



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

5 de abril de 2017\*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/17/CE — Contrato que não atinge o limiar previsto por esta diretiva — Artigos 49.o e 56.o TFUE — Limitação do recurso à subcontratação — Apresentação de uma proposta conjunta — Capacidades profissionais dos proponentes — Alterações do caderno de encargos»

No processo C-298/15,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia), por decisão de 12 de junho de 2015, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 18 de junho de 2015, no processo

«**Borta**» UAB

contra

**Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: J. L. da Cruz Vilaça, presidente de secção, A. Tizzano (relator), vice-presidente do Tribunal de Justiça, A. Borg Barthet, E. Levits e F. Biltgen, juízes,

advogado-geral: E. Sharpston,

secretário: M. Aleksejev, administrador, vistos os autos e após a audiência de 1 de junho de 2016,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da «Borta» UAB, por V. Kilišauskaitė, advokatė,
- em representação da Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, por N. Šilaika, advokatas, A. Vaitkus, A. Kamarauskas, I. Vaičiulis e L. Rudys,
- em representação do Governo lituano, por D. Kriauciūnas, A. Svinkūnaitė e R. Butvydytė, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por J. Jokubauskaitė e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 1 de dezembro de 2016,

profere o presente

\* Língua do processo: lituano.

## Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação 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), conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1336/2013 da Comissão, de 13 de dezembro de 2013 (JO 2013, L 335, p. 17, a seguir «Diretiva 2004/17»).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a «Borta» UAB (a seguir «Borta») à Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (Direção do Porto Marítimo Nacional de Klaipėda, Lituânia) (a seguir «autoridade portuária») a respeito da legalidade do caderno de encargos do contrato de empreitada de obras públicas relativo à renovação do cais desse porto.

## Quadro jurídico

### *Direito da União*

- 3 O considerando 9 da Diretiva 2004/17 enuncia:

«(9) A fim de garantir a abertura à concorrência dos contratos públicos adjudicados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, é aconselhável estabelecer disposições que instituem uma coordenação comunitária dos contratos que ultrapassem um certo valor. [...]

No que se refere aos contratos públicos cujo valor é inferior ao montante que desencadeia a aplicação das disposições sobre a coordenação comunitária, convém recordar a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça, segundo a qual são aplicáveis as regras e princípios do Tratado acima referidos.»

- 4 O artigo 16.º desta diretiva dispõe:

«[...] [A] presente diretiva é aplicável aos contratos cujo valor estimado, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[...]

b) 5 186 000 euros, para os contratos de empreitada de obras.»

- 5 O artigo 37.º da referida diretiva tem a seguinte redação:

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

- 6 Nos termos do artigo 38.º da Diretiva 2004/17:

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

7 O artigo 54.º desta diretiva prevê:

«1. Ao estabelecerem critérios de seleção num concurso público, as entidades adjudicantes devem seguir regras e critérios objetivos que estarão à disposição dos operadores económicos interessados.

[...]

6. Se os critérios referidos [no n.º 1] comportarem exigências relativas à capacidade técnica e/ou profissional do operador económico, este pode, eventualmente, para determinado contrato, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica dos laços existentes entre ele próprio e essas entidades. Neste caso, deve provar à entidade adjudicante que, para a execução do contrato, disporá dos meios necessários, por exemplo, através da apresentação de um compromisso de tais entidades de disponibilizarem ao operador económico os recursos necessários.

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

8 O anexo XVI da referida diretiva, sob a epígrafe «Informações que devem constar dos anúncios de adjudicação», dispõe, na sua parte I:

«I. Informações para publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*

[...]

10. Indicar, se for caso disso, se o contrato foi ou pode ser subcontratado.

[...]

13. Informações facultativas:

— valor e parte do contrato que foi ou é suscetível de ser subcontratada a terceiros,

[...]»

### ***Direito lituano***

#### *Lei lituana relativa aos contratos públicos*

9 O artigo 24.º, n.º 5, da Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Lei lituana relativa aos contratos públicos, a seguir «lei dos contratos públicos») dispõe:

«Os documentos do concurso devem exigir que o candidato ou proponente indique na sua proposta os subcontratantes [...] a que prevê recorrer, e podem exigir que o candidato ou proponente indique na sua proposta a parte do contrato que tenciona subcontratar [...]. Em caso de recurso a subcontratantes para executar a empreitada de obras públicas, o adjudicatário está obrigado a efetuar a obra principal, definida como tal pela entidade adjudicante. [...]»

10 Nos termos do artigo 27.º, n.º 4, da lei dos contratos públicos:

«A entidade adjudicante pode, antes do termo do prazo para a apresentação das propostas, clarificar (precisar) os documentos do concurso.»

- 11 O artigo 32.º, n.º 3, da lei dos contratos públicos prevê que, se necessário, no contexto de um concurso específico, um proponente pode recorrer às capacidades de outros operadores económicos, independentemente da natureza da sua relação jurídica com os mesmos. Nesse caso, o proponente deve demonstrar à entidade adjudicante que disporá desses recursos para executar o contrato. Nestas mesmas condições, um agrupamento de operadores económicos pode recorrer às capacidades dos membros do agrupamento ou às de outros operadores económicos.

*Caderno de encargos em causa no processo principal*

- 12 Nos termos da cláusula 3.2.1 do caderno de encargos em causa no processo principal, que se refere aos requisitos relativos às capacidades profissionais dos proponentes:

«O volume anual médio de trabalho dos proponentes relativo às obras de construção ou de instalação principais (construção ou renovação de cais do porto marítimo) nos últimos cinco anos, ou desde a data de registo do proponente (caso este exerça a sua atividade há menos de cinco anos), deve corresponder a um valor de pelo menos 5 000 000 (litas lituanos) LTL (1 448 100,09 euros), sem IVA.»

