Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

26 de setembro de 2019*

«Reenvio prejudicial — Artigos 49.º e 56.º TFUE — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 71.º — Subcontratação — Regulamentação nacional que limita a possibilidade de subcontratar a 30 % do montante total do contrato»

No processo C-63/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Tribunal Administrativo Regional da Lombardia, Itália), por Decisão de 13 de dezembro de 2017, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 1 de fevereiro de 2018, no processo

Vitali SpA

contra

Autostrade per l'Italia SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: E. Regan (relator), presidente de secção, C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešič e I. Jarukaitis, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli e de V. Nunziata, avvocati dello Stato,

– em representação do Governo norueguês, por K. H. Aarvik, H. Røstum e C. Anker, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por L. Haasbeek, G. Gattinara e P. Ondrůšek, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

* Língua do processo: italiano.

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º e 56.º TFUE, do artigo 71.º 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), conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2015/2170 da Comissão, de 24 de novembro de 2015 (JO 2015, L 307, p. 5) (a seguir «Diretiva 2014/24»), e do princípio da proporcionalidade.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Vitali SpA à Autostrade per l'Italia SpA a respeito de uma decisão tomada por esta última, na sua qualidade de autoridade adjudicante, de excluir a primeira de um procedimento de adjudicação de um contrato público.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 1, 41, 78, 100 e 105 da Diretiva 2014/24 preveem:

«(1) A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Contudo, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência.

[…]

(41) Nenhuma disposição da presente diretiva deverá impedir a imposição ou a aplicação das medidas necessárias à proteção da ordem, da moralidade e da segurança públicas, da saúde e da vida humana e animal ou à preservação da vida vegetal ou outras medidas ambientais, especialmente do ponto de vista do desenvolvimento sustentável, desde que tais medidas estejam em conformidade com o TFUE.

[…]

(78) Os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das [pequenas e médias empresas (PME)]. As autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a aplicar o código de boas práticas constante do documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 25 de junho de 2008, intitulado "Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos", que fornece diretrizes sobre a aplicação do enquadramento dos contratos públicos de uma forma que facilita a participação das PME. Para esse efeito, e para aumentar a concorrência, as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão. […]

Os Estados-Membros deverão ser livres de ir mais além no seus esforços de facilitar a participação das PME no mercado dos contratos públicos, alargando o âmbito da obrigação de ponderar se convém dividir os contratos em lotes mais pequenos, exigindo que as autoridades adjudicantes

justifiquem a sua decisão de não dividir os contratos em lotes, ou tornando a divisão em lotes obrigatória em determinadas condições. Para o mesmo efeito, os Estados-Membros deverão também ser livres de prever mecanismos de pagamento direto aos subcontratantes.

[…]

(100) Não deverão ser adjudicados contratos públicos a operadores económicos que tenham participado numa organização criminosa ou sido condenados por corrupção, fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, infrações terroristas, branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo. […]

[…]

(105) É importante que a observância, por parte dos subcontratantes, das obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral (estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes da presente diretiva — desde que tais regras e a respetiva aplicação sejam conformes com o direito da União — seja assegurada através de ações adequadas pelas autoridades nacionais competentes, no âmbito das suas responsabilidades e competências, tais como agências de inspeção do trabalho ou agências de proteção do ambiente.

[…]

[…] Além disso, deverá ser expressamente indicado que os Estados-Membros poderão ir mais longe, por exemplo, ampliando as obrigações de transparência, permitindo o pagamento direto aos subcontratantes, ou permitindo ou requerendo às autoridades adjudicantes que verifiquem se os subcontratantes não se encontram numa das situações em que se justifica a exclusão de operadores económicos. […]

Deverá, também, ser expressamente indicado que os Estados-Membros são livres de, na sua legislação nacional, prever regras mais rígidas em matéria de responsabilidade ou ir mais longe no que toca aos pagamentos diretos a subcontratantes.»

4 Em conformidade com o artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2014/24, esta aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior ao limiar de 5 225 000 euros para os contratos de empreitada de obras públicas.

