Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NIILO JÄÄSKINEN
apresentadas em 8 de setembro de 2015 [1]

Processo C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
contra
Zarząd Oczyszczania Miasta

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Krajowa Izba Odwoławcza (Polónia)]

«Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 48.º, n.º 3 — Capacidade tecnológica e profissional de um operador económico — Recurso dos proponentes, 'se necessário', às capacidades de outras entidades — Natureza do vínculo entre o proponente e essas outras entidades — Forma e grau de utilização das capacidades de outras entidades — Informações a prestar obrigatoriamente no anúncio do concurso — Pertinência da Diretiva 2014/24/UE para a interpretação da Diretiva 2004/18»

I – **Introdução**

1. O presente pedido de decisão prejudicial da Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso) tem por objeto duas questões jurídicas relevantes no domínio do direito dos contratos públicos e uma terceira, de âmbito mais vasto, que consiste em saber em que medida uma diretiva que ainda não tenha entrado em vigor no período relevante *ratione temporis*, e cujo prazo de transposição ainda não tenha terminado, pode ser usada para ajudar a interpretar a diretiva que irá substituir.

2. No essencial, a Zarząd Oczyszczania Miasta (administração dos serviços de limpeza da cidade; a seguir «entidade adjudicante»), um organismo do município de Varsóvia, excluiu a PARTNER Dariusz Apelski (a seguir «PARTNER») do concurso para a adjudicação de um contrato público de limpeza mecânica das ruas de Varsóvia. A entidade adjudicante procedeu a esta exclusão porque não ficou convencida de que a PARTNER poderia executar devidamente o contrato, uma vez que uma parte da sua proposta contemplava serviços a prestar por um terceiro situado numa cidade polaca relativamente distante.

3. No primeiro grupo de questões submetidas pela Krajowa Izba Odwoławcza, o Tribunal de Justiça é convidado a pronunciar-se, no essencial, se não exclusivamente, sobre as provas exigidas a um operador económico que recorra «às capacidades de outras entidades» para um determinado contrato, em conformidade com o artigo 48.º, n.º 3, 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

1 — Língua original: inglês.

serviços [2]. Estas questões incluem dúvidas sobre o conteúdo do anúncio do concurso e clarificação da proposta. Com o segundo grupo de questões, pretende-se saber em que circunstâncias é possível anular um leilão eletrónico, já concluído por uma entidade adjudicante, com fundamento em irregularidades no processo de concurso.

4. Por fim, com a última questão, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre se 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 [3], pode ser usada como orientação para interpretar a Diretiva 2004/18, com vista a resolver os problemas em apreço, embora a Diretiva 2014/24 ainda não tivesse entrado em vigor à data da publicação do anúncio do concurso para adjudicação do contrato.

II – **Quadro jurídico**

A – *Diretiva 2004/18*

5. O artigo 2.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Princípios de adjudicação dos contratos», dispõe que «[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 44.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Verificação da aptidão, seleção dos participantes e adjudicação dos contratos» estabelece o seguinte:

«1. Os contratos são adjudicados com base nos critérios estabelecidos nos artigos 53.° e 55.°, tendo em conta o artigo 24.º, após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.° e 46.°, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.° a 52.° e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no n.º 3.

2. As entidades adjudicantes poderão exigir níveis mínimo[s] de capacidade que os candidatos e proponentes devem satisfazer nos termos dos artigos 47.° e 48.°

O âmbito das informações referidas nos artigos 47.° e 48.°, bem como os níveis mínimos de capacidades exigido[s] para um determinado concurso, devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato.

Tais níveis mínimos serão indicados no anúncio do concurso.

[…]»

7. O artigo 48.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Capacidade técnica e/ou profissional» dispõe que:

«1. A capacidade técnica e/ou profissional dos operadores económicos será avaliada e verificada de acordo com os n.ºs 2 e 3.

2. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, dos produtos ou dos serviços:

a) i) […]

2 — JO L 134, p. 114.
3 — JO L 94, p. 65.

ii) Lista dos principais fornecimentos ou serviços efetuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados

[…]

3. 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. Deverá nesse caso provar à entidade adjudicante que, para a realização do contrato, disporá dos meios necessários, por exemplo, através do compromisso de tais entidades de colocar os meios necessários à sua disposição.

[…]»

8. O artigo 51.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Documentação e informações complementares», dispõe que a «entidade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados e documentos apresentados em aplicação dos artigos 45.° a 50.°».

9. O artigo 54.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Utilização de leilões eletrónicos», estabelece:

«1. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes recorrerem a leilões eletrónicos.

[…]

4. Antes de procederem ao leilão eletrónico, as entidades adjudicantes efetuarão uma primeira avaliação completa das propostas em conformidade com o critério ou os critérios de adjudicação previamente definidos e a respetiva ponderação.

Todos os proponentes que tenham apresentado propostas admissíveis serão convidados simultaneamente por meios eletrónicos a apresentar novos preços e/ou novos valores; […]

[…]

8. Uma vez encerrado o leilão eletrónico e em função dos seus resultados, as entidades adjudicantes adjudicarão o contrato nos termos do artigo 53.º

As entidades adjudicantes não podem recorrer a leilões eletrónicos de forma abusiva, ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência, ou de modo a alterar o objeto do contrato, tal como tiver sido aberto a concurso por publicação do anúncio de concurso e tal como definido no caderno de encargos.»

B – *Diretiva 2014/24*

10. O artigo 63.º da Diretiva 2014/24, sob a epígrafe «Recurso às capacidades de outras entidades», estabelece o seguinte:

«1. 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.

[…]

2. No 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 autoridades adjudicantes po[dem] exigir que determinadas tarefas críticas sejam executadas pelo próprio proponente […].»

11. O artigo 90.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, sob a epígrafe «Transposição e disposições transitórias» dispõe que «[o]s Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto dessas disposições». Nos termos do artigo 93.º, a Diretiva 2014/24 entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial, o que ocorreu em 28 de março de 2014.

