



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

14 de setembro de 2017*

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 47.º, n.º 2, e artigo 48.º, n.º 3 — Proponente que recorre a competências de outras entidades para cumprir as exigências da autoridade adjudicante — Perda por essas entidades das competências exigidas — Legislação nacional que prevê a exclusão do concorrente do concurso e a adjudicação do contrato a outro proponente»

No processo C-223/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), por decisão de 3 de novembro de 2015, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 20 de abril de 2016, no processo

Casertana Costruzioni Srl

contra

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti — Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,

Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo — A.R.Ca.Di.S.,

sendo intervenientes:

Consorzio Stabile Infratech,

W.E.E. Water Environment Energy SpA,

Massimo Fontana,

Studio Tecnico Associato Thinkd,

Claudio Della Rocca,

Nicola Maione,

Vittorio Ciotola,

Fin.Se.Co SpA,

Edilgen SpA,

Site Srl,

* Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, presidente de secção, E. Regan, A. Arabadjiev, C. G. Fernlund e S. Rodin (relator), juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: I. Illéssy, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 15 de março de 2017,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Casertana Costruzioni Srl, por E. Sticchi Damiani e G. Ceceri, avvocati,
- em representação do Consorzio Stabile Infratech, por L. Lentini e F. Migliarotti, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por M. Russo, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 11 de maio de 2017,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 47.º e 48.º 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 do artigo 63.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Casertana Costruzioni Srl (a seguir «Casertana») ao Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti — Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (Ministro das Infraestruturas e dos Transportes — Inspeção inter-regional dos contratos de empreitada de obras públicas de Campania e de Molise, Itália) e à Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo — A.R.Ca.Di.S. (Agência Regional de Campania para a Proteção dos Solos, Itália) a respeito do processo de adjudicação da elaboração do projeto de obras, da coordenação da segurança na fase de projeto e da execução de obras no âmbito do projeto «La Bandiera Blu» no Litorale Domizio.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2004/18

- 3 O artigo 47.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 dispunha:

«Qualquer operador económico pode, caso necessário e no que se refere a um contrato específico, recorrer a competências de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenham entre si. 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.»

- 4 O artigo 48.º, n.º 3, da referida diretiva tinha a seguinte redação:

«Qualquer operador económico pode, caso necessário e no que se refere a um contrato específico, recorrer a competências de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenham entre si. 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.»

- 5 A Diretiva 2004/18 foi revogada pela Diretiva 2014/24.

A Diretiva 2014/24

- 6 O artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 enuncia:

«No que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira referidos no artigo 58.º, n.º 3, e aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional referidos no artigo 58.º, n.º 4, um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. [...] Quando pretenda recorrer às capacidades de outras entidades, o operador económico deve provar à entidade adjudicante que irá dispor dos recursos necessários, por exemplo através da apresentação de uma declaração de compromisso dessas entidades para o efeito.

A autoridade adjudicante deve, em conformidade com os artigos 59.º, 60.º e 61.º, verificar se as entidades a que o operador económico pretende recorrer cumprem os critérios de seleção relevantes e se existem motivos de exclusão nos termos do artigo 57.º A autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua uma entidade que não cumpra um critério de seleção relevante ou em relação à qual existam motivos de exclusão obrigatórios. A autoridade adjudicante pode exigir ou o Estado-Membro pode determinar que esta exija que o operador económico substitua uma entidade em relação à qual existam motivos de exclusão não obrigatórios.

Quando um operador económico recorre às capacidades de outras entidades no que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira, a autoridade adjudicante pode exigir que o operador económico e essas entidades sejam solidariamente responsáveis pela execução do contrato.

[...]»

Direito italiano

- 7 O artigo 40.º, n.ºs 1 e 2, do decreto legislativo n. 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, de 12 de abril de 2006, que aprova o Código dos contratos públicos de obras, serviços e fornecimentos que transpõe as Diretivas 2004/17/CE e 2004/16/CE) (suplemento ordinário ao GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006), dispõe:

«1. As entidades que executem obras públicas, seja a que título for, devem estar devidamente autorizadas e pautar o exercício da sua atividade pelos princípios da qualidade, do profissionalismo e da lealdade. Com o mesmo objetivo, os produtos, procedimentos, serviços e sistemas de qualidade utilizados por essas entidades estão sujeitos a certificação em conformidade com a legislação em vigor.

2. A disposição prevista no artigo 5.º disciplina o sistema de certificação único para todas as pessoas que executam, seja a que título for, obras públicas de montante superior a 150 000 euros, em função do tipo e do montante de tais obras. O disposto no artigo 5.º permite também rever periodicamente as categorias de qualificação e prever eventuais novas categorias.»