5 O artigo 18.º desta diretiva, sob a epígrafe «Princípios da contratação», dispõe, no seu n.º 1, primeiro parágrafo:

«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.»

6 O artigo 57.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Motivos de exclusão», prevê, no seu n.º 1, que as autoridades adjudicantes devem excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação se tiverem determinado, mediante verificação em conformidade com os artigos 59.º, 60.º e 61.º, ou se de qualquer outro modo tiverem conhecimento de que esse operador económico foi condenado por decisão final transitada em julgado com fundamento num dos motivos enumerados nessa disposição.

7 O artigo 63.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Recurso às capacidades de outras entidades», dispõe, no seu n.º 1, primeiro parágrafo:

«No que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira referidos no artigo 58.º, n.º 3, e aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional referidos no artigo 58.º, n.º 4, um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Porém, no que respeita aos critérios relativos às habilitações literárias e qualificações profissionais referidos no anexo XII, parte II, alínea f), ou à experiência profissional relevante, os operadores económicos só podem recorrer às capacidades de outras entidades quando estas últimas assegurem a execução da empreitada de obras ou o fornecimento dos serviços para os quais são exigidas essas capacidades. Quando pretenda recorrer às capacidades de outras entidades, o operador económico deve provar à autoridade adjudicante que irá dispor dos recursos necessários, por exemplo através da apresentação de uma declaração de compromisso dessas entidades para o efeito.»

8 O artigo 71.º da Diretiva 2014/24, sob a epígrafe «Subcontratação», prevê:

«1. A observância pelos subcontratantes das obrigações a que se refere o artigo 18.º, n.º 2, é assegurada pela adoção de medidas adequadas por parte das autoridades nacionais competentes, no âmbito das respetivas responsabilidades e competências.

2. Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos.

3. Os Estados-Membros podem estipular que, a pedido do subcontratante e caso a natureza do contrato o permita, a autoridade adjudicante transfira os pagamentos devidos diretamente para o subcontratante pelos serviços, fornecimentos ou obras prestados ao operador económico a quem o contrato público foi adjudicado (o adjudicatário principal). Essas medidas podem incluir mecanismos adequados que permitam que o contratante principal se oponha a pagamentos indevidos. As disposições relativas a esse modo de pagamento devem constar da documentação relativa ao concurso.

4. Os n.os 1 a 3 são aplicáveis sem prejuízo da responsabilidade do contratante principal.

5. No caso dos contratos de empreitada de obras e em relação a serviços a serem prestados nas instalações sob a supervisão direta da autoridade adjudicante, após a adjudicação do contrato e o mais tardar aquando do início da execução do contrato, a autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que lhe indique o nome, as coordenadas e os representantes legais dos seus subcontratantes que participam nas obras ou serviços em causa, na medida em que disso haja conhecimento nesse momento. A autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que no decurso do contrato lhe comunique todas as alterações a essas informações, bem como as necessárias informações a respeito de novos subcontratantes que posteriormente associe às obras ou serviços em causa.

Não obstante o primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem impor a obrigação de facultar as informações necessárias diretamente ao adjudicatário principal.

Sempre que necessário para efeitos da alínea b) do n.º 6, do presente artigo, as informações requeridas são acompanhadas das declarações sob compromisso de honra dos subcontratantes, conforme previsto no artigo 59.º As medidas de execução a adotar em conformidade com o n.º 8 do presente artigo[…] podem estipular que os subcontratantes apresentados após a adjudicação do contrato forneçam os certificados e outros documentos comprovativos em vez da declaração sob compromisso de honra.

O primeiro parágrafo não se aplica aos fornecedores.

As autoridades adjudicantes podem alargar ou podem ser solicitadas por um Estado-Membro a alargar as obrigações previstas no primeiro parágrafo, por exemplo:

a) Aos contratos de fornecimentos, aos contratos de prestação de serviços diferentes dos prestados nas instalações sob a supervisão direta da autoridade adjudicante ou aos fornecedores envolvidos em contratos de empreitada de obras ou em contratos de prestação serviços;

b) Aos subcontratantes dos subcontratantes do adjudicatário principal ou a uma parte mais baixa da cadeia de subcontratação.

