos* como os *absolutos* implicarem a desqualificação de um operador de um procedimento pré-contratual, o modo como alcançam este resultado é distinto. Se, por um lado, nos *impedimentos relativos* a desqualificação é determinada de forma casuística, no âmbito de um procedimento pré-contratual, produzindo efeitos apenas naquele procedimento, já nos *impedimentos absolutos*, por outro lado, existe um procedimento autónomo, no qual a desqualificação é determinada por entidades centrais que publicitam a sua decisão, a qual produz efeitos *erga omnes*, vinculando todas as entidades adjudicantes⁶⁶.

O sistema de *impedimento relativo* apresenta a vantagem de permitir às entidades adjudicantes apreciar e decidir, por si, se determinado operador é, ou não, fiável e idóneo para contratar consigo. Na ótica do operador permite-lhe evitar a exclusão absoluta da contratação pública, visto existir a possibilidade de a sua proposta ou candidatura não ser excluída em todos os procedimentos, tudo dependendo da apreciação realizada por cada entidade adjudicante.

O sistema de *impedimento absoluto* apresenta várias vantagens decorrentes da sua centralização, como uma maior eficácia e objetividade na sua aplicação, poupança de recursos, procedimentos mais uniformes e previsíveis, especialização e maior eficiência⁶⁷. No fundo, confere uma maior igualdade, certeza, coerência e segurança jurídica.

⁶⁵ EMMANUELLE AURIOL e TINA SØREIDE consideram que o *impedimento absoluto* pode prevenir infrações, caso haja uma elevada probabilidade de estas serem detetadas e caso os operadores considerem como valiosos futuros contratos públicos, considerando que já será um instrumento desadequado caso signifique a exclusão de todos os operadores do mercado (AURIOL, Emmanuelle/ SØREIDE, Tina – *op. cit.*, p. 45).

⁶⁶ Fazendo também esta distinção, ARROWSMITH, Sue/ LINARELLI, John/ WALLACE JR., Don - *Regulating public procurement: national and international perspectives*, p. 41; MOREIRA, José Azevedo – “A relevação...”, pp. 139-142; PÜNDER, Hermann - "Self-Cleaning: A Comparative Analysis", in *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, p. 190.

⁶⁷ WILLIAMS-ELEGBE, Sope - *Fighting corruption in public procurement: a comparative analysis of disqualification or debarment measures*, pp. 146-147, 150; CASTELLANO, Nathaniel E. – *op. cit.*, pp. 427-428.

Podem, também, existir sistemas mistos que combinam o *impedimento absoluto* para determinadas causas de desqualificação com um sistema de *impedimentos relativos* para outras⁶⁸.

Note-se que, atendendo à severidade dos efeitos decorrentes da aplicação do *impedimento absoluto* em comparação com o *impedimento relativo*, as garantias processuais do operador exigidas no âmbito do procedimento de aplicação de um *impedimento absoluto* deverão ser superiores às garantias do operador no âmbito da aplicação de um *impedimento relativo*⁶⁹.

3.4. Conformidade com a Diretiva de um sistema de *impedimento absoluto*

I. Da redação da Diretiva não resulta qualquer proibição à adoção de um sistema de *impedimento absoluto*⁷⁰, na aceção ora defendida. Da Diretiva decorre apenas a exigência de serem as entidades adjudicantes a excluir os operadores, no âmbito de um concreto procedimento pré-contratual (art. 57.º/1 e 4 da Diretiva), bem como a exigência de o princípio da proporcionalidade ser considerado na aplicação dos motivos facultativos de exclusão (considerando 101 da Diretiva).

Exigências que entendemos poderem ser cumpridas no âmbito de um sistema de *impedimento absoluto*, na aceção ora defendida. Pense-se, por exemplo, num sistema em que, por um lado, a decisão vinculativa de exclusão, i.e. de aplicação do *impedimento absoluto*, é tomada por uma entidade central, no âmbito de um procedimento autónomo, apreciando a situação do operador e atendendo ao princípio da proporcionalidade, sendo, por outro lado, a verificação da existência de um *impedimento absoluto* e a exclusão do operador num concreto procedimento realizadas pela entidade adjudicante, admitindo-se, ainda, o *self-cleaning* do

⁶⁸ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 711.

⁶⁹ SANCHEZ-GRAELLS, Albert - *'If it ain't broke, don't fix it'? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts*, p. 25.

⁷⁰ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 711; SANCHEZ-GRAELLS, Albert - *Public procurement and the EU competition rules*, 2ª ed., p. 471; YUKINS, Christopher/ KANIA, Michal - "Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement", in *Procurement Law Journal*, n.º 2 (2019), pp. 66-71.

operador. Parece-nos que um sistema como este cumpriria as exigências que decorrem da redação da Diretiva.

II. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) relativa aos motivos facultativos de exclusão vai, porém, além do disposto na Diretiva, colocando entraves à possível adoção pelos EM de um sistema de *impedimento absoluto* no que diz respeito aos motivos facultativos de exclusão.

Com efeito, o TJUE, pronunciando-se sobre a aplicação dos motivos facultativos de exclusão, tem entendido que estes requerem uma apreciação concreta e individualizada do operador por parte da entidade adjudicante, competindo-lhe apreciar se este deverá ser ou não excluído⁷¹. Em particular, o TJUE entende que a faculdade das entidades adjudicantes excluírem os operadores se destina a permitir-lhes apreciar a fiabilidade dos mesmos, nos termos do considerando 101 da Diretiva, assentando a confiança que a entidade adjudicante deposita no operador na fiabilidade deste último⁷².

O TJUE recusa presunções inilidíveis e exclusões automáticas, incluindo no conceito de exclusão automática as situações em que a entidade adjudicante se encontra vinculada à decisão de uma entidade terceira, pois considera que a entidade adjudicante não poderá atender ao princípio da proporcionalidade na exclusão do operador⁷³.

Ora, considerando que a adoção de um sistema de *impedimento absoluto*, na aceção ora defendida, implica a vinculação da entidade adjudicante à decisão de uma entidade terceira, parece-nos que a adoção deste sistema viola a interpretação que o TJUE faz do modo de aplicação dos motivos facultativos de exclusão.

III. Porém, parece-nos que esta orientação do TJUE não merece acolhimento direto na Diretiva⁷⁴. Com efeito, nos termos do art. 57.º/4 da Diretiva, apenas se exige que a entidade

⁷¹ Acórdão *Forposta* (Acórdão do TJUE, de 13.12.2012, Processo C-465/11, § 31); Acórdão *Meca* (Acórdão do TJUE, de 19.06.2019, Processo C-41/18, § 28 e 34); Acórdão *Delta* (Acórdão do TJUE, de 3.10.2019, Processo C-267/18, § 25).

⁷² Acórdão *Meca* (§ 29 e 30); Acórdão *Delta* (§ 26); Acórdão *Tim SpA* (Acórdão do TJUE, de 30.01.2020, Processo C-395/18, § 41).

⁷³ Acórdão *Meca* (§ 32); Acórdão *Delta* (§ 27); Acórdão *Tim SpA* (§ 53); Despacho *CNS* (Despacho do TJUE, de 04.06.2019, Processo C-425/18, § 34).

⁷⁴ Note-se que SUE ARROWSMITH considera que a Diretiva admite a aplicação da exclusão enquanto sanção, pela violação de normas legais, ou outras, aplicada num procedimento autónomo destinado a analisar e sancionar essa violação (ARROWSMITH, Sue – *op. cit.*, p. 1243).

adjudicante exclua o operador num concreto procedimento, não existindo qualquer referência à impossibilidade de a decisão da entidade adjudicante se encontrar vinculada a uma prévia decisão de uma entidade central terceira. Aliás, a Diretiva admite, no art. 57.º/6, a existência de uma decisão judicial prévia, que determina a exclusão da participação em procedimentos pré-contratuais e que, portanto, vincula as entidades adjudicantes, não sendo, segundo aquele normativo, passível de *self-cleaning*.

Acresce que o considerando 101 da Diretiva não refere que a entidade adjudicante deverá ter em conta o princípio da proporcionalidade, refere apenas que este princípio deverá ser tido em conta. Efetivamente, o princípio da proporcionalidade é considerado quando a entidade central pondera, por exemplo, a gravidade e efeitos da infração, quer na decisão de aplicação do *impedimento absoluto*, quer na determinação do respetivo prazo. Aliás, consideramos que a entidade central se encontra numa posição privilegiada para apreciar a proporcionalidade do impedimento e respetivo prazo, bem como as circunstâncias do caso concreto, tendo em conta o seu conhecimento do panorama geral da contratação pública e dos vários setores. Para esta posição privilegiada contribuem os meios e os conhecimentos técnicos especializados da entidade central.

Sendo certo que, tal como já reconheceu o TJUE, os EM são livres na determinação do modo de aplicação das causas de exclusão⁷⁵, pelo que os EM são também livres para decidir se a referida apreciação deverá ser realizada ao nível das entidades adjudicantes ou se, pelo contrário, consideram mais adequado confiar essa tarefa a entidades centrais.

O princípio da proporcionalidade é ainda atendido na tomada de decisão relativa ao *self-cleaning* dos operadores, que não se confunde com a decisão de exclusão. Com efeito, ainda que tenha sido aplicado um *impedimento absoluto* ao operador, tal não impede que este demonstre à entidade competente (central ou adjudicante, consoante o modelo implementado pelo respetivo EM) que adotou medidas que justificam a sua não exclusão. Note-se que, neste âmbito, o considerando 102 da Diretiva parece admitir que a apreciação seja realizada por uma entidade central.

Acresce que a existência desta prévia decisão vinculativa não pode ser equiparada a uma exclusão automática, pois tal exclusão significaria que a situação do operador não era apreciada por nenhum órgão, não podendo aquele justificar o sucedido ou demonstrar a sua

⁷⁵ Cf. ARROWSMITH, Sue – *op. cit.*, pp. 721, 1238-1239; Acórdão *La Cascina* (§ 21 e 23).

reabilitação. Isto não sucede no sistema de *impedimento absoluto*, onde existe um procedimento autónomo, no âmbito do qual são asseguradas as garantias procedimentais e os direitos de audição e defesa do operador.

3.5. A sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos: *impedimento relativo* ou *absoluto*

I. Regressando à análise da sanção prevista nos arts. 460.º e 464.º-A, importa agora reconduzi-la a um destes conceitos: a um *impedimento relativo* ou *absoluto*.

Esta sanção caracteriza-se por ser aplicada por uma entidade central, o IMPIC⁷⁶, através de um procedimento autónomo, sendo publicitada no Portal BASE e produzindo efeitos *erga omnes*. A sua aplicação implica a inelegibilidade do operador sancionado em todos os procedimentos pré-contratuais durante o prazo da sanção, vinculando todas as entidades adjudicantes. Como refere FERNANDO BATISTA, as entidades adjudicantes constituem os garantes da aplicação efetiva da sanção, “em cada procedimento por elas lançado, verificando se os concorrentes ou convidados não integram as listas publicitadas pelo IMPIC no portal dos contratos públicos (Portal BASE) durante o correspondente período de proibição”⁷⁷.

Por conseguinte, verificando-se todas as características do *impedimento absoluto*, podemos concluir que esta sanção consubstancia um *impedimento absoluto*⁷⁸.

Assim, atualmente existe em Portugal um sistema misto, que conjuga, por um lado, *impedimentos relativos*, constantes do art. 55.º, que são determinados de forma casuística e, por outro lado, um *impedimento absoluto* consubstanciado pela sanção prevista nos arts. 460.º e 464.º-A.

⁷⁶ Não se encontra expressamente prevista no CCP a entidade competente para aplicar a sanção nos termos do art. 460.º. Entendemos que a entidade competente é o IMPIC, cf. ponto 5.1.

⁷⁷ *Vd.* BATISTA, Fernando - "O «Bad Past Performance» no Código dos Contratos Públicos", in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6, p. 92.

⁷⁸ Neste sentido já se pronunciou JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, que considera serem estas normas o único exemplo em Portugal de desqualificação semelhante à existente nos EUA e no Banco Mundial (MOREIRA, José Azevedo – “A relevação...”, pp. 139-142, nota de rodapé 80). Já FERNANDO BATISTA considera que com o art. 464.º-A foi criada em Portugal uma *black list* (BATISTA, Fernando – *op. cit.*, p. 90).

Note-se que previamente à revisão do CCP, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO já havia sugerido a aplicação do impedimento à *bad past performance* através de um procedimento semelhante ao do *debarment* (RAIMUNDO, Miguel Assis - "Primeira análise...", p. 45).

II. A introdução desta sanção constitui um elemento adicional de incentivo ao cumprimento pontual do contrato e de todas as obrigações que impendem sobre o operador, cumprindo uma função coercitiva, pois o incumprimento das obrigações fundamenta a aplicação não apenas de sanções contratuais, mas poderá também implicar a aplicação da sanção em apreço, resultando na perda de futuros contratos, a cujos procedimentos de formação o operador não terá acesso. A este incentivo acresce o decorrente das sanções contratuais que fundamentam a aplicação desta sanção nos termos do art. 464.º-A, as quais cumprem também uma função coercitiva⁷⁹.

Esta sanção cumpre igualmente uma função de proteção dos contraentes públicos e, por conseguinte, do erário público. Ao afastar de futuros procedimentos operadores que se revelaram pouco fiáveis, inidóneos e incumpridores da lei e dos contratos celebrados, a sanção protege os contraentes públicos de contratarem com estes operadores, evitando futuros incumprimentos. De facto, o risco de incumprimento é superior face a operadores que já demonstraram não serem cumpridores. Como referem MARCO CALDEIRA e JULIANA BRAZ MIMOSO, “o incumprimento (...) de um ou vários contratos levanta a dúvida legítima sobre se essa actuação irá repetir-se para o futuro”⁸⁰.

Note-se que esta sanção protege também o interesse público. Com efeito, existe um interesse público no cumprimento pontual do contrato, pois a decisão de contratar funda-se na identificação de uma necessidade pública que carece de suprimento. Sendo o contrato celebrado incumprido, será necessário um novo procedimento para suprir aquela necessidade, pelo que o incumprimento de um contrato público implica um prejuízo para o interesse público.

Desta forma, a sanção em apreço procura proteger o Estado e o interesse público de possíveis incumprimentos futuros, bem como promover uma concorrência sã entre operadores cumpridores.

Esta sanção impõe também uma punição, constituindo uma consequência negativa face à conduta censurável do operador. Esta função punitiva não constitui a sua função principal,

⁷⁹ GONÇALVES, Pedro Costa – “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, p. 589; MELO, Pedro/ CORDEIRO, Maria Ataíde – “Sanções pecuniárias nos contratos administrativos”, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, p. 836.

⁸⁰ *Vd.* CALDEIRA, Marco/ MIMOSO, Juliana Braz – *op. cit.*, p. 893.

no entanto esta sanção não deixa de representar uma punição adicional, além da decorrente das sanções contratuais referidas no art. 464.º-A⁸¹.

III. Tendo concluído que a sanção em análise constitui um exemplo de *impedimento absoluto*, cumpre, agora, analisar exemplos de *impedimentos absolutos* a nível internacional.

⁸¹ Também as sanções contratuais administrativas têm uma função punitiva (cfr. GONÇALVES, Pedro Costa - “Cumprimento...”, pp. 600-601).

4. Exemplos de *impedimento absoluto* a nível internacional

I. Encontram-se exemplos de *impedimentos absolutos* espalhados por todo o mundo, incluindo não apenas Estados, mas também instituições internacionais.

No âmbito dos Estados, note-se que a Lei-Modelo da UNCITRAL sobre contratação pública inclui a possibilidade de ser adotado este sistema⁸².

O sistema de *impedimento absoluto* foi também adotado por várias instituições internacionais, entre as quais os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (BMD): o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, o Banco Asiático de Desenvolvimento, o Banco Asiático de Investimento em Infraestrutura, o Banco Africano de Desenvolvimento, o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento e o Banco Europeu de Investimento⁸³, entre outros. Analisaremos posteriormente o sistema do BM, tendo os restantes BMD adotado sistemas semelhantes a este⁸⁴.

Também o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento adotou um sistema de *impedimento absoluto*, aplicado nas aquisições de bens e serviços que realiza diretamente ou através das entidades com as quais colabora⁸⁵.

4.1. O modelo norte-americano

I. Nos EUA a contratação pública é regulada aos níveis federal, estatal e local. Ao nível federal, a contratação é regulada pelo *Federal Acquisition Regulation* (FAR)⁸⁶, que se aplica a toda a contratação realizada pelo órgão executivo. Em especial, a desqualificação de operadores encontra-se regulada na subparte 9.4 do FAR.

⁸² Cf. Art. 9.º da Lei-Modelo; *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, pp. 19, 80; NICHOLAS, Caroline - "Enforcing the Requirements of the 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement: Model Rules on Suspension and Debarment?", in *Public Procurement Law Review*, vol. 25, n.º 3.

⁸³ Ainda que o respetivo diploma se refira a exclusão, entendemos ser um caso de *impedimento absoluto*.

⁸⁴ Cf. BENEDETTI, Mariangela - "How Multilateral Development Banks invest corruption in their funded projects", in *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, pp. 224-233; FARIELLO JR., Frank A./ DALY, Conrad C. - "Coordinating the fight against corruption among MDBs: the past, present, and future of sanctions", in *George Washington International Law Review*, n.º 45, n.º 2, pp. 259-262.

⁸⁵ A lista de operadores inelegíveis encontra-se disponível em: <https://www.undp.org/content/undp/en/home/operations/procurement/business/protest-and-sanctions/ineligibility-list/>.

⁸⁶ Todas as normas referidas neste subcapítulo, cujo diploma não se encontre identificado, constam do FAR.

As compras efetuadas pelas restantes entidades adjudicantes, ao nível federal, estatal e local, não sendo diretamente reguladas pelo FAR, encontraram nele inspiração, pelo que concentraremos a nossa análise neste diploma.

II. O sistema norte-americano baseia-se na ideia de responsabilidade atual (*present responsibility*), a qual diz respeito à integridade, honestidade e competência do operador. O objetivo é perceber se aquele operador será capaz de cumprir pontualmente e de forma satisfatória o contrato.

Este é um modelo misto, coexistindo dois sistemas de desqualificação de operadores não responsáveis⁸⁷: um sistema de *impedimento absoluto*, declarado por uma Agência federal⁸⁸, com um sistema casuístico de determinação da responsabilidade atual do operador, através do qual cada entidade adjudicante deve, previamente à adjudicação do contrato, determinar se o operador é atualmente responsável e, em caso negativo, desqualificá-lo⁸⁹, não sendo esta decisão vinculativa, nem para a própria entidade adjudicante, nem para as restantes. Com efeito, a entidade adjudicante apenas pode adjudicar um contrato após efetuar uma determinação positiva sobre a responsabilidade atual do operador⁹⁰.

III. No âmbito do sistema de *impedimento absoluto*, existem dois tipos de desqualificação, implicando ambos a inelegibilidade do operador em procedimentos pré-contratuais: o *impedimento absoluto* e a suspensão, que constitui uma medida provisória, aplicada durante a pendência de um procedimento. Estas medidas distinguem-se pelo respetivo prazo, o que implica, consequentemente, distintas exigências ao nível dos direitos de defesa do operador.

Tendo em conta a gravidade dos seus efeitos, a suspensão e o *impedimento absoluto* apenas devem ser aplicados para proteger o Governo, considerando o interesse público e não como forma de punição (art. 9.402(b))⁹¹. A desqualificação é vista como uma decisão empresarial, de proteção do contraente público, centrando-se a análise no risco de desempenho

⁸⁷ Cf. CASTELLANO, Nathaniel E. – *op. cit.*, pp. 410-411.

⁸⁸ As Agências federais são entidades que integram o Governo. Cada Agência federal tem um departamento de suspensão e *impedimento absoluto*.

⁸⁹ Existindo desqualificações casuísticas consecutivas, a doutrina fala num *impedimento absoluto* de facto. Neste sentido, CANNI, Todd J. – *op. cit.*, p. 554.

⁹⁰ SCHOONER, Steven L. – *op. cit.*, pp. 213-214.

⁹¹ Cf. KRAMER, Rachel E. – *op. cit.*, pp. 543-545.

que o operador apresenta⁹². Segundo RACHEL E. KRAMER este facto encontra o seu fundamento na separação de poderes, sendo a punição competência dos procuradores federais, enquanto ao Governo cabe contratar com operadores responsáveis e adquirir os melhores produtos/serviços para o caso concreto⁹³.

IV. Um operador é suspenso quando, na pendência de um procedimento administrativo autónomo ou de um processo judicial, é necessária uma ação imediata para proteger o interesse do Governo (art. 9.407-1(b)(1)).

As causas de *impedimento absoluto* encontram-se previstas no art. 9.406-2⁹⁴, sendo semelhantes às que se encontram na Diretiva⁹⁵. Incluem o incumprimento anterior (art. 9.406-2(b)(1)(i)), bem como duas cláusulas *catch-all* (arts. 9.406-2(a)(5) e 9.406-2(c)), que atribuem às Agências uma grande margem de discricionariedade na determinação da existência de uma causa de *impedimento absoluto*, pois permitem a aplicação do *impedimento absoluto* sempre que o oficial de *impedimento absoluto* e suspensão (*suspension and debarment official, SDO*)⁹⁶ considere ter sido afetada a responsabilidade atual do operador. Já as causas de suspensão encontram-se previstas no art. 9.407-2(a), sendo semelhantes às causas de *impedimento absoluto*, mas incluindo apenas as causas relacionadas com a prática de crimes, além de duas cláusulas *catch-all* (arts. 9.407-2(a)(9) e 9.407-2(c)).