III – **Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais**

12. A entidade adjudicante lançou um concurso para a adjudicação de um contrato público relativo à «limpeza mecânica completa das ruas do município de Varsóvia no inverno e no verão dos anos de 2014-2017 — Etapa I». O anúncio do concurso foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* de 24 de dezembro de 2013, porque o valor do contrato ultrapassava os valores limiares da União. A entidade adjudicante dividiu o objeto do contrato em oito lotes, que cobriam os diferentes bairros de Varsóvia, e permitiu a apresentação de propostas separadas para cada lote, sem limitar o número de lotes para os quais um operador económico podia apresentar propostas. O processo assumiu a forma de concurso público, no qual se previa a realização de um leilão eletrónico.

13. A limpeza de inverno consiste na prevenção e na eliminação das placas de gelo, espalhando sal e removendo a neve das estradas nacionais, provinciais, distritais e municipais nas quais transitam os transportes públicos. A limpeza de verão consiste em varrer e lavar as estradas. Nos termos do caderno de encargos, os operadores económicos deviam provar que, nos três anos anteriores ao termo do prazo de apresentação de propostas ou, no caso de a duração da atividade anterior ser mais curta, no período correspondente, tinham prestado ou estavam a prestar serviços de limpeza de estradas no inverno com um valor contratual global de, pelo menos, 1 000 000,00 PLN (zlótis).

14. A entidade adjudicante indicou que, para determinar se esta condição estava preenchida, só seriam tomados em consideração os serviços em que, para prevenção e eliminação das placas de gelo, tivesse sido aplicado o designado «processo do sal húmido» [4]. A entidade adjudicante indicou também que, se fossem apresentadas propostas para mais do que um lote do contrato, o operador económico tinha de provar que prestara serviços semelhantes com um valor contratual global superior proporcional, ou seja, 1 000 000,00 PLN multiplicado pelo número de lotes para os quais fosse apresentada uma proposta. Assim, um operador económico que apresentasse propostas para oito lotes do contrato tinha de provar que prestara serviços correspondentes no valor de, pelo menos, 8 000 000,00 PLN [5].

4 — Ou seja, a aplicação de cloreto de sódio ou de uma mistura de cloreto de sódio e cloreto de cálcio, que humedecem durante a aplicação e se transformam numa solução salina.

5 — O despacho de reenvio refere que, na audiência perante o órgão jurisdicional nacional, a entidade adjudicante explicou que tinha apreciado este requisito somando o valor de todos os contratos apresentados e aceites e dividindo, em seguida, o valor da soma por 1 000 000, apurando assim o número de lotes do contrato para os quais cada um dos operadores económicos cumpria o referido requisito.

15. Na lista anexa à sua proposta, a PARTNER mencionou 14 prestações de serviços, das quais 12 se baseavam na sua própria experiência e duas na experiência da PUM Sp. z o.o. (a seguir «PUM»), uma empresa estabelecida em Grudziądz (a cerca de 227 km de Varsóvia), na qualidade de outra entidade a cujos meios a PARTNER poderia recorrer. A PARTNER anexou à sua proposta uma declaração de compromisso da PUM «de disponibilizar os meios necessários». Esta declaração de compromisso descrevia de que forma os meios disponibilizados seriam utilizados, nomeadamente através da prestação de serviços de aconselhamento, entre os quais, a formação do pessoal do operador económico, e da prestação de serviços de consultoria ao operador económico, entre os quais, o apoio na resolução de problemas que pudessem surgir na execução do contrato.

16. Em 11 de março de 2014, a entidade adjudicante informou a PARTNER de que considerava que o operador económico não possuía os meios necessários para executar o contrato. Em 18 de março de 2014, a PARTNER respondeu que, se a entidade adjudicante considerava insuficiente a experiência demonstrada, a sua experiência restante deveria ser imputada às propostas apresentadas para os diversos lotes pela seguinte ordem: lotes V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. A este respeito, alegou que, quando um operador económico apresenta uma proposta para vários lotes do contrato, essa proposta pode ser tratada separadamente em relação a cada um dos lotes. Por isso, a eventual exclusão de um operador económico e a rejeição da sua proposta não podem valer em relação a todo o contrato, mas apenas em relação aos lotes do contrato relativamente aos quais o operador económico não tenha cumprido as condições.

17. A entidade adjudicante não tomou em consideração a experiência parcial da PARTNER e excluiu-a do concurso em relação a todos os lotes, nos termos do artigo 24.º, n.º 2, ponto 4, da Lei relativa aos contratos públicos (Ustawa PZP)[6], com o fundamento de que não tinha provado que cumpria as condições de participação no concurso. A entidade adjudicante considerou que, tendo em conta as especificidades dos trabalhos a realizar, os necessários conhecimentos da topografia da cidade, bem como as limitações de tempo para assegurar a manutenção das estradas no inverno de acordo com os padrões exigidos, etc., não seria possível assegurar o cabal cumprimento da obrigação decorrente do procedimento sem a participação direta da PUM na execução do contrato. Posteriormente, a entidade adjudicante organizou um leilão eletrónico, no qual a PARTNER não foi convidada a participar.

18. No recurso interposto na Krajowa Izba Odwoławcza, a PARTNER alegou que o exame e a avaliação das propostas realizados pela entidade adjudicante padeciam de vícios. Sustentou que a entidade adjudicante não tinha indicado no caderno de encargos que a condição relativa aos conhecimentos e experiência relevantes só estaria cumprida se a empresa que pusesse à disposição da PARTNER os referidos conhecimentos e experiência participasse diretamente na execução do contrato, nem que a experiência devia abranger conhecimentos topográficos concretos.

19. A Krajowa Izba Odwoławcza submeteu as seguintes questões ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE.

«1 Deve o artigo 48.º, n.º 3, conjugado com o artigo 2.º da Diretiva [2004/18], ser interpretado no sentido de que, quando dispõe que um operador económico pode ‘se necessário’ recorrer às capacidades de outras entidades, pretende designar todos os casos em que o respetivo operador económico não dispõe das qualificações exigidas pela entidade adjudicante e pretende recorrer às capacidades de outras entidades? Ou deve a indicação de que o operador económico só pode recorrer às capacidades de outras entidades ‘se necessário’ ser entendida como uma limitação, no sentido de que tal recurso só é admissível, a título excecional e não como regra geral, no quadro da apresentação da prova das qualificações do operador económico no concurso?