6. A fim de evitar o incumprimento das obrigações a que se refere o artigo 18.º, n.º 2, podem ser tomadas medidas adequadas, tais como:

a) Caso a legislação nacional de um Estado-Membro preveja um mecanismo de responsabilidade solidária entre os subcontratantes e o adjudicatário principal, o Estado-Membro em causa deve assegurar que as regras relevantes sejam aplicadas em conformidade com as condições estabelecidas no artigo 18.º, n.º 2;

b) As autoridades adjudicantes, de acordo com os artigos 59.º, 60.º e 61.º, podem verificar ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratantes por força do disposto no artigo 57.º Nesses casos, a autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos obrigatórios de exclusão. A autoridade adjudicante pode exigir ou ser solicitada por um Estado-Membro a exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos não obrigatórios de exclusão.

7. Os Estados-Membros podem estabelecer regras de responsabilidade mais rigorosas na legislação nacional ou podem ir mais longe na legislação nacional no tocante aos pagamentos diretos aos subcontratantes, por exemplo prevendo os pagamentos diretos aos subcontratantes sem que estes tenham de o solicitar.

8. Os Estados-Membros que optem por prever medidas em conformidade com os n.ºs 3, 5 ou 6 devem especificar as condições de execução dessas medidas, mediante disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, e tendo em conta o direito da União. Ao fazê-lo, os Estados-Membros podem limitar a sua aplicação, por exemplo em relação a determinados tipos de contratos, determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou operadores económicos ou determinados montantes.»

Direito italiano

9 O artigo 105.º, n.º 2, terceiro período, do decreto legislativo n. 50 — Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n.º 50, relativo ao Código dos Contratos Públicos), de 18 de abril de 2016 (suplemento ordinário do GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016, a seguir «Decreto Legislativo n.º 50/2016»), prevê:

«Sem prejuízo do disposto no n.º 5, a eventual subcontratação não pode exceder a proporção de 30 % do montante total do contrato de obras, serviços ou fornecimentos.»

10 O artigo 105.º, n.º 5, do Decreto Legislativo n.º 50/2016 tem a seguinte redação:

«Para as obras previstas no artigo 89.º, n.º 11, sem prejuízo dos limites previstos nesse mesmo número, a eventual subcontratação não pode exceder 30 % do montante das obras e não pode ser subdividida sem razões objetivas.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

11 Por anúncio de concurso público publicado em agosto de 2016, a Autostrade per l'Italia lançou um concurso limitado para a adjudicação das obras de ampliação da quinta via da autoestrada italiana A 8 entre a portagem de Milão Norte (Itália) e a interligação de Lainate (Itália), com valor de base de 85 211 216,84 euros, sem IVA.

12 A Vitali foi excluída do procedimento de adjudicação por ter ultrapassado o limite de 30 % em matéria de subcontratação, previsto no artigo 105.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 50/2016.

13 A Vitali interpôs recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, com vista, nomeadamente, à sua readmissão no procedimento de adjudicação.

14 Por Sentença parcial de 5 de janeiro de 2018, o órgão jurisdicional de reenvio julgou improcedentes todos os fundamentos de recurso invocados pela Vitali, com exceção do fundamento relativo à incompatibilidade do limite de 30 % em matéria de subcontratação, estabelecido no direito italiano, com o direito da União.

15 O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade desse limite quantitativo com os artigos 49.º e 56.º TFUE, o artigo 71.º da Diretiva 2014/24 e o princípio da proporcionalidade.

16 Esse órgão jurisdicional salienta que o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) se pronunciou no sentido de que o legislador nacional pode fixar, em matéria de subcontratação, limites mais rígidos do que os previstos pelas disposições pertinentes do direito da União, quando estes se justifiquem, por um lado, à luz dos princípios da viabilidade social e, por outro, à luz dos valores expostos no artigo 36.º TFUE, entre os quais figuram a ordem pública e a segurança pública. O referido órgão jurisdicional sublinha, além disso, que o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) considera que, no âmbito da Diretiva 2014/24, não é aplicável a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos limites quantitativos à subcontratação em matéria de contratos públicos, que se refere à Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114).

