Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

26 de setembro de 2024 *

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 47.º, n.º 3 — Artigo 48.º, n.º 4 — Exclusão do processo de adjudicação de um proponente — Exclusão da possibilidade de reduzir a composição inicial do agrupamento temporário de empresas que apresentou uma proposta — Incompatibilidade — Prazo de validade de uma proposta — Inexistência de caducidade da proposta no termo do prazo — Obrigação jurisprudencial de retirar expressamente esta proposta — Perda da caução provisória que acompanha a referida proposta — Aplicação automática desta medida — Artigo 2.º — Princípios relativos à adjudicação dos contratos públicos — Princípio da proporcionalidade — Princípio da igualdade de tratamento — Obrigação de transparência — Violação»

Nos processos apensos C-403/23 e C-404/23,

que têm por objeto dois pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), por Decisões de 16 de junho de 2023, que deram entrada no Tribunal de Justiça em 30 de junho e 3 de julho de 2023, nos processos

Luxone Srl, que age em nome próprio e na qualidade de mandatária de um agrupamento temporário de empresas a constituir com a Iren Smart Solutions SpA (C-403/23),

Sofein SpA, anteriormente Gi One SpA (C-404/23)

contra

Consip SpA,

sendo intervenientes:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, anteriormente Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

* Língua do processo: italiano.

Enel Sole Srl,

Luxone Srl (C-404/23),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: N. Piçarra, presidente de secção, N. Jääskinen e M. Gavalec (relator), juízes,

advogado-geral: P. Pikamäe,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Luxone Srl, que age em nome próprio e na qualidade de mandatária do agrupamento temporário de empresas a constituir com a Iren Smart Solutions SpA, bem como da Sofein SpA, por P. Leozappa, avvocato,

– em representação do Governo Italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por A. De Curtis, L. Fiandaca e D. G. Pintus, avvocati dello Stato,

– em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara e G. Wils, na qualidade de agentes,

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

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114, e retificação no JO 2004, L 351, p. 44), do artigo 6.º TUE, dos artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE, dos artigos 16.º, 49.º, 50.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), bem como do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinado em Estrasburgo em 22 de novembro de 1984.

2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de dois litígios que opõem, respetivamente, a Luxone Srl, que age em nome próprio e na qualidade de mandatária do agrupamento temporário de empresas a constituir com a Iren Smart Solutions SpA, no processo C-403/23, e a Sofein SpA, anteriormente Gi One SpA, no processo C-404/23, a uma mesma entidade adjudicante, a Consip SpA, a respeito das decisões pelas quais esta última, por um lado, excluiu o agrupamento temporário de empresas, de que faziam parte a Luxone e a Sofein, de um procedimento de adjudicação de um contrato público e, por outro, executou a caução provisória que os membros desse agrupamento tinham constituído com vista à sua participação nesse procedimento.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2004/18

3 Os considerandos 2 e 32 da Diretiva 2004/18 enunciavam:

«(2) A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não-discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Todavia, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, é aconselhável estabelecer disposições que instituam uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiem nesses princípios por forma a garantir os seus efeitos e a abertura à concorrência dos contratos públicos. Por conseguinte, tais disposições de coordenação devem ser interpretadas em conformidade com as regras e princípios atrás referidos, bem como com as restantes regras do Tratado.

[…]

(32) A fim de favorecer o acesso das pequenas e médias empresas [(PME)] aos concursos públicos, é conveniente prever disposições em matéria de subcontratação.»

4 Sob a epígrafe «Princípios de adjudicação dos contratos», o artigo 2.º desta diretiva dispunha:

«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.»

5 Sob a epígrafe «Operadores económicos», o artigo 4.º da referida diretiva previa, no seu n.º 2:

«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.»

6 Sob a epígrafe «Situação pessoal do candidato ou do proponente», o artigo 45.º da mesma diretiva dispunha, no seu n.º 2:

«Pode ser excluído do procedimento de contratação:

[…]

c) Tenha sido condenado por sentença com força de caso julgado nos termos da lei do país, por delito que afete a sua honorabilidade profissional;

d) Tenha cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar;

[…]

g) Tenha prestado, com culpa grave, falsas declarações ao fornecer as informações que possam ser exigidas nos termos da presente secção ou não tenha prestado essas informações.

Em conformidade com a sua legislação nacional e na observância do direito comunitário, os Estados-Membros especificarão as condições de aplicação do presente número.»

7 Sob a epígrafe «Capacidade económica e financeira», o artigo 47.º da Diretiva 2004/18 previa, nos seus n.os 2 e 3:

«2. 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 disporá efetivamente dos recursos necessários, por exemplo, através da apresentação do compromisso de tais entidades nesse sentido.

3. Nas mesmas condições, um agrupamento de operadores económicos referido no artigo 4.º pode recorrer às capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.»

8 Sob a epígrafe «Capacidade técnica e/ou profissional», o artigo 48.º desta diretiva enunciava:

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

[…]

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.

4. Nas mesmas condições, um agrupamento de operadores económicos referido no artigo 4.º pode recorrer às capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.»

