Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 1 de dezembro de 2016 [1]

Processo C-298/15

UAB «Borta»

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal, Lituânia)]

«Contratos públicos — Critérios de seleção qualitativos — Requisito de que seja o próprio adjudicatário a realizar a 'obra principal' — Demonstração da capacidade profissional — Proposta apresentada por um agrupamento de operadores económicos — Requisito de que a contribuição de cada parceiro seja proporcional à sua contribuição para a demonstração da capacidade profissional — Processo de adjudicação de contratos — Alteração do caderno de encargos durante o processo de adjudicação — Princípios da igualdade de tratamento e da transparência»

1. O presente pedido de decisão prejudicial do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia) tem por objeto uma cláusula do caderno de encargos de um concurso de empreitada de obras públicas para a adjudicação de um contrato de construção de um cais no porto de Klaipėda, na Lituânia. A cláusula em causa contém disposições que regem a apresentação de propostas por parceiros num acordo de parceria. Essas disposições impõem a cada parceiro a *execução* de uma parte do contrato equivalente à sua contribuição para determinar a experiência profissional da parceria, na fase da *adjudicação* do contrato público. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade desse requisito com as regras do direito da União em matéria de contratos públicos relativas à conjugação de capacidades profissionais. Na medida em que a cláusula controvertida só foi divulgada várias semanas após a publicação do anúncio de concurso, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta também se as entidades adjudicantes podem alterar o caderno de encargos no decurso do processo de adjudicação (e, em caso afirmativo, em que circunstâncias). Além disso, suscita oficiosamente a questão de saber se o direito da União em matéria de contratos públicos se opõe a uma disposição legal lituana que proíbe subcontratar a «obra principal» no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas.

2. Uma primeira dificuldade reside em saber se o Tribunal de Justiça é competente para responder a estas questões. O órgão jurisdicional de reenvio expressa as suas dúvidas no contexto da Diretiva 2004/17/CE [2]. Contudo, é pacífico que o valor estimado do contrato público em causa não atinge o limiar aplicável e que, portanto, essa diretiva não se aplica ao processo principal. A lei lituana determinou a aplicação direta e incondicional da diretiva ao contrato em causa? Em caso afirmativo, constitui jurisprudência constante que o Tribunal de Justiça é competente para interpretar as

1 — Língua original: inglês.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1). A versão pertinente da diretiva é a que foi alterada pela última vez pelo Regulamento n.º 1336/2013 da Comissão, de 13 de dezembro de 2013 (JO 2013, L 335, p. 17).

disposições pertinentes desta diretiva. Além disso, caso o contrato em causa apresente um interesse transfronteiriço certo, aplicar-se-ão à sua adjudicação as regras fundamentais e os princípios gerais do TFUE (em especial, os princípios da livre circulação consagrados nos seus artigos 49.° e 56.°) e, sendo assim, incumbe Tribunal de Justiça fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio orientações úteis.

Quadro jurídico

Direito da União

3. O considerando 9 da Diretiva 2004/17 estabelece o seguinte:

«A fim de garantir a abertura à concorrência dos contratos públicos adjudicados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, é aconselhável estabelecer disposições que instituam uma coordenação comunitária dos contratos que ultrapassem um certo valor. Essa coordenação é baseada nos corolários dos artigos 14.°, 28.° e 49.° do Tratado CE e do artigo 97.º do Tratado Euratom, ou seja, o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Tendo em conta a natureza dos setores afetados por essa coordenação, esta deverá criar um enquadramento para práticas comerciais leais e permitir a maior flexibilidade possível, salvaguardando simultaneamente a aplicação dos referidos princípios.»

[…]»

4. O considerando 43 precisa que é conveniente prever disposições em matéria de subcontratação, a fim de favorecer o acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos.

5. Nos termos do artigo 10.º, «[a]s entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente».

6. O artigo 11.º, n.º 2, dispõe o seguinte:

«Os agrupamentos de operadores económicos podem apresentar propostas ou constituir-se candidatos. Para efeitos de apresentação da proposta ou do pedido de participação, as entidades adjudicantes não podem exigir que os agrupamentos de operadores económicos adotem uma forma jurídica determinada, mas o agrupamento selecionado pode ser obrigado a adotar uma forma jurídica determinada uma vez que lhe seja adjudicado o contrato, na medida em que tal seja necessário para a boa execução do mesmo.»

7. O artigo 37.º (sob a epígrafe «Subcontratação») prevê:

«No caderno de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigad[a] por um Estado-Membro a solicitar, ao proponente que indique na proposta qual a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratantes propostos. Esta indicação não interfere na questão da responsabilidade do operador económico principal.»

8. Em conformidade com o artigo 38.º (sob a epígrafe «Condições de execução do contrato»):

«As entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito [da União] e sejam indicadas no anúncio utilizado como meio de abertura de concurso ou no caderno de encargos. As condições de execução de um contrato podem visar considerações de índole social e ambiental.»

9. O artigo 53.º (sob a epígrafe «Sistemas de qualificação») prevê, em especial:

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

[…]

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

Deve ser gerido com base em critérios e regras objetivos definidos pela entidade adjudicante.

[…]

5. Se os critérios e regras de qualificação referidos no n.º 2 comportarem exigências relativas à capacidade técnica e/ou profissional do operador económico, este pode, eventualmente, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica dos laços existentes entre ele próprio e essas entidades. Neste caso, deve provar à entidade adjudicante que disporá desses meios durante todo o período de validade do sistema de qualificação, por exemplo, através da apresentação de um compromisso de tais entidades de disponibilizarem ao operador económico os recursos necessários.

Nas mesmas condições, um agrupamento de operadores económicos, referido no artigo 11.º, pode recorrer às capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.

[…]»

Direito lituano

10. Nos termos do artigo 2.º, n.º 29, da Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Lei da República da Lituânia sobre contratos públicos, a seguir «Lei dos contratos públicos») entende-se por «fornecedor», em termos gerais, qualquer operador económico, quer se trate de pessoa singular, de pessoa coletiva de direito privado, de pessoa coletiva de direito público, de qualquer outra organização ou de suas filiais, ou de um agrupamento dessas pessoas, que possa executar empreitadas, forneça bens ou preste serviços.

11. O artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos, prevê que nos documentos do concurso se possa exigir que o candidato ou proponente especifique na sua proposta os subcontratantes propostos e que o candidato ou proponente indique a parte do contrato que lhes tenciona subcontratar. Todavia, sempre que se recorra a subcontratados para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, a obra principal, conforme definida pela entidade adjudicante, deve ser realizado pelo fornecedor principal.

12. Nos termos do artigo 27.º, n.º 4, da Lei dos contratos públicos, a entidade adjudicante pode, oficiosamente, a qualquer momento antes do termo do prazo para a apresentação das propostas, clarificar os documentos do concurso.