17 Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio observa igualmente que, à semelhança 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 (JO 2004, L 134, p. 1), e da Diretiva 2004/18, a Diretiva 2014/24 não prevê nenhum limite quantitativo à subcontratação. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o facto de prever para a subcontratação um limite máximo de 30 % em relação ao montante total do contrato pode tornar mais difícil para as empresas, em especial para as pequenas e médias empresas, o acesso a contratos públicos, obstando assim ao exercício da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Este limite é fixado de forma abstrata numa determinada percentagem do contrato, independentemente da possibilidade de verificar a capacidade dos eventuais subcontratantes e sem nenhuma menção ao caráter essencial das obras em causa.

18 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se a regulamentação nacional em causa não vai além do que é necessário para alcançar os objetivos prosseguidos.

19 Nestas circunstâncias, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Tribunal Administrativo Regional da Lombardia, Itália) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, previstos nos artigos 49.º e 56.º [TFUE], o artigo 71.º da [Diretiva 2014/24], que não prevê limitações quantitativas à subcontratação, e o princípio de direito da União da proporcionalidade[…] opõem-se à aplicação de uma legislação nacional em matéria de contratos públicos, como a disposição italiana contida no artigo 105.º, n.º 2, terceiro período, do [Decreto Legislativo n.º 50/2016], nos termos da qual a subcontratação não pode exceder 30 % do montante total de um contrato de obras, serviços ou fornecimentos?»

20 O pedido do órgão jurisdicional de reenvio de que o seu pedido de decisão prejudicial fosse sujeito a tramitação acelerada nos termos do artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça foi indeferido por Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2018, Vitali (C-63/18, não publicado, EU:C:2018:199).

Quanto à questão prejudicial

21 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 49.º e 56.º TFUE e a Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que limita a 30 % a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros.

22 Há que salientar, a título preliminar, que, uma vez que o valor do contrato em causa no processo principal, sem IVA, é superior ao limiar de 5 225 000 euros previsto no artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2014/24, é à luz desta última que há que responder ao presente pedido de decisão prejudicial.

23 Há que recordar que esta diretiva tem por objetivo, como resulta, em substância do seu considerando 1, garantir que na adjudicação de contratos públicos sejam respeitados, nomeadamente, os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, em especial, da igualdade de tratamento, da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência, e garantir que os contratos públicos sejam abertos à concorrência.

24 Em particular, para esse efeito, a referida diretiva prevê expressamente, no seu artigo 63.º, n.º 1, a possibilidade de os proponentes recorrerem, sob determinadas condições, às capacidades de outras entidades para satisfazer determinados critérios de seleção dos operadores económicos.

25 Por outro lado, o artigo 71.º da mesma diretiva, que se refere especificamente à subcontratação, dispõe, no seu n.º 2, que a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos.

26 Daqui decorre que, à semelhança da revogada Diretiva 2004/18, a Diretiva 2014/24 consagra a possibilidade de os proponentes recorrerem à subcontratação com vista à execução de um contrato, desde que as condições nela previstas estejam preenchidas (v., neste sentido, quanto à Diretiva 2004/18, Acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.ºs 31 a 33).

27 Com efeito, segundo jurisprudência constante, e como resulta do considerando 78 da Diretiva 2014/24, é do interesse da União que, em matéria de contratos públicos, seja reforçada a abertura de um concurso público para a concorrência. O recurso à subcontratação, que é suscetível de favorecer o

acesso das pequenas e médias empresas aos contratos públicos, contribui para a prossecução deste objetivo (v., neste sentido, Acórdão de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, n.º 48 e jurisprudência referida).

28 Além disso, o Tribunal de Justiça declarou no n.º 35 do Acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), que tinha por objeto a interpretação da Diretiva 2004/18, que uma cláusula do caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que impõe restrições ao recurso à subcontratação de uma parte do contrato, fixada de forma abstrata numa determinada percentagem deste, e isto independentemente da possibilidade de verificar as capacidades dos eventuais subcontratantes e sem nenhuma menção à natureza essencial das tarefas em causa, é incompatível com essa diretiva, aplicável no âmbito do litígio que deu origem ao referido acórdão.