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos contratos públicos) (versão consolidada, Dziennik Ustaw de 2013, pos. 907). O artigo 24.º, n.º 2, ponto 4, dispõe que: «São também excluídos do concurso os operadores económicos que: […] não tenham apresentado prova de que reúnem as condições de participação no concurso […]».

2 Deve o artigo 48.º, n.º 3, conjugado com o artigo 2.º da Diretiva [2004/18], ser interpretado no sentido de que o recurso do operador económico às capacidades de outra entidade em termos do seu conhecimento e experiência 'independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas' e o facto de que 'disporá dos meios necessários' desta entidade significam que o operador económico, para a realização do contrato, pode não ter qualquer vínculo ou ter apenas um vínculo muito precário e indefinido com esta entidade, ou seja, que pode executar o contrato por si mesmo (sem a participação de outra entidade) ou que tal participação pode consistir, designadamente, em 'aconselhamento', 'consulta' ou 'formação'? Ou deve o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva [2004/18] ser interpretado no sentido de que a entidade a cujas capacidades o operador económico recorre tem de executar efetiva e pessoalmente a parte do contrato para a qual foram indicadas as suas capacidades?

3 Deve o artigo 48.º, n.º 3, conjugado com o artigo 2.º da Diretiva [2004/18], ser interpretado no sentido de que o operador económico que, na realidade, dispõe de experiência própria, mas em menor medida do que pretende declarar à entidade adjudicante (por exemplo, não suficiente para poder apresentar uma proposta para a realização da totalidade do contrato), pode recorrer adicionalmente às capacidades de outras entidades para melhorar as suas perspetivas no concurso?

4 Deve o artigo 48.º, n.º 3, conjugado com o artigo 2.º da Diretiva [2004/18], ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante pode (ou mesmo deve) indicar no anúncio do concurso ou no caderno de encargos os princípios segundo os quais o operador económico pode recorrer às capacidades de outras entidades, por exemplo, o modo como a outra entidade deverá participar na realização do contrato, o modo como podem articular-se as capacidades do operador económico e as da outra entidade, e se a outra entidade é corresponsável com o operador económico pela regular realização da parte do contrato para a qual o operador económico recorreu às capacidades da outra entidade?

5 Permite princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação dos operadores económicos, consagrado no artigo 2.º da Diretiva [2004/18], recorrer às capacidades de outras entidades, nos termos do artigo 48.º, n.º 3, da diretiva, adicionando as capacidades de duas ou mais entidades que, em matéria de qualificações técnica e experiência, não dispõem das capacidades exigidas pela entidade adjudicante?

6 Permite assim o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação dos operadores económicos, consagrado no artigo 2.º da Diretiva [2004/18], uma interpretação do artigo 44.º e do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva [2004/18] no sentido de que as condições estabelecidas pela entidade adjudicante para a participação num concurso público só formalmente precisam de estar reunidas para efeitos de participação no concurso, independentemente das qualificações efetivas do operador económico?

7 Permite o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação dos operadores económicos, consagrado no artigo 2.º da Diretiva [2004/18], que, no caso de ser permitida a apresentação de propostas para uma parte do contrato, o operador económico indique, após a apresentação da proposta, por exemplo, no momento [de um] aditamento ou explicação dos documentos da proposta, a que parte do contrato se referem as capacidades indicadas para provar que estavam preenchidas as condições de participação no concurso?

8 Permitem os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação dos operadores económicos e da transparência, consagrados no artigo 2.º da Diretiva [2004/18], que um leilão [já realizado] seja anulado e se repita um leilão eletrónico quando o mesmo tenha sido realizado no essencial de modo irregular, por exemplo, quando nem todos os operadores económicos que apresentaram propostas válidas foram convidados a participar?

9 Permitem os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação dos operadores económicos e da transparência, consagrados no artigo 2.º da Diretiva [2004/18/CE], que o contrato seja atribuído a um operador económico cuja proposta foi selecionada nesse leilão irregular, sem o referido leilão ter sido repetido, quando não é possível concluir se a participação dos operadores económicos que não foram considerados teria modificado o resultado do leilão?

10 Pode tomar-se como orientação para a interpretação das disposições da Diretiva [2004/18] o teor das disposições e dos considerandos da Diretiva [2014/24,]apesar de ainda não ter terminado o prazo para a sua transposição, na medida em que [esta] diretiva esclarece determinados pressupostos e intenções do legislador da União e não é contrária às disposições da Diretiva [2004/18]?»

20. Foram apresentadas observações escritas pela PARTNER, pela Remondis sp.z o.o. e pela MR Road Service sp. Z o.o., que intervieram no processo principal, pelos governos de Espanha, da Letónia e da Polónia e pela Comissão. Com exceção do Governo da Letónia, todos participaram na audiência que teve lugar em 7 de maio de 2015, assim como a entidade adjudicante, apesar de esta não ter apresentado observações escritas.

IV – **Análise**

A – *Questões relativas ao recurso às capacidades técnicas e profissionais de outro operador económico (questões 1, 2, 3, 5 e 6)*

21. Com estas questões, que analisarei em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pede, no essencial, orientações sobre as circunstâncias em que um proponente pode, para um determinado contrato, recorrer às capacidades de outras entidades a nível tecnológico e/ou profissional no contexto da apresentação de uma proposta num dado concurso. Esta possibilidade encontra-se prevista no artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18. Na minha opinião, estas questões abrangem basicamente três problemas. São eles: 1) o direito de um proponente recorrer a capacidades externas para cumprir requisitos do contrato em matéria de capacidade técnica e/ou profissional; 2) a realidade do recurso a capacidades de terceiros; 3) a transmissibilidade dessas capacidades, no sentido de poderem ser invocadas tendo em conta a natureza e o objetivo do contrato em causa. É evidente que o artigo 2.º, que consagra os princípios gerais da não discriminação e da transparência, é pertinente para a resposta a todas as questões.