13. O artigo 32.º, n.º 3, da Lei dos contratos públicos estabelece que, se necessário, no contexto de um concurso específico, um fornecedor pode recorrer às capacidades de outros operadores económicos, independentemente da natureza da sua relação jurídica com os mesmos. Nesse caso, o fornecedor deve provar à entidade adjudicante que disporá desses recursos para executar o contrato. Um agrupamento de operadores económicos pode, nas mesmas condições, recorrer às capacidades dos membros do agrupamento ou às de outros operadores económicos.

Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

14. Em 2 de abril de 2014, a VI Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Autoridade Portuária Estatal de Klaipėda; a seguir «Autoridade Portuária»), uma empresa pública lituana, publicou um anúncio de concurso público para os «Trabalhos de construção para a 'Reconstrução dos Cais n.os 67 e 68., Fase 1'». Este anúncio de concurso foi também publicado no *Jornal Oficial da União Europeia, em 5 de abril de 2014*[3].

15. O ponto 3.2.1 do caderno de encargos incluía o seguinte requisito: «O volume anual médio de trabalho dos fornecedores relativo à obra principal de construção e instalação (construção ou reconstrução de cais marítimos) nos últimos cinco anos, ou desde a data de registo do fornecedor (caso o fornecedor exerça a sua atividade há menos de cinco anos), deve corresponder a um valor de pelo menos 5 000 000 LTL (1 448 100,09 EUR), sem IVA».

16. Segundo o ponto 4.2.3 do caderno de encargos, as propostas devem «especificar as obrigações assumidas pelos parceiros que operam ao abrigo de um acordo de parceria no que respeita à execução do contrato, bem com a participação percentual relativa a essas obrigações, e declarar que essa divisão do volume das prestações se aplica apenas aos parceiros e não cria quaisquer obrigações para o cliente (entidade adjudicante)».

17. A versão original do ponto 4.3 do caderno de encargos previa o seguinte:

«Caso a proposta seja apresentada por fornecedores que operam ao abrigo de um acordo de parceria, os requisitos [do ponto 3.2.1] devem ser satisfeitos, pelo menos, por um dos parceiros nesse acordo de parceria ou pela totalidade dos parceiros que operam ao abrigo do referido acordo globalmente considerados. […] Nos termos do artigo 24.º, n.º 5, da [Lei dos contratos públicos], a [Autoridade Portuária] refere que a obra principal corresponde ao constante do ponto 1.2.8 da secção do mapa de quantidades relativa à construção e que, por conseguinte, essa obra deve ser realizada pelo próprio fornecedor[4].»

18. Em 24 de abril de 2014, a Autoridade Portuária, agindo por iniciativa própria, procedeu a uma primeira alteração do ponto 4.3 do caderno de encargos. Essa nova versão, que foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, previa, em especial, que, nos casos em que a proposta fosse apresentada por fornecedores que operam ao abrigo de um acordo de parceria, cada um dos parceiros do acordo de parceria tinha de satisfazer pelo menos 50% do requisito previsto no ponto 3.2.1. Em virtude dessa alteração, a Autoridade Portuária prorrogou o prazo para a apresentação de propostas.

19. Em 3 de maio de 2014, a UAB Borta, uma sociedade de responsabilidade limitada de direito lituano, apresentou uma reclamação dessa redefinição perante a Autoridade Portuária. Consequentemente, por decisão de 9 de maio de 2014, a Autoridade Tributária alterou pela segunda vez o ponto 4.3 do caderno de encargos[5]. A nova (e última) versão dessa disposição estabelecia o seguinte:

«Caso a proposta seja apresentada por fornecedores que operam ao abrigo de um acordo de parceria, os requisitos [do ponto 3.2.1] […] devem ser satisfeitos por, pelo menos, um dos parceiros nesse acordo de parceria ou pela totalidade dos parceiros que operam ao abrigo do referido acordo, globalmente considerados. A contribuição de cada parceiro (volume de trabalho realizado) no âmbito do acordo de parceria deve ser proporcional à sua contribuição para a satisfação do requisito previsto

3 — JO 2014/S 68-117458.

4 — O órgão jurisdicional de reenvio explica que o referido trabalho consiste, entre outras coisas, na construção de uma barreira de aço sulcado apoiada por vigas posicionais.

5 — Além disso, agindo por sua iniciativa, a entidade adjudicante reformulou ligeiramente o ponto 4.2.3 do caderno de encargos, mas essa alteração não está em causa no processo principal.

no ponto 3.2.1 […] e ao volume de trabalho que efetivamente realizará caso o contrato lhe seja adjudicado (execução do contrato) [6]. […] Nos termos do artigo 24.º, n.º 5, da [Lei dos contratos públicos], a [Autoridade Portuária] refere que a obra principal corresponde ao constante do ponto 1.2.8 da secção do mapa de quantidades relativa à construção e que, por conseguinte, essa obra deve ser realizada pelo próprio fornecedor.»

20. Em virtude dessa última alteração, que foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, o prazo para a apresentação de propostas foi prorrogado pela segunda vez e fixado em 12 de junho de 2014.

21. Em 12 de junho de 2004, a Borta apresentou uma proposta em que propunha realizar essas obras por um montante equivalente em LTL, acerca de 4 761 460 euros. Esta era a proposta com o preço mais elevado [7].

22. No entanto, a Borta apresentou uma reclamação da versão final do ponto 4.3 do caderno de encargos junto da Autoridade Portuária e, após o indeferimento dessa reclamação, intentou uma ação no Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Klaipėda). Em 18 de agosto de 2014, o Klaipėdos apygardos teismas julgou essa ação improcedente. A Borta recorreu dessa decisão para o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia), que, em 13 de novembro de 2014, negou provimento ao recurso. Os dois órgãos jurisdicionais consideraram, em substância, que o ponto controvertido do caderno de encargos se justificava pela natureza específica do objeto do contrato e pela sua importância para o interesse público, e que a responsabilidade solidária dos parceiros no acordo de parceria perante a Autoridade Portuária não garantia, por si só, a boa execução do contrato público. Julgaram também improcedente a alegação da ilegalidade das sucessivas alterações do caderno de encargos, dado que o artigo 27.º, n.º 4, da Lei dos contratos públicos concedia expressamente à Autoridade Portuária poderes para clarificar esse documento.

23. A Borta interpôs recurso de revista da decisão do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia) no Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo da Lituânia), que decidiu suspender a instância e submeter as seguintes questões prejudiciais:

«1. Devem os artigos 37.°, 38.°, 53.° e 54.° da Diretiva 2004/17 ser entendidos e interpretados, em conjunto ou separadamente (embora sem limitação a essas disposições), no sentido de que:

a) Se opõem a uma regra nacional segundo a qual, no caso de subcontratantes convidados a executar uma empreitada de obras públicas, a obra principal, tal como identificada pela entidade adjudicante, deve ser realizada pelo fornecedor principal [8]?

b) Se opõem a um regime, previsto nos documentos do concurso, de conjugação das capacidades profissionais dos fornecedores, tal como especificado pela entidade adjudicante no caderno de encargos controvertido, que impõe que a parte que representa a capacidade profissional do operador económico relevante (um parceiro num acordo de parceria) coincida com a [parte] do trabalho específico que esse operador vai efetivamente executar no âmbito do contrato público?