V. A competência para tramitar o procedimento e para determinar se a desqualificação do operador é ou não do interesse do Governo cabe ao SDO.

O objetivo de proteger o Governo explica o facto de a desqualificação do operador não ser automática, mas sim discricionária⁹⁷ (arts. 9.402(a) e 9.407-1(b)(2)), i.e. a verificação, por si só, de uma das causas previstas no FAR não implica a aplicação do *impedimento absoluto*,

⁹² CASTELLANO, Nathaniel E. – *op. cit.*, p. 410.

⁹³ KRAMER, Rachel E. – *op. cit.*, pp. 543-544.

⁹⁴ Além das causas enumeradas no FAR, há outros diplomas que preveem causas específicas, como o *Clean Water Act* e o *Clean Air Act*.

⁹⁵ Neste sentido, HARUTYUNYAN, Sati - "Risk and Expectation in Exclusion from Public Procurement: Understanding Market Access and Harmonization between the European Union and the United States", in *Public Contract Law Journal*, vol. 45, n.º 3, pp. 461-464.

⁹⁶ Será um diretor da Agência (*agency head*) ou alguém autorizado por aquele a aplicar o *impedimento absoluto* (art. 9.403). A lista de SDOs encontra-se disponível em: <https://www.acquisition.gov/isdc-debarring-officials>.

⁹⁷ Não existem no modelo norte-americano, regra geral, causas de *impedimento absoluto* obrigatório. No entanto, verificam-se algumas exceções, decorrentes de legislação avulsa, como o *Consolidated Appropriations Act* de 2012.

dependendo esta decisão do entendimento do SDO sobre a necessidade de proteção do Governo face ao operador, a qual resultará da análise da gravidade da conduta do operador e da consideração de eventuais fatores mitigantes⁹⁸.

VI. O procedimento de desqualificação é informal (arts. 9.406-3(b) e 9.407-3(b))⁹⁹, podendo cada Agência tramitar os procedimentos de modo diverso, desde que respeitando as exigências de processo equitativo constantes do FAR¹⁰⁰.

Entre estas exigências, encontra-se a notificação, cujos requisitos dependem da gravidade da desqualificação. Assim, no *impedimento absoluto* exige-se que da proposta de *impedimento absoluto (notice of proposed debarment)* constem um maior número de elementos, previstos no art. 9.405(c), do que aqueles que são exigidos para a notificação da suspensão (*notice of suspension*), previstos no art. 9.407-3(c). Ao operador é dada a oportunidade de oferecer provas e de apresentar a sua defesa em ambos os casos, bem como de demonstrar a sua responsabilidade atual, ainda que em níveis e momentos distintos, o que se justifica pelos diferentes prazos e pela eventual necessidade de proteger uma investigação em curso no caso da suspensão¹⁰¹.

Sendo o operador notificado da proposta de *impedimento absoluto* ou da suspensão, é introduzido um registo no *System for Award Management (SAM)*¹⁰², com a sua identificação, a causa de desqualificação e o respetivo prazo (art. 9.404(b)). O SAM é uma base de dados de acesso público, que inclui uma lista dos operadores desqualificados, a qual deve ser consultada pelas entidades adjudicantes, após a receção das propostas e antes da adjudicação do contrato, estando obrigadas a rejeitar as propostas dos operadores que se encontrem registados naquela lista (art. 9.405(d)).

O impedimento cruzado (*cross-debarment*), i.e. a desqualificação ao nível de todas as entidades adjudicantes é, pois, automático¹⁰³.

⁹⁸ Nos termos do art. 9.406-1(a), que enumera os fatores mitigantes a serem considerados pelo SDO.

⁹⁹ LIDDICK, Eric Michael - "The use of withdrawn factual stipulations in debarment proceedings: a study in parallel processes", in *Public Contract Law Journal*, vol. 45, n.º 1, pp. 17-20.

¹⁰⁰ Cf. BERRADA, Jessica A. - "Suspension and Proposed Debarment in Federal Government Contracting: A Call for Pre-exclusion notice and Opportunity to Respond", in *Public Contract Law Journal*, vol. 48, n.º 1, pp. 165-188.

¹⁰¹ WILLIAMS-ELEGBE, Sope – *op. cit.*, p. 115.

¹⁰² Acessível em <https://sam.gov/SAM/>.

¹⁰³ YUKINS, Christopher R. - "Cross-Debarment...", pp. 223-224.

VII. A suspensão e o *impedimento absoluto* têm normalmente como fundamento condenações, mas também podem resultar da atuação da Agência. Desta forma, o procedimento pode ter início após uma condenação ou pode resultar de suspeitas da Agência ou até de denúncias.

Não sendo o *impedimento absoluto* aplicado com fundamento numa condenação, será necessário que exista prova preponderante da causa de *impedimento absoluto* (art. 9.406-3(d)(3)).

No caso da suspensão, uma acusação constitui fundamento suficiente para que seja determinada a suspensão imediata (art. 9.407-2(b)). Nos restantes casos exigem-se provas adequadas (*adequate evidence*) da existência da causa de suspensão (art. 9.407-2(a)).

VIII. Após análise das alegações apresentadas pelo operador, caso o SDO decida aplicar o *impedimento absoluto*, deve o operador ser notificado deste facto, sendo-lhe comunicadas as razões que justificam a sua aplicação e o prazo determinado (art. 9.406-3(e)). Já no caso da suspensão, face aos argumentos apresentados pelo operador, o SDO pode decidir terminar, alterar ou manter a suspensão (art. 9.407-3(d)(3)).

O período de *impedimento absoluto* será definido tendo em conta a gravidade da infração, não devendo exceder os 3 anos (art. 9.406-4(a)(1))¹⁰⁴, sendo subtraído ao prazo determinado o período durante o qual o operador esteve suspenso (art. 9.406-4(a)(2)). Já a suspensão mantém-se durante a pendência da investigação ou do processo judicial, não podendo durar, regra-geral, mais de 12 meses (art. 9.407-4(a)).

IX. A desqualificação vincula todas as entidades adjudicantes do ramo executivo (arts. 9.406-1(c) e 9.407-1(d)), estando estas obrigadas a aplicar a decisão da Agência que aplicou a medida. Pelo contrário, a decisão de não desqualificar não vincula nenhuma entidade, central ou adjudicante, nem mesmo a própria Agência. Excepcionalmente, as entidades adjudicantes podem, casuisticamente, alegar, por escrito e de forma fundamentada, a existência de motivos imperiosos (*compelling reasons*) (arts. 9.405, 9.406-1(c) e 9.407-1(d)), para contratar com um

¹⁰⁴ Excepcionalmente e tendo em conta alterações nas circunstâncias inicialmente analisadas, o SDO pode estender ou reduzir o prazo inicialmente determinado, caso o entenda necessário para proteger o interesse do Governo (art. 9.406-4(b)/(c)).

operador desqualificado como, por exemplo, por ser aquele o único operador que fornece determinado bem ou serviço.

Um operador impedido não pode contratar, receber subsídios ou qualquer outro tipo de assistência de qualquer entidade adjudicante, podendo continuar a executar os contratos já celebrados, mas apenas nos termos inicialmente contratados (art. 9.405-1). Os operadores desqualificados são também inelegíveis para serem subcontratados em contratos públicos (art. 9.405-2).

X. O operador tem o direito de impugnar judicialmente uma proposta de *impedimento absoluto*, bem como a decisão de aplicação do mesmo¹⁰⁵. Já no caso da suspensão, apenas pode impugnar a sua aplicação efetiva, visto que o operador apenas é notificado da mesma. Os tribunais apenas anulam as decisões de desqualificação que se revelem arbitrárias, incoerentes, abusivamente discricionárias ou ilegais¹⁰⁶.

Também é possível negociar um acordo administrativo de forma a pôr termo ao procedimento, evitando o *impedimento absoluto*¹⁰⁷. Estes acordos são introduzidos no FAPIIS (*Federal Awardee Performance and Integrity Information System*)¹⁰⁸ (arts. 9.406-3(f)(1) e 9.407-3(e)(1)), envolvendo normalmente a obrigação de o operador adotar determinadas ações, como a criação de um programa de *compliance* e a sujeição a supervisão ou controlo externos.

XI. Por fim, entre as questões que têm sido debatidas pela doutrina relativamente a este sistema, destacamos os direitos de defesa dos operadores. No sentido de assegurar em maior medida estes direitos, no caso do *impedimento absoluto*, as Agências têm utilizado a *show cause letter*, bem como pedidos de informação, para comunicar ao operador a existência do procedimento e a alegada causa de desqualificação de que a Agência teve conhecimento, oferecendo-lhe uma oportunidade de se pronunciar antes da notificação da proposta de *impedimento absoluto* e, conseqüentemente, antes do seu registo no SAM¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cf. BLOCK, Samantha - "Defying Debarment: Judicial Review of Agency Suspension and Debarment Actions", in *George Washington Law Review*, vol. 86, n.º 5, pp. 1331-1347.

¹⁰⁶ YUKINS, Christopher R. - "Cross-Debarment...", p. 224.

¹⁰⁷ Cf. YUKINS, Christopher / KANIA, Michal – *op. cit.*, pp. 64-65, 71-72.

¹⁰⁸ Base de dados de acesso público, que contém informações relativamente aos acordos administrativos, aos casos de incumprimento contratual e às determinações casuísticas de não responsabilidade. Disponível em: <https://www.fapiis.gov/fapiis/index.action>.

¹⁰⁹ CANNI, Todd J. – *op. cit.*, p. 549.

A eficácia deste sistema constitui outra questão controvertida. Neste âmbito, STEVEN L. SCHOONER questiona a sua eficácia, chamando-lhe um “*paper tiger*”¹¹⁰, ao passo que NOLAN A. KULBISKI o descreve como um “*toothless tiger*”¹¹¹.

Na doutrina norte-americana fala-se, ainda, no mito do “*too big to debar*”¹¹², referindo-se ao facto de às grandes empresas não ser aplicado o *impedimento absoluto*, como se estas fossem imunes. Aliás, mesmo nos casos em que existe a aplicação da desqualificação, o Governo utiliza a exceção dos motivos imperiosos para poder contratar com estas empresas¹¹³.

4.2. O modelo espanhol

I. Em Espanha, a contratação pública encontra-se regulada pela *Ley de Contratos del Sector Público* (LCSP), que transpõe as diretivas europeias de 2014 para o ordenamento espanhol¹¹⁴. Em especial, a matéria das causas de exclusão, denominadas proibições de contratar (*prohibiciones de contratar*) pelo legislador espanhol, encontra-se regulada nos respetivos arts. 71 e seguintes¹¹⁵.

A inexistência de proibições de contratar constitui condição *sine qua non* para contratar com o setor público (art. 65), podendo a verificação deste requisito negativo ser demonstrada através da apresentação do DEUCP, do registo criminal, de certidão administrativa ou, excecionalmente, de declaração autenticada, na qual o operador declara a referida inexistência (arts. 85 e 140). Este requisito negativo deve verificar-se desde a apresentação da proposta até à celebração do contrato (art. 140.4).

¹¹⁰ SCHOONER, Steven L. – *op. cit.*, pp. 214-217.

¹¹¹ KULBISKI, Nolan A. - "Another perspective on too big to debar: BP, the Environmental Protection Agency, and the World Bank", in *Public Contract Law Journal*, vol. 41, n.º 4, pp. 971-978.

¹¹² TILLIPMAN, Jessica - "The Congressional War on Contractors", in *George Washington International Law Review*, vol. 45, pp. 239-245; KULBISKI, Nolan A. – *op. cit.*, pp. 967-984.

¹¹³ NOLAN A. KULBISKI denuncia o uso excessivo da exceção dos motivos imperiosos, pois neutraliza o sistema de *impedimento absoluto* e cria desconfiança por parte dos cidadãos (KULBISKI, Nolan A. – *op. cit.*, pp. 972-974). Já RACHEL E. KRAMER considera ser razoável que as exceções sejam maioritariamente aplicadas em relação a grandes operadores, tendo em conta o seu tamanho e a maior facilidade que têm em apresentar medidas corretivas, bem como a maior probabilidade de se verificarem motivos imperiosos em relação aos mesmos (KRAMER, Rachel E. – *op. cit.*, pp. 548-549).

¹¹⁴ Note-se que a LCSP não procedeu à transposição da Diretiva 2014/25/UE, nem à completa transposição da Diretiva 2014/24/UE, cf. GALLEGO CÓRCOLES, Isabel – “La transposición de las Directivas sobre Contratación Pública: una visión comparada entre Portugal y España”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, pp. 16-19.

¹¹⁵ Neste subcapítulo, todos os artigos cujo diploma não se encontre identificado serão artigos da LCSP.

As proibições de contratar estão previstas no art. 71, sendo todas obrigatórias, tal como no caso português. O elenco previsto no art. 71 é semelhante ao da Diretiva, incluindo, contudo, causas de exclusão adicionais, como a condenação por crimes em matéria de urbanismo e de ordenamento do território. Entre as causas de proibição encontra-se o incumprimento de contrato público anterior (incumprimento anterior) (art. 71.2/c) e d)). Por um lado, constitui causa de proibição de contratar o incumprimento, culposo, doloso ou negligente, pelo operador, de cláusulas essenciais de contrato público anterior, do qual resulte a aplicação de sanções ou indemnizações pelo contraente público ao cocontratante. Por outro lado, constitui também causa de proibição de contratar a resolução de contrato público anterior, com fundamento no incumprimento, culposo¹¹⁶, pelo operador, de obrigações qualificadas como essenciais no caderno de encargos, desde que a resolução já não seja passível de impugnação judicial.

O ordenamento espanhol consagra ainda, no Código Penal, uma sanção acessória de proibição de contratar com o setor público, de natureza penal, a qual poderá ser aplicada pelo juiz, juntamente com a sanção penal principal¹¹⁷.

As proibições de contratar, previstas na LCSP, cumprem uma função preventiva, impedindo a Administração de celebrar contratos que seriam, com grande probabilidade, incumpridos no futuro¹¹⁸. Não constituem sanções, mas sim medidas administrativas, desde logo visto nem todas as proibições aí previstas constituírem consequências da prática de infrações.

II. Para a apreciação e declaração das proibições de contratar, encontram-se previstos três tipos de procedimento¹¹⁹, cuja aplicação depende da causa: (i) a verificação direta pela entidade adjudicante; (ii) a aplicação de uma sentença ou decisão administrativa e, sendo

¹¹⁶ A Administração está obrigada a declarar expressamente a culpa do cocontratante quando resolve o contrato, suportando o ónus da prova da mesma. Cf. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto - "Capítulo XXIII. Las prohibiciones de contratar", in *Tratado de contratos del sector público*, tomo II, pp. 1326-1329; AYMERICH CANO, C. - "Las Prohibiciones para Contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017", in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 53, pp. 326-327.

¹¹⁷ Arts. 33.7/f), 262.1, 286.1 ter, 310 bis, 424.3, 429 e 436, da *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre*.

¹¹⁸ HUERGO LORA, Alejandro - "La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, pp. 228-232; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma - "La Prohibición de Contratar con el Sector Público y otras consideraciones accesorias", in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, n.º extraordinário, pp. 508-509; AYMERICH CANO, C. - *op. cit.*, p. 308.

¹¹⁹ SANCHEZ-GRAELLS, Albert - "Qualification, Selection and Exclusion of Economic Operators under Spanish Public Procurement Law", in *Qualification, selection and exclusion in EU procurement*, pp. 176-178 (artigo escrito em relação à legislação anterior à LCSP, mas que se mantém atual); GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto - *op. cit.*, pp. 1338-1340.

necessária, a determinação do respetivo âmbito e prazo através de um procedimento autónomo; e (iii) a determinação da existência, âmbito e prazo da proibição através de um procedimento autónomo.

O primeiro tipo de procedimento referido aplica-se aos casos de insolvência, incumprimento de obrigações tributárias, laborais e para com a Segurança Social, e aos casos de impedimentos administrativos de funcionários públicos e órgãos eleitos. Nestes casos, a entidade adjudicante aprecia diretamente a proibição de contratar (art. 72.1), mantendo-se a proibição enquanto perdurar a situação que a fundamenta.

O segundo tipo de procedimento aplica-se aos casos em que a proibição decorre de sentença ou decisão administrativa. Nestes casos, importa distinguir as situações em que a sentença ou decisão administrativa determina a proibição e se pronuncia expressamente sobre o seu alcance e prazo, das situações em que apenas determina a proibição. Caso a sentença ou decisão administrativa condene o operador pelos crimes previstos no art. 71.1/a) ou o sancione por infração grave em matéria profissional (alínea b)) e se pronuncie expressamente sobre o alcance e prazo da proibição, esta será diretamente apreciada pelas entidades adjudicantes. Caso a sentença ou decisão administrativa não se pronuncie expressamente sobre o alcance e prazo, será necessário tramitar um procedimento autónomo para o efeito. Neste caso, o tribunal ou a entidade administrativa envia à *Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado* (Junta)¹²⁰ o processo e a respetiva sentença ou decisão, logo que já não seja passível de recurso ou impugnação¹²¹. No termo do procedimento, o *Ministro da Hacienda y Función Pública* (Ministro) determina, sob proposta da Junta, o alcance e o prazo da proibição, decisão que produz efeitos em relação a todo o setor público, vinculando todas as entidades adjudicantes.

O procedimento suprarreferido aplica-se, também, aos casos em que os operadores não cumpram a obrigação de comunicar alterações às informações fornecidas sobre o preenchimento dos requisitos de participação em procedimentos pré-contratuais (art. 72.3). Neste caso, deverá a entidade competente enviar o processo à Junta, iniciando-se o procedimento autónomo para declaração da proibição e determinação do respetivo alcance e prazo.

¹²⁰ A Junta é um órgão consultivo em matéria de contratação pública, que se encontra adstrita ao *Ministerio de Hacienda*, sendo regulada pelo *Real Decreto 30/1991, de 18 de Enero*.

¹²¹ HUERGO LORA, Alejandro – *op. cit.*, p. 249.

Já o terceiro tipo de procedimento aplica-se aos casos de declarações falsas, de não celebração do contrato após a adjudicação por motivo imputável ao operador e de incumprimento anterior. Nestes casos, será necessário tramitar um procedimento autónomo para declarar a proibição e determinar o seu alcance e prazo (art. 72.2). A tramitação deste procedimento, bem como a decisão sobre a proibição e respetivo alcance e prazo, cabe à entidade adjudicante relativamente à qual se verificou a situação que motiva a proibição. Estas proibições produzem efeitos apenas em relação à entidade adjudicante que as declara, não vinculando as restantes entidades, sem prejuízo de, excecionalmente, os seus efeitos se poderem estender a todo o setor público por decisão do Ministro, sob proposta da Junta (art. 73.1), caso em que passam a vincular as restantes entidades adjudicantes.

O procedimento administrativo autónomo encontra-se previsto no art. 19 do *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (RGLCAP)¹²², que determina a existência de uma audiência prévia do operador sobre a necessidade de aplicação da proibição, respetivo alcance e prazo.

III. No que diz respeito aos prazos máximos da proibição, o art. 72.6 prevê que, sendo o prazo determinado pelo tribunal ou pela entidade administrativa, a proibição manter-se-á durante o prazo determinado. Caso o prazo seja determinado pelo Ministro, o prazo máximo será de 5 anos, sendo, nos restantes casos, de 3 anos. A determinação do prazo terá em conta a existência de dolo, má-fé ou danos para o interesse público (art. 19.4 do RGLCAP)¹²³.

As decisões que declarem proibições de contratar (com exceção das decisões tomadas no âmbito do primeiro tipo de procedimento), devem ser comunicadas para inscrição no *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público* (ROLECE)¹²⁴ ou em registo equivalente das Comunidades Autónomas, consoante o âmbito da entidade que declara a proibição (art. 73.2). Em qualquer caso, esta inscrição inclui a respetiva data, motivo, prazo e extensão dos efeitos da proibição imposta.

O ROLECE constitui um registo de operadores, de acesso público (art. 344), que inclui informações sobre a existência de proibições de contratar, a solvabilidade económica e financeira, e as capacidades técnicas dos operadores, encontrando-se estes obrigados a manter

¹²² O RGLCAP aplicar-se-á, em tudo o que não contrarie a LCSP, até à entrada em vigor de um novo regulamento.

¹²³ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto – *op. cit.*, p. 1344; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma – *op. cit.*, p. 504.

¹²⁴ Regulado pelo *Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo* e pela *Orden EHA/1490/2010, de 28 de Mayo*. Acessível em: <http://registrodelicitadores.gob.es>.

as informações atualizadas (art. 343). A inscrição no ROLECE comprova a aptidão do operador, permitindo a apresentação, aquando da participação em procedimentos pré-contratuais, de um certificado emitido pelo *Ministerio de Hacienda* (art. 96), que atesta a inexistência de proibições, a solvabilidade e as capacidades técnicas do operador.