9 Sob a epígrafe «Informações que devem constar dos anúncios de concurso», o anexo VII A da referida diretiva previa, nos pontos 14 e 21 da sua secção consagrada aos «Anúncios de concurso», que um anúncio de concurso devia mencionar, respetivamente, «[s]endo o caso, [as] cauções e [as] garantias exigidas», bem como o «[p]razo durante o qual o proponente é obrigado a manter a sua proposta (concursos públicos)».

Diretiva 2004/17

10 Decorre dos artigos 3.º a 9.º 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), que esta diretiva se aplicava aos contratos públicos relativos a uma ou mais atividades nos seguintes domínios: gás, combustível para aquecimento e eletricidade, água, serviços de transporte, serviços postais, pesquisa ou extração de petróleo, gás, carvão e outros combustíveis sólidos.

11 O artigo 11.º, n.º 2, da Diretiva 2004/17 tinha uma redação idêntica à do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, com a diferença de que, na versão francesa, a expressão «*entités adjudicatrices*» (entidades adjudicantes) foi substituída por uma referência aos «*pouvoirs adjudicateurs*» (entidades adjudicantes).

Direito italiano

12 O Decreto legislativo n.º 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163, que aprova o Código dos Contratos Públicos relativos a Obras, Serviços e Fornecimentos em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006, suplemento ordinário n.º 107, a seguir «antigo Código dos Contratos Públicos»), continha um artigo 11.º, sob a epígrafe «Fases dos procedimentos de contratação pública», que dispunha, no seu n.º 6:

«Cada proponente pode apresentar apenas uma proposta. A proposta é vinculativa durante o período indicado no anúncio ou no convite para a apresentação de propostas e, na falta desta indicação, durante cento e oitenta dias a contar do termo do prazo para a sua apresentação. A entidade adjudicante pode solicitar aos proponentes a prorrogação do referido prazo.»

13 Sob a epígrafe «Agrupamentos temporários e consórcios ordinários de concorrentes», o artigo 37.º do antigo Código dos Contratos Públicos previa, nos seus n.ºs 8 a 10, 18 e 19:

«8. É permitida a apresentação de propostas pelas entidades referidas no artigo 34.º, n.º 1, alíneas d) e e), mesmo que ainda não tenham sido constituídas. Neste caso, a proposta deve ser subscrita por todos os operadores económicos que constituirão os agrupamentos temporários ou consórcios ordinários de concorrentes e incluir o compromisso de que, em caso de adjudicação, os mesmos operadores conferirão um mandato coletivo especial com poderes de representação a um deles, designado na proposta e qualificado de mandatário, o qual celebrará o contrato em seu nome e por conta própria e dos mandantes.

9. […] Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 18 e 19, é proibida qualquer alteração da composição dos agrupamentos temporários e consórcios ordinários de concorrentes relativamente à que resulta do compromisso apresentado aquando da apresentação da proposta.

10. A inobservância das proibições previstas no número anterior implica a anulação da adjudicação ou a nulidade do contrato, bem como a exclusão dos concorrentes reunidos no agrupamento ou consórcio ordinário de concorrentes concomitantes ou posteriores dos processos de adjudicação do mesmo contrato.

[…]

18. Em caso de insolvência do mandatário ou, tratando se de um empresário em nome individual, em caso de morte, interdição, inabilitação ou insolvência do mesmo, ou nos casos previstos na legislação antimáfia, a entidade adjudicante pode prosseguir a relação de contrato com outro operador económico que tenha sido constituído ["mandatário"] de acordo com os procedimentos previstos no presente código, desde que este possua os requisitos de qualificação adequados às obras, serviços ou fornecimentos ainda a realizar; se as referidas condições não estiverem preenchidas, a entidade adjudicante pode rescindir o contrato.

19. Em caso de insolvência de um dos mandantes ou, tratando se de um empresário em nome individual, em caso de morte, interdição, inabilitação ou insolvência do mesmo, ou nos casos previstos na legislação antimáfia, o mandatário, se não indicar outro operador económico que o substitua e que reúna os requisitos de idoneidade exigidos, fica obrigado a executar o contrato, diretamente ou por intermédio dos outros mandantes, desde que estes possuam os requisitos de qualificação adequados às obras, serviços ou fornecimentos ainda a realizar.»

14 Sob a epígrafe «Condições gerais», o artigo 38.º deste código continha um n.º 1, alínea f), com a seguinte redação:

«São excluídos da participação nos procedimentos de adjudicação de concessões e de contratos de empreitada, de fornecimentos e de serviços, e não podem celebrar os contratos correspondentes, as pessoas:

[…]

f) que, segundo apreciação fundamentada da entidade adjudicante, tenham agido com negligência grave ou má-fé na execução de prestações que lhes foram adjudicadas pela entidade adjudicante que lança o concurso; ou que tenham cometido falta grave no exercício da respetiva atividade profissional, comprovada por qualquer meio de prova pela entidade adjudicante […]»