- 8 O artigo 49.º do referido decreto prevê:

«Quer se apresente sozinho ou faça parte de um consórcio ou de um agrupamento na aceção do artigo 34.º, o proponente de um concurso público específico de obras, fornecimentos ou serviços, pode satisfazer a exigência relativa aos critérios de natureza económica, financeira, técnica, organizacional, ou seja, obter a certificação SOA, recorrendo às capacidades de outra entidade ou ao certificado SOA de outra entidade.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 9 Decorre da decisão de reenvio que, durante o mês de junho de 2013, a Inspeção inter-regional dos contratos de empreitada de obras públicas de Campania e de Molise, por delegação da Sociedade regional de Campania para a proteção dos solos, lançou um concurso aberto de interesse europeu destinado à adjudicação da conceção executiva, da coordenação da segurança em fase de conceção e da realização de obras relativas ao projeto «La Bandiera Blu» no Litorale da Domizio.
- 10 O caderno de encargos precisava que, para efeitos de participação no concurso, era necessário obter uma certificação da Società Organismo di Attestazione (SOA) relativa às qualificações exigidas para prestações de serviços de elaboração de projetos e de execução de obras de determinadas categorias.
- 11 A Casertana participou no concurso no âmbito de um agrupamento temporário de empresas na qualidade de líder e declarou recorrer, no respeitante às qualificações exigidas pelo Decreto Legislativo n.º 163, a duas empresas auxiliares, sendo uma delas o Consorzio Stabile GAP.
- 12 Durante o procedimento e após o final da fase de admissão ao concurso, a referida empresa auxiliar perdeu a qualificação para a categoria de prestações exigida, tornando-se desta forma apenas qualificada para uma categoria de prestações inferior.
- 13 Por decisão de 8 de outubro de 2014, o contrato foi adjudicado ao agrupamento temporário de empresas dirigido pelo Consorzio Stabile Infratech, tendo o agrupamento que tinha como líder a Casertana ficado classificado em segundo lugar.
- 14 Esta última sociedade interpôs recurso no Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Administrativo Regional da Campania, Itália), contestando sob diversos aspetos a decisão de adjudicação definitiva do contrato em causa.

- 15 Em seguida, o agrupamento temporário de empresas adjudicatário interpôs um recurso subordinado para efeitos de exclusão da recorrente no processo principal, sustentando que esta última deveria ser excluída do concurso pelo facto de a sua empresa auxiliar, durante o procedimento do concurso, ter perdido a classificação exigida para a participação no concurso. Em sua defesa, a recorrente no processo principal salientou que essa perda de classificação era imputável à empresa auxiliar e não podia dar origem à exclusão automática do seu agrupamento.
- 16 Por sentença de 27 de março de 2015, o Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Administrativo Regional da Campania) julgou procedente o recurso subordinado interposto pelo agrupamento temporário de empresas adjudicatário, julgando procedente o primeiro fundamento, ao considerar que a perda da qualificação da empresa auxiliar para a classificação exigida durante o procedimento do concurso tinha por efeito a exclusão do agrupamento da recorrente no processo principal desse procedimento. Por outro lado, este órgão jurisdicional considerou que os argumentos da recorrente no processo principal relativos à superveniência de um caso de força maior eram desprovidos de pertinência.
- 17 Em 8 de julho de 2015, a Casertana interpôs recurso contra a sentença do Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Administrativo Regional da Campania). No essencial, a recorrente no processo principal considera que o agrupamento concorrente, ao ter confiado que a empresa auxiliar possuía as qualificações exigidas, não podia ser responsabilizada pela perda dessa qualificação na medida em que essa circunstância não lhe é imputável. Segundo a recorrente, é impossível identificar uma «culpa» que lhe seja imputável e esse órgão jurisdicional deveria, por conseguinte, reconhecer a faculdade de o concorrente substituir a empresa auxiliar conforme decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, e do artigo 63.º da Diretiva 2014/24, que prevê expressamente essa faculdade.
- 18 Nestas circunstâncias, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Opõem-se o artigo 47.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18[...], conforme substituídos pelo artigo 63.º da Diretiva 2014/24[...], a uma regulamentação nacional que exclui, ou pode ser interpretada no sentido de que exclui a possibilidade de o operador económico, ou seja, a pessoa que participa no concurso, indicar outra empresa em substituição da inicialmente indicada como “empresa auxiliar” e que deixou de cumprir os requisitos de participação ou sofreu uma redução dos mesmos, o que implica a exclusão do operador económico do concurso por um facto que não lhe é imputável, seja objetiva ou subjetivamente?»