As proibições de contratar produzem efeitos a partir da sua inscrição no ROLECE (art. 73), com exceção das proibições cujo alcance e prazo foram expressamente determinados em sentença ou decisão administrativa, caso em que a proibição produz efeitos a partir da data em que transitou em julgado ou em que se tornou definitiva. Não obstante, pode o Ministro tomar medidas provisórias para assegurar a eficácia da proibição que irá declarar no termo do procedimento (art. 73.3).

Cumpra, ainda, notar que todas as decisões de declaração da proibição e de determinação do seu alcance e prazo são judicialmente impugnáveis¹²⁵.

IV. A LCSP consagra ainda a possibilidade de *self-cleaning*. Aquando da audiência prévia no âmbito dos procedimentos administrativos referidos, poderá o operador demonstrar que pagou ou comprometer-se a pagar, as multas e indemnizações fixadas e/ou que adotou as medidas preventivas adequadas a impedir a ocorrência de futuras infrações, caso em que não será declarada a proibição (art. 72.5). Esta verificação poderá também ocorrer durante o período de proibição, caso em que a proibição será revista e apreciada pelo órgão que a declarou. Porém, nos casos em que a proibição é declarada por sentença, o *self-cleaning* não é possível¹²⁶.

V. Deste modo, no ordenamento espanhol verificam-se *impedimentos absolutos* nos seguintes casos¹²⁷: (i) na determinação do alcance e prazo da proibição por decisão do Ministro, quando a sentença ou decisão administrativa não se pronunciem expressamente sobre os mesmos; (ii) na determinação da proibição, bem como do seu alcance e prazo, pelo Ministro, nos casos de incumprimento pelo operador da obrigação de comunicação de alterações que sobre ele impende; e, ainda, (iii) nos casos em que o Ministro determina a extensão dos efeitos da declaração de proibição proferida por uma entidade adjudicante.

¹²⁵ SANCHEZ-GRAELLS, Albert - "Qualification...", p. 188.

¹²⁶ Cf. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma – *op. cit.*, pp. 505-506.

¹²⁷ SANCHEZ-GRAELLS, Albert - "Qualification...", pp. 187-188.

Apenas nestes casos se verificam as características do *impedimento absoluto* apontadas, a saber, a determinação da proibição por uma entidade central (o Ministro), através de um procedimento autónomo (tramitado pela Junta), estando as entidades adjudicantes vinculadas à decisão proferida, da qual tomam conhecimento por via do respetivo registo numa *blacklist* (o ROLECE). No caso da extensão de efeitos, ainda que a proibição não seja declarada, em primeiro plano pelo Ministro, mas sim pela entidade adjudicante, é posteriormente por ele reconhecida, através da decisão de extensão dos respetivos efeitos a todo o setor público. Esta decisão é, ainda, proferida no termo de um procedimento administrativo autónomo, vinculando todas as entidades adjudicantes.

Desta forma, podemos concluir que o modelo espanhol constitui um modelo misto, ao consagrar situações de *impedimento absoluto e relativo*.

4.3. O modelo do Banco Mundial

I. O Grupo Banco Mundial¹²⁸ é composto por 5 instituições: o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), a Sociedade Financeira Internacional, a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos e o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos.

O BM é uma instituição internacional, o maior banco multilateral de desenvolvimento, tendo como missão auxiliar o desenvolvimento económico e social dos países em desenvolvimento, financiando projetos de capital intensivo nestes países.

II. Reconhecendo a corrupção como um dos grandes obstáculos ao desenvolvimento económico e social¹²⁹, e de forma a prevenir e sancionar a sua ocorrência, o BM estabeleceu um modelo sancionatório próprio, aplicado nos procedimentos pré-contratuais dos projetos por si financiados, que se caracteriza por aplicar o *impedimento absoluto*¹³⁰. Este modelo tem como fundamento os deveres fiduciários do BM, nos termos dos quais este deve garantir que os

¹²⁸ Doravante, qualquer referência ao BM será uma referência apenas ao BIRD e à IDA.

¹²⁹ Destaca-se o discurso proferido pelo então Presidente do BM, James Wolfensohn, em 1996, apelidando a corrupção de cancro.

¹³⁰ Existe também um sistema sancionatório para a contratação realizada pelo próprio BM (*corporate procurement*), o qual não será alvo da nossa análise.

fundos mutuados são utilizados para os fins a que se destinam¹³¹. Este modelo pretende dissuadir a prática de condutas que impedem o desenvolvimento dos países e dos projetos apoiados, promovendo boas práticas e sancionando os infratores. Pretende-se também garantir a integridade dos projetos financiados e da reputação do BM, procurando-se que, nos projetos financiados pelo BM, os Estados contratem apenas com operadores idôneos e fiáveis¹³². Assim, este modelo tem uma função dissuasora, sancionatória e protetora, dos projetos e da reputação do BM¹³³.

Este modelo, regulado pelos *Sanctions Proceedings and Settlements in Bank Financed Projects (Sanctions Proceedings)*¹³⁴, é desenvolvido pelo BM e aplicado pelas entidades adjudicantes dos Estados mutuários, nos procedimentos relativos a projetos financiados pelo BM. As sanções são aplicadas pelo BM por via da incorporação, por referência, das *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants* (Diretrizes), nas peças dos procedimentos e nos contratos celebrados na sequência dos mesmos, os quais atribuem ao BM autoridade para investigar e sancionar infrações às Diretrizes, em projetos por si financiados¹³⁵.

Estas Diretrizes definem as práticas sancionáveis (infrações)¹³⁶, i.e. corrupção, fraude, coação, colusão e obstrução, que, quando praticadas no âmbito de um projeto financiado pelo BM, fundamentam a aplicação de sanções.

III. Previamente ao início do procedimento, é realizada uma investigação pela *Integrity Vice Presidency* (INT), a qual é despoletada por uma suspeita de infração, que pode decorrer, por exemplo, de uma denúncia.

Caso durante a investigação a INT considere ter prova suficiente de que foi praticada uma infração e preveja que a investigação termine no prazo máximo de 1 ano, pode requerer ao SDO a suspensão temporária (*request for temporary suspension*) do operador. Considerando

¹³¹ Art. V/1/g) dos Estatutos da IDA e art. III/5/b) dos Estatutos do BIRD.

¹³² Neste sentido refere FRANCO PEIRONE que “*issuing a debarment represents the only option for the World Bank to prove its commitment to integrity. The World Bank cannot jail or fine corrupted contractors. The only device available is, therefore, interrupting the financial relationship with the World Bank institutions, debarring the bad contractors from future awards*” (PEIRONE, Franco - “The World Bank Sanction System: Moving Towards a Present Responsibility Model”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 13, n.º 1, p. 20).

¹³³ YUKINS, Christopher R. - “Cross-Debarment...”, pp. 224-225.

¹³⁴ Todos os artigos referidos no presente subcapítulo encontram-se nos *Sanctions Proceedings*.

¹³⁵ DUBOIS, Pascale Helene/ EZZEDDIN, Paul/ SWAN, Collin David – *op. cit.*, p. 62.

¹³⁶ Definidas no n.º 7 das Diretrizes.

o SDO que a prova da infração é suficiente e que a sanção recomendada seria o *impedimento absoluto* por, no mínimo, 2 anos, notifica o operador da sua suspensão temporária (*notice of temporary suspension*) (art. 2.01).

A suspensão torna-se efetiva após a sua notificação (art. 2.02), podendo o operador contestá-la (art. 2.03). Em princípio, a suspensão manter-se-á durante todo o procedimento, sendo a sua aplicação publicitada numa área reservada, acessível apenas pelas entidades adjudicantes e pelo staff do BM.

No termo da investigação, a INT apresenta as suas descobertas ao SDO, através de uma declaração (*statement of accusations and evidence*), na qual especifica as acusações e apresenta as provas obtidas, incluindo provas mitigantes ou ilibatórias (art. 3). Caso o SDO entenda serem as provas insuficientes, devolve o processo à INT.

IV. O procedimento sancionatório é constituído por dois níveis¹³⁷. Num primeiro nível, o SDO revê, de forma independente, as conclusões apresentadas pela INT, garantindo que preencheu o ónus de prova que lhe cabia. Num segundo nível, poderá o operador recorrer da decisão do SDO para o *Sanctions Board* (SB).

Considerando o SDO que a INT recolheu prova suficiente, notifica o operador do início do procedimento sancionatório (*notice of sanctions proceedings*) e da sanção que recomenda (art. 4.01). Sendo a sanção recomendada o *impedimento absoluto* por período superior a 6 meses, será o operador temporariamente suspenso (art. 4.02).

O operador pode contestar, por escrito, a suspensão, decidindo posteriormente o SDO se mantém a suspensão, termina o procedimento e/ou revê a sanção recomendada.

Paralelamente, pode o operador contestar, por escrito, as acusações e/ou a sanção recomendada, apresentando argumentos e provas (art. 5.01), podendo a INT responder a esta contestação. Caso o operador não conteste a acusação, a sanção recomendada pelo SDO torna-se efetiva e é publicada no site do BM.

¹³⁷ LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES e EDOUARD FROMAGEAU falam num modelo híbrido, com características jurisdicionais, de dois níveis, no qual as decisões são tomadas por órgãos independentes, sendo recorríveis e produzindo efeitos de imediato (CHAZOURNES, Laurence Boisson de/ FROMAGEAU, Edouard - "Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies", in *The European Journal of International Law*, vol. 23, n.º 4, pp. 975-977). Já ANNE-MARIE LEROY e FRANK FARIELLO falam num procedimento administrativo quasi-judicial (LEROY, Anne-Marie/ FARIELLO, Frank – *The World Bank Group Sanctions Process and Its Recent Reforms*, p. 2).

V. A contestação e a resposta da INT são apresentadas ao SB, que funciona como instância de recurso das decisões do SDO. O SB é um órgão independente, composto por 3 membros do BM e por 4 elementos externos.

Em princípio, o SB decide com base nos documentos que instruem o procedimento, podendo, no entanto, o operador e a INT requerer a realização de uma audiência (art. 6.01), que não será pública. Neste âmbito não se aplicam regras probatórias formais, sendo admitidos quaisquer meios de prova (art. 7.01).

O SB decide se é mais provável que o operador tenha praticado a infração imputada, do que não a ter praticado (*more likely than not*). Caso considere que é mais provável, decide a sanção a aplicar, não se encontrando vinculado à sanção recomendada pelo SDO, pois revê o caso *ex novo* (art. 8.01). O SB emite uma decisão escrita e fundamentada, que é final, irrecorrível e produz efeitos de imediato (art. 8.03).

No âmbito do primeiro nível do procedimento, recai sobre a INT o ónus da prova de que é mais provável que o operador tenha praticado a infração, invertendo-se, posteriormente, passando o ónus da prova a recair sobre o operador, que terá de provar perante o SB que é mais provável não ter praticado a infração (art. 8.02).

VI. O SB e o SDO podem aplicar as seguintes sanções administrativas (art. 9.01):

- i) carta pública de reprimenda;
- ii) não *impedimento absoluto* condicional (*conditional non-debarment*) - o operador tem o ónus de cumprir uma série de condições corretivas e preventivas, de forma a evitar o *impedimento absoluto*. Caso as condições não sejam cumpridas, o *impedimento absoluto* torna-se efetivo;
- iii) *impedimento absoluto* - o operador torna-se inelegível, permanentemente ou por determinado prazo;
- iv) *impedimento absoluto* com “*conditional release*” – ao operador é aplicado o *impedimento absoluto*, mas este pode ser levantado mediante o preenchimento de condições corretivas e preventivas;
- v) restituição.

O *impedimento absoluto* torna o operador inelegível para a adjudicação de qualquer contrato, para que seja subcontratado ou contratado como consultor, fornecedor ou prestador de serviços, em qualquer projeto ou para receber qualquer montante financiado pelo BM. Caso

o *impedimento absoluto* seja declarado após a adjudicação do contrato, não poderá ser assinado novo contrato ou qualquer alteração ou prorrogação que seja considerada como introdução de trabalhos adicionais.

Esta inelegibilidade estende-se ao Grupo Banco Mundial. Nos casos de *impedimento absoluto* por períodos superiores a 1 ano, a inelegibilidade estende-se ao Banco Interamericano de Desenvolvimento, ao Banco Asiático de Desenvolvimento, ao Banco Africano de Desenvolvimento e ao Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento, verificando-se um impedimento cruzado. Este impedimento cruzado decorre do Acordo para o Reconhecimento Recíproco de decisões de *impedimento absoluto*¹³⁸, assinado pelos referidos BMD em 2010, determinando que, sendo aplicado um *impedimento absoluto*, por período superior a 1 ano, por um dos referidos BMD, este será automaticamente aplicado pelos restantes.

Ao decidir a sanção, o SB e o SDO, consideram, nomeadamente, a gravidade da infração, os danos causados, a participação do operador na investigação, o histórico de infrações, os fatores mitigantes e o período de suspensão já cumprido (art. 9.02).

A aplicação de sanções pelo BM vincula as entidades adjudicantes nos procedimentos financiados pelo BM, estando estas obrigadas a verificar a lista de operadores sancionados pelo BM. As entidades adjudicantes dão efeito prático à sanção aplicada pelo BM¹³⁹.

VII. No caso das sanções que dependem da aplicação de medidas preventivas e corretivas pelo operador, a análise e decisão sobre a suficiência e adequação das medidas adotadas compete ao *Integrity Compliance Officer (ICO)* (art. 9.03).

A decisão do ICO de que não se encontram cumpridas as condições determinadas, pode ser impugnada junto do SB, que decidirá se o ICO atuou em abuso de poder (*abuse of discretion*), i.e. se a decisão foi arbitrária ou carece de fundamento, se desconsiderou factos ou se não foram cumpridas as regras procedimentais.

VIII. O procedimento sancionatório pode ainda terminar com um acordo administrativo (secção B), negociado entre a INT e o operador, que poderá resultar na imposição de um prazo

¹³⁸ Disponível em: [https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/AgreementforMutualEnforcementofDebarmentDecisions\(4.9.2010\).pdf](https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/AgreementforMutualEnforcementofDebarmentDecisions(4.9.2010).pdf).

¹³⁹ WILLIAMS-ELEGBE, Sope – *op. cit.*, p. 146.

de impedimento menor, na aplicação de uma sanção menos severa (*negotiated resolution agreement*) ou na suspensão do procedimento, tendo o operador de cumprir condições preventivas e corretivas para que não seja sancionado (*deferral agreements*).

Durante o procedimento, o operador e/ou a INT podem requerer ao SDO a suspensão do procedimento para que possam negociar um acordo administrativo. Alcançado o acordo, este será revisto pelo SDO, que procurará confirmar que o mesmo foi alcançado de forma livre, voluntária e informada. Após confirmação pelo SDO e não violando o acordo as Diretrizes nem os *Sanctions Procedures*, o SDO aplicará a sanção determinada no acordo. Caso o operador não cumpra o acordo, o procedimento sancionatório será reaberto.

IX. A transparência constitui uma das preocupações do BM no âmbito do procedimento sancionatório.

O BM mantém uma base de dados de acesso público (*List of debarred firms and individuals*)¹⁴⁰, onde se encontram identificados os operadores impedidos, com a respetiva sanção, prazo e fundamento. Esta base é essencial para a aplicação prática dos impedimentos, visto que as entidades adjudicantes se encontram espalhadas pelo mundo. A base de dados contribui, ainda, para o efeito dissuasor do impedimento, pois a sua aplicação é pública, sendo, assim, passível de afetar a reputação do operador sancionado.

Ademais, o BM publica integralmente, no seu site, as decisões do SDO, que não foram impugnadas, e as decisões do SB.

X. Importa ainda referir o Programa de Divulgação Voluntária (*Voluntary Disclosure Program*, VDP), através do qual o operador divulga ao BM infrações cometidas ou das quais teve conhecimento, evitando o *impedimento absoluto* em troca da sua cooperação¹⁴¹. O operador que integra o VDP encontra-se obrigado a realizar uma investigação interna, a entregar os respetivos resultados ao BM e a adotar um programa de *compliance*¹⁴². Em troca, o BM acorda não o sancionar e manter a sua participação no VDP confidencial.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/procurement/debarred-firms>.

¹⁴¹ CHAZOURNES, Laurence Boisson de/ FROMAGEAU, Edouard – *op. cit.*, p. 971.

¹⁴² *Terms and Conditions of the World Bank's Voluntary Disclosure Program*, § 6-29.

Ao participar no VDP, o operador mantém-se elegível para os projetos financiados pelo BM. Caso o operador viole os termos do VDP será automaticamente sancionado com *impedimento absoluto* por 10 anos¹⁴³.

XI. Por último, importa referir a conjugação entre os impedimentos aplicados pelo BM e pelas entidades nacionais. Considerando a desconfiança existente face à integridade das instituições e à adequação do direito interno dos Estados mutuários para regular os procedimentos pré-contratuais financiados pelo BM, estes procedimentos são, regra geral, regulados pelo *Procurement Regulations for IPF Borrowers* (Regulamento), encontrando-se apenas impedidos os operadores sancionados pelo BM.

Contudo, poderá o Estado mutuário solicitar ao BM a aplicação do direito interno nos referidos procedimentos (art. 2.4 do Regulamento), bem como a inelegibilidade dos operadores sancionados pelas entidades nacionais (art. 3.23(f) do Regulamento)¹⁴⁴.

¹⁴³ *Terms and Conditions of the World Bank's Voluntary Disclosure Program*, § 42-45, 48.

¹⁴⁴ BORSON, Fred - "Reforms under the World Bank Procurement and the Policy Implications for Developing Countries", in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, n.º 2, p. 152.

5. O impedimento absoluto em Portugal

I. Constituindo a sanção em apreço um *impedimento absoluto* e tendo presentes os modelos analisados, cumpre retornar à sua análise mais detalhada.

Começemos pela sua natureza jurídica, a qual determinará o respetivo procedimento de aplicação e as garantias de defesa do operador visado pelo procedimento.

5.1. A natureza da sanção prevista no art. 460.º: uma sanção contraordenacional acessória?

I. A revisão do CCP introduziu alterações à redação do art. 460.º que colocam dúvidas quanto ao carácter da sanção ali prevista. Se, previamente à revisão, era indubitável que a sanção constituía uma sanção contraordenacional acessória, posteriormente à revisão de 2017 do CCP, coloca-se a questão de saber se se mantém uma sanção acessória ou se terá o legislador pretendido alterar o seu carácter.

A doutrina diverge quanto ao carácter da sanção. Alguns autores entendem que, apesar das alterações introduzidas pela revisão do CCP, esta sanção se mantém uma sanção contraordenacional acessória¹⁴⁵, enquanto outros consideram constituir uma sanção contraordenacional principal e autónoma¹⁴⁶.

Pacífico parece ser o entendimento de que mantém a natureza contraordenacional, porquanto o art. 460.º se encontra sistematicamente situado entre o elenco de infrações que constituem contraordenações e os artigos que regulam o procedimento contraordenacional.

II. Vários são os entendimentos doutrinários quanto aos critérios que permitem identificar contraordenações e sanções contraordenacionais e distingui-las face aos crimes e às penas¹⁴⁷. Em síntese, podemos agrupá-los em critérios qualitativos, que apontam para uma

¹⁴⁵ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 743, nota de rodapé 753; TAVARES, Gonçalo Guerra - *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, p. 981; CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, pp. 732-733.

¹⁴⁶ SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos...*, pp. 932-933; CORDEIRO, Francisca Robalo – “Governança e regime Sancionatório”, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 97-98 (não obstante debruçar-se sobre o Anteprojeto de revisão do CCP, pois, lembre-se, as alterações introduzidas na redação do art. 460.º pelo Anteprojeto foram acolhidas no diploma que procedeu à revisão do CCP).

¹⁴⁷ Por todos, cf. DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-ordenações*, pp. 45-56.

diferença material, critérios quantitativos, que apontam para uma gravidade distinta, e critérios qualitativo-quantitativos ou mistos.

Não se identificando uma definição consensual de contraordenação, nem dos critérios que permitem a sua identificação, o legislador optou por adotar, no art. 1.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), um critério eminentemente formal, que parte da respetiva qualificação legal. Nos termos do referido artigo, a contraordenação define-se como a infração punível com coima, donde decorre que as contraordenações são punidas a título principal com coimas, não existindo contraordenação sem coima¹⁴⁸. Assim, a coima constitui o critério de identificação da contraordenação, que se caracteriza também por ser sancionada por entidades administrativas.

III. Da redação do art. 460.º não resulta claro se estamos perante uma sanção acessória, caso em que será aplicável em conjunto com a coima, ou se estamos perante uma sanção autónoma e principal, caso em que a sua aplicação não será acompanhada por outra sanção.

A natureza contraordenacional da sanção, já o dissemos, constitui entendimento pacífico, decorrente da sua localização sistemática. Ora, apenas podendo as contraordenações ser punidas a título principal com coima, nos termos do art. 1.º do RGCO, resulta que a sanção em apreço não poderá constituir uma sanção principal pois, tal entendimento violaria a definição legal de contraordenação.

