



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

27 de novembro de 2019*

«Reenvio prejudicial — Artigos 49.º e 56.º TFUE — Adjudicação de contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 25.º — Subcontratação — Regulamentação nacional que limita a possibilidade de subcontratação a 30 % do montante total do contrato público e que proíbe que os preços aplicáveis às prestações subcontratadas sejam reduzidos em mais de 20 % em relação aos preços que resultam da adjudicação»

No processo C-402/18,

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 10 de maio de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 15 de junho de 2018, no processo

Tedeschi Srl, em nome próprio e na qualidade de mandatária de um agrupamento temporário de empresas,

Consorzio Stabile Istant Service, em nome próprio e na qualidade de mandante de um agrupamento temporário de empresas,

contra

C. M. Service Srl,

Università degli Studi di Roma La Sapienza,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

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

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: R. Schiano, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 15 de maio de 2019,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Tedeschi Srl, que atua em nome próprio e na qualidade de mandatária de um agrupamento temporário de empresas, e do Consorzio Stabile Istant Service, que atua em nome próprio e na qualidade de mandante de um agrupamento temporário de empresas, por A. Clarizia, P. Ziotti, E. Perrettini, L. Albanese e G. Zurlo, avvocati,

* Língua do processo: italiano.

- em representação da C. M. Service Srl, por F. Cardarelli, avvocato,
- em representação da Università degli Studi di Roma La Sapienza, por G. Bernardi, avvocato,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por C. Colelli e por V. Nunziata, avvocati dello Stato,
- em representação do Governo austríaco, por G. Hesse, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por G. Gattinara, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo norueguês, por K. H. Aarvik, C. Anker e H. Røstum, 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 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º e 56.º TFUE, do artigo 25.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; retificação no JO 2004, L 351, p. 44), do artigo 71.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18 (JO 2014, L 94, p. 65), e do princípio da proporcionalidade.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Tedeschi Srl, em nome próprio e na qualidade de mandatária de um agrupamento temporário de empresas, e o Consorzio Stabile Instant Service, em nome próprio e na qualidade de mandante de um agrupamento temporário de empresas (a seguir, em conjunto, «ATE Tedeschi»), à C.M. Service Srl e à Università degli Studi di Roma La Sapienza (Universidade de Roma La Sapienza, Itália) a propósito da adjudicação de um contrato público de serviços de limpeza.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2004/18

- 3 Os considerandos 2, 6, 32 e 43 da Diretiva 2004/18 preveem:
«(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 instituem 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.

[...]

(6) Nenhuma disposição da presente diretiva deverá impedir a imposição ou a aplicação das medidas necessárias à proteção da ordem, da moralidade e da segurança públicas [...], desde que tais medidas estejam em conformidade com o Tratado.

[...]

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

[...]

(43) É necessário evitar a adjudicação de contratos públicos a operadores económicos que tenham participado numa organização criminosa ou que tenham sido condenados por corrupção ou fraude lesivas dos interesses financeiros das Comunidades Europeias ou por branqueamento de capitais. [...]»

4 O artigo 7.º desta diretiva, sob a epígrafe «Montantes dos limiares para contratos públicos», prevê:

«A presente diretiva é aplicável aos contratos públicos não excluídos por força da exceção prevista nos artigos 10.º e 11.º e dos artigos 12.º a 18.º e cujo valor estimado, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[...]

b) [207 000] euros [...]»

5 O artigo 25.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Subcontratação», dispõe:

«No caderno de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar, ao proponente que indique na proposta qual a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontra[dos] propostos.

[...]»

6 O artigo 26.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Condições de execução do contrato», tem a seguinte redação:

«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 de concurso ou no caderno de encargos. [As condições] de execução de um contrato podem, designadamente, visar considerações de índole social e ambiental.»