- 13 A cláusula 4.2.3 desse caderno de encargos, que enquadra a apresentação por vários proponentes de uma proposta conjunta no âmbito de um contrato de associação, dispõe:

«As obrigações assumidas pelos parceiros que operam com vista à execução do contrato e a participação percentual devem ser previstas num contrato de associação [...]. [Esta] repartição do volume das prestações só se aplica aos parceiros e não vincula em nada o cliente [(a autoridade portuária)].»

- 14 A cláusula 4.3 do referido caderno de encargos, na sua versão resultante das suas revisões sucessivas, prevê:

«Caso os proponentes apresentem uma proposta no âmbito de um contrato de associação, pelo menos uma parte [nesse contrato] ou todos os parceiros que operam ao abrigo do referido contrato [...], globalmente considerados, devem preencher os requisitos da [cláusula] 3.2.1 [...] do caderno de encargos. A contribuição de um parceiro (o volume de obras realizadas) no âmbito do [contrato de associação] deve ser proporcional à sua contribuição [...] para cumprir a exigência [da cláusula] 3.2.1 do caderno de encargos, bem como o volume de obras realizadas após a adjudicação efetiva do contrato (no âmbito da execução do contrato). [...] Em conformidade com o artigo 24.º, n.º 5 da lei [...] dos contratos públicos, a autoridade portuária determina que a obra principal corresponde ao constante do ponto 1.2.8 da parte 'construção' da lista quantitativa das obras, por conseguinte, deve ser o próprio adjudicatário a realizar essa obra.»

- 15 A cláusula 4.4 do mesmo caderno de encargos precisa que, em caso de recurso a subcontratantes, o proponente deve indicar o volume da obra que estes realizarão, no limite das obras qualificadas de «não principais», e acrescenta que a experiência desses subcontratantes não é tida em conta na verificação dos requisitos previstos na cláusula 3.2.1.

- 16 A cláusula 7.2 desse caderno de encargos permite à autoridade portuária precisar, por sua iniciativa, os documentos do concurso antes do termo do prazo para a apresentação das propostas.

## Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 17 Em 2 de abril de 2014, a autoridade portuária publicou um anúncio de concurso para a adjudicação, segundo um processo aberto, de uma empreitada de obras públicas que tinha por objeto a renovação dos cais do porto marítimo nacional de Klaipėda (Lituânia). Este anúncio de concurso foi também publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 5 de abril de 2014. A Borta participou no processo de adjudicação desse contrato.
- 18 Na sua versão inicial, o caderno de encargos em causa no processo principal retomava, na sua cláusula 4.3, as disposições do artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos em matéria de subcontratação e previa, por outro lado, que, em caso de apresentação por vários proponentes de uma proposta conjunta no âmbito de um contrato de associação em conformidade com a cláusula 4.2.3 desse caderno de encargos (a seguir «proposta conjunta»), as exigências aplicáveis em termos de capacidades profissionais estabelecidas na sua cláusula 3.2.1 deviam ser cumpridas quer por todos os proponentes conjuntamente considerados quer por um deles.
- 19 No seguimento de duas revisões sucessivas, uma por iniciativa da autoridade portuária e a outra na sequência de reclamações formuladas pela Borta, a referida cláusula 4.3 acrescenta a essas prescrições que, em caso de apresentação de tal proposta conjunta, a contribuição de cada proponente para cumprir as exigências acima referidas deve corresponder, proporcionalmente, à parte das obras que este se comprometa a realizar em conformidade com o contrato de associação e que executará efetivamente em caso de adjudicação do contrato.
- 20 Devido a essas revisões, anunciadas por uma publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, a autoridade portuária prorrogou o prazo para a apresentação das propostas.
- 21 Tendo esta autoridade indeferido as novas reclamações apresentadas pela Borta contra a última das referidas revisões, esta sociedade intentou no Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal Regional de Klaipėda, Lituânia) uma ação com vista à anulação da cláusula 4.3 acima referida, impugnando quer a legalidade do conteúdo dessa cláusula quer a própria possibilidade de a referida autoridade proceder à sua modificação. Tendo o referido tribunal julgado improcedente aquela ação por decisão de 18 de agosto de 2014, confirmada em recurso por despacho do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia) de 13 de novembro de 2014, a Borta interpôs recurso de cassação para o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia).
- 22 Para decidir o litígio que lhe foi submetido, esse órgão jurisdicional interroga-se sobre a compatibilidade com o direito da União, em especial com a Diretiva 2004/17, do artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos, ao qual faz referência a cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal, na medida em que este artigo proíbe o recurso a subcontratantes para as obras que a entidade qualifica de «principais». O referido órgão jurisdicional tem igualmente dúvidas quanto à legalidade, à luz desta diretiva, da referida cláusula 4.3, tal como revista, na medida em que esta exige, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, que a contribuição de cada um deles para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais corresponda, proporcionalmente, à parte das obras que cada um executará efetivamente em caso de adjudicação do contrato. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta-se ainda sobre se a autoridade portuária podia modificar a primeira versão desta mesma cláusula após a publicação do concurso, sem violar a referida diretiva e, em especial, o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência dela decorrente.
- 23 O referido órgão jurisdicional considera que o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar, a título prejudicial, sobre essas interrogações. É certo que o valor do contrato em causa no processo principal é inferior ao limiar de 5 186 000 euros previsto no artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17, abaixo do qual esta última não é aplicável. Contudo, por um lado, esse contrato apresenta um interesse transfronteiriço certo, como comprovado pela participação no processo de adjudicação de duas

empresas estrangeiras, entre as quais figura o proponente escolhido, e a publicação do concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*. Por outro lado, a autoridade portuária decidiu, em todo o caso, submeter esse concurso às regras aplicáveis aos contratos públicos abrangidos pela Diretiva 2004/17 e o legislador lituano optou por tornar certas regras estabelecidas por esta diretiva extensivas aos contratos de valor inferior ao limiar acima referido.