6 — Designarei este último requisito por «requisito de correspondência». O «volume de trabalho» é, provavelmente, medido em termos monetários.

7 — A proposta vencedora ascendia a um montante em LTL equivalente a aproximadamente 3 168 400 EUR.

8 — No seu despacho de reenvio o órgão jurisdicional indica que suscitou esta questão «oficiosamente», para proteção do interesse público.

2. Devem os artigos 10.°, 46.° e 47.° da Diretiva 2004/17, em conjunto ou separadamente (embora sem limitação a essas disposições), ser entendidos e interpretados no sentido de que:

   a) Os princípios da igualdade de tratamento entre fornecedores e da transparência não são violados quando a entidade adjudicante:

      — prevê com antecedência, nos documentos do concurso, uma opção geral de conjugação das capacidades profissionais dos fornecedores, mas não estabelece o regime de aplicação dessa opção;

      — posteriormente, enquanto decorre o concurso público, define de forma mais pormenorizada os requisitos que regem a apreciação das qualificações dos fornecedores, fixando certas restrições quanto à conjugação das suas capacidades profissionais;

      — devido a essa definição mais pormenorizada do conteúdo dos requisitos de qualificação, prorroga o prazo para a apresentação de candidaturas e anuncia essa prorrogação no *Jornal Oficial [da União Europeia*]?

   b) Uma restrição à conjugação das capacidades profissionais dos fornecedores não deve ser claramente indicada, com antecedência, se o caráter específico das atividades da entidade adjudicante e as características especiais do contrato público tornarem essa restrição previsível e justificada?»

24. A Autoridade Portuária, o Governo lituano e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. As mesmas partes e a Borta apresentaram alegações orais na audiência de 1 de junho de 2016.

Análise

Observações preliminares

25. O Governo lituano alegou na audiência que o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos transpôs a nova regra em matéria de subcontratação consagrada no artigo 79.º, n.º 3, da Diretiva 2014/25/UE[9] antes do termo do prazo previsto para a transposição dessa diretiva e que, por conseguinte, o Tribunal de Justiça deveria apreciar o presente pedido de decisão prejudicial exclusivamente à luz dessa diretiva[10]. A Autoridade Portuária adotou uma posição semelhante. A Comissão, pelo contrário, defendeu que a Diretiva 2014/25 não pode ser tida em consideração. Primeiro, o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos foi aprovado antes da adoção dessa diretiva. Segundo, a Lituânia não comunicou à Comissão as medidas de transposição da Diretiva 2014/25 para o direito lituano.

9 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243). Nos termos dessa disposição, «[n]o caso dos contratos de empreitada de obras, dos contratos de serviços ou de operações de montagem ou instalação no quadro de um contrato de fornecimento, as entidades adjudicantes podem exigir que determinadas tarefas críticas sejam executadas pelo próprio proponente ou, se a proposta for apresentada por um agrupamento de operadores económicos na aceção do artigo 37.º, n.º 2, por um participante no agrupamento». O artigo 63.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), estabelece uma regra semelhante.

10 — Parece resultar das observações escritas do Governo lituano que, à data dos factos, a Diretiva 2014/25 ainda não tinha sido totalmente transposta para o direito lituano.

26. Segundo jurisprudência constante, a diretiva aplicável é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirime definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público. Em contrapartida, *não* é aplicável uma diretiva cujo prazo de transposição expirou após esse momento [11].

27. A Diretiva 2014/25 revogou a Diretiva 2004/17 com efeitos a partir de 18 de abril de 2016. Consequentemente, não é aplicável ao processo principal, uma vez que o anúncio de concurso público foi publicado em 2 de abril de 2014. Tal como o Tribunal de Justiça declarou recentemente a propósito da Diretiva 2014/24, aplicar esta diretiva antes de decorrido o prazo previsto para a sua transposição impediria não só os Estados-Membros como as entidades adjudicantes e os operadores económicos de beneficiarem de um prazo suficiente para se adaptarem às novas disposições que a diretiva introduz [12]. Na minha opinião, isso seria também contrário ao princípio da segurança jurídica [13]. O mesmo se aplica, por analogia, à Diretiva 2014/25.

28. Seguidamente, é pacífico que o valor do contrato em causa (que provavelmente pode ser determinado tomando como referência a proposta mais elevada, ou seja, um montante em LTL equivalente a 4 761 459,72 euros) não atinge o limiar de 5 186 000 euros fixado para os contratos de empreitada de obras, à data dos factos, no artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17. Tal como observa o órgão jurisdicional de reenvio, o contrato público em causa está assim fora do âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17.

29. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio entende que o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões submetidas. Em primeiro lugar, é evidente que, ao publicar no *Jornal Oficial da União Europeia* o anúncio de concurso e as alterações posteriores do caderno de encargos, a Autoridade Portuária pretendia claramente dotá-lo de alcance internacional. Isso é confirmado pelo facto de duas empresas não lituanas terem apresentado propostas. O órgão jurisdicional de reenvio refere ainda, em substância, que, ao transpor a Diretiva 2004/17 para a Lei dos contratos públicos, o legislador lituano decidiu aplicar determinadas regras estabelecidas nessa diretiva a processos de adjudicação de contratos públicos não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação.

30. Na audiência, o Governo lituano acrescentou que a legislação lituana exige que as entidades adjudicantes, quando organizam um processo de adjudicação de um contrato cujo valor estimado é inferior ao limiar aplicável, tomem uma decisão sobre o processo a seguir. Podem decidir aplicar o processo simplificado previsto no direito nacional para esses contratos ou o processo aplicável aos contratos públicos cujo valor excede o limiar aplicável. Neste último caso, em aplicação do direito da União em vigor à data dos factos, as disposições da Diretiva 2004/17 ou da Diretiva 2004/18/CE [14] consoante o objeto do contrato público eram vinculativas para a entidade adjudicante. Estando os órgãos jurisdicionais nacionais também obrigados a aplicá-las.

31. Em determinadas circunstâncias, o caráter puramente interno de uma situação não impede o Tribunal de Justiça de responder a uma questão submetida nos termos do artigo 267.º TFUE [15]. É o que sucede, nomeadamente, quando o direito nacional impõe ao órgão jurisdicional de reenvio que reconheça a um nacional do Estado-Membro a que pertence esse órgão jurisdicional os mesmos

11 — Acórdãos de 10 de julho de 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 31 e jurisprudência referida), e de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 83).

12 — Acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 86).

13 — V., por analogia, acórdão de 15 de outubro de 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, n.º 29 e jurisprudência referida). V., também, acórdão de 5 de outubro de 2000 (Comissão/França, C-337/98, EU:C:2000:543, n.º 40).