15 Sob a epígrafe «Verificação do cumprimento das condições», o artigo 48.º do referido código enunciava, no seu n.º 1:

«As entidades adjudicantes, antes de procederem à abertura dos sobrescritos das propostas apresentadas, solicitarão a um número de proponentes não inferior a 10 % das propostas apresentadas, arredondado para a unidade superior, escolhidos por sorteio, que comprovem, no prazo de dez dias a contar da data do pedido, que cumprem os requisitos de capacidade económica, financeira e técnico organizacional, eventualmente exigidos no anúncio do concurso, apresentando os documentos indicados no anúncio de concurso ou na carta de convite para a apresentação de proposta. As entidades adjudicantes verificarão, durante o controlo, que cumprem o requisito de qualificação para executar as obras através do registo informatizado a que se refere o artigo 7.º, n.º 10, ou através do sítio Internet do Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, para os contratos confiados a empreiteiros gerais, para os fornecedores e prestadores de serviços, a verificação do cumprimento do requisito referido no artigo 42.º, n.º 1, alínea a), do presente código, é efetuada através da base de dados nacional dos contratos públicos referida no artigo 6.º-A do presente código. Sempre que tal prova não for apresentada ou não se confirmem as declarações contidas no pedido de participação ou na proposta, as entidades adjudicantes procederão à exclusão do proponente do concurso [e] à execução da respetiva caução provisória, bem como à comunicação desse facto à autoridade responsável pelas medidas referidas no artigo 6.º, n.º 11. A autoridade procede igualmente à suspensão, por um a doze meses, [do direito] à participação nos processos de adjudicação.»

16 Nos termos do artigo 75.º do mesmo regulamento, sob a epígrafe «Garantias que acompanham a proposta»:

«1. A proposta será acompanhada de uma garantia equivalente a dois por cento do preço de base indicado no anúncio do concurso ou no convite para a apresentação de propostas, sob a forma de caução ou de fiança, à escolha do proponente. […]

[…]

6. A garantia cobre a não celebração do contrato por facto imputável ao adjudicatário e é automaticamente liberada no momento da celebração do mesmo contrato.

[…]

9. A entidade adjudicante, ao comunicar a adjudicação aos não adjudicatários, procederá simultaneamente em relação a estes à liberação da garantia referida no n.º 1, sem demora e, em todo o caso, num prazo não superior a trinta dias a contar da adjudicação do contrato, mesmo quando a garantia seja ainda válida.»

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

17 Por anúncio publicado em 21 de dezembro de 2015, a Consip organizou um concurso público, dividido em 12 lotes, para a adjudicação do fornecimento de um serviço de iluminação, bem como de serviços conexos e opcionais.

18 Um agrupamento temporário de empresas a constituir, do qual a Luxone era líder (a seguir «RTI Luxone»), apresentou uma proposta para quatro desses doze lotes. Este agrupamento incluía igualmente o Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (a seguir «CSEL»), a Iren Servizi e Innovazione SpA (atual Iren Smart Solutions), a Gestione Integrata Srl e a Exitone SpA.

19 Por carta de 28 de setembro de 2018, a Gi One, atual Sofein, pediu à Consip que tomasse nota de que sucedia à Exitone e à Gestione Integrata «em todos os seus direitos e obrigações».

20 Embora a Consip se tenha reservado o direito, aquando da abertura do procedimento de controlo das anomalias das propostas, de apreciar se a Exitone preenchia sem interrupção os requisitos de ordem geral previstos no artigo 38.º do antigo Código dos Contratos Públicos, não abriu um processo subsequente.

21 O procedimento de adjudicação do contrato em causa no processo principal, que deveria terminar o mais tardar em 18 de abril de 2017, foi objeto de oito prorrogações que tinham por finalidade «assegurar à Consip o tempo necessário para concluir o processo». Cada uma dessas prorrogações implicou a necessidade, por um lado, de confirmar as propostas entretanto concluídas e, por outro, de prorrogar as cauções provisórias que acompanhavam essas propostas.

22 Na sequência da formulação, em 2 de março de 2020, do sétimo pedido de confirmação dessas propostas, os membros do ATE Luxone informaram a Consip, por carta de 30 de março de 2020, de que a Luxone e a Iren Smart Solutions confirmavam as propostas que tinham apresentado anteriormente, contrariamente à Sofein e à CSEL. Em substância, estas últimas indicavam que,

tendo em conta a duração das operações preparatórias para a adjudicação do contrato em causa no processo principal, as propostas formuladas durante o ano de 2016 «já não eram sustentáveis do ponto de vista comercial e do ponto de vista de uma boa e prudente gestão empresarial».

23 Por carta de 9 de junho de 2020, a Consip solicitou a todos os membros do ATE Luxone, pela oitava vez, que confirmassem a proposta que tinha chegado ao seu termo, bem como que prorrogassem a validade da caução provisória correspondente até 30 de novembro de 2020.

24 Por carta de 18 de junho de 2020, à qual a Consip não respondeu, a Luxone e a Iren Smart Solutions reiteraram as suas propostas, recordando que, por seu lado, a Sofein e a CSEL não pretendiam confirmar as suas propostas.