24 Nestas circunstâncias, o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

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

- a) se opõem a uma regra nacional segundo a qual, no caso de [recurso] a subcontratantes [para] executar uma empreitada de obras públicas, a obra principal, identificada como tal pela entidade adjudicante, deve ser realizada pelo [adjudicatário]?
- b) se opõem a um regime, previsto nos documentos do concurso, de conjugação das capacidades profissionais dos fornecedores, tal como especificado pela entidade adjudicante no caderno de encargos [...], que impõe que a parte que representa a capacidade profissional do operador económico relevante (um parceiro num [contrato de associação]) [corresponda à] [parte da obra específica] que esse operador vai efetivamente executar no âmbito do contrato público?

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

- a) os princípios da igualdade de tratamento entre [proponentes] e da transparência não são violados quando a entidade adjudicante:
  - prevê com antecedência, nos documentos do concurso, uma opção geral de conjugação das capacidades profissionais dos fornecedores, mas não estabelece o regime de aplicação dessa opção;
  - posteriormente, enquanto decorre o concurso público, define de forma mais pormenorizada os requisitos que regem a apreciação das qualificações dos fornecedores, fixando certas restrições quanto à conjugação das suas capacidades profissionais; [ou,]
  - devido a essa definição mais pormenorizada do conteúdo dos requisitos de qualificação, prorroga o prazo para a apresentação [das propostas] e anuncia essa prorrogação no *Jornal Oficial [da União Europeia]*?
- b) uma restrição à conjugação das capacidades profissionais dos fornecedores não deve ser claramente indicada, com antecedência, se o carácter específico das atividades da entidade adjudicante e as características especiais do contrato público tornarem essa restrição previsível e justificada?»

## Quanto às questões prejudiciais

### *Observações preliminares*

25 O Governo lituano sustentou, nas suas observações escritas e na audiência no Tribunal de Justiça, que, a fim de responder às questões submetidas, se devia ter em conta não só a Diretiva 2004/17 mas também a Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243), na

medida em que o legislador lituano optou por integrar no seu direito interno certas disposições da Diretiva 2014/25, antes mesmo da adoção desta, nomeadamente o seu artigo 79.º, n.º 3, relativo à subcontratação.

- 26 De opinião contrária, a Comissão Europeia alegou que não havia que interpretar nem a Diretiva 2004/17 nem a Diretiva 2014/25, mas que se devia responder às questões submetidas à luz das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE.
- 27 No que se refere, em primeiro lugar, à Diretiva 2014/25, importa recordar, antes de mais, que, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a diretiva aplicável é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirige definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público. Em contrapartida, são inaplicáveis as disposições de uma diretiva cujo prazo de transposição expirou após esse momento (v., neste sentido, acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 83 e jurisprudência referida).
- 28 Ora, no caso vertente, o concurso em causa no processo principal foi publicado em 2 de abril de 2014, ao passo que a Diretiva 2014/25 entrou em vigor em 17 de abril de 2014 e revogou a Diretiva 2004/17 com efeitos a partir de 18 de abril de 2016, data em que expirou o seu prazo de transposição. Além disso, embora o Governo lituano alegue ter integrado no seu direito interno certas disposições da Diretiva 2014/25 antes mesmo da adoção desta, esse governo reconheceu igualmente, nas suas observações escritas, que, à data dos factos pertinentes em causa no processo principal, esta diretiva ainda não tinha sido transposta.
- 29 Nestas circunstâncias, não há que ter em conta a Diretiva 2014/25 para responder às questões submetidas.
- 30 No que se refere, em segundo lugar, à Diretiva 2004/17, resulta da decisão de reenvio que o contrato em causa no processo principal tem um valor inferior ao limiar de 5 186 000 euros previsto no artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17. Por conseguinte, esta diretiva não é aplicável a esse contrato (v., por analogia, acórdão de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 15 e jurisprudência referida).
- 31 Não obstante, o órgão jurisdicional de reenvio considera que o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar quanto às questões submetidas e que a interpretação das disposições da referida diretiva se justifica pelas razões expostas no n.º 23 do presente acórdão.
- 32 Na audiência no Tribunal de Justiça, o Governo lituano, que partilha da análise do órgão jurisdicional de reenvio, precisou que, nos termos da legislação lituana, a entidade adjudicante pode optar por submeter o processo de adjudicação de um contrato cujo valor é inferior ao limiar acima referido às regras estabelecidas pela Diretiva 2004/17 ou ao processo simplificado previsto pelo direito nacional para esse tipo de contratos. Se, como no caso vertente, essa entidade escolher a primeira opção, fica obrigada, segundo o mesmo governo, a aplicar a totalidade das disposições desta diretiva.
- 33 A este respeito, importa recordar que, quando uma legislação nacional se conforma, nas soluções que dá a situações que não são abrangidas pelo ato da União em causa, com as soluções adotadas pelo referido ato, existe um interesse certo da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições retomadas desse ato sejam interpretadas de modo uniforme (v., neste sentido, acórdãos de 18 de outubro de 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, n.º 46, e de 7 de novembro de 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, n.º 22).