7 Nos termos do artigo 45.º da Diretiva 2004/18, sob a epígrafe «Situação pessoal do candidato ou do proponente»:

«1. Fica excluído de participar num procedimento de contratação pública o candidato ou proponente que tenha sido condenado por decisão final transitada em julgado de que a entidade adjudicante tenha conhecimento, com fundamento num ou mais dos motivos a seguir enunciados:

- a) Participação em atividades de uma organização criminosa, tal como definida no n.º 1 do artigo 2.º da [Ação Comum 98/773/JAI, de 21 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia (JO 1998, L 351, p. 1)];
- b) Corrupção, na aceção do artigo 3.º do [Ato do Conselho, de 26 de maio de 1997, que estabelece, com base no n.º 2, alínea c), do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia (JO 1997, C 195, p. 1),] e do n.º 1 do artigo 3.º da [Ação Comum 98/742/JAI, de 22 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no setor privado (JO 1998, L 358, p. 2)];
- c) Fraude, na aceção do artigo 1.º da [Convenção estabelecida com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades, anexa ao Ato do Conselho, de 26 de julho de 1995 (JO 1995, C 316, p. 48)];

[...]»

8 O artigo 47.º desta diretiva, sob a epígrafe «Capacidade económica e financeira», dispõe, 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.»

9 O artigo 48.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Capacidade técnica e/ou profissional», prevê, nos seus n.ºs 3 e 4:

«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.»

10 O artigo 55.º desta mesma diretiva, sob a epígrafe «Propostas anormalmente baixas», dispõe, no seu n.º 1:

«Se, para um determinado contrato, houver propostas que se revelem anormalmente baixas em relação à prestação em causa, antes de as poder rejeitar, a entidade adjudicante solicitará por escrito os esclarecimentos que considere oportunos sobre os elementos constitutivos da proposta.

[...]»

Diretiva 2014/24

- 11 O artigo 90.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 prevê:

«Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016. [...]»

Direito italiano

- 12 O artigo 118.º 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, que aprova o Código dos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, dos Contratos Públicos de Fornecimento e de Serviços, que transpõe as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinário do GURI, n.º 100, de 2 de maio de 2006, a seguir «Decreto Legislativo n.º 163/2006»), prevê:

«[...]

2. A entidade adjudicante deve indicar no projeto e no anúncio de concurso cada uma das prestações e, para as empreitadas de obras, a categoria principal com o respetivo montante e as outras categorias, relativas a todas as outras operações previstas no projeto, igualmente acompanhadas do seu montante. Todas as prestações e operações, independentemente da categoria a que pertençam, podem ser subcontratadas e encomendadas separadamente. Quanto às empreitadas de obras, no que respeita à categoria principal, o regulamento define a percentagem suscetível de ser objeto de subcontratação, que pode eventualmente variar em função das categorias, mas sem exceder em qualquer caso [30 %]. Para os serviços e os fornecimentos, essa percentagem refere-se ao valor total do contrato. [...]

[...]

4. O adjudicatário deve praticar, relativamente às prestações adjudicadas em subcontratação, os mesmos preços unitários que resultam da adjudicação, sem poder aplicar reduções superiores a [20 %]
[...]

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 13 Por anúncio de concurso público publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em dezembro de 2015, a Universidade de Roma La Sapienza lançou um procedimento de concurso aberto para a adjudicação de um contrato público de serviços de limpeza. Esse contrato público, com uma duração de cinco anos, devia ser adjudicado segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa. O valor de base do referido contrato público era estimado em 46 300 968,40 euros, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA).
- 14 A C.M. Service, que ficou classificada em segundo lugar no termo do procedimento de concurso, interpôs recurso para o Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), pedindo a anulação da Decisão da Universidade de Roma La Sapienza, de 12 de abril de 2017, de adjudicar o contrato público em causa no processo principal ao ATE Tedeschi por um montante total de 31 744 359,67 euros, sem IVA e despesas de segurança. A C.M. Service invocou um fundamento de recurso, relativo à violação das limitações gerais previstas no direito italiano, segundo as quais a parte do contrato que o adjudicatário tencionava subcontratar representava mais de 30 % do montante total desse contrato público. Sustentou, igualmente, que a

proposta apresentada pelo adjudicatário não tinha sido objeto *in concreto* de um exame fiável pela entidade adjudicante, uma vez que esta tinha aceitado, em violação das disposições aplicáveis do direito italiano, que a remuneração das empresas subcontratadas fosse inferior em mais de 20 % em relação aos preços unitários que resultavam da adjudicação.