Sem embargo, não ignoramos a existência de sanções substitutivas da coima, como o trabalho a favor da comunidade, previsto no art. 89.º-A do RGCO, ou a admoestação, prevista no art. 51.º do RGCO¹⁴⁹. No entanto, de forma a respeitar o regime constante do RGCO, a consagração de sanções substitutivas da coima exige a sua previsão expressa como sanção substitutiva, bem como dos pressupostos que admitem a substituição, tendo sempre de resultar claro que a coima constitui a sanção principal¹⁵⁰.

De igual forma, não ignoramos ter o legislador consagrado sanções principais distintas da coima nos arts. 15.º e 17.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro. Todavia, neste caso, o

¹⁴⁸ VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*, p. 368; DIAS, Augusto Silva – *op. cit.*, pp. 163-164. Em sentido contrário, PEDRO COSTA GONÇALVES considera que em casos excecionais pode haver contraordenação sem coima, dando como exemplo os processos que culminam com uma decisão de admoestação, bem como a sanção prevista no art. 460.º do CCP (GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 1070, nota de rodapé 1153).

¹⁴⁹ Embora a sua qualificação como sanção não seja consensual, cf. por todos, DIAS, Augusto Silva – *op. cit.*, pp. 167-168.

¹⁵⁰ Neste sentido, DIAS, Augusto Silva – *op. cit.*, p. 164.

legislador previu expressamente naqueles preceitos a aplicação dessas sanções a título principal, o que não sucede no art. 460.º.

Com efeito, do art. 460.º não resulta expressamente que a sanção aí prevista constitua uma sanção principal ou uma sanção substitutiva da coima, nem em que casos poderá ocorrer a substituição, nem quais as infrações a que a sanção será aplicável.

Assim, se, por um lado, o elemento histórico aponta no sentido de esta sanção ter deixado de ser acessória, com a revisão do CCP, visto ter o legislador eliminado dos arts. 460.º e 55.º/1/f), a qualificação de “sanção acessória”, por outro lado, o elemento sistemático aponta no sentido contrário, considerando a definição de contraordenação constante do RGCO.

Acresce que os pressupostos para a aplicação da sanção prevista no art. 460.º e o respetivo prazo máximo, correspondem aos critérios para a aplicação de sanções acessórias e ao respetivo prazo, previstos no art. 21.º/1 e 2 do RGCO.

IV. Não sendo, pois, evidente a resposta à questão colocada, importa atender à interpretação que se revela mais conforme à Constituição da República Portuguesa (CRP). De facto, caso se entenda que esta sanção constitui uma sanção principal e autónoma, a mesma será orgânica e materialmente inconstitucional.

A inconstitucionalidade orgânica decorre da violação da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (AR). Caso entendêssemos que esta era uma sanção autónoma e principal, teria o Governo criado uma nova sanção contraordenacional, sem acolhimento no RGCO e sem a devida autorização da AR para o efeito, violando, assim, a reserva relativa de competência legislativa da AR, na qual se inclui o regime geral das contraordenações (art. 165.º/1/d) da CRP). Conforme refere ALEXANDRA VILELA “encontra-se vedado a qualquer outro diploma legal [além da Lei ou do Decreto-Lei autorizado] transformar sanções definidas no regime geral como acessórias em principais”¹⁵¹.

Já a inconstitucionalidade material resulta da violação do princípio da legalidade, decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2.º da CRP. Embora o princípio da legalidade seja mais flexível no âmbito do direito contraordenacional do que no direito penal, conforme resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC)¹⁵², no âmbito sancionatório exige-se um mínimo de determinabilidade e de previsibilidade, de

¹⁵¹ *Vd.* VILELA, Alexandra – *op. cit.*, p. 370.

¹⁵² Entre outros, Acórdãos do TC n.º 41/2004 e 76/2016.

forma a que os operadores, conhecendo previamente e com clareza, as condutas proibidas e as sanções aplicáveis¹⁵³, possam adequar os seus comportamentos. Aliás, sendo impossível aos operadores retirar do art. 460.º as situações passíveis de se subsumirem na sua previsão, esta sanção carece de efeito dissuasor. De facto, isolando o art. 460.º dos artigos precedentes, que determinam as condutas que constituem contraordenações, concluímos que não se encontram definidas as infrações sancionáveis, tudo dependendo do arbítrio do IMPIC, o que não é admissível no âmbito do direito sancionatório público.

Assim, numa interpretação sistemática e conforme à CRP e ao RGCO, entendemos que a sanção em apreço, prevista no art. 460.º, constitui uma sanção acessória, entendimento que é partilhado pelo IMPIC¹⁵⁴.

V. Enquanto sanção acessória, será aplicável, em conjunto com a coima, às contraordenações previstas nos arts. 456.º a 458.º, tal como sucede com as restantes sanções acessórias previstas no nosso ordenamento jurídico¹⁵⁵.

Do seu carácter acessório resulta a identificação da entidade competente para a sua aplicação e o tipo de procedimento a adotar. Por um lado, de acordo com o disposto nos arts. 461.º/1 do CCP e 16.º do Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de outubro, a entidade competente para a sua aplicação será o IMPIC. Por outro lado, a sua aplicação será tramitada de acordo com o procedimento contraordenacional constante do RGCO, diploma geral no âmbito contraordenacional, visto que o CCP não prevê qualquer especificidade relativamente a este procedimento.

¹⁵³ Entre outros, Acórdãos do TC n.º 41/2004, 201/2014 e 76/2016.

¹⁵⁴ Entendimento partilhado pelo Dr. Fernando Batista, Diretor Jurídico e de Contratação Pública do IMPIC, em reunião realizada com a Autora a 10.09.2019.

¹⁵⁵ Entre outras, destacamos as seguintes sanções acessórias que implicam, igualmente, a inabilitação do operador sancionado em procedimentos pré-contratuais: art. 21.º/1/e) do RGCO; art. 28.º/1/d) do Regime Geral das Infrações Tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5 de junho); art. 30.º/1/e) da Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais (Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto); art. 562.º/2/b) do Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro); art. 71.º/1/b) do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio); art. 38.º/1/d) do Regime Jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção (Lei n.º 41/2015, de 3 de junho).

Destacamos, ainda, as seguintes penas acessórias: arts. 8.º/e) e 13.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (altera o regime em vigor em matéria de infrações antieconómicas e contra a saúde pública); art. 90.º-A/2/c) do Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março); art. 16.º/d) do Regime Geral das Infrações Tributárias.

5.2. A natureza da sanção prevista no art. 464.º-A: uma sanção administrativa?

I. Também quanto à sanção prevista no art. 464.º-A, aditado pela revisão do CCP, importa verificar qual a sua natureza jurídica.

A doutrina diverge relativamente a esta questão, entendendo alguns autores ser esta uma sanção contraordenacional¹⁵⁶, ao passo que outros entendem constituir uma sanção autónoma e principal, de natureza administrativa¹⁵⁷.

II. Constituem ilícitos administrativos as violações de deveres ou de proibições resultantes de normas administrativas, destinadas a tutelar interesses públicos cometidos à Administração¹⁵⁸, que são puníveis com sanções administrativas, aplicadas por entidades administrativas.

Tradicionalmente, distinguem-se três tipos de ilícitos administrativos e, consequentemente, três tipos de sanções: o ilícito disciplinar, o ilícito contraordenacional e outros ilícitos administrativos ou ilícitos administrativos em sentido estrito¹⁵⁹.

DIOGO FREITAS DO AMARAL define o poder sancionatório da Administração como o “poder público de autoridade, conferido por lei a uma pessoa colectiva pública, com vista à aplicação de sanções não penais a outros sujeitos de direito, públicos ou privados, através da prática de um acto administrativo”¹⁶⁰. Este poder decorre dos deveres da Administração de defesa da legalidade democrática e de garantia da execução das leis, previstos nos arts. 199.º/f) e 266.º da CRP¹⁶¹. Em particular, compete às entidades administrativas “proceder à vigilância escrupulosa do cumprimento das leis e, em caso de necessidade justificada, reprimir a sua

¹⁵⁶ SILVA, Jorge Andrade da - *Dicionário dos...*, p. 147; TAVARES, Gonçalo Guerra - *op. cit.*, p. 985; SÁNCHEZ, Pedro Fernández - *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, pp. 728, 742-743; BATISTA, Fernando - *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁸ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito...*, p. 1068.

¹⁵⁹ GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito...*, p. 1068. Já MIGUEL PRATA ROQUE acrescenta ao elenco do direito sancionatório público não penal, no qual inclui os ilícitos referidos, o ilícito financeiro (ROQUE, Miguel Prata - "O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo - a pretexto de alguma jurisprudência constitucional", in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 14/15, pp. 113-120).

¹⁶⁰ *Vd.* AMARAL, Diogo Freitas do - "O poder sancionatório da Administração Pública", in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, p. 216.

¹⁶¹ Neste sentido, *Ibid.*, p. 229.

violação, mediante o emprego dos meios coercivos do Estado, designadamente, através da aplicação de sanções administrativas”¹⁶².

III. O ilícito administrativo em sentido estrito constitui uma categoria residual que engloba violações de proibições, deveres e ónus decorrentes de normas jurídico-administrativas, de atos administrativos ou de contratos administrativos¹⁶³. A sua existência foi já reconhecida pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA)¹⁶⁴ e pela doutrina¹⁶⁵, distinguindo-os dos ilícitos contraordenacionais e disciplinares e reconhecendo-os como uma modalidade de direito sancionatório público. Também o TC já se pronunciou pela sua existência¹⁶⁶.

As sanções administrativas em sentido estrito, aplicáveis aos ilícitos administrativos em sentido estrito, podem distinguir-se em sanções contratuais, aplicadas no âmbito de uma relação contratual, e sanções extracontratuais, aplicadas fora daquele âmbito.

O CCP prevê várias sanções contratuais como, por exemplo, as sanções pecuniárias previstas no art. 329.º e a resolução sancionatória, prevista no art. 333.º, cuja aplicação poderá originar a aplicação da sanção em apreço. As sanções contratuais são aplicadas no âmbito de uma relação contratual, pelo contraente público ao cocontratante, com fundamento na violação de obrigações contratuais, produzindo efeitos no âmbito daquela relação contratual.

Neste âmbito, importa, ainda, referir que o TC já se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade de sanções administrativas em sentido estrito criadas pelo Governo, sem prévia autorização legislativa da AR, por entender que a criação destas sanções se inclui no âmbito da reserva relativa de competência da AR (art. 165.º/1/d) da CRP)¹⁶⁷. Este entendimento, partilhado por alguns autores¹⁶⁸, tem por base, quer a ideia de que naquela alínea

¹⁶² *Vd.* Acórdão do TC n.º 19/2011.

¹⁶³ GONÇALVES, Pedro Costa – *Manual de Direito...*, p. 1075.

¹⁶⁴ Entre outros, cf. Acórdão de 30.09.2004, Processo n.º 01133/03 e Acórdão de 19.10.2004, Processo n.º 01134/03.

¹⁶⁵ Nomeadamente, PRATES, Marcelo Madureira – “A punição administrativa entre a sanção contraordenacional e a sanção administrativa”, in *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 68, pp. 3-4; AMARAL, Diogo Freitas do - *op. cit.*, pp. 215-227; PRATES, Marcelo Madureira - *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, pp. 54-57; ROQUE, Miguel Prata – *op. cit.*, pp. 117-120.

¹⁶⁶ Acórdão n.º 160/91; Declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ DE SOUSA E BRITO ao Acórdão do TC n.º 184/1991.

¹⁶⁷ Entre outros, cf. Acórdãos n.º 160/1991, 295/1991 e 430/1991.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4ª ed. revista, p. 328. Especificamente no que diz respeito à sanção em apreço, PEDRO COSTA GONÇALVES questiona a sua constitucionalidade pela inexistência do respetivo regime geral (GONÇALVES, Pedro Costa – *Direito dos...*, pp. 743-744).

se incluem todas as modalidades de direito sancionatório público, quer a ideia de que “em caso de dúvida (...), deve preferir-se a interpretação mais favorável ao alargamento da competência reservada da AR”¹⁶⁹.

Discordamos desta interpretação extensiva operada pelo TC, visto, por um lado, não se encontrarem expressamente incluídos naquela alínea d) os ilícitos administrativos em sentido estrito, tendo o legislador constitucional optado por nela incluir apenas os ilícitos disciplinar e de mera ordenação social, ao invés de incluir todas as modalidades de direito sancionatório público. Por outro lado, consideramos que, não estando incluída naquela alínea, deverá entender-se que esta matéria é da competência legislativa concorrencial, de acordo com o disposto no art. 198.º/1/a) da CRP. De facto, a regra é a de que apenas se incluem na reserva legislativa da AR as matérias taxativamente enumeradas na CRP¹⁷⁰, pelo que a criação de sanções administrativas em sentido estrito constitui matéria da competência concorrencial, podendo as mesmas ser criadas pela AR e pelo Governo¹⁷¹.

IV. Regressando à análise da sanção em apreço, resulta à evidência que esta não se reconduz a uma sanção disciplinar, pois não existe qualquer relação de emprego público, nem qualquer dever de disciplina, neste âmbito.

Conforme vimos, a contraordenação caracteriza-se por ser sancionada com coima. A infração prevista no art. 464.º-A não é cominada com coima, encontrando-se este artigo sistematicamente localizado fora do regime contraordenacional do CCP. Aliás, previamente à revisão do CCP, o capítulo no qual se encontra localizado intitulava-se “Regime contra-ordenacional”, tendo o legislador, com a introdução deste artigo, alterado o título para “Regime sancionatório”. Concluimos, assim, não ter esta sanção natureza contraordenacional.

Esta sanção aplicar-se-á a ilícitos administrativos decorrentes do incumprimento de contratos públicos, i.e. a infrações decorrentes da violação do dever de cumprimento pontual e integral das obrigações contratuais, previsto no art. 288.º do CCP, sendo aplicada por uma entidade administrativa, o IMPIC (art. 464.º-A/3). Atentas estas características e não se reconduzindo a outra modalidade de sanções administrativas, podemos concluir que estamos

¹⁶⁹ *Vd.* CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 327.

¹⁷⁰ Neste sentido, cf. Acórdão do TC n.º 142/1985; as declarações de voto do Juiz Conselheiro BRAVO SERRA aos Acórdãos do TC n.º 430/1991 e 160/1991; e a declaração de voto do Juiz Conselheiro LINO RODRIGUES RIBEIRO ao Acórdão do TC n.º 538/2015.

¹⁷¹ No mesmo sentido, PRATES, Marcelo Madureira – “A punição...”, p. 4.

perante uma sanção administrativa em sentido estrito. Note-se, ainda, que esta sanção será aplicada autonomamente, não sendo a sua aplicação acompanhada de qualquer outra sanção, pelo que constitui uma sanção principal e autónoma.

Não obstante ter a aplicação desta sanção como fundamento a aplicação das sanções contratuais referidas no art. 464.º-A, a mesma não se confunde com aquelas, visto ser aplicada pelo IMPIC a um operador, sem que exista qualquer relação contratual entre eles, tendo a sua aplicação fundamento nos poderes sancionatórios atribuídos pelo CCP ao IMPIC. Acresce que os efeitos desta sanção se repercutem em futuros procedimentos pré-contratuais, fora de qualquer relação contratual, o que nos permite concluir que esta sanção constitui uma sanção extracontratual.

V. Constituindo uma sanção administrativa em sentido estrito, a sua aplicação ocorrerá por via de um ato administrativo¹⁷², de carácter sancionatório, que coloca termo ao procedimento (art. 127.º do CPA). A aplicação da sanção constitui uma decisão unilateral do IMPIC, tomada no exercício dos seus poderes públicos sancionatórios, que produz efeitos externos, vinculando todas as entidades adjudicantes e afetando a situação individual e concreta do operador sancionado, pelo que constitui um ato administrativo (art. 148.º do CPA).

Não se encontrando previsto no CCP qualquer procedimento para a sua aplicação e constituindo este procedimento um procedimento administrativo autónomo, de carácter sancionatório, tramitado por uma entidade administrativa, o IMPIC, que culminará, ou não, na prática de um ato administrativo, entendemos que deverá o mesmo ser tramitado de acordo com o disposto no diploma geral que regula o procedimento administrativo, o CPA¹⁷³, entendimento que é partilhado pelo IMPIC¹⁷⁴. Acresce que a tramitação de procedimentos

¹⁷² Neste sentido, AMARAL, Diogo Freitas do – *op. cit.*, pp. 217, 232; GOMES, Vítor – “As sanções administrativas na fronteira das jurisdições. Aspectos jurisprudenciais”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 71, p. 12; Acórdão do TC n.º 19/2011.

¹⁷³ Neste sentido, BATISTA, Fernando – *op. cit.*, p. 92. O ideal seria a criação de um título ou capítulo autónomo no CPA dedicado à atividade sancionatória da Administração ou até a criação de uma lei geral ou de uma lei-quadro, conforme defende LICÍNIO LOPES MARTINS (MARTINS, Licínio Lopes - "A actividade sancionatória da Administração e o Código do Procedimento Administrativo", in *Comentários ao novo Código do procedimento administrativo*, 5ª ed., vol II, pp. 805-806).

Em sentido contrário, PEDRO COSTA GONÇALVES considera existir atualmente uma omissão legislativa, por falta de previsão legal do procedimento para a aplicação do art. 464.º-A, entendendo que este preceito constitui “letra morta” (GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 743).

¹⁷⁴ Entendimento partilhado pelo Dr. Fernando Batista, Diretor Jurídico e de Contratação Pública do IMPIC, em reunião realizada com a Autora a 10.09.2019.

administrativos pelo IMPIC, enquanto instituto público, se encontra abrangida pelo âmbito de aplicação do CPA (art. 2.º do CPA).

VI. Em suma, entendemos que a sanção em apreço, constitui uma sanção administrativa em sentido estrito, principal e autónoma.

5.3. Conformidade com a Diretiva

I. Clarificada a natureza da sanção prevista nos arts. 460.º e 464.º-A, coloca-se a questão de saber se, e em que medida, esta sanção é conforme com a Diretiva, que inclui um elenco de motivos de exclusão dos operadores.

Segundo a jurisprudência do TJUE, o elenco de motivos de exclusão relativos à honorabilidade profissional, solvabilidade e fiabilidade dos operadores constitui um elenco taxativo, estando os EM impedidos de consagrar motivos de exclusão relativos às referidas matérias além dos que se encontram previstos na Diretiva¹⁷⁵. Sem embargo, a jurisprudência do TJUE admite a introdução, nas legislações nacionais, de motivos de exclusão adicionais, que tenham como fundamento princípios como os da igualdade de tratamento e da transparência, desde que não ultrapassem a medida do necessário para garantir o cumprimento desses princípios¹⁷⁶.

Atendendo ao facto de o *impedimento absoluto* implicar a exclusão de operadores em procedimentos pré-contratuais, consideramos que também a sua aplicação deverá ter como fundamento os motivos de exclusão previstos na Diretiva. Por conseguinte, entendemos que, no que diz respeito aos motivos relativos à honorabilidade profissional, solvabilidade e fiabilidade dos operadores, não poderão os EM introduzir *impedimentos, relativos ou absolutos*, além dos que se encontram previstos na Diretiva¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cf. Acórdãos *Michaniki* (Acórdão do TJUE, de 16.12.2008, Processo C-213/07, § 43) e *Assitur* (Acórdão do TJUE, de 19.05.2009, Processo C-538/07, § 20).

¹⁷⁶ Neste sentido, cf. Acórdãos *Michaniki* (§ 44) e *Assitur* (§ 21 e 23).

¹⁷⁷ Em sentido contrário, SUE ARROWSMITH, HANS-JOACHIM PRIEB e PASCAL FRITON entendem que a consagração de *impedimentos absolutos* pelos EM é independente das suas obrigações decorrentes da Diretiva, atendendo ao seu carácter punitivo, visto a União Europeia não ter, em princípio, competências no âmbito do direito penal (ARROWSMITH, Sue/ PRIEB, Hans-Joachim/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning...", p. 23).

Cumpra, assim, analisar em que medida esta sanção, que implica a exclusão de operadores e que se encontra relacionada com a honorabilidade profissional e a fiabilidade do operador, se encontra em conformidade com a Diretiva.

II. Entre os motivos facultativos de exclusão encontra-se a falta profissional grave, prevista no art. 57.º/4/c) da Diretiva. Nos termos deste motivo, pode ser excluído o operador que haja cometido qualquer falta profissional grave que coloque em causa a sua idoneidade.

Com efeito, a infração sancionada com a aplicação da sanção nos termos do art. 460.º (sanção acessória), afeta a credibilidade profissional do operador sancionado e torna questionável a sua integridade, pois a aplicação da sanção comprova que, em procedimentos anteriores, o operador não cumpriu as obrigações legais a que se encontrava adstrito, de forma tão grave que a entidade competente decidiu aplicar esta sanção, juntamente com uma coima. Repare-se que a jurisprudência do TJUE já entendeu que uma infração sancionada com coima poderá constituir uma falta profissional grave¹⁷⁸.

Acresce que, dependendo a aplicação desta sanção e o respetivo prazo de um juízo por parte do IMPIC sobre a gravidade da infração, as infrações punidas com esta sanção constituirão, em princípio, infrações graves.