- 34 Assim, a interpretação das disposições de um ato da União em situações que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação deste justifica-se com base no facto de o direito nacional ter tornado essas disposições aplicáveis às mesmas situações de forma direta e incondicional, para assegurar um tratamento idêntico a essas situações e às abrangidas por esse âmbito de aplicação (v., neste sentido, acórdãos de 18 de outubro de 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, n.º 47; de 7 de novembro de 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, n.ºs 22 e 23; e de 14 de janeiro de 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, n.º 20).
- 35 Assim sendo, resulta igualmente de uma jurisprudência constante que, quando as condições expostas nos dois números anteriores do presente acórdão não estão reunidas, o Tribunal de Justiça, para fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional que submeteu a questão prejudicial, pode ser levado a tomar em consideração normas do direito da União às quais o referido órgão jurisdicional não fez referência no seu pedido de decisão prejudicial (acórdão de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 17 e jurisprudência referida).
- 36 No que respeita mais especificamente à adjudicação de um contrato que, atendendo ao seu valor, não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17, o Tribunal de Justiça pode ter em conta regras fundamentais e princípios gerais do Tratado FUE, nomeadamente os seus artigos 49.º e 56.º e os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como a obrigação de transparência que daí decorre, desde que esses contratos revistam um interesse transfronteiriço certo. Com efeito, embora não estejam abrangidos pela Diretiva 2004/17, esses contratos continuam sujeitos ao respeito dessas regras e princípios (v., neste sentido, acórdãos de 23 de dezembro de 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, n.ºs 22 a 24; de 18 de dezembro de 2014, Generalili-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, n.º 27; e de 6 de outubro de 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, n.º 19).
- 37 É à luz do que precede que há que examinar, no que respeita a cada uma das questões submetidas, se a interpretação das disposições da Diretiva 2004/17 se justifica no caso em apreço, atendendo às considerações expostas nos n.ºs 33 e 34 do presente acórdão, ou se se deve responder a essas questões à luz das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE acima referidos, tendo em conta as considerações que figuram nos n.ºs 35 e 36 deste acórdão.

*Quanto à primeira questão, alínea a)*

- 38 Com a sua primeira questão, alínea a), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2004/17 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma disposição de uma regulamentação nacional, como o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos, que prevê que, em caso de recurso a subcontratantes para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, o adjudicatário é obrigado a realizar ele próprio a obra principal, definida como tal pela entidade adjudicante.
- 39 A título preliminar, há que sublinhar que, no que respeita ao recurso à subcontratação, a Diretiva 2004/17 limita-se a prever no seu artigo 37.º e no seu anexo XVI certas obrigações em matéria de informação e de responsabilidade do proponente. Acrescenta, no seu artigo 38.º, que as entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que, nomeadamente, as mesmas sejam compatíveis com o direito da União.
- 40 Em contrapartida, como o órgão jurisdicional de reenvio salientou, esta diretiva não inclui nenhuma disposição cujo conteúdo seja análogo ao do artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos. Além disso, segundo esse órgão jurisdicional, o legislador lituano não indicou ter tido em conta a referida diretiva quando adotou esta última disposição.



- 41 Nestas circunstâncias, não se pode considerar que o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos, quando se aplica a contratos que não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17, faz uma remissão direta e incondicional para esta, na aceção da jurisprudência exposta no n.º 34 do presente acórdão (v., por analogia, acórdão de 7 de julho de 2011, *Agafiței e o.*, C-310/10, EU:C:2011:467, n.º 45).
- 42 Daqui resulta que a interpretação desta diretiva não se justifica para responder à primeira questão, alínea a).
- 43 Assim sendo, como exposto nos n.ºs 35 e 36 do presente acórdão, o Tribunal de Justiça pode, a fim de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, ser levado a ter em conta regras fundamentais e princípios gerais do Tratado FUE, nomeadamente os seus artigos 49.º e 56.º e os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como a obrigação de transparência que daí decorre, desde que o contrato em causa apresente um interesse transfronteiriço certo.
- 44 Um contrato pode apresentar tal interesse tendo em conta nomeadamente a sua importância económica, conjugada com as suas características técnicas ou ainda o local de execução das obras. Pode igualmente ter-se em conta o interesse de operadores situados noutros Estados-Membros em participar no processo de adjudicação do referido contrato, na condição de que esse interesse seja real e não fictício (v., neste sentido, acórdão de 16 de abril de 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 20 e jurisprudência referida).
- 45 Ora, no caso vertente, o órgão jurisdicional de reenvio determinou que o contrato em causa no processo principal apresentava interesse transfronteiriço certo. Como salientou a advogada-geral no n.º 37 das suas conclusões, o valor do contrato, ainda que inferior aos limiares fixados no artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17, é relativamente elevado. Além disso, como sublinhou o Governo lituano, o referido contrato tem por objeto a construção de cais de um porto marítimo com uma importância estratégica para a segurança nacional. Por outro lado, resulta da decisão de reenvio que duas empresas estrangeiras, entre as quais figura o proponente escolhido, participaram no processo de concurso.
- 46 Daqui resulta que há que responder à primeira questão, alínea a), à luz das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE, nomeadamente dos seus artigos 49.º e 56.º Em especial, para dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, há que verificar se uma regulamentação nacional como o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos não é suscetível de constituir um entrave injustificado à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.
- 47 Para o efeito, importa recordar que os artigos 49.º e 56.º TFUE se opõem a qualquer medida nacional que, mesmo quando seja aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, é suscetível de proibir, perturbar ou tornar menos atrativo o exercício da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços (acórdãos de 27 de outubro de 2005, *Contse e o.*, C-234/03, EU:C:2005:644, n.º 25; de 23 de dezembro de 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, n.º 41; e de 8 de setembro de 2016, *Politanò*, C-225/15, EU:C:2016:645, n.º 37).
- 48 No que respeita aos contratos públicos, é do interesse da União que a abertura de um concurso à concorrência seja o mais ampla possível, incluindo para os contratos não abrangidos pela Diretiva 2004/17 (v., neste sentido, acórdãos de 10 de julho de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, n.º 29, e de 28 de janeiro de 2016, *CASTA e o.*, C-50/14, EU:C:2016:56, n.º 55). O recurso à subcontratação, que é suscetível de favorecer o acesso das pequenas e médias empresas aos contratos públicos, contribui para a prossecução deste objetivo.
- 49 Ora, uma disposição nacional, como o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos, é suscetível de proibir, perturbar e tornar menos atrativa a participação de operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros no processo de adjudicação ou na execução de um contrato público como