25 Por carta de 30 de setembro de 2020, a Consip deu início a um procedimento para verificar se a condição prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do antigo Código dos Contratos Públicos estava respeitada e para avaliar a legalidade da saída da Sofein e da CSEL. Com efeito, a Consip considerou que, ao não terem confirmado as suas propostas, estas duas sociedades tinham «saído» ilegalmente do ATE Luxone.

26 Por Decisão de 11 de novembro de 2020 (a seguir «Decisão de Exclusão de 11 de novembro de 2020»), a Consip excluiu o ATE Luxone do processo de adjudicação do contrato em causa no processo principal.

27 Em primeiro lugar, a Consip salientou que o artigo 11.º, n.º 6, do antigo Código dos Contratos Públicos conferia ao proponente único, ou seja, no caso em apreço, ao ATE Luxone no seu conjunto, o direito de se desvincular da proposta após o decurso de um determinado prazo. Este direito não pode, por conseguinte, ser exercido apenas por uma parte dos membros desse agrupamento.

28 Em segundo lugar, a Consip acusou, mais especificamente, a Sofein de ter saído do referido agrupamento para contornar o artigo 38.º, n.º 1, deste código. Com efeito, segundo a Consip, por força desta disposição, a Sofein devia ter sido excluída do procedimento de adjudicação do contrato em causa no processo principal, devido aos comportamentos das duas sociedades às quais tinha sucedido, que eram suscetíveis de afetar a sua idoneidade e pelas quais devia responder. A Consip acusou igualmente a Sofein de condutas penalmente puníveis.

29 Em terceiro lugar, a Consip invocou uma alegada «falta de honorabilidade profissional» da Luxone que, na sua opinião, foi evidenciada pela sua apresentação a julgamento por obstrução aos processos de concurso público e pela Sentença proferida em 14 de julho de 2020 pelo Tribunale di Messina (Tribunal de Primeira Instância de Messina, Itália) contra o presidente, até 22 de julho de 2019, da sociedade à qual a Luxone sucedeu.

30 Em quarto lugar, a Consip acusou a CSEL de ter saído do ATE Luxone para, em substância, dissimular o facto de esta sociedade não preencher as condições previstas e não dispor dos meios necessários para executar o contrato em causa no processo principal.

31 Por Decisão de 12 de novembro de 2020, a Consip ordenou a execução das cauções provisórias, no montante total de 2 950 000 euros, que tinham sido constituídas para os quatro lotes para os quais o ATE Luxone tinha apresentado uma proposta.

32 Em resposta às Decisões da Consip de 11 e 12 de novembro de 2020, a CSEL alegou, por carta de 20 de novembro de 2020, ter preenchido todas as condições previstas para participar no processo principal. Por outro lado, a falta de confirmação pela CSEL da proposta, que não podia ser qualificada como uma saída do ATE Luxone, inseria-se no âmbito de uma reorganização global da empresa.

33 Por carta de 10 de dezembro de 2020, a Consip confirmou a Decisão de Exclusão de 11 de novembro de 2020.

34 A Luxone, que age em nome próprio e na qualidade de mandatária do ATE Luxone, e a Sofein impugnaram em vão no Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), através de dois recursos distintos, a Decisão de Exclusão de 11 de novembro de 2020 e a Decisão de 12 de novembro de 2020. A Luxone e a Sofein interpuseram também recurso das sentenças do referido órgão jurisdicional para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), o órgão jurisdicional de reenvio.

35 Este último órgão jurisdicional indica ter ordenado a suspensão da execução das cauções provisórias, devido, nomeadamente, à circunstância de o seu montante total ser elevado.

36 Esse órgão jurisdicional considera oportuno, antes mesmo de examinar os recursos na parte em que são dirigidos contra a Decisão de Exclusão de 11 de novembro de 2020, avaliar a compatibilidade com o direito da União do artigo 11.º, n.º 6, do antigo Código dos Contratos Públicos, que é interpretado pelos tribunais administrativos italianos no sentido de que a falta de confirmação de uma proposta ou a sua confirmação apenas parcial, no momento em que essa proposta chega ao seu termo e perde o seu caráter vinculativo para o proponente em causa, é equiparada à retratação do agrupamento temporário de empresas que a tinha apresentado.

37 Em caso de saída de certos membros desse agrupamento, o referido órgão jurisdicional considera que o artigo 11.º, n.º 6, o artigo 37.º, n.ºs 8 a 10, 18 e 19, bem como o artigo 38.º, n.º 1, alínea f), deste código, obrigam a entidade adjudicante a excluir os operadores reunidos nesse agrupamento, tendo em conta a proibição de alterar a sua composição. As únicas exceções ao princípio da imutabilidade de um agrupamento temporário de empresas são enunciadas no artigo 37.º, n.ºs 18 e 19, do referido código.

38 A razão de ser da regra que figura no artigo 11.º, n.º 6, do antigo Código dos Contratos Públicos é assegurar a manutenção da proposta apresentada durante todo o período previsível do procedimento de adjudicação de contrato público e não limitar os seus efeitos no tempo. Para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), esta disposição não significa que esta proposta caducava de pleno direito uma vez decorrido o prazo, mas apenas que o proponente em causa se podia desvincular da mesma, sob reserva de invocar expressamente essa faculdade. Além disso, segundo o Consiglio di Stato, o princípio da imutabilidade subjetiva de um agrupamento temporário de empresas aplica-se mesmo nos casos em que esse agrupamento ainda não foi formalmente constituído.