A infração sancionada com a aplicação da sanção acessória coloca a dúvida se, em procedimentos futuros, o operador sancionado adotará a mesma conduta, incumprindo as obrigações legais, decorrentes do CCP, que sobre ele impendem. Assim sendo, a infração sancionada, consubstanciando a violação de disposições legais, torna questionável a integridade e credibilidade do operador sancionado e a sua capacidade para cumprir as obrigações a que se encontra legalmente adstrito.

Acresce que, de acordo com a jurisprudência do TJUE, a noção de falta profissional grave pressupõe um comportamento com intenção culposa ou negligência grave¹⁷⁹. Considerando que entendemos estar perante uma sanção acessória¹⁸⁰, a mesma será aplicada a infrações consagradas pelo legislador como contraordenações. Nos termos do art. 8.º do RGCO, apenas são puníveis como contraordenações os factos praticados com dolo ou negligência, pelo que se verifica a intenção requerida pelo TJUE.

¹⁷⁸ Despacho *CNS* (§ 33); Acórdão *Generali* (Acórdão do TJUE, de 18.12.2014, Processo C-470/13, § 35).

¹⁷⁹ Acórdão *Forposta* (§ 30).

¹⁸⁰ Cf. ponto 5.1.

Assim, consideramos que as infrações punidas com a sanção acessória consubstanciam faltas profissionais graves.

III. Já no que diz respeito à aplicação da sanção aplicável nos termos do art. 464.º-A (sanção administrativa), importa referir o motivo previsto no art. 57.º/4/g) da Diretiva, segundo o qual pode ser excluído o operador que haja acusado deficiências na execução de um contrato público anterior. Para a subsunção de um incumprimento neste motivo, exige-se a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: (i) deficiências significativas ou persistentes; (ii) na execução de um requisito essencial; (iii) que tenham fundamentado a rescisão do contrato, a condenação por danos ou sanções equivalentes.

Em primeiro lugar, parece-nos evidente que, nos casos em que seja aplicada esta sanção administrativa, estão em causa deficiências significativas ou persistentes. Porquanto a resolução sancionatória constitui o último recurso do contraente público para reagir ao incumprimento do cocontratante, pelo que as deficiências que a fundamentam terão de ser significativas¹⁸¹. As deficiências terão de ser de tal forma significativas que o contraente público considera preferível e mais adequado à prossecução do interesse público, resolver o contrato e iniciar um novo procedimento para acautelar as necessidades que o contrato resolvido acautelava, suportando os prejuízos e encargos daí decorrentes.

Também o incumprimento contratual que fundamenta a aplicação das sanções pecuniárias referidas no art. 464.º-A constituirá uma deficiência significativa, ou de tal forma persistente que se torna significativa, pois o legislador determinou o valor a que aquelas sanções pecuniárias ascenderão como limite a partir do qual o contraente público poderá resolver o contrato a título sancionatório (art. 333.º/1/e)). Aliás, o art. 333.º/1 fala em “outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo cocontratante”, donde *a contrario* se deduz que o legislador considera as situações aí previstas como graves violações das obrigações do cocontratante e, portanto, como deficiências significativas.

Em segundo lugar, relativamente à execução de um requisito essencial, parece-nos também claro que, estando perante incumprimentos que fundamentam a resolução sancionatória ou a aplicação de sanções pecuniárias que atinjam o valor a partir do qual o

¹⁸¹ Conforme refere PEDRO COSTA GONÇALVES, para legitimar a resolução sancionatória, o incumprimento definitivo do cocontratante deve ser “substancial”, em termos de comprometer irremediavelmente o resultado do contrato” (GONÇALVES, Pedro Costa - “Cumprimento...”, p. 612).

contraente público pode resolver o contrato a título sancionatório, e atendendo ao carácter de último recurso da resolução sancionatória, estes incumprimentos terão de ocorrer relativamente à execução de requisitos essenciais. Se não estivéssemos perante deficiências na execução de requisitos essenciais, não seria, em princípio, mais adequado para o interesse público a resolução do contrato ou a aplicação de sanções pecuniárias que atinjam os referidos valores e a tramitação de um novo procedimento, atendendo ao hiato temporal entre a resolução e o início da execução do novo contrato.

Em terceiro lugar, parece-nos claro que se verifica também o último requisito apontado. Nos termos do art. 464.º-A/1/b), o incumprimento contratual fundamentará a resolução antecipada do contrato a título sancionatório. Já relativamente à alínea a), entendemos estar perante uma sanção comparável à rescisão antecipada¹⁸², visto que, excedendo as sanções contratuais o valor previsto no art. 329.º, requisito para a aplicação da sanção administrativa, poderá o contraente público resolver o contrato a título sancionatório.

Deste modo, consideramos que as situações que fundamentam a aplicação da sanção administrativa se reconduzem ao motivo de exclusão por incumprimento de um contrato público anterior.

IV. Recorde-se o que ficou dito no ponto 3.4. supra, a propósito da jurisprudência do TJUE relativa à aplicação dos motivos facultativos de exclusão, entre os quais se encontram a falta profissional grave e o incumprimento de contrato público anterior.

Sintetizando, o TJUE entende que se exige uma apreciação concreta e individual do comportamento do operador pela entidade adjudicante, recusando qualquer exclusão automática. Com fundamento nesta jurisprudência, PEDRO COSTA GONÇALVES duvida da conformidade da aplicação das sanções acessórias de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos com a Diretiva¹⁸³.

Não repetiremos as considerações enunciadas no ponto 3.4., todavia, urge repetir que entendemos não resultar da redação da Diretiva qualquer limitação à previsão pelos EM de sanções como a que constitui o objeto da presente análise.

¹⁸² No mesmo sentido, RAIMUNDO, Miguel Assis - "Primeira análise...", p. 43.

¹⁸³ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, pp. 709, 729-730.

5.4. Procedimento sancionatório e garantias do operador visado pelo procedimento

I. Concluído o enquadramento geral da sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, cumpre analisar o procedimento administrativo para a sua aplicação.

Antes de mais, importa analisar a respetiva aplicação no tempo. Nos termos do art. 12.º/1 do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, o CCP revisto aplicar-se-á aos procedimentos pré-contratuais iniciados após a sua entrada em vigor, a qual, nos termos do art. 13.º daquele diploma, ocorreu a 01.01.2018, e aos contratos celebrados na sequência dos mesmos.

Por conseguinte, tendo aquele diploma introduzido o art. 464.º-A e as alíneas b) a d) do art. 458.º, entendemos que esta sanção apenas será aplicável, tendo como fundamento as referidas normas, aos factos ocorridos em procedimentos pré-contratuais iniciados após 01.01.2018 e em contratos celebrados na sequência dos mesmos¹⁸⁴. Relativamente às restantes contraordenações, considerando que já se encontravam previstas no CCP previamente à sua revisão, consideramos que a sanção ser-lhes-á aplicável, tal como sucedia previamente à revisão do CCP, visto que a mesma se mantém, nos termos do art. 460.º, uma sanção acessória¹⁸⁵.

II. Já no âmbito dos efeitos da sanção, repare-se que a verificação de um *impedimento absoluto* relativamente a um operador impede a entidade adjudicante de autorizar a sua subcontratação (arts. 317.º/1/b) do CCP e 63.º/1 da Diretiva) ou a cessão da posição contratual para o mesmo (art. 317.º/1/b)).

Diversamente, a aplicação da sanção não afeta contratos em execução, nem modificações subsequentes dos mesmos, desde que se circunscrevam aos limites decorrentes do art. 313.º.

Analisemos, agora, as garantias e o procedimento para a aplicação da sanção em apreço.

¹⁸⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES considera que a sanção se aplica a factos posteriores à entrada em vigor da revisão do CCP, independentemente de os procedimentos e respetivos contratos terem sido tramitados e celebrados antes da entrada em vigor do diploma (GONÇALVES, Pedro Costa – *Direito dos...*, p. 743, nota de rodapé 754).

¹⁸⁵ Cf. Ponto 5.1.

5.4.1. Proibição de participação enquanto sanção acessória do tipo contraordenacional

I. O procedimento sancionatório tem natureza oficiosa (art. 54.º/1 do RGCO). O IMPIC é a entidade competente para instaurar o procedimento, o qual se deve iniciar após o conhecimento da ocorrência de factos subsumíveis na previsão dos arts. 456.º a 458.º.

As entidades adjudicantes têm o dever de comunicar ao IMPIC a ocorrência desses factos (art. 461.º/3) e o IMPIC tem o dever de notificar o operador da instauração do procedimento (art. 46.º/1 do RGCO).

II. No decurso do procedimento, o IMPIC deverá realizar todas as diligências que considerar necessárias e procurará obter todas as provas ao seu alcance, de modo a poder apreciar a ocorrência, gravidade e consequências da infração.

O IMPIC deverá, ainda, constituir o operador arguido (art. 58.º do Código de Processo Penal (CPP), aplicável *ex vi* do art. 41.º do RGCO).

III. O IMPIC deverá assegurar ao operador a possibilidade de exercer o seu direito de audição e de defesa, previsto nos arts. 32.º/10 da CRP e 50.º do RGCO, pronunciando-se sobre os factos que lhe são imputados e sobre o projeto de decisão, apresentando provas e argumentos e requerendo a realização de diligências adicionais.

Destarte, previamente à aplicação da sanção, o IMPIC notificará o operador para que este, querendo, se pronuncie sobre a infração que lhe é imputada e sobre a eventual aplicação da sanção, sendo esta pronúncia apreciada pelo IMPIC na decisão de aplicação da sanção e na determinação do prazo.

IV. Ao longo da tramitação do procedimento, o IMPIC deverá procurar imputar objetiva e subjetivamente os factos ao operador, subsumindo a sua conduta a uma das contraordenações previstas nos arts. 456.º a 458.º. Adicionalmente, será necessário que demonstre ter o operador agido com dolo ou negligência (arts. 8.º do RGCO e 459.º do CCP)¹⁸⁶, sendo também punível a tentativa (art. 459.º/1).

¹⁸⁶ Em sentido contrário, JORGE ANDRADE DA SILVA entende que a exigência de culpa afasta a possibilidade de esta sanção ser aplicada em casos de negligência (SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos...*, p. 933).

V. Incluindo-se esta sanção no âmbito do direito sancionatório público, o IMPIC encontra-se obrigado a atender ao princípio da legalidade na tramitação do procedimento (arts. 266.º/2 da CRP, 1.º-A/1 do CCP e 43.º do RGCO). Donde resulta que o IMPIC se encontra obrigado a instaurar o procedimento quando tem conhecimento de factos suscetíveis de se subsumirem às contraordenações previstas no CCP, existindo um dever de promoção do procedimento, que decorre do princípio da legalidade na vertente processual.

Todavia, o legislador conferiu ao IMPIC algum grau de discricionariedade, permitindo-lhe avaliar as circunstâncias do caso e decidir com base no seu critério qual a melhor solução para a prossecução do interesse público. O IMPIC goza de discricionariedade na determinação da aplicação da sanção acessória e na determinação do respetivo prazo, que não poderá ultrapassar os 2 anos. Comprovando-se a prática de contraordenação, caberá ao IMPIC decidir se, atendendo à gravidade da infração e à culpa do operador, em cumprimento do princípio da proporcionalidade, deverá aplicar a sanção acessória¹⁸⁷, além da coima. Por outro lado, caberá ao IMPIC determinar o respetivo prazo, tendo em conta a gravidade da infração e a culpa do agente, conceitos que lhe compete concretizar.

Refira-se ainda que não é possível ao IMPIC celebrar acordos administrativos com os operadores, acordando a medida da sanção ou a sua não aplicação. Esta impossibilidade decorre do princípio da legalidade, não sendo aplicável, neste âmbito, o princípio da oportunidade.

VI. Concluindo o IMPIC que se verificam os pressupostos para a aplicação da sanção acessória, será a decisão de aplicação proferida pelo Presidente do Conselho Diretivo do IMPIC (art. 16.º/2 do Decreto-Lei n.º 232/2015), devendo a mesma ser notificada ao operador visado (arts. 46.º e 47.º do RGCO).

A decisão deverá ser adequadamente fundamentada, contendo os elementos previstos no art. 58.º do RGCO, em particular, as razões de facto e de direito que conduziram à decisão, demonstrando, para lá da dúvida razoável, que o operador praticou a infração pela qual é sancionado.

A decisão de aplicação da sanção acessória deverá ser publicitada no Portal BASE (art. 463.º).

¹⁸⁷ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 97-98.

VII. O IMPIC goza de discricionariedade na determinação do prazo da sanção acessória não podendo ultrapassar os 2 anos (art. 460.º), encontrando-se este prazo em linha com o limite de 3 anos previsto no art. 57.º/7 da Diretiva para as exclusões reconduzíveis aos motivos facultativos de exclusão.

Note-se que este prazo começa a contar a partir da data em que a decisão produz efeitos, i.e. da data em que a decisão se torna definitiva ou transita em julgado¹⁸⁸.

VIII. Não se conformando o operador sancionado com a aplicação da sanção, poderá impugná-la judicialmente, direito que se encontra consagrado nos arts. 20.º/1 e 268.º/4 da CRP e 59.º/1 do RGCO. Neste âmbito, coloca-se a questão de saber qual a jurisdição competente para apreciar a impugnação da decisão de aplicação da sanção acessória.

A jurisdição administrativa não tem competência para conhecer da impugnação da aplicação desta sanção acessória, pois apenas lhe foi atribuída competência para conhecer da impugnação de contraordenações por violações de normas fiscais e em matéria de urbanismo (art. 4.º/1 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)).

Nos termos do art. 40.º/1 da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), a jurisdição comum tem competência para conhecer das causas que não sejam atribuídas às restantes jurisdições, pelo que a jurisdição competente será a jurisdição comum¹⁸⁹.

No âmbito desta jurisdição, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não tem, também, competência para apreciar litígios que tenham por objeto a aplicação desta sanção, pois o IMPIC não se encontra incluído no elenco de entidades administrativas constante do art. 112.º/1 da LOFTJ, pelo que este Tribunal não é competente para conhecer da impugnação das decisões do IMPIC de aplicação de sanções contraordenacionais¹⁹⁰. Por

¹⁸⁸ Neste sentido já se pronunciou o TJUE, que entende que nos casos em que a exclusão tem como fundamento a decisão de uma autoridade, o prazo começa a contar a partir da data da decisão (Acórdão *Vossloh*, de 24.10.2018, Processo C-124/17, § 38).

Em sentido contrário, JORGE ANDRADE DA SILVA considera que a sanção produz efeitos a partir da publicitação da sua aplicação (SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos...*, p. 934).

¹⁸⁹ Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 07.11.2019, Processo n.º 027/19; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25.11.2015, Processo n.º 1296/15.9T8AVR.P1; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01.10.2008, Processo n.º 0843223; SILVA, Fernando Oliveira/ BATISTA, Fernando - "A Regulação dos Setores da Construção, do Imobiliário e dos Contratos Públicos", in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 30, pp. 59-61.

¹⁹⁰ Repare-se que, previamente à alteração introduzida pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, à LOFTJ, a alínea g) do respetivo art. 112.º/1 incluía na competência deste Tribunal os processos de impugnação das decisões das "demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão". Contudo, ainda

consequente, os tribunais judiciais de 1.^a instância serão os tribunais competentes para conhecer dos processos de impugnação da decisão de aplicação da sanção acessória (art. 80.º/1 da LOFTJ).

Nesta sede, importa ainda destacar a disparidade entre os prazos na impugnação da decisão de aplicação de *impedimentos relativos* face à impugnação da decisão de aplicação da sanção acessória. Se, no caso do *impedimento absoluto* em apreço, a impugnação se realiza através de uma ação judicial, no caso dos *impedimentos relativos*, considerando que a sua aplicação, i.e. a exclusão da proposta ou candidatura do operador, nos termos dos arts. 146.º/2/c) e 184.º/2/c), ocorre no âmbito de um procedimento pré-contratual, a sua impugnação realiza-se através de um processo urgente de contencioso pré-contratual (arts. 100.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)), cujos prazos de tramitação são mais curtos.

A interposição do recurso implica que a sanção não será de imediato aplicada, aguardando-se o trânsito em julgado da decisão judicial, visto que o recurso tem efeito suspensivo (art. 408.º/1/a) do CPP, aplicável *ex vi* do art. 41.º do RGCO).

Esta é uma instância de plena jurisdição, pronunciando-se o tribunal sobre todos os elementos. Todavia, o tribunal não poderá modificar a sanção em prejuízo do operador sancionado (art. 72.º-A do RGCO).

IX. Tornando-se a decisão de aplicação da sanção acessória definitiva ou transitando em julgado a decisão judicial que a confirma, coloca-se a questão de saber de que forma será a sanção aplicada pelas entidades adjudicantes num procedimento pré-contratual. Isto é, confrontada com uma proposta ou candidatura apresentada por um concorrente sancionado, de que forma e com que fundamento deverá a entidade adjudicante excluir o operador, considerando que se encontra vinculada à decisão do IMPIC de aplicação do *impedimento absoluto*?

previamente à alteração introduzida pela referido diploma, este Tribunal não era competente para apreciar a impugnação da aplicação de sanções contraordenacionais pelo IMPIC, pois este não constitui uma entidade administrativa independente, na aceção da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, visto carecer de independência orgânica e funcional, por se encontrar sob superintendência e tutela do Ministério da Economia (art. 1.º/2 do Decreto-Lei n.º 232/2015). Neste sentido, SILVA, Fernando Oliveira/ BATISTA, Fernando – *op. cit.*, pp. 59-61.

No âmbito de um procedimento pré-contratual, a entidade adjudicante deve verificar o Portal BASE de forma a confirmar que os concorrentes ou candidatos não foram sancionados com a sanção em apreço.

Note-se que o operador que, desrespeitando a sanção acessória que lhe foi aplicada, apresentar candidatura ou proposta em procedimento pré-contratual durante o período de inabilitação, incorre no crime de desobediência (art. 464.º).

Visto estarmos perante um impedimento, ainda que *absoluto*, limitando-se a entidade adjudicante a verificar se foi ou não aplicada a sanção¹⁹¹, consideramos ser necessário reconduzi-lo a um dos impedimentos constantes do art. 55.º. Com efeito, o elenco de impedimentos do art. 55.º inclui tanto *impedimentos relativos* como *absolutos*, justificando ambos a desqualificação do operador.

Tendo o legislador incluído expressamente a aplicação da sanção acessória no art. 55.º/1/f), deverá a entidade adjudicante excluir a proposta apresentada pelo operador sancionado nos termos dos arts. 146.º/2/c) e 184.º/2/c), conjugados com o art. 55.º/1/f).

Caso a entidade adjudicante não proceda à referida exclusão e adjudique o contrato a um operador sancionado, poderão os restantes concorrentes impugnar judicialmente a decisão de adjudicação, pois a entidade adjudicante encontra-se vinculada à decisão do IMPIC de aplicação do *impedimento absoluto*. Esta ação judicial de impugnação da decisão de adjudicação, i.e. de um ato administrativo relativo a um procedimento pré-contratual, constituirá um processo urgente de contencioso pré-contratual, previsto nos arts. 100.º e seguintes do CPTA.

5.4.2. Proibição de participação enquanto sanção administrativa

I. O procedimento administrativo para a aplicação da sanção administrativa (art. 464.º-A), embora partilhando aspetos com o procedimento supra explanado, apresenta algumas diferenças, que importa assinalar.

Antes do mais, importa analisar o modo de contagem do prazo de 3 anos previsto no art. 464.º-A, porquanto, nos termos do referido artigo, a sanção administrativa apenas será

¹⁹¹ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES considera que nos casos previstos no art. 55.º/1/f) não existe verdadeiramente um impedimento, pois a entidade adjudicante limita-se a verificar se o operador está ou não proibido de participar. Esta é precisamente uma das razões pelas quais distinguimos os *impedimentos absolutos* dos *relativos* (GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 727).

aplicável aos operadores a quem tenham sido aplicadas as sanções pecuniárias e as resoluções sancionatórias referidas naquele preceito, num período de 3 anos.

A redação do art. 464.º-A e, conseqüentemente, o elemento literal, parece apontar no sentido de a contagem do prazo de 3 anos se iniciar com a prolação da primeira decisão de resolução ou de aplicação da sanção pecuniária, visto a redação das alíneas a) e b) colocar o acento tónico na aplicação das sanções contratuais, elementos essenciais para a aplicação da sanção.

Também o elemento sistemático aponta no mesmo sentido, pois é a decisão do contraente público de aplicar a sanção contratual, que comprova a existência de um incumprimento contratual com as características necessárias para que seja suscetível de fundamentar a aplicação da sanção administrativa, pelo que não faria sentido que o momento relevante para a contagem fosse outro que não o da prolação da decisão.

Por fim, também o elemento teleológico aponta neste sentido, pois a sanção administrativa tem como objetivo a punição de operadores que de forma grave e/ou persistente incumpriram um anterior contrato público, sendo essa gravidade e/ou persistência atestada pela aplicação da sanção contratual.