o que está em causa no processo principal, uma vez que impede esses operadores de subcontratar a terceiros toda ou parte das obras qualificadas de «principais» pela entidade adjudicante, ou propor os seus serviços enquanto subcontratantes para essa parte das obras.

- 50 Por conseguinte, a referida disposição constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.
- 51 Assim sendo, essa restrição pode justificar-se caso prossiga um objetivo legítimo de interesse geral e desde que respeite o princípio da proporcionalidade, isto é, que seja adequada para garantir a realização desse objetivo e não vá além do que é necessário para o atingir (v., neste sentido, acórdãos de 27 de outubro de 2005, *Contse e o.*, C-234/03, EU:C:2005:644, n.º 25, e de 23 de dezembro de 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, n.º 44).
- 52 No processo principal, resulta dos autos que o Tribunal de Justiça dispõe, por um lado, que o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos visa garantir a correta execução das obras. Assim, esta disposição foi adotada nomeadamente com a finalidade de impedir uma prática existente que consiste em que um proponente invoque capacidades profissionais apenas para que lhe seja adjudicado o contrato em causa, não com a intenção de ele próprio executar as obras, mas de confiar a sua maior parte ou a sua quase totalidade a subcontratantes, prática que afetava a qualidade das obras e a boa execução destas. Por outro lado, ao limitar o recurso à subcontratação às obras qualificadas de «não principais», o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos visa incentivar a participação das pequenas e médias empresas nos contratos públicos na qualidade de coproponentes dentro de um agrupamento de operadores económicos mais do que enquanto subcontratantes.
- 53 No que se refere, em primeiro lugar, ao objetivo relativo à execução correta das obras, há que o considerar legítimo.
- 54 Todavia, embora não se exclua que esse objetivo possa justificar certas limitações ao recurso à subcontratação (v., neste sentido, acórdãos de 18 de março de 2004, *Siemens e ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, n.º 45, e de 14 de julho de 2016, *Wrocław — Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 34), há que considerar que uma disposição de uma regulamentação nacional como o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos vai além do que é necessário para atingir aquele objetivo, na medida em que proíbe genericamente o recurso à subcontratação para as obras qualificadas de «principais» pela entidade adjudicante.
- 55 Com efeito, esta proibição aplica-se sejam quais forem o setor económico afetado pelo contrato em causa, a natureza das obras e as qualificações dos subcontratantes. Além disso, tal proibição geral não deixa lugar a uma apreciação caso a caso pela referida entidade.
- 56 É certo que a entidade adjudicante continua a ser livre para definir as obras que devem ser qualificadas de «principais». Contudo, não é menos certo que é obrigada a prever, para todos os contratos, que a totalidade dessas obras será realizada pelo próprio proponente. Assim, o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos proíbe o recurso à subcontratação para as referidas obras, incluindo no caso de a entidade adjudicante poder verificar as capacidades dos subcontratantes em causa e considerar, depois desta verificação, que tal proibição não é necessária para a boa execução das obras, tendo em conta, nomeadamente, a natureza das tarefas que o proponente pretende delegar nos referidos subcontratantes.
- 57 Como salientou a advogada-geral no n.º 51 das suas conclusões, uma medida alternativa menos restritiva que garanta a realização do objetivo prosseguido poderia ter consistido em exigir aos proponentes que indiquem, na sua proposta, a parte do contrato e as obras que têm intenção de subcontratar, os subcontratantes propostos e as respetivas capacidades. Também se poderia prever a possibilidade de a entidade adjudicante proibir os proponentes de mudarem de subcontratantes se essa entidade não pôde verificar previamente a identidade e a capacidade destes últimos.

- 58 Além do mais, na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio e o Governo lituano sustentam que o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos foi adotado para impedir uma prática existente que consiste em que os proponentes invoquem capacidades profissionais unicamente para que lhes seja adjudicado o contrato em causa com a intenção de confiar a maior parte ou a quase totalidade das obras a subcontratantes, há que salientar que esta disposição não visa especificamente tal prática. Assim, proíbe ao proponente delegar a realização de todas as obras qualificadas de «principais» pela entidade adjudicante, incluindo as tarefas que representam, proporcionalmente, apenas uma parte mínima dessas obras. Por conseguinte, a referida disposição vai além do que é necessário para impedir a prática acima referida.
- 59 No que respeita, em segundo lugar, à justificação relativa ao incentivo das pequenas e médias empresas a participar num contrato como coproponentes mais do que na qualidade de subcontratantes, é verdade que não é de excluir que tal objetivo possa, em certas circunstâncias e sob determinadas condições, constituir um objetivo legítimo (v., por analogia, acórdão de 25 de outubro de 2007, Geurts e Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, n.º 26).
- 60 Todavia, de qualquer modo, nada indica nos documentos de que o Tribunal de Justiça dispõe em que é que uma disposição de uma regulamentação nacional como o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos é necessária para atingir este objetivo.
- 61 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira questão, alínea a), que, no que respeita a um contrato público que não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17, mas que apresenta interesse transfronteiriço certo, os artigos 49.º e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição de uma regulamentação nacional, como o artigo 24.º, n.º 5, da lei dos contratos públicos, que prevê que, em caso de recurso a subcontratantes para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, o adjudicatário é obrigado a realizar ele próprio a obra principal definida como tal pela entidade adjudicante.