39 Por outro lado, no caso em apreço, a exclusão do ATE Luxone do procedimento de adjudicação do contrato em causa no processo principal é igualmente justificada pela atitude da Sofein que tentou, ao sair desse agrupamento, escapar à fiscalização da sua «idoneidade moral» que tinha

sido anunciada. Ora, resulta da jurisprudência do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) que a saída de um dos membros de um grupo deve ser ditada por necessidades de organização próprias da associação temporária de empresas ou do consórcio.

40 O órgão jurisdicional de reenvio considera que as disposições impugnadas do antigo Código dos Contratos Públicos são compatíveis com o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, bem como com o artigo 11.º, n.º 2, da Diretiva 2004/17, que está redigido de forma semelhante.

41 No entanto, a Luxone e a Sofein criticam a jurisprudência do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), uma vez que esta obriga, na prática, os membros de um grupo temporário de empresas a permanecer vinculados pela sua proposta por um tempo indeterminado, mesmo quando essa proposta vinculativa já tenha caducado várias vezes. Segundo a Luxone, tal interpretação viola o princípio da liberdade de empresa garantido no artigo 16.º da Carta, os princípios da proporcionalidade e da concorrência, bem como a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços consagradas nos artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE.

42 O órgão jurisdicional de reenvio reconhece que, especialmente em processos que se prolongam significativamente no tempo, a proibição de um membro desse agrupamento se desvincular de uma proposta que voltou a caducar, sob pena de exclusão desse agrupamento no seu conjunto, afigura-se desproporcionada para garantir a seriedade dessa proposta, pelo menos quando os próprios operadores económicos que confirmaram a referida proposta continuam a poder satisfazer, eles próprios, todas as condições de participação no procedimento de contratação pública. Ora, em conformidade com o artigo 2.º da Diretiva 2004/18, lido em conjugação com o seu considerando 2, as medidas adotadas pelos Estados-Membros não devem exceder o necessário para atingir esse objetivo.

43 Por outro lado, a Luxone e a Sofein sustentam que a ilegalidade da Decisão de 12 de novembro de 2020, relativa à execução das garantias provisórias, decorre da ilegalidade da Decisão de Exclusão de 11 de novembro de 2020, bem como de vícios que lhe são próprios. Com efeito, a execução dessas garantias só pode ocorrer nas duas hipóteses previstas, respetivamente, no artigo 48.º, n.º 1, e no artigo 75.º, n.º 6, do antigo Código dos Contratos Públicos, a saber, quando o concorrente alvo da verificação não provar que cumpre «os requisitos de capacidade económica, financeira e técnica/organizativa» e quando um contrato não é assinado devido a «um facto imputável ao adjudicatário». Ora, os litígios nos processos principais não se enquadram em nenhuma destas duas hipóteses.

44 Apesar de a Corte costituzionale (Tribunal Constitucional, Itália) ter concluído, no Acórdão n.º 198, de 26 de julho de 2022, que a execução de uma garantia não tem caráter de sanção penal, o órgão jurisdicional de reenvio considera, à semelhança da Luxone e da Sofein, que, devido à dimensão do «sacrifício patrimonial» imposto a estas sociedades, a execução automática das cauções provisórias teria, para as sociedades referidas, as características desse tipo de sanção.

45 A este respeito, o artigo 49.º, n.º 3, da Carta indica com precisão que «[a]s penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração». Do mesmo modo, o artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinado em Paris em 20 de março de 1952, e o artigo 17.º da Carta foram interpretados no sentido de que visam garantir o respeito da proporcionalidade entre o comportamento adotado e a sanção aplicada, proibindo a restrição sem razão do direito de

propriedade e, portanto, evitando um «sacrifício excessivo e desproporcionado» ao objetivo prosseguido. O princípio da proporcionalidade está igualmente expresso de forma geral no considerando 2 da Diretiva 2004/18.

46 Nestas circunstâncias, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. A Diretiva [2004/18], os artigos 16.º e 52.º da [Carta] e os princípios da proporcionalidade, da concorrência, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, previstos nos artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE, opõem-se a normas de direito nacional [artigo 11.º, n.º 6, artigo 37.º, n.ºs 8, 9, 10, 18 e 19, e artigo 38.º, n.º 1, alínea f), do antigo Código dos Contratos Públicos] que excluem, em caso de decurso do prazo de validade da proposta inicialmente apresentada por um agrupamento temporário de empresas em vias de constituição, a possibilidade de reduzir, no momento da prorrogação do prazo de validade da referida proposta, a composição inicial do agrupamento? Em especial, são as referidas disposições nacionais compatíveis com os princípios gerais do direito da União Europeia da livre iniciativa económica e do efeito útil, bem como com o artigo 16.º da [Carta]?