- 15 O Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) deu provimento a esse recurso. Em primeiro lugar, deu por provada a falta de um exame fiável das características do significativo recurso, no âmbito de uma subcontratação, a cooperativas sociais, o que constituía um elemento incontornável da proposta selecionada que tinha permitido justificar a grande redução proposta. Em segundo lugar, considerou que as remunerações correspondentes às tarefas confiadas em subcontratação eram inferiores em mais de 20 % às praticadas pelo ATE Tedeschi relativamente às pessoas que emprega diretamente.
- 16 O ATE Tedeschi interpôs recurso da sentença do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) para o órgão jurisdicional de reenvio. A C. M. Service também interpôs recurso subordinado, no âmbito do qual suscitou novamente as alegações que não tinham sido julgadas procedentes em primeira instância, bem como a de violação das disposições de direito italiano relativas à proibição de subcontratar prestações que correspondessem a mais de 30 % do montante total do contrato público em causa.
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade da regulamentação italiana relativa aos contratos públicos com o direito da União.
- 18 Em especial, salienta que as limitações previstas pelo direito interno em matéria de subcontratação podem tornar o acesso aos contratos públicos mais difícil para as empresas, em particular para as pequenas e médias empresas, obstando, assim, ao exercício da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Refere que essas limitações podem igualmente privar os adquirentes públicos da possibilidade de receberem propostas mais numerosas e mais diversificadas. Com efeito, o facto de só se permitir recorrer à subcontratação para uma parte do contrato, fixada de forma abstrata numa percentagem determinada do seu montante, independentemente da possibilidade de verificar a capacidade dos eventuais subcontratados e sem menção do carácter essencial das missões em causa, não está prevista na Diretiva 2004/18 e vai contra os objetivos de abertura à concorrência e de facilitar o acesso das pequenas e médias empresas aos contratos públicos.
- 19 Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio salienta igualmente que, no âmbito dos pareceres consultivos que proferiu sobre a legislação nacional em matéria de subcontratação, já considerou que o objetivo de garantir a integridade dos contratos públicos e impedir a infiltração de organizações criminosas nos mesmos podia justificar a instituição de uma restrição da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Além disso, refere outros fundamentos que, em seu entender, justificam os limiares em causa no processo principal. Assim, alega, por um lado, que, se o limite de 20 % previsto no artigo 118.º, n.º 4, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 viesse a ser suprimido, poderiam ser praticadas formas dissimuladas de *dumping* salarial, suscetíveis de ter um efeito anticoncorrencial. Por outro lado, refere que, se o limite de 30 % previsto no artigo 118.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 163/2006 viesse igualmente a ser suprimido, a realização de certas adjudicações poderia ser posta em risco devido à dificuldade que poderia surgir para avaliar a viabilidade — e, portanto, a inexistência de anomalias — das propostas, como no processo principal.
- 20 Nestas condições, 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:

«Os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, previstos nos artigos 49.º e 56.º [TFUE], o artigo 25.º da Diretiva [2004/18] e o artigo 71.º da Diretiva [2014/24] que não preveem limitações no que respeita à quota de subcontratação e à redução a aplicar aos subcontratados, bem como o princípio de direito da União da proporcionalidade, opõem-se à

aplicação de uma legislação nacional em matéria de contratos públicos, como a disposição italiana contida no artigo 118.º, n.ºs 2 e 4, do Decreto Legislativo n.º [163/2006], nos termos da qual a subcontratação não pode exceder 30 % do montante total do contrato e o adjudicatário deve praticar, relativamente às prestações adjudicadas em subcontratação, os mesmos preços unitários que resultam da adjudicação, com uma redução não superior a 20 %?»

- 21 O pedido do órgão jurisdicional de reenvio de que o seu pedido de decisão prejudicial fosse sujeito a tramitação acelerada, em conformidade com o artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, foi indeferido por Despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 2018, Tedeschi e Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, não publicado, EU:C:2018:762).