#### *Quanto à segunda questão*

- 62 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2004/17 e, em especial, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência decorrente desta diretiva devem ser interpretados no sentido de que permitem à entidade adjudicante modificar, depois da publicação do anúncio do concurso, certas cláusulas do caderno de encargos, como a cláusula 4.3 em causa no processo principal, uma vez que esta entidade, devido às modificações efetuadas, que foram anunciadas mediante uma publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, prorrogou o prazo para a apresentação das propostas.
- 63 A título preliminar, há que sublinhar que tal possibilidade de modificar os documentos do concurso está prevista no artigo 27.º, n.º 4, da lei dos contratos públicos.
- 64 Ora, como o órgão jurisdicional de reenvio sublinhou no seu pedido de decisão prejudicial, a Diretiva 2004/17 não contém nenhuma disposição a este respeito.
- 65 Nestas circunstâncias, não se pode considerar que o artigo 27.º, n.º 4, da lei dos contratos públicos, quando se aplica a contratos que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação desta diretiva, faz uma remissão direta e incondicional para a mesma, na aceção da jurisprudência exposta no n.º 34 do presente acórdão (v., por analogia, acórdão de 7 de julho de 2011, Agafiței e o., C-310/10, EU:C:2011:467, n.º 45).
- 66 Daqui resulta que a interpretação da referida diretiva não se justifica para responder à segunda questão.

- 67 Assim sendo, a fim de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, há, pelas razões expostas nos n.ºs 43 a 45 do presente acórdão, que responder a esta questão à luz das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE, entre os quais figuram os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência, que decorrem, nomeadamente, dos artigos 49.º e 56.º TFUE, e sobre os quais se interroga em especial esse órgão jurisdicional.
- 68 A este respeito, importa salientar que, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, esses princípios e esta obrigação de transparência exigem, em especial, que os proponentes estejam em pé de igualdade no momento em que preparam as suas propostas. A obrigação de transparência visa mais especificamente garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante (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 14 de julho de 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, n.º 22).
- 69 Os referidos princípios e obrigação implicam, nomeadamente, que o objeto e os critérios de adjudicação do contrato em causa estejam claramente determinados desde o início do seu processo de adjudicação e que as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, por um lado, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, por outro, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas apresentadas correspondem aos critérios por que se rege o referido contrato (v., neste sentido, acórdãos de 10 de maio de 2012, *Comissão/Países Baixos*, C-368/10, EU:C:2012:284, n.ºs 56, 88 e 109; de 6 de novembro de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44; e de 14 de julho de 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, n.º 23). A obrigação de transparência significa igualmente que o objeto e os critérios de adjudicação do contrato devem ser objeto de publicidade adequada por parte da entidade adjudicante (v., neste sentido, acórdão de 24 de janeiro de 2008, *Lianakis e o.*, C-532/06, EU:C:2008:40, n.º 40).
- 70 Da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta igualmente que a entidade adjudicante não pode, em princípio, modificar, no decurso do processo de adjudicação, o alcance das condições essenciais do contrato, entre as quais figuram as especificações técnicas e os critérios de adjudicação, nas quais os operadores económicos interessados se basearam legitimamente para tomar a decisão de preparar a apresentação de uma proposta ou, pelo contrário, renunciar a participar no processo de adjudicação do contrato em causa (v., neste sentido, acórdãos de 10 de maio de 2012, *Comissão/Países Baixos*, C-368/10, EU:C:2012:284, n.º 55, e de 16 de abril de 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, n.ºs 27 a 29).
- 71 Assim sendo, daqui não se infere que qualquer modificação do caderno de encargos, depois de publicado o anúncio do concurso, seja, em princípio e em todas as circunstâncias, proibida.
- 72 Assim, a entidade adjudicante tem excepcionalmente a possibilidade de corrigir ou de completar os dados do caderno de encargos que precisam de uma simples clarificação, ou com a finalidade de corrigir erros materiais manifestos, sob reserva de informar esse facto a todos os proponentes (v., por analogia, acórdão de 29 de março de 2012, *SAG ELV Slovensko e o.*, C-599/10, EU:C:2012:191, n.º 40).
- 73 Esta entidade deve igualmente ser autorizada a proceder a certas modificações no caderno de encargos, nomeadamente no que se refere às condições e modalidades de acumulação das capacidades profissionais, sob reserva de que os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência sejam respeitados.