Assim, entendemos que o momento relevante para o início da contagem do prazo de 3 anos, relevante para efeitos de aplicação da sanção administrativa, será a data da prolação da primeira decisão de resolução ou de aplicação da sanção pecuniária pelo contraente público, devendo as decisões de aplicação das sanções contratuais posteriores ser proferidas nos 3 anos seguintes, para que possam fundamentar a aplicação da sanção administrativa¹⁹².

II. O procedimento inicia-se oficiosamente (art. 53.º do CPA), i.e. o IMPIC instaurará o procedimento após tomar conhecimento da ocorrência de factos subsumíveis à previsão do art. 464.º-A. Este conhecimento decorrerá, em princípio, do cumprimento pelas entidades adjudicantes do dever de comunicação ao IMPIC da aplicação das sanções contratuais previstas no art. 464.º-A (art. 464.º-A/2).

¹⁹² No mesmo sentido, CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, p. 727.

Note-se que a jurisprudência do TJUE, ainda que no âmbito da contagem do prazo de duração do impedimento, entende que quando o impedimento tem como fundamento a decisão de uma autoridade, o prazo conta a partir da data da decisão, cf. Acórdão *Vossloh* (§ 38).

Uma vez instaurado o procedimento, tem o IMPIC o dever de notificar o operador visado pelo procedimento desse facto (art. 110.º do CPA).

III. No decurso do procedimento e em cumprimento do princípio do inquisitório, consagrado nos arts. 58.º e 117.º do CPA, o IMPIC deverá realizar todas as diligências e recolher todas as provas que entenda necessárias à apreciação da infração.

O IMPIC deverá ainda garantir a participação do operador na formulação da decisão, assegurando-lhe a possibilidade de, em sede de audiência prévia e no exercício do direito de audiência e defesa, se pronunciar, oralmente ou por escrito, sobre o sentido provável da decisão a proferir (arts. 32.º/10 da CRP e 121.º do CPA). Em particular, o operador poderá pronunciar-se sobre a matéria de facto e de direito, juntar prova e requerer a realização de diligências complementares.

Para este efeito, o IMPIC notificará o operador, previamente à prolação da decisão, para que, querendo, se pronuncie sobre a infração que lhe é imputada e a possível aplicação da sanção (art. 122.º do CPA), devendo o IMPIC apreciar esta pronúncia na sua decisão.

IV. Durante o decurso do procedimento, o IMPIC procurará imputar ao operador os incumprimentos contratuais e as consequentes sanções contratuais, previstas no art. 464.º-A, o que se encontra facilitado pelo dever de comunicação suprarreferido.

Já relativamente à imputação subjetiva, não será necessário que o IMPIC demonstre a verificação de elementos subjetivos, porquanto estamos perante uma sanção administrativa e o art. 464.º-A não exige a verificação do elemento subjetivo para a prática da infração.

O operador poderá evitar a aplicação da sanção demonstrando a existência de uma causa de exclusão da ilicitude¹⁹³, cujo ónus de prova impende sobre si. No entanto, a eventual causa de exclusão da ilicitude apenas se verificará relativamente a cada sanção pecuniária ou resolução sancionatória autonomamente, pois o art. 464.º-A exige a prática reiterada de ilícitos contratuais, em circunstâncias distintas (exceto caso seja aplicada uma única sanção pecuniária que atinja os valores referidos no art. 329.º/2 e 3).

¹⁹³ MARCELO PRATES MADUREIRA refere-se a causas de justificação (PRATES, Marcelo Madureira - *Sanção...*, pp. 87-97).

V. Analisando o grau de discricionariedade do IMPIC na aplicação da sanção administrativa, importa referir que, tendo conhecimento, por via das comunicações efetuadas pelos contraentes públicos, de factos subsumíveis à previsão do art. 464.º-A, o IMPIC deverá instaurar o procedimento sancionatório, de forma a averiguar as especificidades do caso concreto.

O IMPIC encontra-se adstrito ao cumprimento do princípio da legalidade, o que resulta, desde logo, dos arts. 266.º/2 da CRP, 1.º-A/1 do CCP e 3.º/1 do CPA, bem como dos princípios norteadores da contratação pública, nomeadamente os princípios da proteção e prossecução do interesse público, da igualdade e da concorrência consagrados no art. 1.º-A/1.

Do princípio da proteção e prossecução do interesse público resulta que a proteção da Administração e do erário público, nomeadamente face a operadores inadimplentes, constitui um interesse da comunidade. Já o princípio da igualdade impõe a aplicação da mesma consequência a infrações equivalentes, exigindo uma análise pormenorizada das situações. Do princípio da concorrência resulta, por um lado, a promoção do mais amplo acesso aos procedimentos, limitando-se ao mínimo as restrições à participação e, por outro lado, a promoção de um *level playing field*, da concorrência entre operadores fiáveis e idóneos.

Da conjugação destes princípios parece-nos resultar um dever de promoção, i.e. a obrigação de o IMPIC instaurar o procedimento sancionatório sempre que tenha conhecimento da ocorrência de factos subsumíveis à previsão do art. 464.º-A. No nosso entendimento, as comunicações enviadas pelos contraentes públicos, nos termos do disposto no art. 464.º-A/2, não são suficientes para que o IMPIC possa decidir não instaurar o procedimento, por entender não ser a aplicação da sanção devida no caso concreto. Apenas após a instauração do procedimento e a investigação das circunstâncias do caso concreto, se encontrará o IMPIC em condições de decidir, aqui sim, no exercício de poderes discricionários¹⁹⁴, sobre a aplicação da sanção administrativa. Nesta decisão, o IMPIC irá ponderar, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, a necessidade e adequação da aplicação da sanção, atendendo aos princípios suprarreferidos, à gravidade da infração e respetivas consequências para o interesse público.

Atendendo aos princípios suprarreferidos, entendemos que o IMPIC se encontra impedido de celebrar acordos administrativos com os operadores relativamente à aplicação da

¹⁹⁴ No sentido de que a aplicação da sanção constitui um poder discricionário, CABRAL, Margarida Olazabal - *op. cit.*, p. 727. Entendendo que o poder administrativo sancionador é essencialmente discricionário, PRATES, Marcelo Madureira - *Sanção...*, pp. 69-75; ROQUE, Miguel Prata - *op. cit.*, p. 126.

sanção. Consideramos que aqueles princípios, em especial, os princípios da legalidade e da igualdade, impõem que o IMPIC aplique a sanção administrativa quando considere que se verificam os pressupostos para a sua aplicação e que a mesma se revela necessária e adequada.

VI. No âmbito da orgânica do IMPIC, não se encontra legalmente previsto qual o órgão competente para a decisão de aplicação da sanção. Tendo o art. 464.º-A sido aditado em 2017 e mantendo-se o Decreto-Lei n.º 232/2015 inalterado desde 2015, não poderia o mesmo atribuir a competência para a aplicação da sanção administrativa a qualquer órgão.

Atendendo ao facto de o art. 16.º/2 do referido diploma, atribuir ao Presidente do Conselho Diretivo do IMPIC a competência para a aplicação de coimas e sanções acessórias, julgamos dever este preceito ser interpretado extensivamente, de forma a abranger todas as sanções cuja aplicação compita ao IMPIC. Considerando que os efeitos da sanção administrativa coincidem com os da sanção acessória, parece-nos que, por coerência de critérios, deverá ser o mesmo órgão a aplicar a sanção em ambos os casos.

VII. A decisão de aplicação da sanção deverá encontrar-se adequadamente fundamentada, em cumprimento do dever de fundamentação, previsto nos arts. 268.º/3 da CRP, 151.º/1/d) e 152.º/1/a) do CPA, indicando as razões de facto e de direito que conduziram à prolação da decisão. Em particular, a fundamentação da decisão deverá cumprir os requisitos previstos no art. 153.º do CPA, devendo ser suficiente, clara e congruente, indicando os factos provados e as normas violadas.

Ademais, a decisão de aplicação da sanção deverá ser notificada ao operador sancionado (arts. 268.º/3 da CRP e 114.º/1/b) do CPA), bem como publicitada no Portal BASE (art. 464.º-A/3).

VIII. Nos termos do art. 464.º-A, o IMPIC encontra-se obrigado a aplicar a sanção por um período fixo de 1 ano, período que se encontra em conformidade com os limites máximos de exclusão previstos no art. 57.º/7 da Diretiva.

Note-se que este período de duração da sanção começa a contar a partir da data em que a decisão produz os seus efeitos¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Neste sentido já se pronunciou o TJUE, que entende que nos casos em que a exclusão tem como fundamento a decisão de uma autoridade, o prazo conta a partir da data da decisão (Acórdão *Vossloh*, § 38).

Atendendo ao disposto no art. 158.º/2 do CPA e visto que o legislador impõe, no art. 464.º-A/3, a publicitação da decisão, concluímos que esta decisão produz os seus efeitos a partir da data da sua publicitação no Portal BASE¹⁹⁶. Note-se, no entanto, que a decisão apenas será oponible ao operador sancionado após a sua notificação (art. 160.º do CPA).

IX. Repare-se que, tendo a sanção administrativa um prazo de duração fixo de 1 ano (art. 464.º-A/1), a mesma consubstancia uma sanção fixa, que impossibilita que o IMPIC adegue o prazo às circunstâncias e especificidades do caso concreto¹⁹⁷.

Coloca-se a questão de saber se a sanção administrativa, enquanto sanção fixa, viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade, consagrados nos arts. 13.º e 266.º/2 da CRP, bem como nos arts. 6.º e 7.º do CPA. A eventual violação do princípio da igualdade decorre do facto de este artigo impor um tratamento igual para todas as situações subsumíveis à previsão do art. 464.º-A, ainda que possam constituir situações distintas. Já a eventual violação do princípio da proporcionalidade, decorre da aplicação de uma sanção que se pode revelar excessiva face à gravidade da infração, em especial considerando os severos efeitos do *impedimento absoluto*.

Debruçando-se sobre as penas fixas, o TC entende que estas não são necessariamente inconstitucionais¹⁹⁸. Ora, se no âmbito penal a rigidez da sanção não implica necessariamente a sua inconstitucionalidade, o mesmo se deverá entender relativamente às sanções administrativas.

Atendendo à gama de comportamentos suscetíveis de se reconduzirem à previsão do art. 464.º-A, ao prazo de 1 ano e ao facto de a aplicação da sanção se encontrar na discricionariedade do IMPIC, entendemos que, em abstrato, não é possível concluir pela inconstitucionalidade deste prazo fixo. Com efeito, tudo dependerá das especificidades dos casos em que o IMPIC decidir aplicar a sanção, pois apenas perante casos concretos será possível analisar a eventual violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade.

O facto de o período de duração da sanção ser fixo deverá ser considerado pelo IMPIC na ponderação sobre a necessidade e adequação da sanção num determinado caso, ponderando

¹⁹⁶ Neste sentido, SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos ...*, p. 934.

¹⁹⁷ No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos ...*, p. 744.

¹⁹⁸ Entre outros, acórdão do TC n.º 83/1991.

se no caso concreto o *impedimento absoluto* por 1 ano se revela necessário e proporcional face às infrações praticadas.

X. Não se conformando com a aplicação da sanção, poderá o operador impugná-la judicialmente, direito que se encontra constitucionalmente consagrado nos arts. 20.º/1 e 268.º/4 da CRP.

Sendo a sanção administrativa aplicada mediante um ato administrativo, a jurisdição administrativa será a jurisdição competente para conhecer da impugnação deste ato (art. 4.º/1/b) do ETAF)¹⁹⁹, requerendo o operador ao tribunal a declaração de nulidade ou anulação do ato administrativo sancionatório.

Não obstante, atendendo à demora na tramitação dos processos nos tribunais administrativos e ao prazo da sanção, poderá suceder que o operador cumpra o período de *impedimento absoluto* antes de o tribunal se pronunciar sobre a validade da sua aplicação, visto que a impugnação do ato administrativo não tem efeito suspensivo (art. 50.º/2 do CPTA). De forma a evitar tal situação, poderá o operador instaurar, previamente ou em apenso à ação principal de impugnação do ato, um processo cautelar, no qual requer a suspensão da eficácia do ato administrativo até que o tribunal decida sobre a sua validade (art. 112.º/2/a) do CPTA).

Por fim, importa destacar a disparidade que se verifica quanto aos prazos na impugnação da decisão de aplicação de *impedimentos relativos* em comparação com a impugnação da decisão de aplicação da sanção administrativa. Enquanto este *impedimento absoluto* é impugnado através de uma ação administrativa, a impugnação da decisão de aplicação de *impedimentos relativos* realiza-se através de um processo urgente de contencioso pré-contratual (arts. 100.º e seguintes do CPTA), para cuja tramitação são previstos prazos mais curtos.

XI. Aplicada a sanção pelo IMPIC, cumpre analisar de que forma devem as entidades adjudicantes atuar num concreto procedimento pré-contratual, quando confrontadas com a submissão de uma proposta ou candidatura por parte de um operador sancionado.

Não se encontrando a sanção administrativa prevista no elenco de impedimentos constante do art. 55.º, coloca-se a questão de saber com que fundamento poderão as entidades

¹⁹⁹ Neste sentido, AMARAL, Diogo Freitas do – *op. cit.*, p. 233; PRATES, Marcelo Madureira – “A punição...”, pp. 4-5.

adjudicantes excluir os operadores sancionados com a sanção administrativa, em especial, considerando que se encontram legalmente obrigadas a fazê-lo. Neste âmbito, importa distinguir a situação *de iure condito* e *de iure condendo*.

Considerando o direito vigente, entendemos que a aplicação da sanção administrativa não se subsume no art. 55.º/1/f)²⁰⁰. De facto, em termos literais, a referida alínea abrange apenas sanções acessórias de proibição de participação em concursos públicos, incluindo a sanção em apreço, nos termos do art. 460.º, pelo que não abrange a sanção administrativa, decorrente do art. 464.º-A. Assim sendo, para subsumir a sanção administrativa à referida alínea, seria necessário interpretar extensivamente aquele preceito, o que entendemos não poder suceder no âmbito dos motivos de exclusão, por imperativo do princípio da concorrência, pois tal interpretação implicaria a redução do número de propostas, limitando a concorrência nos procedimentos pré-contratuais.

Todavia, reconhecemos que, atendendo à *ratio* da referida alínea, a mesma deveria incluir o art. 464.º-A, abrangendo todas as sanções de proibição de participação em procedimentos pré-contratuais, pelo que concordamos com PEDRO COSTA GONÇALVES quando refere que a omissão do art. 464.º-A na alínea f) é injustificada²⁰¹. Consideramos, pois, que se justifica uma intervenção legislativa no sentido de incluir uma referência ao art. 464.º-A na alínea f), sugerindo a seguinte redação: “(...) bem como da sanção prevista nos artigos 460.º e 464.º-A, durante o período fixado na decisão condenatória”.

Até à publicação da referida alteração e considerando o elenco de impedimentos previsto no art. 55.º, entendemos ser de distinguir os casos em que a sanção é aplicada a uma pessoa singular ou coletiva.

Sendo o operador sancionado uma pessoa singular, entendemos que a aplicação da sanção administrativa se subsume na alínea c), que se refere à “aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional”²⁰². Estamos perante uma sanção administrativa, cuja aplicação, pela entidade competente para a regulação dos contratos

²⁰⁰ Em sentido contrário, TAVARES, Gonçalo Guerra/ MENEZES, António Magalhães e – “A revisão do regime dos impedimentos do Código dos Contratos Públicos à luz da Directiva 2014/24/UE”, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3ª ed., p. 752; TAVARES, Gonçalo Guerra – *op. cit.*, p. 259; SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos...*, p. 936.

²⁰¹ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 728.

²⁰² Neste sentido se pronuncia também SUE ARROWSMITH, ainda que a propósito da correspondente norma da Directiva, considerando que a falta profissional grave inclui a infração de obrigações contratuais, que fundamenta a aplicação de sanções administrativas (ARROWSMITH, Sue – *op. cit.*, pp. 1255-1256).

públicos²⁰³, assenta em factos que colocam em causa a idoneidade, integridade e credibilidade do operador, comprovando que incumpriu contratos anteriores, de tal forma que o IMPIC entendeu necessário e adequado aplicar-lhe esta sanção. O facto de o operador ter sido sancionado coloca a dúvida de saber se este tornará a incumprir as obrigações a cujo cumprimento se obriga através da celebração de contratos públicos. Por conseguinte, consideramos que a aplicação da sanção administrativa a pessoas singulares se subsume no art. 55.º/1/c).

Sendo o operador sancionado uma pessoa coletiva, entendemos não poder subsumir a aplicação da sanção naquela alínea c). Porquanto, o legislador português ignorou a possibilidade de as pessoas coletivas serem sancionadas e, contrariamente ao que sucede na Diretiva, determinou que este impedimento apenas opera nos casos em que a sanção seja aplicada aos titulares dos órgãos da pessoa coletiva²⁰⁴. Para que este impedimento operasse também nos casos em que a pessoa coletiva é sancionada, seria necessário interpretar extensivamente aquela alínea, o que entendemos não ser possível no âmbito dos motivos de exclusão, por imperativo do princípio da concorrência, já o dissemos, visto que tal interpretação limitaria a concorrência nos procedimentos pré-contratuais, pois implicaria a redução do número de propostas.

Resta-nos concluir que deverá a entidade adjudicante excluir uma proposta apresentada por uma pessoa coletiva sancionada com a sanção administrativa com fundamento no art. 70.º/2/f), visto que o contrato a celebrar implicaria a violação pela entidade adjudicante do disposto no art. 464.º-A. De facto, a celebração de um contrato público, na sequência de um procedimento de formação de contratos públicos, com um operador sancionado implicaria a violação daquela disposição, pois implicaria, por um lado, que a entidade adjudicante permitiu a participação do operador sancionado no procedimento, sendo essa participação proibida por lei e, por outro lado, que a entidade adjudicante contratou com um operador que se encontra legalmente proibido de celebrar contratos públicos na sequência de procedimentos de formação de contratos públicos²⁰⁵. Como refere PEDRO COSTA GONÇALVES, “a instituição de um

²⁰³ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA que subsumem neste impedimento as sanções administrativas aplicadas pelo InCI (atual IMPIC) (OLIVEIRA, Mário Esteves de/ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, p. 504).

²⁰⁴ Neste sentido, CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, p. 717; TAVARES, Gonçalo Guerra/ MENEZES, António Magalhães e – *op. cit.*, p. 758.

²⁰⁵ De modo semelhante, o STA já entendeu que a existência de um impedimento a contratar se subsume no art. 70.º/2/f), cf. Acórdão de 09.05.2019, Processo n.º 088/18.8BEPNF.

impedimento à participação no procedimento é, rigorosamente, uma medida instrumental, pois o objetivo que a lei pretende atingir consiste, a final, em impedir que determinados operadores económicos contratem com as entidades adjudicantes”²⁰⁶.

Destarte, verificando o júri que a um dos candidatos ou concorrentes, pessoa singular, foi aplicada a sanção administrativa, deverá propor, fundamentadamente, a exclusão da respetiva proposta ou candidatura, no relatório preliminar, de acordo com o disposto nos arts. 146.º/2/c) e 184.º/2/c), conjugados com o art. 55.º/1/c).

Já no caso de o operador sancionado ser uma pessoa coletiva, o júri deverá propor, fundamentadamente, a exclusão da respetiva proposta, no relatório preliminar, nos termos do art. 146.º/2/o) conjugado com o art. 70.º/2/f). Neste caso, a verificação do *impedimento absoluto* implica apenas a exclusão da proposta e não da candidatura, no caso de procedimentos que integram uma fase de qualificação, solução que não é ideal, pois, enquanto impedimento, deveria constituir também uma causa de exclusão das candidaturas. Assim, torna-se crucial e urgente que o legislador proceda à alteração legislativa proposta.

XII. Caso a entidade adjudicante não exclua a proposta apresentada por um operador sancionado, adjudicando a sua proposta, poderão os restantes concorrentes impugnar a decisão de adjudicação, pois a aplicação da sanção administrativa pelo IMPIC vincula todas as entidades adjudicantes.

Note-se que, neste caso, estando em causa a impugnação de um ato administrativo no âmbito de um procedimento pré-contratual, deverá ser intentado um processo de contencioso pré-contratual urgente, nos termos dos arts. 100.º e seguintes do CPTA.

XIII. Por fim, importa assinalar que à data da redação da presente dissertação, se encontrava publicitada no Portal BASE, a aplicação da sanção administrativa à sociedade BYEVA, UNIPessoal LDA.

Tomando por base o texto publicado no Portal BASE, cumpre assinalar alguns aspetos que nos parecem relevantes. Por um lado, refere-se que a sanção foi aplicada “pelo prazo máximo de 1 ano”, sendo que, já se disse, não existe um prazo máximo para a aplicação desta sanção, mas sim um prazo fixo. Por outro lado, parece resultar do texto publicado que aquela

²⁰⁶ Vd. GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 699.

sociedade teve 7 contratos públicos resolvidos a título sancionatório, o que demonstra que também o IMPIC entende que a aplicação da sanção se encontra na sua discricionariedade, não se encontrando obrigado a aplicar a sanção logo que tenha conhecimento da resolução sancionatória de dois contratos públicos.