22. Importa sublinhar, desde já, a diferença entre o recurso às capacidades de outras entidades nos termos do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 e a subcontratação prevista no seu artigo 25.º Conforme foi referido nas observações escritas apresentadas por Espanha, estas figuras jurídicas diferem em dois aspetos. No que respeita ao recurso às capacidades de terceiros, estas capacidades são combinadas com as do proponente antes da adjudicação do contrato, enquanto a subcontratação tem lugar durante a execução do contrato. Em segundo lugar, a subcontratação está sujeita a restrições que não são aplicáveis ao recurso às capacidades de terceiros [7].

7 — O artigo 25.º da Diretiva 2004/18 refere que, no caderno de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigada 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. A disposição acrescenta que esta indicação não interfere na questão da responsabilidade principal do operador económico.

1. Direito do operador económico de recorrer a capacidades externas

23. A expressão «se necessário» constante do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 não impõe qualquer restrição substantiva aos casos em que um operador económico pode recorrer aos meios de um terceiro no contexto da apresentação de uma proposta num concurso para adjudicação de um contrato público.

24. Nas minhas conclusões no processo Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), referi que a redação do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 sugere o reconhecimento de um direito dos operadores económicos de optarem por este método de preencher os critérios de seleção, desde que possam provar que podem efetivamente dispor dos meios destas entidades necessários à execução do contrato em causa [8]. Esta interpretação está plenamente em conformidade com o objetivo de abrir, tanto quanto possível, os contratos públicos à concorrência e de encorajar o acesso de pequenas e médias empresas a esses contratos.

25. Além disso, o Tribunal de Justiça concluiu, no acórdão Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), que a natureza do vínculo jurídico entre o operador económico e a entidade ou entidades terceiras a cujas capacidades pretende recorrer é irrelevante, tendo este entendimento sido posteriormente confirmado no artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 [9].

26. Por conseguinte, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, em princípio, nada obsta a que um proponente recorra adicionalmente às capacidades de outras entidades para melhorar a sua posição no concurso. Porém, esta possibilidade está sujeita às restrições que analisarei adiante. Conforme referido nas observações escritas da Comissão, o que é importante é que o proponente *tenha efetivamente à sua disposição* as capacidades de outras entidades para executar devidamente o contrato. Esta «disposição» não tem de revestir uma forma jurídica específica.

2. Realidade das capacidades de terceiros invocadas pelo proponente

27. Não obstante o que foi dito nos números anteriores, recai sobre os proponentes que recorrem às capacidades de outras entidades o ónus de provar à entidade adjudicante que essas capacidades estão efetivamente à sua disposição [10]. Desta perspetiva, afigura-se mais correto considerar o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 como uma disposição que impõe um requisito probatório e em que a apreciação da prova cabe à entidade adjudicante. Nos termos do artigo 44.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18, compete à entidade adjudicante verificar a aptidão dos candidatos ou proponentes de acordo com os critérios referidos nos artigos 47.° a 52.° da Diretiva 2004/18 [11]. Por outras palavras, conforme salientaram na audiência a entidade adjudicante e a Polónia, a entidade adjudicante está sujeita à obrigação de se certificar de que o adjudicatário tem efetivamente capacidade para executar devidamente o contrato.

28. As disposições da Diretiva 2004/18 sobre a participação de terceiros na execução de contratos públicos têm por objetivo evitar situações em que uma empresa tenha direito de participar num concurso, embora não possua os meios necessários para executar o contrato. Assim, o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 obsta a que uma entidade adjudicante adote uma abordagem puramente

8 — *Ibidem*, n.º 24. V. também, em especial, acórdão Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, n.º 46), e os acórdãos Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) e Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Swm Costruzioni e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, n.º 22). Esta posição tem por base as conclusões do Tribunal de Justiça nos acórdãos Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) e Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), nos quais as relações jurídicas em causa diziam respeito a sociedades do mesmo grupo. V. n.os 20 a 22 das conclusões.

10 — V. as minhas conclusões no processo Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) n.º 23.

11 — Acórdão Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 26). V., no mesmo sentido, acórdão Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, n.º 28).

formal às provas facultadas por um proponente, na medida em que está sujeita a determinados deveres. Por outras palavras, não é admissível que os proponentes recorram às capacidades de terceiros unicamente com o objetivo de cumprirem formalmente a condição relativa à capacidade mínima estabelecida no anúncio do concurso.

3. Transmissibilidade da capacidade tecnológica e/ou profissional

29. No acórdão Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), o Tribunal de Justiça interpretou os artigos 47.°, n.º 2, e 48.°, n.º 3, da Diretiva 2004/18, lidos em conjugação com o artigo 44.º, n.º 2, da mesma diretiva, no sentido de que se opõem a uma regra geral que proíba os operadores económicos que participam num processo de adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas de recorrerem, para a mesma categoria de qualificação, às capacidades de várias empresas. Contudo, o Tribunal de Justiça acrescentou que «não se pode excluir que algumas obras revestem particularidades que necessitam de uma determinada capacidade não suscetível de ser obtida através da soma de capacidades inferiores de vários operadores» e que, «[n]essa hipótese, a entidade adjudicante pode exigir que o nível mínimo da capacidade em causa seja alcançado por um único operador económico» [12].

30. Dito isto, o que se pretende aqui determinar é, no entanto, se a capacidade tecnológica e profissional especificada no anúncio do concurso é transmissível. Se a resposta for negativa, a PARTNER não podia participar no concurso.

31. A transmissibilidade da capacidade tecnológica prende-se com a questão de saber se a tecnologia ou o *know-how* podem ser transmitidos, na prática, de um operador económico para outro, por exemplo, através de serviços de consultoria ou de aconselhamento. As observações escritas suscitam questões que se prendem antes com a possibilidade de acumular, em geral, as capacidades de diferentes entidades, o que, no meu entender, é a abordagem adotada pelo legislador da União no artigo 48.º da Diretiva 2004/18. Porém, o verdadeiro litígio em causa no processo principal diz respeito à possibilidade de a PUM transmitir a sua capacidade tecnológica à PARTNER, sem que o primeiro operador económico participe diretamente na execução do contrato. O litígio não se prende simplesmente com o facto de se acrescentar capacidades semelhantes às que a PARTNER já possui.