- 74 Esta exigência implica, em primeiro lugar, que as modificações em causa, embora possam ser significativas, não devem ser a tal ponto substanciais que teriam atraído potenciais proponentes que, na falta dessas modificações, não poderiam apresentar uma proposta. Isso poderia acontecer, nomeadamente, quando as modificações tornarem o contrato sensivelmente diferente, por natureza, daquele que tinha sido definido inicialmente.
- 75 Em segundo lugar, a referida exigência implica que essas modificações sejam objeto de publicidade adequada, de modo a permitir a todos os potenciais proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes delas tomarem conhecimento nas mesmas condições e no mesmo momento.
- 76 Em terceiro lugar, esta mesma exigência pressupõe ainda, por um lado, que as referidas modificações sejam efetuadas antes da apresentação das propostas pelos proponentes e, por outro, que o prazo para a apresentação dessas propostas seja prorrogado quando essas modificações sejam significativas, que a duração dessa prorrogação dependa da importância das referidas modificações e que essa duração seja suficiente para permitir aos operadores económicos interessados adaptar as suas propostas em conformidade.
- 77 Tendo em conta as considerações anteriores, há que responder à segunda questão que, no que respeita a um contrato público não abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17, mas que apresenta interesse transfronteiriço certo, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência que decorrem nomeadamente dos artigos 49.º e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que a entidade adjudicante modifique, após a publicação do anúncio do concurso, uma cláusula do caderno de encargos relativa às condições e às modalidades de acumulação das capacidades profissionais, como a cláusula 4.3 em causa no processo principal, sob reserva, em primeiro lugar, de que as modificações efetuadas não sejam a tal ponto substanciais que teriam atraído potenciais proponentes que, na falta dessas modificações, não estariam em condições de apresentar uma proposta, em segundo lugar, que as referidas modificações sejam objeto de publicidade adequada e, em terceiro lugar, que se efetuem antes da apresentação das propostas pelos proponentes, que o prazo de apresentação dessas propostas seja prorrogado quando as modificações em causa sejam significativas, que a duração dessa prorrogação dependa da importância dessas modificações e que essa duração seja suficiente para permitir aos operadores económicos interessados adaptar a sua proposta em conformidade, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

*Quanto à primeira questão, alínea b)*

- 78 Com a sua primeira questão, alínea b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2004/17 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma cláusula de um caderno de encargos, como a cláusula 4.3 em causa no processo principal, que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, exige que a contribuição de cada um deles para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais corresponda, proporcionalmente, à parte das obras que este executará efetivamente se o contrato em questão lhe for adjudicado.
- 79 A título preliminar, a autoridade portuária precisou, em substância, na audiência no Tribunal de Justiça, que a cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal devia ser interpretada em conjugação com a cláusula 4.2.3 do referido caderno de encargos. Em conformidade com esta última cláusula, os proponentes que queiram apresentar uma proposta conjunta devem indicar num contrato de associação a parte das obras que cada um deles se compromete a executar, precisando-se que essa divisão é livremente determinada por esses proponentes. Essa cláusula 4.3 permite à referida autoridade verificar, ao analisar as propostas, que cada um dos proponentes em causa dispõe das capacidades profissionais correspondentes proporcionalmente à parte das obras que se compromete a executar em conformidade com esse contrato e que executará efetivamente em caso de adjudicação do contrato.

- 80 Assim, como salientou a advogada-geral no n.º 56 das suas conclusões, a cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal refere-se à adjudicação do contrato e, mais concretamente, à possibilidade de os proponentes que apresentam uma proposta conjunta cumulem as suas capacidades profissionais para cumprir as exigências desse caderno de encargos.
- 81 O artigo 32.º, n.º 3, da lei dos contratos públicos prevê essa possibilidade.
- 82 Ora, resulta da decisão de reenvio que esta disposição, que se aplica a todos os contratos de empreitada de obras públicas, qualquer que seja o seu valor, reproduz fielmente o conteúdo do artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio indicou que, quando da transposição desta diretiva para o direito lituano, o legislador nacional tinha optado por tornar certas disposições da mesma extensíveis aos contratos com um valor inferior aos limiares fixados no artigo 16.º, alínea b), da referida diretiva, nomeadamente ao prever disposições análogas *expressis verbis* às dessa mesma diretiva.
- 83 Nestas circunstâncias, há que considerar que o artigo 32.º, n.º 3, da lei dos contratos públicos tornou o artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17 aplicável, direta e incondicionalmente, aos contratos excluídos do âmbito de aplicação desta diretiva.
- 84 Por conseguinte, tendo em conta a jurisprudência recordada nos n.ºs 33 e 34 do presente acórdão, há que examinar a primeira questão, alínea b), à luz do artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17.
- 85 Esta disposição reconhece o direito de qualquer operador económico, quando a entidade adjudicante fixe um critério de seleção qualitativo que inclui exigências relativas às capacidades técnicas ou profissionais, recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo existente entre esse operador e essas entidades, desde que seja provado à entidade adjudicante que o proponente disporá efetivamente dos meios necessários à execução do contrato (v., por analogia, acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 33 e jurisprudência referida). Em conformidade com esta mesma disposição, esse direito é extensivo aos agrupamentos de operadores económicos que apresentem uma proposta conjunta, os quais podem, nas mesmas condições, recorrer às capacidades dos seus participantes ou de outras entidades.
- 86 Assim sendo, a Diretiva 2004/17 não se opõe a que o exercício do direito consagrado no seu artigo 54.º, n.º 6, seja limitado em circunstâncias excecionais (v., por analogia, acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 39).
- 87 Em particular, não se pode excluir que, em circunstâncias especiais, tendo em conta a natureza e os objetivos de um contrato determinado e as obras em causa, as capacidades de que dispõe um terceiro, e que são necessárias para a execução desse contrato, não sejam suscetíveis de transmissão ao proponente em causa, de modo que este último só pode invocar as referidas capacidades se a referida entidade participar direta e pessoalmente na execução desse contrato (v., neste sentido, acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 41).
- 88 Em tais circunstâncias, a entidade adjudicante pode, para efeitos da correta execução do referido contrato, indicar expressamente, nos documentos do contrato, regras precisas que permitam ao operador económico invocar as capacidades de outras entidades, desde que essas regras tenham ligação e sejam proporcionadas ao objeto e às finalidades desse contrato (v., neste sentido, acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.ºs 54 a 56).
- 89 Do mesmo modo, não se pode excluir à partida que, em circunstâncias especiais, tendo em conta a natureza das obras em causa e o objeto e a finalidade do contrato, as capacidades dos diferentes participantes num agrupamento de operadores económicos que apresente uma proposta conjunta

necessárias para a boa execução do referido contrato não sejam suscetíveis de ser transmitidas entre esses participantes. Nesse caso, a entidade adjudicante terá direito a exigir que cada um desses participantes execute as obras correspondentes às suas próprias capacidades.