Quanto à questão prejudicial

- 19 Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 47.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18, lidos à luz do artigo 63.º da Diretiva 2014/24, devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação nacional que exclui a possibilidade de o operador económico que participa num concurso substituir uma empresa auxiliar que perdeu as qualificações exigidas depois da apresentação da sua proposta e que tem por consequência a exclusão automática desse operador.

Quanto à aplicabilidade do artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24

- 20 O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado tendo em consideração o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24.

- 21 A fim de responder a esta questão, importa recordar, a título liminar, que a diretiva aplicável, em conformidade com jurisprudência constante, é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirime definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público. Em contrapartida, são inaplicáveis as disposições de uma diretiva cujo prazo de transposição expirou após esse momento (acórdãos de 10 de julho de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 31 e jurisprudência referida, e de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 83).
- 22 No processo principal, o anúncio do concurso foi enviado em 7 de junho de 2013 para o *Jornal Oficial da União Europeia* e publicado em 10 de junho de 2013 na *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Jornal Oficial da República Italiana), ao passo que a Diretiva 2014/24 foi adotada em 26 de fevereiro de 2014 e, de qualquer forma, o seu prazo de transposição expirou, em conformidade com o seu artigo 90.º, em 18 de abril de 2016.
- 23 Nestas circunstâncias, no momento da publicação do concurso em causa no processo principal no mês de junho de 2013, a Diretiva 2014/24 não era aplicável *ratione temporis*.
- 24 Quanto à questão de saber se o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado tendo em consideração o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, que constitui a disposição correspondente, em concreto, do referido artigo 48.º, n.º 3, há que observar que esta última disposição está formulada em termos gerais e não refere expressamente as modalidades segundo as quais um operador económico pode recorrer às competências de outras entidades num processo de adjudicação de um contrato público (acórdão de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.ºs 87 e 88).
- 25 Em contrapartida, o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 prevê atualmente que os operadores económicos só podem recorrer às competências de outras entidades «quando estas últimas assegurem a execução da empreitada de obras ou o fornecimento dos serviços para os quais são exigidas essas capacidades». (acórdão de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 89) e que «[a] autoridade adjudicante pode exigir ou o Estado-Membro pode determinar que esta exija que operador económico substitua uma entidade em relação à qual existam motivos de exclusão obrigatórios».
- 26 Ora, sendo embora verdade que, como enuncia o seu considerando 2, a Diretiva 2014/24 visa esclarecer determinados conceitos e noções fundamentais a fim de garantir a segurança jurídica e de ter em conta alguns aspetos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça nesta matéria, não é menos certo que o artigo 63.º desta diretiva introduz modificações substanciais no respeitante ao direito de os operadores económicos recorrerem às capacidades de outras entidades no quadro de um concurso público (acórdão de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 90).
- 27 Com efeito, longe de se inscrever na continuidade do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 e de esclarecer o seu alcance, o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 introduz condições novas que não estavam previstas no regime jurídico anterior (acórdão de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 91).
- 28 Nestas condições, a referida disposição da Diretiva 2014/24 não pode ser utilizada como critério de interpretação do artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18, uma vez que não está em causa, no caso em apreço, resolver uma dúvida interpretativa relativa ao conteúdo desta última disposição (acórdão de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 92).

Quanto aos artigos 47.º, n.º 2, e 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18

- 29 Em conformidade com a jurisprudência constante, o artigo 47.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 reconhecem o direito de qualquer operador económico recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas, desde que prove à entidade adjudicante que disporá dos meios necessários para a execução desse contrato (acórdão de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 29).
- 30 Estas disposições não contêm nenhuma proibição de princípio quanto ao recurso, por parte de um proponente, às capacidades de uma ou de várias entidades terceiras para além das suas próprias capacidades, por forma a preencher os critérios fixados por uma entidade adjudicante. Além disso, o Tribunal de Justiça alude expressamente à faculdade de um operador económico utilizar, com vista à execução de um contrato, meios pertencentes a uma ou a várias outras entidades, eventualmente para além dos seus próprios meios (acórdão de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.ºs 30 e 32).
- 31 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. Além disso, é igualmente suscetível de facilitar o acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos, objetivo igualmente prosseguido pela Diretiva 2004/18, como revela o seu considerando 32 (acórdão de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 34).
- 32 No caso em apreço, a Casertana contesta a apreciação do Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Tribunal Administrativo Regional da Campania) segundo a qual foi excluída automaticamente do processo de adjudicação do concurso em causa no processo principal pelo facto de o Consorzio Stabile GAP ter perdido a qualificação para ser classificada na categoria de prestações em causa.
- 33 A este respeito, importa recordar que, em conformidade com o considerando 46 e com o artigo 2.º da Diretiva 2004/18, as entidades adjudicantes são obrigadas a tratar os operadores económicos em pé de igualdade, de forma não discriminatória e transparente (acórdãos de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 60, e de 4 de maio de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, n.º 35).
- 34 Deste modo, por um lado, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação impõem que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implicam assim que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os proponentes. Por outro lado, o dever de transparência tem por finalidade garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Esta obrigação implica que todas 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, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa (acórdãos de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 61 e jurisprudência referida, e de 4 de maio de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, n.º 36).
- 35 Além disso, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, bem como o dever de transparência, se opõem a qualquer negociação entre a entidade adjudicante e um proponente no âmbito de um processo de adjudicação de contratos públicos, o que implica que, em princípio, uma proposta não pode ser alterada após sua