14 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114).

15 — V., nomeadamente, despacho de 3 de julho de 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, n.º 38).

direitos que os decorrentes do direito da União para um cidadão de outro Estado-Membro, na mesma situação, ou se o pedido de decisão prejudicial tiver por objeto disposições do direito da União para as quais o direito nacional de um Estado-Membro remeta para determinar as regras aplicáveis a uma situação puramente interna desse Estado [16].

32. No que respeita ao último exemplo, a competência do Tribunal de Justiça abarca as questões relativas a disposições do direito da União em situações em que os factos do processo principal não são abrangidos pelo âmbito de aplicação desse direito, mas em que essas disposições foram declaradas aplicáveis pelo direito nacional, de forma *direta* e *incondicional*, para assegurar um tratamento idêntico a essas situações e às abrangidas pelo âmbito de aplicação das referidas disposições [17]. Com efeito, é no interesse da União que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos procedentes do direito da União sejam interpretados de forma uniforme quando uma legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do ato da União em causa, às soluções adotadas pelo referido ato, a fim de assegurar um tratamento idêntico às situações internas e às situações reguladas pelo direito da União, quaisquer que sejam as condições em que as disposições ou os conceitos procedentes do direito da União se devem aplicar [18].

33. No caso em apreço, porém, não existem indícios suficientes de que as disposições de direito da União citadas se tenham «tornado aplicáveis de maneira direta e incondicional pelo direito nacional», a fim de assegurar um tratamento idêntico a essas situações e às abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União [19]. Designadamente, nem o órgão jurisdicional de reenvio nem o Governo lituano indicaram ao Tribunal de Justiça qualquer disposição específica do direito lituano que declare a Diretiva 2004/17 direta e incondicionalmente aplicável aos contratos públicos de valor inferior ao do limiar aplicável, estabelecido no artigo 16.º dessa diretiva [20]. Por conseguinte, concluo que o Tribunal de Justiça não é competente para interpretar a Diretiva 2004/17 no contexto do presente processo.

34. As questões prejudiciais visam apenas a interpretação da Diretiva 2004/17. Contudo, para fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional que submeteu a questão prejudicial, o Tribunal de Justiça pode ser levado a tomar em consideração normas do direito da União às quais o juiz nacional não fez referência no seu pedido de decisão prejudicial [21].

35. Sendo assim, é necessário verificar se o Tribunal de Justiça tem competência para responder às questões prejudiciais com base nos princípios gerais do TFUE, designadamente os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como a consequente obrigação de transparência. Segundo jurisprudência constante, isso pressupõe que o contrato em causa revista um interesse transfronteiriço certo, atendendo, nomeadamente, à sua importância e ao local da

16 — V., nomeadamente, despachos de 3 de julho de 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, n.º 39 e jurisprudência referida), e de 12 de maio de 2016, Security Service e o. (C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344, n.º 27).

17 — Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, n.º 21 e jurisprudência referida), e de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 23).

18 — Acórdão de 7 de novembro de 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, n.º 22 e jurisprudência referida).

19 — V., nomeadamente, acórdão de 18 de outubro de 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, n.º 51). No seu acórdão de 14 de janeiro de 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, n.ºs 19 a 21), o Tribunal de Justiça aceitou interpretar a Diretiva 2004/18, tendo em consideração, em especial, a alegação do Governo letão de que a Lei letã sobre contratos de empreitada de obras públicas era aplicável a esses contratos mesmo que o seu montante fosse inferior ao do limiar fixado pela Diretiva 2004/18. No entanto, o Tribunal de Justiça reconheceu-se competente para apreciar a questão prejudicial, «sem prejuízo das verificações a efetuar a [esse] respeito pelo órgão jurisdicional de reenvio».

20 — V., por analogia, acórdão de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 25).

21 — V., nomeadamente, acórdãos de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 24 e jurisprudência referida), e de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 17 e jurisprudência referida).

sua execução [22]. A existência desse interesse transfronteiriço certo deve ser apreciada com base em todos os critérios pertinentes, como a importância económica do contrato, o local geográfico da sua execução ou os seus aspetos técnicos, tendo em conta as características próprias do contrato em causa [23].

36. O Tribunal de Justiça já declarou que a existência de um interesse transfronteiriço certo pode ser determinada, nomeadamente, pela importância económica do contrato em causa, conjugada com o local de execução dos trabalhos ou ainda as características técnicas do contrato [24]. Consequentemente, uma empreitada de obras públicas poderia apresentar um interesse transfronteiriço desse tipo devido ao seu valor estimado, conjugado com a sua tecnicidade ou com a localização das obras num local propício a despertar o interesse de operadores estrangeiros [25].

37. Por vezes, o Tribunal de Justiça reserva ao órgão jurisdicional de reenvio a determinação da existência de um interesse transfronteiriço [26]. No caso presente, contudo, o Tribunal de Justiça dispõe de elementos suficientes para concluir que o contrato público em causa reveste efetivamente esse interesse transfronteiriço. Em primeiro lugar, o valor estimado do contrato é significativo [27]. Além disso, o porto marítimo de Klaipėda é um dos principais portos do mar Báltico. Acresce que a construção do cais marítimo prevista no processo de adjudicação em causa exige um alto nível de competência técnica que se presume que só um número limitado de empresas pode possuir. Por último, o facto de o contrato público em apreço ser atrativo para os operadores estrangeiros é confirmado pelo facto de duas empresas estrangeiras terem apresentado propostas [28], uma das quais foi a adjudicatária do contrato.

38. Por conseguinte, as questões prejudiciais devem ser apreciadas à luz dos princípios gerais da transparência e da igualdade de tratamento decorrentes dos artigos 49.° e 56.° TFUE, que devem ser respeitados quando da adjudicação de contratos públicos [29]. Sendo os artigos 49.° e 56.° TFUE aplicáveis a um contrato como o que está em causa no processo principal, a Autoridade Portuária está obrigada a respeitar a proibição de discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência que resultam desses artigos [30].

22 — V., nomeadamente, acórdãos de 19 de dezembro de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o. (C-159/11, EU:C:2012:817, n.º 23); de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 24); e de 18 de dezembro de 2014, Generali Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 27).

23 — V., mais recentemente, acórdão de 14 de julho de 2016, Promoimpresa e o. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, n.º 66 e jurisprudência referida). V., também, as minhas conclusões no processo Comissão/Finlândia (C-195/04, EU:C:2007:28, n.º 55).

24 — Acórdão de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 20).

25 — V. acórdãos de 15 de maio de 2008, SECAP e Santorso (C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, n.º 24), e de 17 de novembro de 2015 (RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, n.º 51).

26 — V., nomeadamente, acórdãos de 23 de dezembro de 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, n.º 25), e de 14 de novembro de 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, n.º 30 e jurisprudência referida).

27 — V., por analogia, acórdão de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 20).