32. Isto depende, em grande parte, dos factos e da natureza e objeto do contrato. Algumas capacidades são transmissíveis. Imaginemos um concurso lançado por um estabelecimento público de saúde relativo à prestação de serviços de rastreio de um determinado tipo de cancro utilizando uma tecnologia normalizada, e cujos destinatários são um grupo específico de pessoas. Imaginemos ainda que, nos termos do contrato a adjudicar, é estabelecido que, em caso de dúvida, as conclusões devem ser confirmadas por um especialista com um determinado nível superior de qualificações profissionais. Nessas circunstâncias, não há motivo para excluir a possibilidade de um proponente recorrer a um terceiro que preste os serviços de consultoria necessários. Porém, se o contrato tiver por objeto o rastreio através do recurso a uma nova metodologia não normalizada, a entidade adjudicante pode legitimamente exigir que o próprio proponente possua a capacidade relevante. Aqui, somos confrontados com a questão das circunstâncias factuais do concurso.

33. Por conseguinte, conforme já referi, é necessário ter em conta a natureza de cada contrato e a necessidade que ele pretende satisfazer. Esta é uma questão cuja apreciação compete ao órgão jurisdicional nacional.

12 — Acórdão Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 35).

34. A possibilidade de uma entidade adjudicante exigir a participação de uma entidade terceira na execução do contrato, considerando ser esta a única forma de provar que o proponente em causa tem à sua disposição as capacidades necessárias, é também uma questão que deve ser analisada caso a caso. Tudo dependerá da natureza e do objetivo do contrato. No meu entender, é fácil conceber cenários em que a complexidade técnica do compromisso em causa seja tal que este tenha de ser executado pelo terceiro com a especialização relevante, caso se recorra à sua capacidade, e não com base em serviços de aconselhamento ou consultoria prestados por essa entidade, sendo o compromisso em causa executado pelo próprio proponente.

4. Conclusão intercalar

35. Tendo em conta as observações anteriores, as questões 1, 2, 3, 5 e 6 podem ser respondidas nos seguintes termos: Os artigos 44.° e 48.°, n.º 3, da Diretiva 2004/18, lidos em conjugação com o artigo 2.º da mesma diretiva, devem ser interpretados no sentido de que a expressão «se necessário» não impõe qualquer restrição substantiva às circunstâncias em que um operador económico pode recorrer às capacidades de outras entidades para provar a uma entidade adjudicante que possui a capacidade tecnológica e/ou profissional necessária para a execução de um determinado contrato público. A natureza do vínculo jurídico entre o operador económico e a entidade terceira é irrelevante, mas o operador económico deve poder provar à entidade adjudicante que tem efetivamente à sua disposição todos os meios necessários para cumprir as condições do contrato. Um proponente pode recorrer às capacidades de outras entidades para provar a sua capacidade tecnológica e/ou profissional, sem prejuízo das restrições decorrentes da natureza e do objetivo do contrato que se pretende executar.

B – *Anúncio do concurso, caderno de encargos e responsabilidade solidária (questão 4)*

36. Com a questão 4, pergunta-se essencialmente se a entidade adjudicante pode (ou mesmo deve) indicar no anúncio do concurso ou no caderno de encargos a regras segundo as quais o operador económico pode ou não recorrer às capacidades de outras entidades. Mais concretamente, pode a entidade adjudicante estipular a forma como o proponente deve participar na execução do contrato, o modo como se podem articular as capacidades do proponente em causa e as de outras entidades, e se a outra entidade será solidariamente responsável, juntamente com o proponente, pela regular execução da parte do contrato para a qual o proponente recorreu às capacidades da outra entidade?

37. Nas suas observações escritas, a Espanha defende que as regras aplicáveis ao recurso de um proponente às capacidades de outras entidades devem constar do anúncio do concurso ou do caderno de encargos, devendo esses requisitos ser proporcionados e estar diretamente relacionados com o objeto do contrato em causa. As observações escritas da Polónia contêm argumentos no mesmo sentido.

38. Contudo, no meu entender, a posição correta é a defendida pela Comissão. Nas suas observações escritas, a Comissão salienta que, uma vez que os proponentes têm o direito de recorrer às capacidades de entidades terceiras, as entidades adjudicantes não podem impor condições expressas que restrinjam esse direito. O proponente tem o direito de determinar o modo de acesso a essas capacidades. A Comissão acrescenta acertadamente que, por razões práticas, poderá ser quase impossível para a entidade adjudicante definir antecipadamente as formas que pode assumir o recurso às capacidades de terceiros; não pode prever todos os possíveis cenários de recurso a essas capacidades. Naturalmente, pressupõe-se que não estão preenchidos os critérios estabelecidos na jurisprudência Swm 2 costruzione relativamente a situações em que esse recurso está excluído.

39. Os princípios gerais desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça relativamente ao anúncio do concurso e ao caderno de encargos e o *princípio da transparência* são relevantes para esta questão. Recordo que a obrigação de transparência se destina a garantir a ausência do risco de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante [13], e que o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência proíbem a entidade adjudicante de rejeitar uma proposta que preencha os requisitos do convite à apresentação de propostas com fundamentos que não constem do caderno de encargos [14]. Importa ainda salientar que o artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 dispõe que as especificações técnicas «devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência», ao passo que, segundo o artigo 23.º, n.º 3, alínea c), as especificações técnicas podem assumir a forma de requisitos de desempenho.

40. No meu entender, se estiverem reunidas as condições especiais enunciadas no acórdão Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 35) e a entidade adjudicante exigir, *como condição do concurso*, que o nível mínimo de capacidade seja alcançado por um único operador económico, então está obrigada a indicar previamente esta exigência no anúncio do concurso e/ou no caderno de encargos. Nesse caso, está excluída a possibilidade de recorrer à capacidade de terceiros prevista no artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18. Esta afigura-se a única forma de cumprir a obrigação de transparência na análise da aptidão dos candidatos, dado que, de outro modo, os potenciais proponentes não seriam informados de todos os requisitos obrigatórios e incondicionais em matéria de capacidades mínimas [15].