2. A Diretiva [2004/18], os artigos 16.º, 49.º, 50.º e 52.º da [Carta], o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o artigo 6.º TUE e os princípios da proporcionalidade, da concorrência, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços previstos nos artigos 49.º, 50.º, 54.º e 56.º TFUE opõem-se a normas de direito nacional [artigos 38.º, n.º 1, alínea f), 48.º e 75.º do antigo Código dos Contratos Públicos], que preveem a aplicação da sanção de execução da caução provisória como consequência automática da exclusão de um operador económico de um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços, independentemente de o mesmo ter sido ou não adjudicatário no referido procedimento?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

47 A título preliminar, importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, no âmbito do processo de cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça instituído pelo artigo 267.º TFUE, cabe a este dar ao juiz nacional uma resposta útil que lhe permita decidir o litígio que lhe foi submetido. Nesta ótica, o Tribunal pode ser levado a tomar em consideração normas de direito da União a que o juiz nacional não fez referência no enunciado da sua questão. Com efeito, o facto de um órgão jurisdicional nacional ter, num plano formal, formulado uma questão prejudicial fazendo referência a certas disposições do direito da União não obsta a que o Tribunal de Justiça forneça a esse órgão jurisdicional todos os elementos de interpretação que possam ser úteis à decisão do processo que lhe foi submetido, quer lhes tenha feito ou não referência no enunciado das suas questões A este respeito, cabe ao Tribunal de Justiça extrair do conjunto dos elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional, designadamente da fundamentação da decisão de reenvio, os elementos do direito da União que requerem uma interpretação, tendo em conta o objeto do litígio (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de dezembro de 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, n.º 8, e de 5 de dezembro de 2023, Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, n.º 99 e jurisprudência referida).

48 No caso em apreço, o contrato em causa no processo principal não tem por objeto uma ou várias das atividades mencionadas nos artigos 3.º a 9.º da Diretiva 2004/17, às quais esta se aplica. Por conseguinte, há que considerar que este contrato é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18.

49 Nestas circunstâncias, importa considerar que, com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 47.º, n.º 3, e o artigo 48.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18, lidos em conjugação com o princípio geral da proporcionalidade, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exclui a possibilidade de os membros originários de um agrupamento temporário de empresas proponente saírem desse agrupamento, quando tiver decorrido o prazo de validade da proposta apresentada pelo referido agrupamento e a entidade adjudicante solicitar a prorrogação da validade das propostas que lhe foram apresentadas.

50 Importa começar por recordar que o artigo 47.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 conferem a um operador económico o direito de recorrer, por um lado, às capacidades económicas e financeiras e, por outro, às capacidades técnicas e/ou profissionais dos participantes no agrupamento ou de outras entidades, desde que prove à entidade adjudicante que o agrupamento disporá dos meios necessários para a execução do contrato. Esta diretiva permite assim acumular capacidades de vários operadores económicos para cumprir os requisitos mínimos de capacidade fixados pela entidade adjudicante, desde que o candidato ou o proponente que recorre às capacidades de uma ou de várias outras entidades faça prova junto da entidade adjudicante de que disporá efetivamente dos meios destas últimas que sejam necessários para a execução do contrato. Esta interpretação é conforme com o objetivo de abertura dos concursos públicos à mais ampla concorrência possível prosseguido pelas diretivas nesta matéria, em benefício não apenas dos operadores económicos mas também das entidades adjudicantes. É igualmente suscetível de facilitar o acesso das PMEs aos concursos públicos, objetivo igualmente prosseguido pela Diretiva 2004/18, como revela o seu considerando 32 (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.ºs 29, 33 e 34, e de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.ºs 25 a 27).

51 Também resulta do artigo 47.º, n.º 3, e do artigo 48.º, n.º 4, da diretiva referida que um agrupamento de operadores económicos previsto no artigo 4.º da mesma diretiva pode, nas mesmas condições, recorrer às capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.

52 No entanto, nem o artigo 47.º, n.º 3, nem o artigo 48.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18 preveem regras que digam especificamente respeito a alterações supervenientes relacionadas com a composição de um agrupamento de operadores económicos proponente, pelo que a regulamentação de uma tal situação é da competência dos Estados-Membros (v., por analogia, Acórdão de 24 de maio de 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, n.º 35).

53 No caso em apreço, resulta do artigo 37.º, n.ºs 9, 10, 18 e 19, do antigo Código dos Contratos Públicos que, salvo em caso de insolvência do líder ou de um membro de um agrupamento temporário de empresas, qualquer alteração que afete a composição originária desse agrupamento era proibida, sob pena de conduzir à exclusão do conjunto dos membros desse agrupamento do procedimento de adjudicação de um contrato público.

54 Esta proibição de alterar a composição de um agrupamento temporário de empresas deve, todavia, ser apreciada à luz dos princípios gerais do direito da União, designadamente do princípio da igualdade de tratamento, do dever de transparência que decorre deste último e do princípio da proporcionalidade. (v., neste sentido, Acórdão de 24 de maio de 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, n.º 36).