- 90 No caso em apreço, a autoridade portuária e o Governo lituano sustentam, em substância, que a cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal visa evitar que um proponente invoque, para obter a adjudicação do contrato, capacidades que não tem intenção de utilizar, e, inversamente, que um proponente possa aceder ao contrato e efetuar uma parte das obras, sem, contudo, dispor das capacidades e meios necessários para a boa execução dessas obras.
- 91 A este respeito, não se pode excluir que, tendo em conta a tecnicidade e a importância das obras em causa no processo principal, a correta execução das mesmas exija que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, cada um deles execute as tarefas específicas correspondentes, tendo em conta o objeto e a natureza dessas obras ou tarefas, às suas próprias capacidades profissionais.
- 92 Não obstante, não parece ser esse o alcance da cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal. Com efeito, como salientou, em substância, a advogada-geral nos n.ºs 63 e 64 das suas conclusões, esta cláusula exige que exista uma correspondência meramente aritmética entre a contribuição de cada proponente em causa para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais e a parte das obras que esse proponente se compromete a realizar e que executará efetivamente em caso de adjudicação do contrato. Em contrapartida, esta cláusula não tem em conta a natureza das tarefas a realizar por cada proponente nem as competências técnicas próprias de cada um deles. Nestas circunstâncias, a referida cláusula 4.3 não impede que um dos proponentes em causa execute tarefas específicas para as quais, na realidade, não possui experiência ou as capacidades exigidas.
- 93 Por outro lado, a autoridade portuária e o Governo lituano sublinharam que a cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal não impedia os proponentes em causa de recorrer à subcontratação para a execução das obras qualificadas de «não principais» e que, em conformidade com a cláusula 4.4 desse caderno de encargos, as capacidades profissionais dos subcontratantes não eram verificadas. Se assim for, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, há que considerar que a referida cláusula 4.3, por um lado, não garante que os proponentes utilizarão efetivamente as capacidades que declararam na adjudicação do contrato e que foram tidas em conta pela autoridade portuária na análise das propostas. Por outro lado, não exclui que as obras qualificadas de «não principais» sejam realizadas por subcontratantes que não dispõem das capacidades profissionais exigidas.
- 94 Daqui resulta que a cláusula 4.3 do caderno de encargos em causa no processo principal não é adequada para garantir a realização dos objetivos prosseguidos.
- 95 Por conseguinte, há que considerar que a limitação do direito previsto no artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17 que resulta desta cláusula não é justificada tendo em conta o objetivo e a finalidade do contrato em causa no processo principal.
- 96 Nestas circunstâncias, há que responder à primeira questão, alínea b), que o artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma cláusula de um caderno de encargos, como a cláusula 4.3 em causa no processo principal, que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, exige que a contribuição de cada um deles para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais corresponda, proporcionalmente, à parte das obras que executará efetivamente se o contrato em questão lhe for adjudicado.

## Quanto às despesas

<sup>97</sup> Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

- 1) **No que respeita a um contrato público que não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1336/2013 da Comissão, de 13 de dezembro de 2013, mas que apresenta interesse transfronteiriço certo, os artigos 49.º e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição de uma regulamentação nacional, como o artigo 24.º, n.º 5, da Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Lei lituana relativa aos contratos públicos), que prevê que, em caso de recurso a subcontratantes para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, o adjudicatário é obrigado a realizar ele próprio a obra principal definida como tal pela entidade adjudicante.**
- 2) **No que respeita a tal contrato público, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e a obrigação de transparência que decorrem nomeadamente dos artigos 49.º e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que a entidade adjudicante modifique, após a publicação do anúncio do concurso, uma cláusula do caderno de encargos relativa às condições e às modalidades de acumulação das capacidades profissionais, como a cláusula 4.3 em causa no processo principal, sob reserva, em primeiro lugar, de que as modificações efetuadas não sejam a tal ponto substanciais que teriam atraído potenciais proponentes que, na falta dessas modificações, não estariam em condições de apresentar uma proposta, em segundo lugar, que as referidas modificações sejam objeto de publicidade adequada e, em terceiro lugar, que se efetuem antes da apresentação das propostas pelos proponentes, que o prazo de apresentação dessas propostas seja prorrogado quando as modificações em causa sejam significativas, que a duração dessa prorrogação dependa da importância dessas modificações e que essa duração seja suficiente para permitir aos operadores económicos interessados adaptar a sua proposta em conformidade, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.**
- 3) **O artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17, conforme alterada pelo Regulamento n.º 1336/2013, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma cláusula de um caderno de encargos, como a cláusula 4.3 em causa no processo principal, que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, exige que a contribuição de cada um deles para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais corresponda, proporcionalmente, à parte das obras que executará efetivamente se o contrato em questão lhe for adjudicado.**

Assinaturas