29 A este respeito, há que salientar que, embora o artigo 71.º da Diretiva 2014/24 reproduza, em substância, o teor do artigo 25.º da Diretiva 2004/18, estabelece, no entanto, regras suplementares em matéria de subcontratação. Em especial, o referido artigo 71.º prevê que a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que a informe das suas intenções em matéria de subcontratação, bem como a possibilidade de, em certas condições, a autoridade adjudicante transferir os pagamentos devidos diretamente para o subcontratante pelos serviços, fornecimentos ou obras prestados ao adjudicatário principal. Além disso, o referido artigo 71.º dispõe que as autoridades adjudicantes podem verificar ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos de exclusão dos subcontratantes por força do artigo 57.º desta diretiva, relativos, designadamente, à participação numa organização criminosa, à corrupção ou à fraude.

30 Todavia, não se pode deduzir da vontade do legislador da União de enquadrar com mais precisão, através da adoção de tais regras, as situações em que o proponente recorreu à subcontratação que os Estados-Membros têm agora a faculdade de limitar a subcontratação a uma parte do contrato fixada de forma abstrata numa determinada percentagem deste, à semelhança do limite imposto pela regulamentação em causa no processo principal.

31 A este respeito, o Governo italiano alega que os Estados-Membros podem prever medidas diferentes das especificamente enumeradas na Diretiva 2014/24, a fim de assegurar, nomeadamente, o respeito do princípio da transparência no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, dado que no âmbito dessa diretiva é dada particular atenção a esse princípio.

32 Mais especificamente, o referido Governo realça o facto de que a limitação do recurso à subcontratação em causa no processo principal se justifica tendo em conta as circunstâncias particulares existentes em Itália, onde a subcontratação sempre constituiu um dos instrumentos para a concretização de intenções criminosas. Ao limitar a parte do contrato suscetível de ser subcontratada, a regulamentação nacional torna a participação nos concursos públicos menos atrativa para as organizações criminosas, o que permite evitar o fenómeno de infiltração mafiosa nos contratos públicos e proteger, assim, a ordem pública.

33 É verdade, como observa o Governo italiano, que os considerandos 41 e 105 da Diretiva 2014/24 e algumas disposições desta última, como o artigo 71.º, n.º 7, indicam expressamente que os Estados-Membros continuam livres de prever, na sua legislação nacional, regras mais rígidas em certos aspetos do que as previstas na referida diretiva em matéria de subcontratação, desde que essas primeiras regras sejam compatíveis com o direito da União.

34 É igualmente verdade, como decorre, nomeadamente, dos critérios de seleção qualitativos previstos na Diretiva 2014/24, em especial, os motivos de exclusão enunciados no seu artigo 57.º, n.º 1, que, com a adoção de tais disposições, o legislador da União pretendeu evitar que os operadores económicos que tenham sido condenados por decisão final transitada em julgado, nas condições previstas nesse artigo, participem num procedimento de adjudicação de um contrato público.

35 De igual modo, o considerando 41 da Diretiva 2014/24 prevê que nenhuma disposição desta diretiva deve impedir a imposição ou a aplicação de medidas necessárias, nomeadamente, à proteção da ordem pública, da moralidade e da segurança públicas, desde que essas medidas sejam conformes com o Tratado FUE, ao passo que o seu considerando 100 precisa que os contratos públicos não devem ser adjudicados, nomeadamente, a operadores económicos que tenham participado numa organização criminosa.

36 Além disso, segundo jurisprudência constante, há que reconhecer aos Estados-Membros uma determinada margem de apreciação para efeitos da adoção de medidas destinadas a garantir o respeito da obrigação de transparência, que se impõe às autoridades adjudicantes em qualquer procedimento de adjudicação de um contrato público. Com efeito, cada Estado-Membro pode identificar melhor, à luz de considerações históricas, jurídicas, económicas ou sociais que lhe são próprias, as situações propícias a dar origem a comportamentos suscetíveis de causar desvios ao respeito desta obrigação (v., neste sentido, Acórdão de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, n.º 26 e jurisprudência referida).