apresentação, quer seja por iniciativa da entidade adjudicante quer do proponente. Daqui resulta que a entidade adjudicante não pode pedir esclarecimentos a um proponente cuja proposta considera imprecisa ou não conforme com as especificações técnicas do caderno de encargos (acórdãos de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 62 e jurisprudência referida, e de 4 de maio de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, n.º 37).

- 36 Porém, o Tribunal de Justiça especificou que o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 não se opõe a que os dados relativos à proposta possam ser corrigidos ou completados pontualmente, nomeadamente porque necessitam de forma evidente de uma simples clarificação ou para pôr termo a erros materiais manifestos (acórdãos de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 63 e jurisprudência referida, e de 4 de maio de 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:3387, n.º 38).
- 37 Relativamente às entidades adjudicatárias, o Tribunal de Justiça já considerou que a decisão que autorizou a alteração da composição do agrupamento adjudicatário implica uma alteração da decisão de adjudicação que pode ser considerada substancial se, tendo em conta as particularidades do processo de adjudicação em causa, tiver por objeto um elemento determinante para a adoção da decisão de adjudicação. Neste caso, devem ser aplicadas as medidas de direito nacional necessárias para corrigir essa situação irregular, incluindo a organização de um novo processo de adjudicação (acórdão de 8 de maio de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox e o.*, C-161/13, EU:C:2014:307, n.º 39 e jurisprudência referida).
- 38 Além disso, no âmbito dos contratos de concessão, o Tribunal de Justiça declarou que a substituição de um subcontratante, mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excecionais, constituir uma alteração substancial de um dos elementos essenciais do contrato de concessão quando o recurso a determinado subcontratante e não a outro tenha sido, atendendo às características próprias da prestação em causa, um elemento determinante da celebração do contrato (acórdão de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 39).
- 39 No processo principal, como o advogado-geral salientou no n.º 47 das suas conclusões, a possibilidade que é concedida, de maneira imprevisível, exclusivamente a um agrupamento de empresas de substituir uma empresa terceira que faz parte do agrupamento, que perdeu uma qualificação exigida sob pena de exclusão, constitui uma modificação substancial da proposta e da própria identidade do agrupamento. Com efeito, essa modificação da proposta obrigaria a entidade adjudicante a proceder a novos controlos e concederia uma vantagem concorrencial a esse agrupamento que poderia tratar de otimizar a sua proposta para enfrentar melhor as propostas dos seus concorrentes no processo de adjudicação do concurso em causa.
- 40 Tal situação seria contrária ao princípio da igualdade de tratamento, que impõe que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação das suas propostas e implica que estas propostas sejam sujeitas aos mesmos requisitos para todos os proponentes e constituiria uma distorção da concorrência sã e efetiva entre as empresas que participam num processo de adjudicação de um contrato.
- 41 Por último, em relação ao argumento de força maior invocado pela Casertana, há que declarar que, embora a Diretiva 2004/18, como foi referido nos n.ºs 31 e 32 do presente acórdão, permita a um proponente recorrer às capacidades de uma ou de várias empresas terceiras para além das suas próprias capacidades, por forma a preencher os critérios fixados por uma entidade adjudicante, esse proponente enquanto líder de um agrupamento de empresas é responsável pelo cumprimento por essas empresas das obrigações e dos requisitos de participação no concurso fixados pela entidade adjudicante nos documentos relativos ao processo de adjudicação do concurso em causa.

- 42 Tendo em conta todo o exposto, há que responder à questão submetida que o artigo 47.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à legislação nacional que exclui a possibilidade de um operador económico que participa num concurso substituir uma empresa auxiliar que perdeu as qualificações exigidas depois da apresentação da proposta e que tem por consequência a exclusão automática desse operador.

Quanto às despesas

- 43 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 (Primeira Secção) declara:

O artigo 47.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à legislação nacional que exclui a possibilidade de um operador económico que participa num concurso substituir uma empresa auxiliar que perdeu as qualificações exigidas depois da apresentação da proposta e que tem por consequência a exclusão automática desse operador.

Assinaturas