28 — V. acórdãos de 15 de maio de 2008, SECAP e Santorso (C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, n.º 24), e de 17 de novembro de 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, n.º 51).

29 — V., nomeadamente, acórdãos de 13 de novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, EU:C:2007:676, n.º 26), e de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 27). O Tribunal de Justiça já considerou, em muitas ocasiões, que a coordenação a nível da União dos processos de adjudicação dos contratos públicos visa precisamente suprimir os entraves à livre circulação dos serviços e das mercadorias e, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem propor bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro [v., por exemplo, acórdãos de 3 de outubro de 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, n.º 16); de 18 de outubro de 2001, SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, n.º 32); e de 24 de janeiro de 2008, Lianakis e o. (C-532/06, EU:C:2008:40, n.º 39)].

30 — V., por analogia, acórdão de 18 de dezembro de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 32 e jurisprudência referida).

Restrição ao recurso à subcontratação que figura no artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos [alínea a) da primeira questão]

39. Na alínea a) da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a legislação da União se opõe a uma disposição como a do artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos, que exige que, nas empreitadas de obras públicas, o próprio fornecedor principal execute a «obra principal», tal como definida pela entidade adjudicante.

40. A Borta não contestou a legalidade dessa restrição à subcontratação no seu recurso de revista no órgão jurisdicional de reenvio. Foi esse órgão que suscitou a questão «oficiosamente», por motivos de interesse público. Com efeito, não é evidente que a situação em causa no processo principal envolva uma subcontratação. A apresentação de uma proposta no âmbito de um acordo de parceria pode significar apenas que, caso o contrato seja adjudicado, todos os parceiros venham a ser partes individuais no contrato público com a entidade adjudicante. Nessa situação não haveria lugar a subcontratação, que só ocorre quando o contrato é executado (total ou parcialmente) por terceiros relativamente à relação contratual [31]. Em contrapartida, existirá subcontratação no âmbito de um acordo de parceria caso apenas um parceiro seja formalmente o proponente, mas todos os parceiros executem o contrato, ou caso constituam uma *joint venture* (consórcio), que se substituirá aos parceiros na assinatura do contrato. O Tribunal de Justiça só dispõe de um número reduzido de informações sobre a proposta apresentada pela Borta e não lhe compete determinar se tal proposta envolve, efetiva ou potencialmente, uma subcontratação.

41. Segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça não se pode pronunciar sobre uma questão submetida por um órgão jurisdicional nacional se for manifesto que a interpretação ou apreciação da validade de uma norma do direito da União solicitada pelo órgão jurisdicional nacional não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal [32]. Porém, não é isso o que se passa no presente caso. O ponto 4.3 do caderno de encargos, que é objeto do litígio no processo principal, contém uma referência expressa ao artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos. Nesse contexto, não se afigura que a alínea a) da primeira questão prejudicial seja manifestamente desprovida de qualquer relação com o objeto do processo, pelo que essa questão é admissível [33].

42. Analisarei em seguida o mérito da questão.

43. Em conformidade com jurisprudência constante, os artigos 49.° e 56.° TFUE opõem-se a qualquer medida nacional que, ainda que se aplique sem discriminação em razão da nacionalidade, seja suscetível de impedir, entravar ou tornar menos atrativo o exercício, por parte dos cidadãos da União Europeia, da liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços garantida por estas disposições do Tratado [34].

44. No que se refere aos contratos públicos, é do interesse da União que, em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços, seja assegurada a maior abertura possível do concurso à concorrência, mesmo que as diretivas relativas à contratação pública não sejam aplicáveis [35]. Isso serve o interesse da própria entidade adjudicante envolvida, que disporá assim de uma maior escolha

31 — V., a propósito dessa distinção, conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, n.º 22).

32 — V., nomeadamente, acórdão de 12 de maio de 2011, Runevič-Vardyn e Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, n.º 33).

33 — V., por analogia, acórdão de 12 de maio de 2011, Runevič-Vardyn e Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, n.º 34).

34 — Acórdãos de 23 de dezembro de 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, n.º 41), e de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 28 e jurisprudência referida).

35 — V. acórdãos de 23 de dezembro de 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, n.º 37); de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 29); e de 11 de dezembro de 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» e o. (C-113/13, EU:C:2014:2440, n.º 51 e jurisprudência referida).

quanto à oferta mais vantajosa e mais adaptada às suas necessidades [36]. Assim, um dos principais objetivos do princípio da igualdade de tratamento dos proponentes e da decorrente obrigação de transparência consiste em garantir a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros [37].

45. A subcontratação contribui para estes objetivos, por ser suscetível de facilitar o acesso das pequenas e médias empresas ao mercado dos concursos públicos e, consequentemente, de aumentar o número de potenciais candidatos à adjudicação de contratos públicos [38].

46. No caso em apreço, uma disposição como o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos restringe claramente a possibilidade de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros exercerem os seus direitos reconhecidos nos artigos 49.° e 56.° TFUE, na medida em que as impede, caso apresentem uma proposta, de subcontratarem total ou parcialmente a «obra principal», tal como definida pela entidade adjudicante, ou de proporem os seus próprios serviços na qualidade de subcontratantes de uma parte do contrato. Portanto, conforme alega corretamente a Comissão, o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos restringe a livre prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento.

47. No entanto, essa restrição pode eventualmente justificar-se caso prossiga um objetivo legítimo de interesse geral e desde que respeite o princípio da proporcionalidade, isto é, desde que seja adequada para garantir a realização desse objetivo e não exceda o necessário para o atingir [39].

48. O Governo lituano explica que a restrição à subcontratação em causa foi introduzida para permitir às entidades adjudicantes protegerem melhor os seus interesses e assegurarem a qualidade da execução das obras subcontratadas. Essa restrição visava especialmente lidar com uma situação frequente, em que os operadores económicos participavam em processos de concurso com a intenção de, no caso de a sua proposta ser escolhida, subcontratar a maior parte dos trabalhos. Daí resultava muitas vezes obras de qualidade inferior e dificuldades associadas à sua execução. O Governo lituano alega ainda que o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos está em consonância com a posição comum que foi adotada em questões semelhantes no seio do Conselho e que deu origem, designadamente, à regra atualmente consagrada no artigo 79.º, n.º 3, da Diretiva 2014/25 [40]. Na audiência, a Autoridade Portuária alegou, em substância, que tinha um interesse legítimo em assegurar que empreitadas de obras públicas como as que estão em causa no processo principal, de importância estratégica para a segurança nacional, sejam corretamente executadas.

49. A entidade adjudicante pode legitimamente tentar assegurar que um contrato de empreitada de obras públicas seja eficazmente e corretamente executado [41], especialmente nos casos em que as obras em apreço sejam consideradas necessárias para a salvaguarda da segurança nacional, o que, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, TUE, constitui uma das funções essenciais do Estado que a União tem de respeitar [42]. Por conseguinte, o proponente pode estar obrigado a fazer prova de que dispõe efetivamente dos meios das entidades ou empresas a que recorre, que não lhe pertencem diretamente

36 — Acórdão de 23 de dezembro de 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, n.º 37 e jurisprudência referida).