55 Este último princípio, que é recordado no considerando 2 da Diretiva 2004/18, exige que as regras estabelecidas pelos Estados-Membros ou pelas entidades adjudicantes no âmbito da execução das disposições dessa diretiva não excedam o que é necessário para atingir os objetivos visados pela mesma diretiva (v., neste sentido, Acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, n.º 48, e de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 155).

56 O princípio da igualdade de tratamento concede aos proponentes as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas, o que implica que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes. A obrigação de transparência, que constitui o seu corolário, tem por finalidade garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Este dever implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de modo claro, preciso e unívoco, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de modo, primeiro, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, segundo, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de novembro de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44, e de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 36).

57 Os princípios da transparência e da igualdade de tratamento que regem todos os processos de adjudicação de contratos públicos exigem que os requisitos de fundo e processuais respeitantes a um concurso sejam clara e previamente definidos e tornados públicos, em especial as obrigações dos proponentes, para que estes possam conhecer exatamente as limitações do processo e certificar-se de que são aplicados requisitos idênticos a todos os concorrentes (v., neste sentido, Acórdãos de 9 de fevereiro de 2006, La Cascina e o., C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, n.º 32, e de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 37).

58 A este respeito, o ponto 21 do anexo VII A da Diretiva 2004/18 prevê que o «[p]razo durante o qual o proponente é obrigado a manter a sua proposta (concursos públicos)» faz parte integrante das informações que devem constar dos anúncios de concurso.

59 Ora, em primeiro lugar, decorre do Acórdão de 24 de maio de 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, n.ºs 44 e 48), que o artigo 47.º, n.º 3, e o artigo 48.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que os membros de um agrupamento temporário de empresas podem, sem violar o princípio da igualdade de tratamento, sair deste último, desde que esteja assente, por um lado, que os restantes membros desse agrupamento preenchem as condições de participação no procedimento de contratação pública definidas pela entidade adjudicante e, por outro, que a continuação da sua participação nesse procedimento não acarreta uma deterioração da situação concorrencial dos outros proponentes.

60 Por conseguinte, ao impor estritamente a manutenção da identidade jurídica e material de um agrupamento temporário de empresas, o artigo 37.º, n.ºs 9, 10, 18 e 19, do antigo Código dos Contratos Públicos viola manifestamente o princípio da proporcionalidade.

61 Isto é tanto mais assim quanto não está prevista nenhuma derrogação para o caso de a entidade adjudicante solicitar, por diversas vezes, o adiamento da data de validade das propostas. Ora, tal adiamento exige que todos os membros de um agrupamento temporário de empresas, por um lado, imobilizem determinados recursos, tanto de pessoal como de materiais, na perspetiva de uma eventual adjudicação do contrato em causa e, por outro, que se prorrogue a caução provisória constituída, o que pode representar um encargo importante, especialmente para uma PME.

62 Em segundo lugar, decorre do pedido de decisão prejudicial que o órgão jurisdicional de reenvio interpreta o artigo 11.º, n.º 6, do antigo Código dos Contratos Públicos no sentido de que este não implica a caducidade de pleno direito da proposta uma vez decorrido o prazo fixado na mesma. Por conseguinte, o proponente deve invocar expressamente a faculdade de se desvincular da sua proposta. Resulta igualmente do pedido de decisão prejudicial que a precisão segundo a qual a saída de um membro de um agrupamento temporário de empresas deve ser ditada por necessidades de organização específicas desse agrupamento resulta unicamente da jurisprudência do órgão jurisdicional de reenvio.

63 Ora, o Tribunal de Justiça declarou, reiteradamente, que uma situação na qual os requisitos de participação num procedimento de adjudicação de um contrato público decorrem da interpretação jurisprudencial do direito nacional é particularmente prejudicial para os proponentes estabelecidos noutros Estados-Membros, uma vez que os seus níveis de conhecimento desse direito nacional e da sua interpretação não podem ser comparados com os dos proponentes do Estado-Membro em causa (Acórdão de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 46, e Despacho de 13 de julho de 2017, Saferoad Grawil e Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, n.º 22).

64 Por último, visto que as duas sociedades que recusaram renovar a sua proposta também foram acusadas de terem tentado contornar a fiscalização do cumprimento dos critérios de seleção e, portanto, de evitar uma exclusão do procedimento de adjudicação do contrato em causa no processo principal, importa acrescentar que, embora a entidade adjudicante possa, a qualquer momento, verificar a idoneidade dos membros de um agrupamento temporário de empresas e, a esse título, assegurar-se de que estes não são visados por uma das causas de exclusão de um procedimento de contratação pública, enumeradas no artigo 45.º da Diretiva 2004/18, cabe-lhe velar, no âmbito dessa apreciação, pelo respeito pelo princípio da proporcionalidade, conforme definido no n.º 55 do presente acórdão.

65 Por conseguinte, quando aplica motivos facultativos de exclusão de um procedimento de contratação pública, uma entidade adjudicante deve prestar uma atenção ainda maior a este princípio visto que a exclusão prevista pela legislação nacional atinge todo o agrupamento de operadores económicos, não por um incumprimento imputável ao conjunto dos seus membros, mas por um incumprimento que foi cometido apenas por um ou vários deles e sem que o líder desse agrupamento tenha disposto de qualquer poder de controlo em relação ao(s) operador(es) económico(s) com o(s) qual(ais) pretendia constituir esse agrupamento (v., por analogia, Acórdãos de 30 de janeiro de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, n.º 48, e de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 156).