5.5. A relevação do *impedimento absoluto*

I. Cumpre agora equacionar a possibilidade de as entidades adjudicantes relevarem a sanção em apreço, de acordo com o art. 55.º-A, i.e. de as entidades adjudicantes entenderem que o operador sancionado demonstrou ter tomado medidas suficientes, nomeadamente as medidas previstas no n.º 2, que evidenciam a sua idoneidade para a execução do contrato e a não afetação do interesse subjacente ao concreto impedimento, não obstante ter sido sancionado. Entendendo a entidade adjudicante relevar o impedimento, a proposta ou candidatura apresentada pelo operador não será excluída.

Esta relevação, denominada *self-cleaning* pelo legislador europeu, ocorre, no nosso ordenamento jurídico, de forma casuística, sendo a relevação apreciada e decidida por cada entidade adjudicante, no âmbito de um concreto procedimento pré-contratual, circunscrevendo-se os efeitos da decisão ao procedimento no âmbito do qual foi proferida. Esta decisão constitui um poder discricionário da entidade adjudicante (art. 55.º-A/3).

II. No que diz respeito à sanção acessória, o legislador foi claro ao excluir o impedimento previsto no art. 55.º/1/f) do elenco de impedimentos passíveis de relevação previsto no art. 55.º-A/2. Por conseguinte, a sanção acessória não é passível de relevação²⁰⁷.

Já relativamente à sanção administrativa, ainda que a sua aplicação não se encontre expressamente prevista no elenco de impedimentos do art. 55.º, importa equacionar a possibilidade de a mesma ser relevada, visto consubstanciar um impedimento.

Nos termos do art. 55.º-A/4, as “sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos que tenham sido aplicadas, ou consideradas válidas mediante decisão transitada em julgado, não são passíveis de relevação” pela entidade adjudicante. Referindo-se este preceito a sanções de proibição de participação em

²⁰⁷ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 763.

procedimentos de formação de contratos públicos e tendo o legislador, no art. 464.º-A, denominado a sanção administrativa como uma sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, concluímos que esta sanção se subsume na previsão do n.º 4.

Atendendo à colocação da segunda vírgula na redação daquele n.º 4 e comparando esta redação, que resulta da Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, com a redação que constava da versão original do anexo de republicação do CCP ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017, na qual a segunda vírgula se encontrava imediatamente após a expressão “consideradas válidas”, concluímos que, de acordo com o disposto naquele n.º 4, não são passíveis de relevação as situações em que tenham sido aplicadas sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, bem como as situações em que a aplicação de tais sanções tenha sido confirmada, ou “considerada válida” para utilizar a expressão do legislador, por decisão judicial transitada em julgado.

Por um lado, da versão original constante do anexo de republicação, resultava claro que apenas não eram passíveis de relevação as sanções aplicadas ou confirmadas por decisão judicial transitada em julgado, caso em que as sanções aplicadas por decisão administrativa definitiva seriam passíveis de relevação. Por outro lado, após a Declaração de Retificação e consequente deslocação da segunda vírgula, parece-nos resultar claro que o legislador pretendeu abranger na previsão do n.º 4, quer as sanções confirmadas por decisão judicial transitada em julgado, quer as sanções aplicadas por decisão administrativa definitiva²⁰⁸.

Assim, concluímos que a sanção em apreço, nos termos dos arts. 460.º e 464.º-A, não é passível de relevação, em qualquer caso, de acordo com o art. 55.º-A/2 e 4²⁰⁹.

III. Também a Diretiva consagra uma exceção à possibilidade de relevação dos impedimentos ou *self-cleaning*. Esta exceção encontra-se prevista no art. 57.º/6 da Diretiva, para os casos em que o operador tenha sido excluído da participação em procedimentos de contratação pública ou concessão, por decisão transitada em julgado, durante o respetivo período de exclusão. Parece-nos, pois, que, nos termos da Diretiva, os EM apenas poderão afastar a possibilidade de relevação nos casos em que a exclusão seja determinada por decisão

²⁰⁸ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, pp. 764-765.

²⁰⁹ Neste sentido, *Ibid.*, pp. 763-765. No mesmo sentido, mas especificamente no que diz respeito ao art. 464.º-A, SÁNCHEZ, Pedro Fernández – *op. cit.*, pp. 55-56.

judicial transitada em julgado, como sucede nos casos em que a exclusão decorre de uma pena acessória²¹⁰.

Sucede que, como vimos, o legislador português alargou esta exceção às exclusões determinadas por decisão administrativa definitiva ou confirmadas por decisão judicial transitada em julgado, no caso das sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos. Atendendo ao explanado relativamente à exceção consagrada na Diretiva, impõe-se concluir pela desconformidade da exceção prevista no art. 55.º-A/4 do CCP, porquanto excede a possibilidade prevista no art. 57.º/6 da Diretiva²¹¹.

Note-se que vários autores consideram que, mesmo nos casos em que a desqualificação é aplicada como sanção, deverá admitir-se a possibilidade de relevação do impedimento, em cumprimento dos princípios da concorrência e da proporcionalidade²¹².

IV. Com efeito, poderia dizer-se que, numa interpretação conforme à Diretiva²¹³, seria de admitir, no ordenamento português, a relevação do *impedimento absoluto*.

Todavia, ao admitir a relevação do *impedimento absoluto*, estaria o legislador a retirar eficácia à sanção e a atribuir às entidades adjudicantes competência para derrogar sanções aplicadas por outra entidade administrativa²¹⁴, no exercício do poder público sancionatório que lhe foi legalmente atribuído, i.e. competência para derrogar decisões públicas. Acresce que, estando as entidades adjudicantes vinculadas a excluir a proposta ou candidatura apresentada pelo operador sancionado, ao admitir-se a possibilidade de relevarem o impedimento, admitir-se-ia que, no âmbito da discricionariedade de que dispõem na decisão de relevação, se subtraíssem àquela vinculação através da relevação do impedimento.

Assim, entendemos que deverá o legislador português consagrar a possibilidade de relevação do *impedimento absoluto*, exigência que decorre da Diretiva, devendo adotar um

²¹⁰ No mesmo sentido, MOREIRA, José Azevedo – “A relevação...”, p. 139.

²¹¹ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, pp. 763-765.

²¹² SANCHEZ-GRAELLS, Albert - *Public procurement...*, pp. 295-296; SANCHEZ-GRAELLS, Albert - "Exclusion ...", p. 113; ARROWSMITH, Sue/ PRIEB, Hans-Joachim/ FRITON, Pascal - "Self-Cleaning...", pp. 24-29; PÜNDER, Hermann – *op. cit.*, pp. 198-203; PRIEB, Hans-Joachim/ ARROWSMITH, Sue/ FRITON, Pascal - “Self-Cleaning as a Defence...”, pp. 265-282.

²¹³ Neste sentido, FERNANDO BATISTA defende a interpretação restritiva do n.º 4, excluindo do respetivo âmbito de aplicação o art. 464º-A, em aplicação do princípio da prevalência do direito comunitário (BATISTA, Fernando – *op. cit.*, p. 91); MARGARIDA OLAZABAL CABRAL defende uma interpretação conforme à Diretiva, no sentido de o n.º 4 incluir apenas sanções aplicadas por decisões judiciais transitadas em julgado (CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, p. 736).

²¹⁴ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 763; OLIVEIRA, Miguel Neiva de – *op. cit.*, p. 839; SÁNCHEZ, Pedro Fernández – *op. cit.*, p. 55.

modelo centralizado de relevação do *impedimento absoluto*, cuja competência para a decisão de relevação seria atribuída ao IMPIC. Aliás, a própria Diretiva prevê a possibilidade de adoção de um modelo centralizado de relevação, no considerando 102.

Esta centralização permitiria a aplicação uniforme da relevação, por uma entidade com conhecimentos especializados no âmbito da contratação pública, no termo de um procedimento autónomo tramitado para o efeito²¹⁵. Este modelo aumentaria a segurança jurídica, garantindo o cumprimento dos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da transparência e da concorrência.

5.6. Reflexão global

I. Por fim, impõe-se uma reflexão final sobre o presente e o futuro deste modelo de *impedimento absoluto*.

Refletindo sobre o presente, importa assinalar que entendemos que, em abstrato, o modelo consagrado, embora carecendo de várias clarificações, como fomos assinalando, se revela adequado e equilibrado. A conjugação do *impedimento absoluto* com *impedimentos relativos* permite assegurar, por um lado, a proteção do interesse e erário públicos, garantindo a idoneidade e fiabilidade dos cocontratantes e, por outro lado, os direitos dos operadores. Note-se que a conjugação de um sistema centralizado com um sistema descentralizado permite que as entidades adjudicantes se protejam face a operadores pouco fiáveis, sem que se encontrem dependentes de uma decisão prévia por parte do IMPIC, a qual, resultando da tramitação de um procedimento autónomo, poderá tardar. Esta conjugação permite, ainda, ao IMPIC concentrar a aplicação do *impedimento absoluto* nos casos mais graves, libertando as entidades adjudicantes da análise da situação do operador nestes casos.

Um modelo centralizado como este apresenta vantagens ao nível da especialização e da eficiência pois, tendo o IMPIC uma visão mais abrangente da contratação pública e dos vários mercados e setores, poderá promover uma “política coerente e homogénea sobre o relevo e as consequências gerais do incumprimento dos cocontratantes”²¹⁶, bem como das infrações dos

²¹⁵ Sobre as vantagens dos modelos casuístico e centralizado de revelação de impedimentos, cf. MOREIRA, José Azevedo – “A relevação...”, p. 143.

²¹⁶ Vd. GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 744.

concorrentes e candidatos, ponderando se deverão os mesmos ser sancionados e qual o prazo adequado em caso afirmativo.

Nesta ponderação, será necessário que o IMPIC atenda às circunstâncias do caso concreto. Com efeito, a adequação e equilíbrio de que falamos dependerão das ponderações que o IMPIC realize na prática. Em particular, será relevante que o IMPIC analise a composição do concreto mercado pois, um dos riscos da adoção de um sistema de *impedimento absoluto* consiste na criação de monopólios temporários²¹⁷, o que contraria frontalmente o princípio da concorrência, segundo o qual se deverá salvaguardar o mais amplo acesso ao procedimento, de forma a alcançar o *value for money*.

Neste âmbito, o IMPIC goza de um significativo grau de discricionariedade, como vimos. Esta discricionariedade existe em todos os modelos analisados e parece-nos essencial em sistemas de *impedimento absoluto*. Atendendo aos severos efeitos decorrentes da aplicação da sanção, deverá a sua aplicação ser ponderada de forma rigorosa, considerando não apenas a existência de fundamentos para a sua aplicação, mas também a sua necessidade e adequação no caso concreto, tendo em conta o operador, mercado, setor e contexto. Parece-nos, assim, que um sistema de *impedimento absoluto* carece de algum grau de discricionariedade²¹⁸, sem prejuízo da possibilidade de impugnação judicial da decisão de aplicação da sanção e da sua sindicabilidade no que diz respeito à violação dos princípios gerais da atividade administrativa e à existência de erro manifesto, aspetos que entendemos salvaguardarem as garantias dos operadores.

Não obstante o que vem de ser dito, a eficácia deste sistema dependerá, em grande medida, da atuação do IMPIC. Em particular, o IMPIC terá de se adaptar, adotando os procedimentos internos necessários para garantir que não se deixa asfixiar pelas comunicações de infrações, respondendo em tempo útil a todas as situações que lhe são apresentadas²¹⁹. Este risco verificar-se-á, em especial, caso o IMPIC partilhe do entendimento que avançámos, segundo o qual se encontra obrigado a instaurar o procedimento sempre que tenha conhecimento da eventual ocorrência de factos subsumíveis à previsão dos arts. 456.º a 458.º e 464.º-A.

²¹⁷ Razão pela qual NUNO CUNHA RODRIGUES considera ser a sanção acessória de eficiência questionável (RODRIGUES, Nuno Cunha - *A contratação pública como instrumento de política económica*, p. 377).

²¹⁸ Em sentido contrário, PEDRO COSTA GONÇALVES considera que o art. 464.º-A carece da definição precisa dos fundamentos para a adoção da sanção (GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos...*, p. 744).

²¹⁹ Neste sentido, SÁNCHEZ, Pedro Fernández – *op. cit.*, pp. 45-46.

Em suma, o sistema de *impedimento absoluto* consagrado no CCP parece-nos adequado e equilibrado, carecendo, no entanto, de diversas clarificações e alterações legislativas.

II. Da análise da sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos efetuada, concluímos supra pela sua distinta natureza e, conseqüentemente, pelo seu distinto procedimento de aplicação, consoante tenha como fundamento o disposto nos arts. 460.º ou 464.º-A.

Neste âmbito, destacamos o facto de o legislador ter atribuído a competência para a apreciação da impugnação de decisões de aplicação da sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos a duas jurisdições. A este respeito, consideramos dever o legislador concentrar esta competência numa única jurisdição. Atendendo ao fenómeno de progressiva transferência para os tribunais administrativos da competência para apreciar litígios que tenham por objeto a impugnação de decisões que apliquem sanções contraordenacionais²²⁰, antevemos que esta concentração ocorra na jurisdição administrativa. Aliás, no nosso entendimento, esta concentração deverá ocorrer na jurisdição administrativa, visto que esta jurisdição conhece de todos os processos relacionados com procedimentos pré-contratuais e com a execução de contratos públicos, no âmbito dos quais se verificam as infrações que fundamentam a aplicação desta sanção, além de que os efeitos da sua aplicação se refletem nesses mesmos procedimentos.

Outra questão que merece destaque relaciona-se com a necessidade de o legislador prever expressamente a aplicação da sanção, nos termos do art. 464.º-A, como fundamento para a exclusão da proposta ou candidatura apresentada por um operador sancionado. Este sistema carece desta urgente alteração legislativa, de forma a permitir às entidades adjudicantes proceder, com segurança, à exclusão dos operadores sancionados, à qual se encontram legalmente obrigadas.

No âmbito do procedimento, importa ainda referir a necessidade de se consagrar a possibilidade de relevação do *impedimento absoluto*, como sucede nos modelos analisados e conforme decorre da Diretiva. Tal consagração permitiria reduzir o tempo em que o mercado se encontra mais concentrado²²¹, em cumprimento dos princípios da concorrência e da

²²⁰ Como sucedeu com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, que transferiu para a jurisdição administrativa a competência para conhecer da impugnação de decisões relativas a contraordenações em matéria de urbanismo.

²²¹ Neste sentido, AURIOL, Emmanuelle/ SØREIDE, Tina – *op. cit.*, pp. 45-46.

prosecução do interesse público, e funcionaria como incentivo para que os operadores sancionados adotem medidas que previnam a repetição da infração no futuro. Todavia, entendemos dever a relevação do *impedimento absoluto* ocorrer através de um modelo centralizado, cuja competência para a decisão de relevação seria atribuída ao IMPIC.

III. Por fim, resta-nos esperar pelos próximos desenvolvimentos nesta matéria. Esperamos haver suscitado questões e aventado soluções que contribuam para a aplicação da sanção pelo IMPIC e para o exercício dos direitos de defesa pelos operadores visados pelo procedimento sancionatório.

Esperamos haver logrado destacar a relevância deste tema e suscitado nele algum interesse. Não obstante, estamos certas de que, com a crescente aplicação desta sanção pelo IMPIC, tanto a doutrina como a jurisprudência serão chamadas a debruçar-se sobre este tema, esperando, da nossa parte, haver contribuído de antemão para esse futuro debate.

6. Conclusões

1. A revisão do CCP de 2017 consagrou a sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, na sua configuração atual, tendo, no entanto, criado diversas dúvidas e incertezas ao seu redor. Isto quando, numa matéria tão relevante como a da limitação de acesso de determinados operadores a procedimentos pré-contratuais, se impunha, pelo contrário, clareza e certeza, para os operadores e para as entidades adjudicantes.

2. Esta sanção apresenta características que a distinguem das restantes sanções e medidas administrativas previstas no CCP, desde logo dos tradicionais impedimentos. Características como a centralização da decisão e do procedimento numa entidade central, o IMPIC, a tramitação de um procedimento autónomo e os efeitos vinculativos da sua decisão relativamente a todas as entidades adjudicantes, que nos levaram a apelidá-la de *impedimento absoluto*, por confronto com os *impedimentos relativos* consagrados no CCP. Estas características levantam, no entanto, dúvidas quanto à sua conformidade com a interpretação que o TJUE faz do modo de aplicação dos motivos facultativos de exclusão previstos na Diretiva.

3. O modelo português partilha diversas características com modelos semelhantes, consagrados noutros Estados, nomeadamente nos EUA e em Espanha, mas, também, em instituições internacionais, entre as quais se destaca o BM. Da análise destes modelos resultam, pois, semelhanças ao nível da medida administrativa (*impedimento absoluto*) e do respetivo procedimento de aplicação.

4. A natureza da sanção de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, que se encontra prevista em dois artigos em tudo distintos, coloca várias dúvidas. No que diz respeito ao art. 460.º concluímos pela sua natureza contraordenacional acessória. Já relativamente ao art. 464.º-A, concluímos tratar-se de uma sanção administrativa principal e autónoma.

5. Tendo concluído pela distinta natureza da sanção nos dois artigos, também o procedimento se revela, conseqüentemente, distinto consoante esteja em causa a aplicação da

sanção com fundamento no disposto nos arts. 460.º ou 464.º-A. Não obstante, é-nos possível concluir pela semelhança, em geral, dos dois procedimentos e das garantias procedimentais asseguradas ao operador visado no seu âmbito, apresentando ambos semelhanças face aos procedimentos consagrados nos modelos analisados.

6. De assinalar, também, a insegurança criada pelo legislador ao não incluir nas causas de exclusão das propostas e candidaturas uma referência expressa à aplicação da sanção nos termos do art. 464.º-A. Entendemos ser, neste âmbito, necessário conferir um quadro legal claro que permita às entidades adjudicantes excluírem com segurança as propostas ou candidaturas apresentadas por operadores sancionados. Neste sentido, consideramos que deverá o legislador incluir na redação do art. 55.º/1/f) uma referência ao art. 464.º-A, de forma a abranger todas as sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos.

7. No entanto, enquanto o legislador não procede à alteração legislativa aventada, entendemos que as entidades adjudicantes, quando confrontadas com a apresentação de uma proposta por parte de um operador sancionado com a sanção administrativa, deverão excluí-la com fundamento no disposto nos arts. 146.º/2/c) e 184.º/2/c), conjugados com o art. 55.º/1/c), caso o operador seja uma pessoa singular, ou com fundamento no art. 146.º/2/o) conjugado com o art. 70.º/2/f), caso o operador seja uma pessoa coletiva.

8. Tivemos ainda oportunidade de nos debruçarmos sobre a possibilidade de relevação da sanção, a qual carece, também, de intervenção legislativa. Com efeito, apesar de a Diretiva impor a consagração da possibilidade de relevação desta sanção, o legislador não a consagrou. Assim, entendemos que deverá o legislador consagrar esta possibilidade, devendo a relevação operar através de um sistema centralizado, no âmbito do qual a análise e decisão de relevação caberá ao IMPIC.

9. Considerando o sistema de *impedimento absoluto* no seu todo, a solução portuguesa afigura-se adequada e equilibrada, em abstrato, não obstante carecer de várias clarificações. Todavia, esta adequação e equilíbrio, assim como a eficácia da sanção, dependerão, em grande medida, das ponderações realizadas pelo IMPIC, no âmbito da sua discricionariedade, aquando da decisão de aplicação da sanção e de determinação do respetivo prazo.

10. Em suma, procurámos avançar respostas às várias questões que se colocam perante o IMPIC, os operadores e as entidades adjudicantes, relativamente à sanção que nos propusemos analisar. Muitas outras se poderão levantar, não nos tendo sido possível colocá-las, nem propor soluções para as mesmas, por limitações de espaço características de uma dissertação de mestrado. Estas questões terão, assim, de ficar para uma próxima oportunidade, esperando que, no entretanto, se inicie o necessário debate sobre esta sanção.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011. ISBN 978-972-54-0246-7.

ALMEIDA, João Amaral e; SÁNCHEZ, Pedro Fernández - *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos: regime da contratação pública*. Lisboa: Sérvulo, 2016. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Comentarios-ao-Anteprojeto-de-Revisao-do-Codigo-dos-Contratos-Publicos-Agosto-2016-Regime-da/5684/>.

AMARAL, Diogo Freitas do - “O poder sancionatório da Administração Pública”. In AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de (coord.) - *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3426-3. pp. 215-234.

ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don - *Regulating public procurement: national and international perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2000. ISBN 904110636-7.

ARROWSMITH, Sue; PRIEB, Hans-Joachim; FRITON, Pascal - "Self-Cleaning - An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?". In PÜNDER, Hermann; PRIEB, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (eds.) - *Self-Cleaning in Public Procurement Law*. Colónia: Carl Heymanns Verlag, 2009. ISBN 9783452272249. pp. 1-31.

ARROWSMITH, Sue - *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*. Vol. I. 3.^a ed.. London: Sweet & Maxwell, 2014. ISBN 978-1-421-96690-1.

AURIOL, Emmanuelle; SØREIDE, Tina - "An economic analysis of debarment". In *International Review of Law and Economics*. Nova Iorque: Elsevier Science. ISSN 0144-8188. Vol. 50 (jun. 2017), pp. 36-49.