37 — Acórdão de 10 de outubro de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 28).

38 — V., por analogia, acórdãos de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 34), e de 14 de janeiro de 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, n.º 24). V. também as minhas conclusões no processo Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, n.º 30).

39 — V., nomeadamente, acórdãos de 27 de outubro de 2005, Contse e o. (C-234/03, EU:C:2005:644, n.º 25), e de 10 de julho de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 31). V., também, a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito da União, no contexto dos processos de adjudicação de contratos não abrangidos pela Diretiva 2004/17 ou pela Diretiva 2004/18, acórdão de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, n.º 29).

40 — A Diretiva 2004/17 não contém qualquer regra comparável com esta disposição.

41 — V., por analogia, acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 34 e jurisprudência referida). V., também, as minhas conclusões nesse processo (EU:C:2015:761, n.º 32 e jurisprudência referida).

42 — A questão de saber se as razões de segurança nacional podem ser de molde a justificar uma restrição aos princípios do Tratado que são pertinentes para o presente processo, trata-se de um problema diferente que não cumpre abordar aqui.

e que são necessários para a execução de um contrato determinado [43]. Consequentemente, a entidade adjudicante pode proibir o recurso a subcontratantes em relação aos quais não pôde verificar as capacidades na fase de análise das propostas e de seleção do adjudicatário para a execução de partes essenciais do contrato [44].

50. Contudo, a restrição à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento que o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos implica não parece proporcionada para alcançar esse objetivo.

51. Em primeiro lugar, essa restrição aplica-se mesmo nos casos em que a entidade adjudicante está efetivamente em condições de verificar a capacidade técnica e económica dos subcontratantes durante o processo de adjudicação. Uma alternativa a essa restrição seria, por exemplo, impor ao fornecedor principal a obrigação de identificar os subcontratantes quando da apresentação da sua proposta, e de fazer prova, por um lado, de que disporá efetivamente desses recursos dos subcontratantes necessários à execução do contrato e, por outro, que esses subcontratantes são aptos para realizar as tarefas que lhes pretende confiar.

52. Em segundo lugar, o artigo 24.º, n.º 5 da referida lei, é também *demasiado rígido* e *demasiado vago* para satisfazer o requisito da proporcionalidade. Não obstante se afigurar que as entidades adjudicantes beneficiam de flexibilidade na definição do que constitui, relativamente a cada contrato, a «obra principal», a restrição à subcontratação que resulta daquela disposição está definida em termos particularmente amplos. A restrição aplica-se independentemente do objeto do contrato de empreitada de obras públicas e vincula as entidades adjudicantes quando celebram qualquer tipo de contrato dessa natureza, mesmo que consideram que não existe qualquer razão óbvia para impor uma tal restrição.

53. Conforme alega a Comissão, a restrição à subcontratação do artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos distingue-se do artigo 79.º, n.º 3, da Diretiva 2014/25. Esta disposição apenas *permite* que uma entidade adjudicante exija que determinadas tarefas *críticas* sejam executadas diretamente pelo próprio proponente. Consequentemente, as entidades adjudicantes podem avaliar se, atendendo às circunstâncias, essa limitação é oportuna. Daqui decorre que, mesmo que se considerasse como alega o Governo lituano que o artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos transpõe o artigo 79.º, n.º 3, da Diretiva 2014/25 para o direito lituano [45], essa transposição seria incorreta.

54. Por estes motivos, considero que, no contexto de um contrato público que não está abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17 ou da Diretiva 2004/18, mas que apresenta um interesse transfronteiriço certo, a proibição da discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência que decorrem dos artigos 49.º e 56.º TFUE opõem-se a uma regra nacional como a do artigo 24.º, n.º 5, da Lei dos contratos públicos, segundo a qual tem de ser o próprio proponente a executar o «trabalho principal», tal como definido pela entidade adjudicante, sendo proibida a subcontratação dessa parte do contrato.

43 — V., por analogia, acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 37 e jurisprudência referida).

44 — V., por analogia, acórdãos de 18 de março de 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, n.º 45), e de 14 de julho de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 34).

45 — V. n.º 25, *supra*.

Legalidade do ponto 4.3 do caderno de encargos [alínea b) da primeira questão]

55. Na alínea b) da primeira questão pergunta-se se o direito da União se opõe a que um caderno de encargos exija que, nos casos em que os parceiros acordam conjugar as suas capacidades profissionais, apresentando uma proposta comum, exista uma correspondência aritmética entre a parte do contrato que é executada por cada parceiro num acordo de parceria e a sua contribuição para o preenchimento de um requisito de experiência profissional.

56. No processo principal, o ponto 4.3 do caderno de encargos respeita à adjudicação do contrato público. Essa cláusula deve ser lida em conjugação com o ponto 4.2.3 do caderno de encargos, que exige que as propostas apresentadas por parceiros num acordo de parceria especifiquem as obrigações (obras ou serviços) assumidas por cada parceiro e a sua participação percentual nas referidas obrigações. Por conseguinte, quando analisa as propostas e seleciona o adjudicatário, a entidade adjudicante está em condições de verificar se cada parceiro será responsável por uma parte da obra ou dos serviços que corresponde à sua contribuição para cumprir o requisito relativo à experiência profissional estabelecido no ponto 3.2.1 do caderno de encargos.

57. Os princípios acima enunciados a propósito da subcontratação são igualmente pertinentes para a questão da conjugação das capacidades dos parceiros num acordo de parceria [46].

58. No meu entender, um requisito como o previsto no ponto 4.3 do caderno de encargos é suscetível de limitar a flexibilidade dos parceiros em acordos de parceria. Esse requisito não só afeta o modo como acordam repartir as responsabilidades no momento da apresentação da proposta comum, como os impede de mais tarde alterarem a contribuição de cada parceiro para o contrato de empreitada de obras, caso este lhes seja adjudicado.

59. Assim, o requisito previsto no ponto 4.3 do caderno de encargos é suscetível de ter um efeito dissuasivo nos operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros. Afetará os operadores que pretendam estabelecer-se no Estado-Membro em causa através da constituição de um consórcio estável, eventualmente composto por empresas nacionais e estrangeiras. E afetará igualmente os operadores que desejem oferecer os seus serviços através de consórcios desse tipo já existentes, para poder participar nos processos de concursos públicos abertos pelas entidades adjudicantes desse Estado-Membro [47]. Por conseguinte, essa condição constitui uma restrição na aceção dos artigos 49.° e 56.° TFUE.

60. A Autoridade Portuária e o Governo lituano alegam, em substância, que o ponto 4.3 do caderno de encargos visa apenas assegurar que cada parceiro num acordo de parceria possua as capacidades profissionais necessárias para executar a parte do contrato de empreitada de obras públicas pela qual será responsável.