37 Mais concretamente, o Tribunal de Justiça já declarou que a luta contra o fenómeno de infiltração da criminalidade organizada no setor dos contratos públicos constitui um objetivo legítimo suscetível de justificar a restrição das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE que se aplicam no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos (v., neste sentido, Acórdão de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, n.ºs 27 e 28).

38 Todavia, mesmo admitindo que se possa considerar que uma restrição quantitativa ao recurso à subcontratação é suscetível de lutar contra esse fenómeno, uma restrição como a que está em causa no processo principal vai além do que é necessário para alcançar esse objetivo.

39 A este respeito, cabe recordar que as autoridades adjudicantes devem, durante todo o procedimento, cumprir os princípios da adjudicação dos contratos enunciados no artigo 18.º da Diretiva 2014/24, entre os quais figuram, nomeadamente, os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade (Acórdão de 20 de setembro de 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, n.º 38).

40 Ora, em particular, como recordado no n.º 30 do presente acórdão, a regulamentação nacional em causa no processo principal proíbe, de forma geral e abstrata, o recurso à subcontratação que exceda uma percentagem fixa do contrato público em causa, de modo que essa proibição se aplica independentemente do setor económico afetado pelo contrato em causa, da natureza da obra ou da identidade dos subcontratantes. Por outro lado, essa proibição geral não deixa lugar a uma apreciação caso a caso pela entidade adjudicante (v., por analogia, Acórdão de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, n.ºs 54 e 55).

41 Daqui resulta que, no âmbito de uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, para todos os contratos, uma parte importante das obras, dos fornecimentos ou dos serviços em causa deve ser executada pelo próprio proponente, sob pena de se ver excluído automaticamente do procedimento de adjudicação do contrato, incluindo no caso de a entidade adjudicante poder verificar as identidades dos subcontratantes em causa e considerar, após verificação, que essa proibição não é necessária para lutar contra a criminalidade organizada no âmbito do contrato em questão.

42 Como sublinha a Comissão, o legislador italiano pode alcançar o objetivo prosseguido com medidas menos rígidas, como as previstas no artigo 71.º da Diretiva 2014/24 e recordadas no n.º 29 do presente acórdão. Além disso, como indica o órgão jurisdicional de reenvio, o direito italiano já prevê muitas medidas que visam expressamente proibir o acesso aos concursos públicos às empresas suspeitas de pertencer à máfia ou, em qualquer caso, ter ligações com os interesses das principais organizações criminosas que operam no país.

43 Por conseguinte, uma restrição ao recurso à subcontratação como a que está em causa no processo principal não se pode considerar compatível com a Diretiva 2014/24.

44 Esta conclusão não pode ser posta em causa pelo argumento invocado pelo Governo italiano, de que os controlos de verificação que a autoridade adjudicante deve efetuar nos termos do direito nacional são ineficazes. Com efeito, tal circunstância, que, como parece decorrer das próprias observações desse Governo, resulta das modalidades específicas desses controlos, nada retira ao caráter restritivo da medida nacional em causa no processo principal. De resto, o Governo italiano não demonstrou de forma alguma, no âmbito do presente processo, que as diversas regras previstas no artigo 71.º da Diretiva 2014/24, pelas quais os Estados-Membros podem limitar o recurso à subcontratação, bem como os motivos de exclusão dos subcontratantes que são possíveis ao abrigo do artigo 57.º desta diretiva, aos quais se refere o artigo 71.º, n.º 6, alínea b), da mesma, não podem ser aplicados de forma a permitir alcançar o objetivo prosseguido pela regulamentação nacional em causa no processo principal.

45 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão prejudicial que a Diretiva 2014/24 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que limita a 30 % a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros.

Quanto às despesas

46 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

A 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, conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2015/2170 da Comissão, de 24 de novembro de 2015, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que limita a 30 % a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros.

Assinaturas