66 Com efeito, o princípio da proporcionalidade impõe à entidade adjudicante que proceda a uma apreciação concreta e individualizada da atitude da entidade em causa (v., neste sentido, Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, n.º 31). Por essa razão, a entidade adjudicante deve ter em conta os meios que o proponente tinha à sua disposição para verificar a existência de um incumprimento por parte da entidade a cujas

capacidades pretendia recorrer (Acórdãos de 3 de junho de 2021, Rad Service e o., C-210/20, EU:C:2021:445, n.º 40, e de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 157).

67 Nestas condições, o artigo 47.º, n.º 3, e o artigo 48.º, n.º 4, da Diretiva 2004/18, lidos em conjugação com o princípio geral da proporcionalidade, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exclui a possibilidade de os membros originários de um agrupamento temporário de empresas proponente saírem desse agrupamento, quando tiver decorrido o prazo de validade da proposta apresentada pelo referido agrupamento e a entidade adjudicante solicitar a prorrogação da validade das propostas que lhe foram apresentadas, desde que se demonstre, por um lado, que os restantes membros do mesmo agrupamento cumprem os requisitos definidos pela entidade adjudicante e, por outro, que a continuação da sua participação no procedimento de adjudicação em questão não acarreta uma deterioração da situação concorrencial dos outros proponentes.

Quanto à segunda questão

68 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, bem como a obrigação de transparência, conforme enunciados no artigo 2.º e no considerando 2 da Diretiva 2004/18, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que prevê a execução automática da caução provisória constituída por um proponente na sequência da exclusão deste de um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços, mesmo que o serviço em causa não lhe tenha sido adjudicado.

69 A este respeito, como resulta dos n.os 61 e 62 do Acórdão de 28 de fevereiro de 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR (C-523/16 e C-536/16, EU:C:2018:122), a fixação antecipada, pela entidade adjudicante, do montante da caução provisória a constituir no anúncio de concurso cumpre, certamente, os requisitos que decorrem dos princípios da igualdade de tratamento entre os proponentes, da transparência e da segurança jurídica, na medida em que permite objetivamente evitar qualquer tratamento discriminatório ou arbitrário destes pela referida entidade adjudicante. No entanto, a execução automática desta caução assim antecipadamente fixada, independentemente da natureza das regularizações eventualmente efetuadas pelo proponente negligente e, portanto, sem nenhuma fundamentação individualizada, não se afigura compatível com os requisitos decorrentes do respeito pelo princípio da proporcionalidade.

70 Do mesmo modo, embora a execução da referida caução constitua um meio adequado para realizar os objetivos legítimos prosseguidos pelo Estado-Membro em causa, relacionados com a necessidade, por um lado, de responsabilizar os proponentes pela apresentação das suas propostas e, por outro, de compensar o encargo financeiro que representa para a entidade adjudicante o controlo da regularidade das propostas, o montante que a mesma atinge numa situação como a que está em causa no processo principal afigura-se manifestamente excessivo à luz do desenrolar do procedimento de contratação em causa (v. neste sentido, Acórdão de 28 de fevereiro de 2018, MA.T.I. SUD e Duemme SGR, C-523/16 e C-536/16, EU:C:2018:122, n.os 63 e 64).

71 Por conseguinte, há que considerar que os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, bem como a obrigação de transparência, conforme enunciados no artigo 2.º e no considerando 2 da Diretiva 2004/18, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma

legislação nacional que prevê a execução automática da caução provisória constituída por um proponente depois de este ter sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços, ainda que o serviço em causa não lhe tenha sido adjudicado.

Quanto às despesas

72 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 (Oitava Secção) declara:

1) **O artigo 47.º, n.º 3, e o artigo 48.º, n.º 4, 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 princípio geral da proporcionalidade,**

   devem ser interpretados no sentido de que:

   se opõem a uma legislação nacional que exclui a possibilidade de os membros originários de um agrupamento temporário de empresas proponente saírem desse agrupamento, quando tiver decorrido o prazo de validade da proposta apresentada pelo referido agrupamento e a entidade adjudicante solicitar a prorrogação da validade das propostas que lhe foram apresentadas, desde que se demonstre, por um lado, que os restantes membros do mesmo agrupamento cumprem os requisitos definidos pela entidade adjudicante e, por outro, que a continuação da sua participação no procedimento de adjudicação em questão não acarrete uma deterioração da situação concorrencial dos outros proponentes.

2) **Os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, bem como a obrigação de transparência, conforme enunciados no artigo 2.º e no considerando 2 da Diretiva 2004/18,**

   devem ser interpretados no sentido de que:

   se opõem a uma legislação nacional que prevê a execução automática da caução provisória constituída por um proponente depois de este ter sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público de serviços, ainda que o serviço em causa não lhe tenha sido adjudicado.

Assinaturas