61. Já referi que o objetivo de garantir a adequada execução de um contrato público pode justificar uma restrição (não discriminatória) à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento [48]. Aquando da apresentação da proposta, os parceiros que atuam ao abrigo de um acordo de parceria poderão estar aptos a satisfazer *conjuntamente* as condições relativas à capacidade profissional (incluindo a experiência profissional) fixada pela entidade adjudicante. Mas isso não garante que cada um dos parceiros seja efetivamente encarregado da execução das tarefas específicas relativamente às quais a sua capacidade profissional foi confirmada antes da adjudicação do contrato. Por conseguinte, em princípio, os artigos 49.° e 56.° TFUE não se opõem a que uma entidade adjudicante exija que as

46 — V. n.os 43 a 45, 47 e 49 das presentes conclusões.

47 — V., por analogia, acórdão de 23 de dezembro de 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, n.° 42).

48 — V. n.° 49 das presentes conclusões.

propostas apresentadas ao abrigo de acordos de parceria especifiquem de que modo as diferentes tarefas serão distribuídas entre os parceiros, verifique a capacidade de cada parceiro para executar as tarefas pelas quais será responsável, ou controle, após a adjudicação do contrato, que cada parceiro executa devidamente as tarefas para cuja execução foi demonstrada a sua capacidade profissional [49].

62. Contudo, o ponto 4.3 do caderno de encargos em causa não é adequado para garantir esse objetivo.

63. O ponto 4.3 exige uma correspondência aritmética entre a contribuição de cada parceiro para o requisito de experiência profissional previsto no ponto 3.2.1 e o «volume» (ou valor monetário) das tarefas efetivamente realizadas por esse parceiro no âmbito da execução do contrato.

64. Como alega corretamente a Comissão, essa condição *não está relacionada com* as obras *ou serviços específicos* necessários à boa execução do contrato público em causa. Por exemplo, que cada parceiro que opera ao abrigo de um acordo de parceria pode ter de demonstrar que adquiriu experiência na construção ou reconstrução de cais marítimos nos últimos cinco anos. Deste modo, os parceiros satisfazem conjuntamente o requisito, relativo à experiência profissional previsto no ponto 3.2.1 do caderno de encargos. Todavia, cada um deles pode ter-se especializado num aspeto diferente da construção de cais marítimos, como a drenagem de bacias portuárias, a construção de fundações ou de barreiras de aço sulcado, ou o fornecimento e instalação de equipamento para o cais marítimo. O requisito estabelecido no ponto 4.3 não se opõe a que um parceiro individual execute tarefas específicas para as quais não possui efetivamente a experiência exigida (ainda que, em termos aritméticos, essas tarefas possam corresponder à sua contribuição para o preenchimento do requisito previsto no ponto 3.2.1 do caderno de encargos e que, portanto, o proponente satisfaça o referido ponto 4.3).

65. Por conseguinte, considero que o objetivo de garantir a boa execução do contrato público não pode, numa situação como a do processo principal, justificar a restrição à livre prestação de serviços e à liberdade de estabelecimento que resulta do ponto 4.3 do caderno de encargos. Isto é tanto mais assim quanto até as tarefas que representam uma pequena parcela do valor total do contrato podem ser tarefas críticas para a sua boa execução [50].

66. A Autoridade Portuária alega que o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência impõem que só as capacidades profissionais que serão efetivamente utilizadas na execução do contrato público possam ser tidas em conta na apreciação da capacidade profissional de cada parceiro num acordo de parceria.

67. Não obstante a legitimidade destes objetivos [51], esse argumento não procede. Na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal de Justiça, a Autoridade Tributária explicou que o caderno de encargos não impedia os proponentes que operam ao abrigo de um acordo de parceria de subcontratarem, como qualquer outro proponente, a execução do contrato de empreitada de obras públicas (à exceção da «obra principal») e que, nessas circunstâncias, a experiência profissional dos subcontratantes *não* tinha de ser declarada no momento da apresentação da proposta conjunta. Por conseguinte, ao contrário do que alega a Autoridade Portuária, o caderno de encargos em apreço no processo principal não garantia realmente que as capacidades profissionais que os parceiros declaram ter quando da apresentação de uma proposta comum e que tinham sido verificadas pela entidade adjudicante fossem efetivamente utilizadas para executar o contrato de empreitada de obras públicas controvertido.

49 — O raciocínio subjacente é o mesmo que preside à subcontratação. V. n.º 49 das presentes conclusões e jurisprudência referida por analogia nas notas 43 a 44.

50 — Por exemplo, a impermeabilização de uma infraestrutura.

51 — V., nesse sentido, acórdãos de 23 de dezembro de 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, n.ºs 31 e 32 e jurisprudência referida), e de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, n.º 36).

68. Por conseguinte, considero que, no âmbito de um contrato público cujo valor seja inferior ao limiar estabelecido na Diretiva 2004/17 ou na Diretiva 2004/18, mas que apresenta um interesse transfronteiriço certo, a proibição da discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência que decorrem dos artigos 49.° e 56.° TFUE opõem-se a uma cláusula como o ponto 4.3 do caderno de encargos em causa, que exige que, nos casos em que os parceiros se proponham conjugar as suas capacidades profissionais através da apresentação de uma proposta comum, exista uma correspondência aritmética entre a parte do contrato que é executada por cada parceiro no acordo de parceria e a sua contribuição para satisfazer uma condição relativa à experiência profissional.

Legalidade das alterações ao ponto 4.3 do caderno de encargos introduzidas durante o processo de adjudicação (segunda questão)

69. Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade que resultam dos artigos 49.° e 56.° TFUE e a decorrente obrigação de transparência opõem-se a que a Autoridade Portuária altere o ponto 4.3 do caderno de encargos nos termos em que o fez?

70. A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 2.º da Diretiva 2004/18 oferece orientações úteis para responder a esta questão. Em conformidade com esse artigo, as «entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente». Portanto, essa disposição assenta nos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como na obrigação de transparência, que decorrem do TFUE [52].

71. Assim, o Tribunal de Justiça tem considerado que tanto o princípio da igualdade de tratamento como o dever de transparência que dele decorre exigem que o objeto de cada contrato e os critérios da sua adjudicação sejam claramente determinados desde o início do processo de adjudicação [53]. A igualdade de tratamento impõe que seja assegurada a igualdade de oportunidades dos proponentes na formulação das suas propostas, o que implica que as propostas de todos os proponentes estejam sujeitas às mesmas condições [54]. Além disso, o dever de transparência destina-se a garantir a ausência do risco de favorecimento ou de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Isso significa que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação devem ser formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar se as propostas apresentadas satisfazem os critérios aplicáveis ao concurso em causa [55].