AYMERICH CANO, C. - "Las Prohibiciones para Contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017". In *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Saragoça: Gobierno de Aragón, Departamento de Hacienda y Administración Pública. ISSN 2341-2135. N.º 53 (jun. 2019), pp. 306-343.

BATISTA, Fernando - "O «Bad Past Performance» no Código dos Contratos Públicos". In *Revista de Direito Administrativo*. Lisboa: AAFDL Editora. ISSN 2184-1799. N.º 6 (set./dez. 2019), pp. 87-91.

BENEDETTI, Mariangela - "How Multilateral Development Banks invest corruption in their funded projects". In AUBY, Jean-Bernard; BREEN, Emmanuel; PERROUD, Thomas (eds.) - *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. ISBN 978-1-78100-934-5. pp. 215-235.

BERRADA, Jessica A. - "Suspension and Proposed Debarment in Federal Government Contracting: A Call for Pre-exclusion notice and Opportunity to Respond". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 48, n.º 1 (outono 2018), pp. 165-188.

BLOCK, Samantha - "Defying Debarment: Judicial Review of Agency Suspension and Debarment Actions". In *George Washington Law Review*. Washington: George Washington University. ISSN 00168076. Vol. 86, n.º 5 (set. 2018), pp. 1316-1347.

BORSON, Fred - "Reforms under the World Bank Procurement and the Policy Implications for Developing Countries". In *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Berlim: Lexxion Verlagsgesellschaft mbH. ISSN 2194-7376. Vol. 12, n.º 2 (2017), pp. 146-154.

BOVIS, Christopher - *The law of EU public procurement*. 2.^a ed.. Oxford: Oxford University Press, 2015. ISBN 978-0-19-968468-7.

CABRAL, Margarida Olazabal – “Alguns apontamentos sobre os impedimentos no CCP revisto”. In GOMES, Carla Amado [et al.] (coord.) - *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. 3.ª ed.. Lisboa: AAFDL, 2019. ISBN 978-972-629-348-4. pp. 709-741.

CALDEIRA, Marco; MIMOSO, Juliana Braz - "Da exclusão por incumprimento de contrato(s) anterior(es) à luz das novas directivas em matéria de contratação pública". In PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.) - *Liber amicorum: Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. ISBN 978-989-8823-20-5. pp. 893-919.

CANNI, Todd J. - "Shoot First, Ask Questions Later: An Examination and Critique of Suspension and Debarment Practice Under the FAR, Including a Discussion on the Mandatory Disclosure Rule, the IBM Suspension, and Other Noteworthy Developments". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 38, n.º 3 (primavera 2009), pp. 547-609.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. II. 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1839-8.

CARANTA, Roberto; RICETTO, Sara – “Self-cleaning”. In BURGI, Martin; TRYBUS, Martin; TREUMER, Steen (eds.) - *Qualification, selection and exclusion in EU procurement*. Copenhaga: DJOF Publishing, 2016. ISBN 978-87-574-3713-3. pp. 275-302.

CASTELLANO, Nathaniel E. - "Suspensions, Debarments, and Sanctions: a comparative guide to United States and World Bank Exclusion Mechanisms". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 45, n.º 3 (verão 2016), pp. 403-448.

CAUPERS, João - "Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos". In ESTORNINHO, Maria João (coord.) - *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICJP-CIDP, 2016. ISBN 978-989-8722-16-4. pp. 36-42. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em:

https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de; FROMAGEAU, Edouard - "Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies". In *The European Journal of International Law*. Oxford: Oxford University Press. ISSN 0938-5428. Vol. 23, n.º 4 (2012), pp. 963-989.

CORDEIRO, Francisca Robalo – “Governança e regime Sancionatório”. In GRUPO DE CONTRATATAÇÃO PÚBLICA - *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: CEDIPRE, 2016. pp. 93-99. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/relatorio17set2016.pdf>.

DIAS, Augusto Silva - *Direito das Contra-ordenações*. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7342-2.

DUBOIS, Pascale Helene; EZZEDDIN, Paul; SWAN, Collin David - "Suspension and Debarment on the International Stage: Experiences in the World Bank's Sanctions System". In *Public Procurement Law Review*. Londres: Sweet & Maxwell. ISSN 0963-8245. Vol. 25, n.º 3 (abr./mai. 2016), pp. 61-70.

FARIELLO JR., Frank A.; DALY, Conrad C. - "Coordinating the fight against corruption among MDBs: the past, present, and future of sanctions". In *George Washington International Law Review*. Washington: George Washington University. ISSN 1534-9977. Vol. 45, n.º 2 (2013), pp. 253-269.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel – “La transposición de las Directivas sobre Contratación Pública: una visión comparada entre Portugal y España”. In RAIMUNDO, Miguel Assis (coord.) - *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17 de Maio de 2019, FDUL): Actas da Conferência*. Lisboa: AAFDL, 2020. ISBN 978-972-629-379-8. pp. 15-38.

GOMES, Pedro Cerqueira - "The portuguese debarment system for those convicted of corruption". In *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: CEDIPRE. ISSN 2182-164X. N.º 7 (jan./abr. 2013), pp. 111-126.

GOMES, Vítor – “As sanções administrativas na fronteira das jurisdições. Aspectos jurisprudenciais”. In *Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: Cejur. ISSN 0873-6294. N.º 71 (set./out. 2008), pp. 6-14.

GONÇALVES, Pedro Costa - "Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo". In GONÇALVES, Pedro Costa (org.) - *Estudos de contratação pública*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1648-6. pp. 569-626.

GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos Contratos Públicos*. 4.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8423-7.

GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8135-9.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto – “Capítulo XXIII. Las prohibiciones de contratar”. In GAMERO CASADO, Eduardo; GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel (coord.) - *Tratado de contratos del sector público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN 978-84-9169-926-2. pp. 1286-1350.

HARUTYUNYAN, Sati - "Risk and Expectation in Exclusion form Public Procurement: Understanding Market Access and Harmonization between the European Union and the United States". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 45, n.º 3 (verão 2016), pp. 449-478.

HEIMANN, Fritz; PIETH, Mark - *Confronting corruption: past concerns, presente challenges, and future strategies*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018. ISBN 978-0-19-045834-8.

HJELMENG, Erling Johan; SØREIDE, Tina - "Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization". In UNIVERSITY OF OSLO FACULTY OF LAW - *Legal Studies Research Paper Series*. N.º 2014-32. Oslo: University of Oslo Faculty of Law, 2014. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2462868>.

HUERGO LORA, Alejandro - "La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia". In *Revista Española de Derecho Administrativo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. ISSN 0210-8461. N.º 182 (jan./mar. 2017), pp. 223-259.

IMPIC - *Relatório Anual: Contratação Pública em Portugal 2018*. Lisboa: IMPIC, 2020. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/RelContratosPublicos_2018.pdf.

KRAMER, Rachel E. - "Awarding contracts to suspended and debarred firms: are stricter rules necessary?". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 34, n.º 3 (primavera 2005), pp. 539-552.

KULBISKI, Nolan A. - "Another perspective on too big to debar: BP, the Environmental Protection Agency, and the World Bank". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 41, n.º 4 (verão 2012), pp. 967-984.

LEROY, Anne-Marie; FARIELLO, Frank - *The World Bank Group Sanctions Process and Its Recent Reforms*. Washington: The World Bank, 2012. ISBN 978-0-8213-8941-6. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/447971449169634017/Sanctions-Process.pdf>.

LIDDICK, Eric Michael - "The use of withdrawn factual stipulations in debarment proceedings: a study in parallel processes". In *Public Contract Law Journal*. Washington: American Bar Association. ISSN 0033-3441. Vol. 45, n.º 1 (outono 2015), pp. 1-34.

MARTINS, Licínio Lopes - "A actividade sancionatória da Administração e o Código do Procedimento Administrativo". In GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (coord.) - *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. Vol. II. 5.^a ed.. Lisboa: AAFDL, 2020. ISBN 978-972-629-561-7. pp. 805-835.

MELO, Pedro; CORDEIRO, Maria Ataíde - "Sanções pecuniárias nos contratos administrativos". In OTERO, Paulo; GOMES, Carla Amado; SERRÃO, Tiago (org.) - *Estudos em Homenagem a Rui Machete*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6182-5. pp. 835-850.

MOREIRA, José Azevedo – “A relevação dos impedimentos no Código dos Contratos Públicos”. In *E-Pública*. Lisboa: ICJP. ISSN 2183-184x. Vol. 4, n.º 2 (nov. 2017), pp. 121-144. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <https://e-publica.pt/volumes/v4n2a06.html>.

MOREIRA, José Azevedo - "Os «motivos de exclusão» na Directiva 2014/24/UE". In *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina. ISSN 2182-164X. N.º 13 (mai./ago. 2016), pp. 43-82.

NICHOLAS, Caroline - "Enforcing the Requirements of the 2011 UNCITRAL Model Law on Public Procurement: Model Rules on Suspension and Debarment?". In *Public Procurement Law Review*. Londres: Sweet & Maxwell. ISSN 0963-8245. Vol. 25, n.º 3 (abr./mai. 2016) pp. NA81-NA85.

NOVA, Ana Rita Vieira Quinta – “A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre os contratos públicos - o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g)”. In *CEDIPRE online*. Coimbra: CEDIPRE. N.º 22 (ago. 2014). [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_22.pdf.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4558-0.

OLIVEIRA, Miguel Neiva de - "A Exclusão de Concorrentes com Fundamento em Deficiências na Execução de Contratos Passados". In JÚDICE, José Miguel; XAVIER, António Lobo; GONÇALVES, Pedro Costa [et al.] - *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7107-7. pp. 815-840.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - "Restrições à participação em procedimentos de contratação pública". In *Revista de Direito Público e Regulação*. Coimbra: CEDIPRE. ISSN 1647-2306. N.º 1 (mai. 2009), pp. 27-34. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista_1.pdf.

PRATES, Marcelo Madureira – “A punição administrativa entre a sanção contra-ordenacional e a sanção administrativa”. In *Cadernos de justiça administrativa*. Braga: Cejur. ISSN 0873-6294. N.º 68 (mar./abr. 2008), p. 3-10.

PRATES, Marcelo Madureira - *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2599-3. Dissertação de mestrado.

PEIRONE, Franco - "The World Bank Sanction System: Moving Towards a Present Responsibility Model". In *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Berlin: Lexxion Verlagsgesellschaft mbH. ISSN 2194-7376. Vol. 13, n.º 1 (2018), pp. 19-29.

PRIEB, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue; FRITON, Pascal - “Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct: An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?”. In *Public Procurement Law Review*. Londres: Sweet & Maxwell. ISSN 0963-8245. Vol. 18, n.º 6 (out./nov. 2009), pp. 257-282.

PÜNDER, Hermann - "Self-Cleaning: A Comparative Analysis". In PÜNDER, Hermann; PRIEB, Hans-Joachim; ARROWSMITH, Sue (eds.) - *Self-Cleaning in Public Procurement Law*. Colónia: Carl Heymanns Verlag, 2009. ISBN 9783452272249. pp. 187-205.

RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013. ISBN 560-69-3900-730-8. Dissertação de doutoramento.

RAIMUNDO, Miguel Assis - "Primeira análise das novas directivas (Parte I)". In *Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina. ISSN 2182-164X. N.º 9 (set./dez. 2013), pp. 5-57.

RODRIGUES, Nuno Cunha - *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5426-1. Dissertação de doutoramento.

ROQUE, Miguel Prata – "O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional". In *Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina. ISSN 1647-5801. N.º 14/15 (abr./set. 2013), pp. 105-173.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández - *Direito da Contratação Pública*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 2020. ISBN 978-972-629-369-9.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert - "Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24". In LICHÈRE, François; CARANTA, Roberto; TREUMER, Steen (eds.) - *Modernising Public Procurement: The New Directive*. Copenhaga: DJOF Publishing, 2014. ISBN 978-87-574-3385-2. pp. 97-129.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert - *'If it ain't broke, don't fix it'? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts*. Rochester: SSRN, 2016. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2821828>.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert - *Public procurement and the EU competition rules*. 2.ª ed.. Oxford: Hart Publishing, 2015. ISBN 978-1-84946-612-7.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert – "Qualification, Selection and Exclusion of Economic Operators under Spanish Public Procurement Law". In BURGI, Martin; TRYBUS, Martin;

TREUMER, Steen (eds.) - *Qualification, selection and exclusion in EU procurement*. Copenhaga: DJOF Publishing, 2016. ISBN 978-87-574-3713-3. pp. 159-188.

SCHOENMAEKERS, Sarah - "The EU debarment rules: legal and economic rationale". In *Public Procurement Law Review*. Londres: Sweet & Maxwell. ISSN 0963-8245. Vol. 25, n.º 3 (abr./mai. 2016), pp. 91-114.

SCHOONER, Steven L. - "The paper tiger stirs: rethinking exclusion and debarment". In *Public Procurement Law Review*. Londres: Sweet & Maxwell. ISSN 0963-8245. Vol. 13, n.º 5 (out./nov. 2004), pp. 211-217.

SILVA, Fernando Oliveira; BATISTA, Fernando - "A Regulação dos Setores da Construção, do Imobiliário e dos Contratos Públicos". In *Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina. ISSN 1647-5801. N.º 30 (abr./jun. 2017), pp. 41-61.

SILVA, Jorge Andrade da - *Dicionário dos Contratos Públicos*. 2.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7353-8.

SILVA, Jorge Andrade da - *Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado*. 8.ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7215-9.

SOUSA, Cátia; CARMONA, José Miguel; COELHO, Mariana – “Regime dos impedimentos”. In GRUPO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA - *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: CEDIPRE, 2016. pp. 37-43. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/relatorio17set2016.pdf>.

STEADMAN, John Montague - "Banned in Boston - and Birmingham and Boise and ...: Due Process in the Debarment and Suspension of Government Contractors". In *Hastings Law Journal*. São Francisco: University of California, Hastings College of the Law. ISSN 0017-8322. Vol. 27, n.º 4 (1976), pp. 793-823.

STEINICKE, Michael; VESTERDORF, Peter L. - *EU public procurement law: Brussels commentary*. Baden-Baden: C. H. Beck, 2018. ISBN 978-1-5099-2321-2.

TAVARES, Gonçalo Guerra - *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7749-9.

TAVARES, Gonçalo Guerra; MENEZES, António Magalhães e – “A revisão do regime dos impedimentos do Código dos Contratos Públicos à luz da Directiva 2014/24/UE”. In GOMES, Carla Amado [et al.] (coord.) - *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. 3.^a ed.. Lisboa: AAFDL, 2019. ISBN 978-972-629-348-4. pp. 743-772.

TELLES, Pedro – “Qualitative selection and exclusion of economic operators in Portugal”. In BURGI, Martin; TRYBUS, Martin; TREUMER, Steen (eds.) - *Qualification, selection and exclusion in EU procurement*. Copenhaga: DJOF Publishing, 2016. ISBN 978-87-574-3713-3. pp. 105-127.

TILLIPMAN, Jessica - "The Congressional War on Contractors". In *George Washington International Law Review*. Washington: George Washington University. ISSN 1534-9977. Vol. 45 (2013), pp. 235-251.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inma - "La Prohibición de Contratar con el Sector Público y otras consideraciones accesorias". In *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550. Vol. XXXVIII, número extraordinário (2018), pp. 479-545.

VILELA, Alexandra - *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2139-8. Dissertação de doutoramento.

WILLIAMS-ELEGBE, Sope - *Fighting corruption in public procurement: a comparative analysis of disqualification or debarment measures*. Oxford: Hart Publishing, 2012. ISBN 978-1-84946-020-0.

YUKINS, Christopher; KANIA, Michal - "Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement". In *Procurement Law Journal*. Suécia: Föreningen för utgivande av Upphandlingsrättslig Tidskrift. ISSN 2001-9904. N.º 2 (2019), pp. 47-73. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em: <https://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%2019-2%20Yukins-Kania.pdf>.

YUKINS, Christopher - "Public Procurement Law: Key International Developments in 2014 - Part I: An American Perspective on the New European Public Procurement Directives". In *West Government Contracts Year in Review Converging 2014 Conference Briefs*. Washington: Thomson Reuters, 2015. [Consult. 11.10.2020]. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2571402>.

YUKINS, Christopher R. - "Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis". In *George Washington International Law Review*. Washington: George Washington University. ISSN 1534-9977. Vol. 45 (2013), pp. 219-234.

Jurisprudência

a) Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão *La Cascina* - Acórdão de 09.02.2006, proferido no âmbito dos Processos C-226/04 e C-228/04, *La Cascina Soc. coop. arl e Zilch Srl* (C-226/04) contra *Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Pedus Service, Cooperativa Italiana di Ristorazione soc. coop. arl* (CIR) e *Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro* (INAIL), e *Consorzio G. f. M.* (C-228/04) contra *Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. arl*. (ECLI:EU:C:2006:94);

Acórdão *Michaniki* - Acórdão de 16.12.2008, proferido no âmbito do Processo C-213/07, *Michaniki AE* contra *Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, (ECLI:EU:C:2008:731);

Acórdão *Assitur* - Acórdão de 19.05.2009, proferido no âmbito do Processo C-538/07, *Assitur Srl* contra *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* (ECLI:EU:C:2009:317);

Acórdão *Bâtiments et Ponts Construction SA* - Acórdão de 15.07.2010, proferido no âmbito do Processo C-74/09, *Bâtiments et Ponts Construction SA e WISAG Produktionservice GmbH, anciennement ThyssenKrupp Industriservice GmbH* contra *Berlaymont 2000 SA* (ECLI:EU:C:2010:431);

Acórdão *Forposta* - Acórdão de 13.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-465/11, *Forposta SA e ABC Direct Contact sp. z o.o.* contra *Poczta Polska SA* (ECLI:EU:C:2012:801);

Acórdão *Generali* - Acórdão de 18.12.2014, proferido no âmbito do Processo C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt* contra *Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* (ECLI:EU:C:2014:2469);

Acórdão *Vossloh* - Acórdão de 24.10.2018, proferido no âmbito do Processo C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH* contra *Stadtwerke München GmbH* (ECLI:EU:C:2018:855);

Despacho *CNS* - Despacho de 04.06.2019, proferido no âmbito do Processo C-425/18, *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)* contra *Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA* (ECLI:EU:C:2019:476);

Acórdão *Meca* - Acórdão de 19.06.2019, proferido no âmbito do Processo C-41/18, *Meca Srl* contra *Comune di Napoli* (ECLI:EU:C:2019:507);

Acórdão *Delta* - Acórdão de 03.10.2019, proferido no âmbito do Processo C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA* contra *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* (ECLI:EU:C:2019:826);

Acórdão *Tim SpA* - Acórdão de 30.01.2020, proferido no âmbito do Processo C-395/18, *Tim SpA — Direzione e coordinamento Vivendi SA* contra *Consip SpA e Ministero dell'Economia e delle Finanze* (ECLI:EU:C:2020:58).

b) Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 142/1985, Plenário, proferido no âmbito do Processo n.º 75/83, relatado por CARDOSO DA COSTA;

Acórdão n.º 83/1991, 1.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 282/89, relatado por RIBEIRO MENDES;

Acórdão n.º 160/1991, 2.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 303/89, relatado por MESSIAS BENTO;

Acórdão n.º 184/1991, 2.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 278/90, relatado por MÁRIO DE BRITO;

Acórdão n.º 295/1991, 1.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 338/90, relatado por RIBEIRO MENDES;

Acórdão n.º 430/1991, Plenário, proferido no âmbito do Processo n.º 314/91, relatado por MÁRIO DE BRITO;

Acórdão n.º 41/2004, 2.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 375/2003, relatado por MARIA FERNANDA PALMA;

Acórdão n.º 19/2011, 3.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 489/10, relatado por ANA MARIA GUERRA MARTINS;

Acórdão n.º 201/2014, 1.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 70/2012, relatado por MARIA LÚCIA AMARAL (JOSÉ CUNHA BARBOSA);

Acórdão n.º 538/2015, Plenário, proferido no âmbito do Processo n.º 177/15, relatado por JOÃO PEDRO CAUPERS;

Acórdão n.º 76/2016, 3.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 30/14, relatado por LINO RODRIGUES RIBEIRO.

c) Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 30.09.2004, 1.ª Subsecção do CA, proferido no âmbito do Processo n.º 01133/03, relatado por ADÉRITO SANTOS;

Acórdão de 19.10.2004, 2.ª Subsecção do CA, proferido no âmbito do Processo n.º 01134/03, relatado por JOÃO BELCHIOR;

Acórdão de 09.05.2019, 1.ª Secção, proferido no âmbito do Processo n.º 088/18.8BEPNF, relatado por FONSECA DA PAZ.

d) Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 01.10.2008, 2.^a Secção Criminal, proferido no âmbito do Processo n.º 0843223, relatado por OLGA MAURÍCIO;

Acórdão de 25.11.2015, proferido no âmbito do Processo n.º 1296/15.9T8AVR.P1, relatado por VÍTOR MORGADO.

e) Tribunal dos Conflitos

Acórdão de 07.11.2019, proferido no âmbito do Processo n.º 027/19, relatado por MADEIRA DOS SANTOS.