41. Porém, esta questão é diferente da análise de se um proponente que recorre às capacidades de terceiros cumpre efetivamente as condições relativas à capacidade tecnológica e/ou profissional exigida no anúncio do concurso. Esta questão só pode ser analisada através da comparação das propostas com os requisitos de aptidão estipulados no anúncio do concurso e no caderno de encargos, à luz dos critérios descritos anteriormente no contexto das questões 1, 2, 3, 5 e 6.

42. Por último, no que respeita à questão da responsabilidade solidária, nas suas observações escritas, a Comissão invoca o artigo 63.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24 em apoio da argumentação nesse sentido. A PARTNER e a Espanha, por seu turno, defendem que não é possível impor uma responsabilidade solidária, dado que o único responsável pela execução dos contratos é o proponente que participou no concurso, e não a entidade terceira a cujas capacidades aquele recorreu.

43. Pelas razões que irei expor na minha resposta à questão 10, considero que não se podem extrair quaisquer regras incondicionais da Diretiva 2014/24 para efeitos de aplicação da Diretiva 2004/18, quando tais regras não constem da Diretiva 2004/18 ou imponham normas ou requisitos mais detalhados do que as correspondentes disposições desta última. Por conseguinte, deve ser afastada a imposição de responsabilidade solidária antes do termo do prazo de transposição da Diretiva 2014/24.

44. Por estes motivos, o Tribunal de Justiça deve responder à questão 4 no sentido de que o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18, lido em conjugação com o artigo 2.º da mesma diretiva, deve ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante está obrigada a especificar, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, qualquer condição que tenha por efeito proibir o recurso ao

13 — Acórdão SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 26 e jurisprudência aí referida).

14 — *Ibidem*, n.º 28.

15 — V., por analogia, jurisprudência sobre critérios de adjudicação, por exemplo, o acórdão Comissão/França (C-299/08, EU:C:2009:769), onde, no n.º 41, o Tribunal de Justiça entendeu que «tanto o princípio da igualdade de tratamento como a obrigação de agir de forma transparente dele decorrente exigem que o objeto de cada contrato e que os *critérios da sua adjudicação* sejam definidos de forma clara» (o sublinhado é meu). V. também acórdão ATI EAC e Viaggi di maio e o. (C-331/04, EU:C:2005:718), que estabeleceu, no n.º 32, limites à atribuição de uma ponderação específica aos subelementos dos critérios de adjudicação, e acórdão Universale-Bau e o. (C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 100), no qual a entidade adjudicante era obrigada a indicar, no anúncio do concurso ou nos documentos do concurso, as regras de ponderação dos critérios de seleção dos candidatos que seriam convidados a apresentar proposta.

artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 para demonstrar o cumprimento de requisitos relacionados com capacidades mínimas. Acresce que a entidade adjudicante não pode estipular, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, regras ou condições expressas sobre se e de que forma os proponentes podem recorrer às capacidades de outras entidades.

C – *Clarificação da proposta (questão 7)*

45. Com a questão 7 pretende-se saber, em substância, até que ponto pode ser estabelecido um diálogo entre a entidade adjudicante e o proponente, por exemplo, no contexto da apresentação de documentos complementares ou da prestação de esclarecimentos após a apresentação das propostas, nos casos em que seja possível apresentar propostas por lote. A este respeito, recordo que, nos termos do artigo 51.º da Diretiva 2004/18, a entidade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados e documentos apresentados em aplicação dos artigos 45.º a 50.º

46. Na minha opinião, o Tribunal de Justiça não tem necessidade de se alongar na resposta a esta questão. O Tribunal de Justiça já afastou a possibilidade de existir qualquer tipo de negociação entre a entidade adjudicante e um determinado proponente. As entidades adjudicantes não podem solicitar esclarecimentos sobre propostas que considerem imprecisas ou não conformes às especificações técnicas do caderno de encargos antes de tais propostas serem rejeitadas [16].

47. Uma vez apresentada, a proposta não pode ser modificada, nem por iniciativa do proponente nem da entidade adjudicante [17]. Esta última pode excecionalmente solicitar que determinados elementos da proposta sejam complementados, nomeadamente se for necessário um simples esclarecimento ou a eliminação de erros materiais manifestos, sem pedir ou aceitar qualquer modificação da proposta [18].

48. Entendo que a prestação de informações sobre a ordem de prioridade dos lotes abrangidos por uma proposta após a apresentação das propostas não é uma mera precisão, mas sim uma alteração substancial da proposta. A sua aceitação constituiria uma violação do princípio da concorrência leal. Esta situação não está abrangida pelo conjunto de circunstâncias excecionais em que é admissível o esclarecimento das propostas.

49. Por conseguinte, na minha opinião, a questão 7 deve ser respondida no sentido de que, no caso de ser admitida a apresentação de propostas por lotes, o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrado no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 não permite que um operador económico indique, após a apresentação das propostas, a que lote se referem os meios que invocou para provar que estavam preenchidas as condições de participação no concurso.

D – *Irregularidades no leilão eletrónico (questões 8 e 9)*

50. As questões 8 e 9 dizem respeito às consequências, em termos de adjudicação de um contrato, do facto de os proponentes que apresentaram propostas admissíveis não serem todos autorizados a participar num leilão eletrónico.

16 — Acórdão SAG ELV Slovensko e o. (C-599/10, EU:C:2012:191, n.os 36 e 37). Relembro que a Diretiva 2004/18 prevê o recurso ao diálogo concorrencial em contratos particularmente complexos (artigo 29.º) e ao procedimento por negociação (artigo 30.º). No entanto, estas disposições não são pertinentes para o caso em apreço.

17 — V. acórdão Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), em que o Tribunal de Justiça sustentou, no n.º 31, que o «princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência opõem-se a qualquer negociação entre a entidade adjudicante e um proponente no âmbito de um procedimento de adjudicação de contratos públicos, o que implica que, em princípio, uma proposta não pode ser alterada após a sua apresentação, quer seja por iniciativa da entidade adjudicante quer do proponente. Daqui resulta que a entidade adjudicante não pode pedir esclarecimentos a um proponente cuja proposta considera imprecisa ou não conforme com as especificações técnicas do caderno de encargos».