72. Por consequente, uma entidade adjudicante não pode modificar, nem que seja por meio de correções, o alcance das condições essenciais do concurso, tal como formuladas no caderno de encargos, no qual os operadores económicos interessados se basearam legitimamente para tomar a decisão de preparar a apresentação de uma proposta ou, pelo contrário, de renunciar a participar no processo de adjudicação do contrato em causa [56].

52 — Acórdão de 7 de setembro de 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, n.º 34).

53 — Acórdãos de 10 de dezembro de 2009, Comissão/França (C-299/08, EU:C:2009:769, n.º 41), e de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos (C-368/10, EU:C:2012:284, n.º 56).

54 — Acórdão de 6 de novembro de 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44).

55 — V., nomeadamente, acórdão de 6 de novembro de 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44 e jurisprudência referida); v., também, acórdão de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos (C-368/10, EU:C:2012:284, n.º 88).

56 — Acórdão de 10 de maio de 2012, Comissão/Países Baixos (C-368/10, EU:C:2012:284, n.º 55).

73. Os mesmos princípios são aplicáveis nos casos em que um contrato não está abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18, mas apresenta interesse transfronteiriço certo. No acórdão *Enterprise Focused Solutions*[57], o Tribunal de Justiça declarou que uma entidade adjudicante não pode proceder, após a publicação de um anúncio de concurso, a uma alteração da especificação técnica relativa a um elemento de um contrato, em violação dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e da obrigação de transparência[58]. Este entendimento está em consonância com outras decisões em que o Tribunal de Justiça precisou que o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência se opõem a que uma proposta seja alterada após sua apresentação, quer seja por iniciativa da entidade adjudicante quer do proponente, salvo quando a alteração corrija um erro material manifesto ou introduza uma simples clarificação pontual[59].

74. No caso em apreço, a Autoridade Portuária violou esses princípios ao alterar duas vezes o ponto 4.3 do caderno de encargos.

75. Primeiro, como observa a Comissão, essas alterações não podem ser consideradas clarificações pontuais desse ponto do caderno de encargos, nem correções de erros materiais. A versão original do ponto 4.3 permitia claramente que o requisito de capacidade profissional estabelecido no ponto 3.2.1 do caderno de encargos fosse satisfeito, pelo menos, por um parceiro operando ao abrigo das atividades conjuntas *ou* pela totalidade dos parceiros, globalmente considerados. As duas alterações (de 24 de abril de 2014 e de 9 de maio de 2014) introduziram restrições relativas à prova da capacidade profissional no caso de um acordo de parceria. Essas restrições não constavam manifestamente da versão original do referido ponto. Pelo contrário, alteraram a essência do ponto 4.3 do caderno de encargos, no qual os operadores em causa já se tinham legitimamente baseado ao tomar a decisão de preparar a apresentação de uma proposta ou de não participar no processo de concurso. Por esse motivo, não subscrevo o entendimento da Autoridade Portuária segundo o qual os proponentes razoavelmente informados podiam ter previsto as alterações em causa.

76. Acresce que a Autoridade Portuária não apresentou nenhuma justificação objetiva suscetível de explicar por que motivo procedeu a duas alterações substanciais do ponto 4.3 do caderno de encargos depois da publicação inicial do anúncio de concurso. Assim, não obstante tratar-se de uma matéria cuja verificação incumbe, em última análise, ao órgão jurisdicional de reenvio, nenhum dos elementos ao dispor do Tribunal de Justiça permite concluir que essas alterações se tornaram necessárias devido a uma modificação fundamental das circunstâncias relativas à adjudicação ou à execução do contrato posterior à publicação do anúncio de concurso.

77. É possível imaginar circunstâncias em que uma alteração fundamental é suscetível de levar a entidade adjudicante a confrontar-se com o dilema de ter de decidir recomeçar o processo de concurso *ab initio* ou alterar o caderno de encargos. Qualquer das soluções acarretaria desvantagens em termos de custos irrecuperáveis para as partes já envolvidas no processo de concurso original e colocar-se-iam problemas óbvios no que se refere ao risco de abusos ou de manipulação, à necessidade de transparência e de igualdade de tratamento dos (potenciais) proponentes, e do (eventual) reembolso (parcial) dos custos irrecuperáveis. Felizmente, no presente caso não se pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre nenhum esses problemas espinhosos, pelo que não tenciono continuar a abordá-los.

78. Nas circunstâncias do caso presente, considero que a proibição da discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência decorrentes dos artigos 49.° e 56.° TFUE se opõem a alterações do caderno de encargos como as que estão em causa no processo principal, que introduzem restrições relativas à demonstração da capacidade profissional dos parceiros num acordo de parceria que, manifestamente, não constavam da versão original do caderno de encargos.

57 — Acórdão de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Acórdão de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, n.° 29).

59 — V., nomeadamente, acórdão de 10 de outubro de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, n.os 31 e 32).

79. Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de as alterações terem sido efetuadas antes da apresentação de qualquer proposta nem pelo facto de a Autoridade Portuária as ter publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* e ter prorrogado o prazo para a apresentação de propostas. Conforme já expliquei, as sucessivas alterações ao ponto 4.3 do caderno de encargos efetuadas pela Autoridade Portuária implicaram sem justificação objetiva, uma modificação substancial das condições em que os parceiros num acordo de parceria podiam apresentar uma proposta [60].

80. Por último, sublinho que a análise que aqui proponho decorre da situação específica do processo principal. Por conseguinte, esta análise não prejudica de nenhum modo a forma como os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência decorrentes do TFUE se aplicariam noutras circunstâncias diferentes.

Conclusão

81. À luz de todas as considerações precedentes, considero que o Tribunal de Justiça deve responder às questões submetidas pelo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de Lituânia) nos seguintes termos:

«1. No âmbito de um contrato público que não está abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, nem da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, mas que reveste um interesse transfronteiriço certo, a proibição da discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência que decorrem dos artigos 49.° e 56.° TFUE devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regra nacional como a do artigo 24.º, n.º 5, da Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Lei dos contratos públicos) que obriga o próprio proponente a executar a 'obra principal', tal como definida pela entidade adjudicante e proíbe subcontratar essa parte do contrato.

2. No mesmo contexto, a proibição da discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência que decorrem dos artigos 49.° e 56.° TFUE opõem-se a uma especificação como o ponto 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal, que exige que, quando os parceiros pretendam conjugar as suas capacidades profissionais, apresentando uma proposta comum, exista uma correspondência aritmética entre a parte do contrato executada por cada parceiro no acordo de parceria e a sua contribuição para preencher um requisito relativo à experiência profissional.

3. A proibição da discriminação em razão da nacionalidade e a obrigação de transparência que decorrem dos artigos 49.° e 56.° TFUE opõem-se a alterações do caderno de encargos como as que estão em causa no processo principal, que impõem, sem justificação objetiva, restrições relativas à prova da capacidade profissional dos parceiros no acordo de parceria que manifestamente não constavam da versão original do caderno de encargos.»

60 — V. n.os 75 e 76, *supra*.