18 — Acórdão SAG ELV Slovensko e o. (C-599/10, EU:C:2012:191, n.os 40 e 41). V. também acórdão Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, n.º 32).

51. Começo por recordar que, nos termos do artigo 54.º, n.º 4, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18, «[t]odos os proponentes que tenham apresentado propostas admissíveis serão convidados simultaneamente por meios eletrónicos a apresentar novos preços e/ou novos valores». O artigo 54.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18 proíbe o recurso a leilões eletrónicos para, designadamente, impedir ou falsear a concorrência. Chamo ainda a atenção para o facto de o órgão jurisdicional nacional não estar a questionar os meios de recurso ao dispor dos operadores económicos no caso de um leilão eletrónico irregular [19], mas sim as obrigações que a Diretiva 2004/18 impõe à entidade adjudicante em tal situação.

52. No meu entender, se um proponente idóneo que preenche os critérios estabelecidos no anúncio do concurso e no caderno de encargos devesse ter sido convidado a participar no leilão eletrónico nos termos do artigo 54.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18, mas não o foi, o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrado no artigo 2.º dessa diretiva impõe a repetição do leilão. Isto aplica-se independentemente da questão de saber se a sua participação teria ou não alterado o desfecho do leilão [20]. Consequentemente, o contrato não pode ser adjudicado com base em leilões ilegais ou irregulares deste tipo.

53. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões 8 e 9 no sentido de que, se um candidato que cumpre os critérios de participação no concurso não foi convidado a participar no leilão eletrónico, o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 exige que esse leilão seja anulado e repetido.

E – *A Diretiva 2014/24 pode ser tomada em consideração na interpretação da Diretiva 2004/18? (questão 10)*

54. Com a questão 10, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se se pode tomar como orientação o teor das disposições e dos considerandos da Diretiva 2014/24 para a interpretação da Diretiva 2004/18, apesar de ainda não ter terminado o prazo para a sua transposição, na medida em que aquela diretiva esclarece determinados pressupostos e intenções do legislador da União Europeia e não é contrária às disposições da Diretiva 2004/18.

55. Esta questão prende-se com o facto de o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 ter por epígrafe «Recurso às capacidades de outras entidades» e estabelecer regras aplicáveis a esta situação que são mais detalhadas do que as que constam da Diretiva 2004/18. À semelhança do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18, o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 dispõe que a «natureza jurídica» do vínculo entre as entidades é irrelevante. Contudo, o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 acrescenta que, se o operador em causa estiver dependente de «habilitações literárias e qualificações profissionais» ou de «experiência profissional», só pode 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. Além disso, o artigo 63.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24 estabelece que as entidades adjudicantes podem exigir que determinadas tarefas críticas sejam executadas pelo próprio proponente.

19 — Estes estão previstos na Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO L 395, p. 33), na redação que lhe foi dada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos (JO L 335, p. 31).

20 — Na audiência, a PARTNER afirmou que não foi convidada a participar no leilão eletrónico para a adjudicação do contrato em causa.

56. Chamo desde já atenção para o facto de o problema que se coloca ao órgão jurisdicional nacional respeitar à interação *entre dois atos legislativos da União*. Por conseguinte, a jurisprudência sobre as obrigações dos Estados-Membros durante o período fixado para a transposição de uma diretiva [21] no que respeita à interpretação do direito nacional durante esse período [22] não é pertinente.

57. Além disso, recordo que recentemente o Tribunal de Justiça entendeu que, nos casos em que tenha entrado em vigor após a ocorrência dos factos no processo principal em causa, a Diretiva 2014/24 não é aplicável a esse litígio [23]. Este entendimento vai ao encontro das anteriores conclusões do Tribunal de Justiça no contexto do período de transição entre a Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [24], e a Diretiva 2004/18. Num processo em que uma proposta tinha sido excluída do procedimento de adjudicação de um contrato antes do termo do prazo de transposição da Diretiva 2004/18, o Tribunal de Justiça considerou que «[s]eria […] contrário ao princípio da segurança jurídica determinar o direito aplicável ao processo principal por referência à data da adjudicação do contrato» [25]. Por conseguinte, concluiu que «a Diretiva 2004/18 não é aplicável a uma decisão tomada por uma entidade adjudicante, quando da adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, antes do termo do prazo para transposição desta diretiva» [26]. Porém, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio não pretende obter uma descrição detalhada da relação entre determinadas disposições da antiga e da nova diretiva, solicitando meramente orientações gerais.

58. Dito isto, pelo menos numa ocasião, o Tribunal de Justiça recorreu a um considerando e a uma disposição da Diretiva 2014/24 para interpretar a Diretiva 2004/18. Contudo, não indicou as razões para tal [27].

59. No meu entender, a relação entre dois atos legislativos sucessivos da União em termos de interpretação deve ser analisada tendo em conta a intenção do legislador. Porém, a formulação da questão 10 não fornece qualquer ajuda nesta matéria porque não esclarece se a referência a «determinados pressupostos e intenções do legislador da União» diz respeito à Diretiva 2014/24 ou à Diretiva 2004/18.

60. Afigura-se-me evidente que a Diretiva 2014/24 não pode explicar a intenção legislativa da Diretiva 2004/18. Contudo, poderá resultar do preâmbulo e do dispositivo da Diretiva 2014/24 que a intenção legislativa subjacente a certas disposições era codificar a jurisprudência em que a Diretiva 2004/18 foi aplicada. Nessas situações, nada impede que a diretiva posterior seja tomada em consideração na interpretação da Primeira Diretiva. Por outro lado, se a intenção legislativa for a de se afastar das disposições da Diretiva 2004/18 ou da jurisprudência existente, a nova diretiva não pode ser utilizada como orientação para a interpretação da diretiva anterior.

21 — V., por exemplo, recentemente, conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, n.º 29), em que faz referência aos acórdãos Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, n.º 45); ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, n.º 58); e Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e o. (C-43/10, EU:C:2012:560, n.º 57).

22 — *Ibidem*, que cita o acórdão Adeneler e o. (C-212/04, EU:C:2006:443, n.ºs 122 e 123).

23 — Acórdão Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, n.º 24).

24 — JO L 199, p. 54.

25 — Acórdão Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, n.º 29).

26 — *Ibidem*, n.º 30. Acresce que esta abordagem é coerente com a abordagem adotada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, n.º 27), e Comissão/França (C-337/98, EU:C:2000:543, n.ºs 38 e 39).

27 — Acórdão Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 37). Refira-se ainda que a advogada-geral J. Kokott, nas suas conclusões no processo Auroux e o. (C-220/05, EU:C:2006:410, n.º 50), invocou uma disposição da Diretiva 2004/18 para confirmar uma interpretação da Diretiva 93/37, embora a primeira ainda não fosse relevante *ratione temporis*. No entanto, o Tribunal de Justiça observou, no n.º 61 do seu acórdão Auroux e o. (C-220/05, EU:C:2007:31), que a disposição da Diretiva 2004/18 em causa «não [era] aplicável *ratione temporis* aos factos do processo principal». V. também uma observação nas conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e o. (C-113/13, EU:C:2014:291, n.º 40), e a exclusão pelo Tribunal de Justiça da pertinência da Diretiva 2014/24, no n.º 8 do seu acórdão Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e o. (C-113/13, EU:C:2014:2440).

61. No extremo oposto, o órgão jurisdicional de reenvio faz uma ressalva. A questão 10 pressupõe que a Diretiva 2014/24 não pode ser tomada em consideração se for «contrária às disposições da Diretiva [2004/18]». Naturalmente, trata-se de um corolário do princípio da segurança jurídica, que proíbe a aplicação retroativa de um instrumento que não seja aplicável *ratione temporis* [28].

62. Porém, no cerne da questão estão as disposições da Diretiva 2014/24 que especificam a Diretiva 2004/18 ou jurisprudência em que esta é aplicada, quando não exista qualquer contradição lógica entre os atos, sendo a Diretiva 2004/18 omissa ou imprecisa sobre a matéria em causa.

63. No meu entender, decorre do princípio da segurança jurídica que regras ou condições incondicionais baseadas na Diretiva 2014/24 não podem ser aplicadas como «interpretações» da Diretiva 2004/18 em detrimento da participação de operadores económicos em procedimentos de adjudicação de contratos. Porém, se a intenção legislativa subjacente às disposições pertinentes da Diretiva 2014/24 for aprofundar a harmonização da legislação e da jurisprudência existentes, e não proceder a uma rutura em relação a estas, não existe qualquer obstáculo à sua utilização como orientação de interpretação da Diretiva 2004/18.

64. Por estes motivos, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão 10 no sentido de que se pode tomar como orientação o teor das disposições e dos considerandos da Diretiva 2014/24 para a interpretação das disposições da Diretiva 2004/18, apesar de ainda não ter terminado o prazo para a sua transposição, na medida em que aquela codifique jurisprudência que aplique a Diretiva 2004/18 ou a especifique, e não seja contrária às disposições da Diretiva 2004/18 nem estabeleça regras ou condições incondicionais em detrimento dos operadores económicos.

V – **Conclusão**

65. Pelos motivos expostos, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pela Krajowa Izba Odwoławcza nos seguintes termos:

Questões 1, 2, 3, 5 e 6

Os artigos 44.° e 48.°, n.º 3, 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, lidos em conjugação com o artigo 2.º da mesma diretiva, devem ser interpretados no sentido de que a expressão «se necessário» não impõe qualquer restrição substantiva às circunstâncias em que um operador económico pode recorrer às capacidades de outras entidades para provar a uma entidade adjudicante que possui a capacidade tecnológica e/ou profissional necessária para a execução de um determinado contrato público. A natureza do vínculo jurídico entre o operador económico e a entidade terceira é irrelevante, mas o operador económico deve poder provar à entidade adjudicante que tem efetivamente à sua disposição todos os meios necessários para cumprir as condições do contrato. Um proponente pode recorrer às capacidades de outras entidades para provar a sua capacidade tecnológica e/ou profissional, sem prejuízo das restrições decorrentes da natureza e do objetivo do contrato que se pretende executar.

Questão 4

28 — Recordo aqui a formulação clássica do Tribunal de Justiça no seu acórdão Fédesa e o. (C-331/88, EU:C:1990:391, n.º 45), onde sustenta que «embora, regra geral, o princípio da segurança jurídica se oponha a que os efeitos jurídicos de um ato comunitário retroajam a uma data anterior à da sua publicação, pode assim não ser, excecionalmente, quando o objetivo a alcançar o exija e quando a confiança legítima dos interessados seja devidamente respeitada». Neste caso, não estão reunidas as condições necessárias para a retroatividade.

O artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18, lido em conjugação com o artigo 2.º da mesma diretiva, deve ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante está obrigada a especificar, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, qualquer condição que tenha por efeito proibir o recurso ao artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 para demonstrar o cumprimento de requisitos relacionados com capacidades mínimas. Acresce que a entidade adjudicante não pode estipular, no anúncio do concurso ou no caderno de encargos, regras ou condições expressas sobre se e de que forma os proponentes podem recorrer às capacidades de outras entidades.

Questão 7

No caso de ser admitida a apresentação de propostas por lotes, o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrado no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 não permite que um operador económico indique, após a apresentação das propostas, a que lote se referem os meios que invocou para provar que estavam preenchidas as condições de participação no concurso.

Questões 8 e 9

Se um candidato que cumpre os critérios de participação no concurso não foi convidado a participar no leilão eletrónico, o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 exige que esse leilão seja anulado e repetido.

Questão 10

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, pode ser tomada em consideração como orientação para a interpretação da Diretiva 2014/24, apesar de ainda não ter terminado o prazo para a sua transposição, mas apenas na medida em que codifique jurisprudência que aplique a Diretiva 2004/18 ou a especifique, e que as disposições pertinentes da Diretiva 2014/24 não sejam contrárias às disposições da Diretiva 2004/18 nem estabeleçam regras ou condições obrigatórias em detrimento dos operadores económicos.