Quanto à questão prejudicial

Quanto à admissibilidade

- 22 O Governo italiano expressa dúvidas quanto à questão de saber se o órgão jurisdicional de reenvio descreveu suficientemente o contexto jurídico em que se inscreve a questão submetida.
- 23 Além disso, a C.M. Service sustenta que a questão submetida é inadmissível, por ser irrelevante para efeitos da decisão da causa principal. Em especial, independentemente da resposta que o Tribunal de Justiça dê a esta questão, entende que o órgão jurisdicional de reenvio deve, em todo o caso, declarar uma violação pelo proponente da proposta que foi selecionada no âmbito do procedimento em causa nesse litígio uma vez que, quando a apresentou, o referido proponente se tinha obrigado a respeitar os limites de 30 % e de 20 % a que o órgão jurisdicional de reenvio faz referência na sua questão.
- 24 Em primeiro lugar, importa salientar que, segundo jurisprudência constante, as questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que define sob a sua responsabilidade, e cuja exatidão não cabe ao Tribunal de Justiça verificar, gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre um pedido de decisão prejudicial apresentado por um órgão jurisdicional nacional se for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas, o que implica que o juiz nacional defina o quadro factual e regulamentar em que se inserem as questões que submete ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que essas questões assentam (Acórdão de 28 de março de 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, n.º 28 e jurisprudência aí referida).
- 25 No caso em apreço, os elementos de facto e de direito mencionados na decisão de reenvio permitem compreender os fundamentos pelos quais o órgão jurisdicional de reenvio apresentou o presente pedido de decisão prejudicial.
- 26 Em segundo lugar, quanto ao carácter alegadamente irrelevante da questão colocada, há que recordar que o litígio no processo principal tem por objeto a legalidade da proposta selecionada pela entidade adjudicante no âmbito do procedimento de adjudicação do contrato público em causa no processo principal. Ora, como resulta da decisão de reenvio, pelo preço proposto nessa proposta — que permitiu que esta fosse aceite — os limites de 30 % e de 20 % previstos pela regulamentação nacional em causa no processo principal, cuja compatibilidade à luz do direito da União é objeto da questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, foram ultrapassados. Daqui decorre que, como aliás indica o órgão jurisdicional de reenvio, a decisão da causa que lhe foi submetida depende necessariamente da resposta que o Tribunal de Justiça der a esta questão.

27 Consequentemente, a questão prejudicial é admissível.

Quanto à primeira parte da questão

- 28 Com a primeira parte da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 49.º e 56.º TFUE, a Diretiva 2004/18 e a Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a 30 % a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros (a seguir «limitação dos 30 %»).
- 29 A título liminar, há que recordar que 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 dirime definitivamente a questão de saber se há ou não a 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 (Acórdão de 10 de julho de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 31 e jurisprudência aí referida).
- 30 A este respeito, há que salientar que a Diretiva 2004/18 foi revogada pela Diretiva 2014/24, com efeitos a partir de 18 de abril de 2016. O artigo 90.º da Diretiva 2014/24 dispõe que os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento a esta última diretiva até 18 de abril de 2016, salvo determinadas exceções.
- 31 Por conseguinte, à data do anúncio do concurso em causa no processo principal, isto é, em 24 de dezembro de 2015, a Diretiva 2004/18 ainda era aplicável, de modo que há que interpretar a primeira parte da questão submetida no sentido de que se refere, nomeadamente, à interpretação desta e não à da Diretiva 2014/24.
- 32 Há que salientar, além disso, que, uma vez que o valor sem IVA do contrato em causa no processo principal é superior ao limiar previsto no artigo 7.º, alínea b), da Diretiva 2004/18, é à luz desta última que há que responder à primeira parte da questão submetida.
- 33 Esta diretiva tem por objetivo, como resulta, em substância, do seu considerando 2, garantir o respeito, na adjudicação dos contratos públicos, nomeadamente, da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como dos princípios daí decorrentes, em especial da igualdade de tratamento, da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência, e garantir que a adjudicação dos contratos públicos esteja aberta à concorrência.
- 34 Em particular, para esse efeito, a referida diretiva contempla expressamente, no seu artigo 47.º, n.ºs 2 e 3, e no seu artigo 48.º, n.ºs 3 e 4, a possibilidade de os proponentes recorrerem, sob determinadas condições, às capacidades de outras entidades para preencherem determinados critérios de seleção dos operadores económicos.
- 35 Além disso, nos termos do artigo 25.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18, a entidade adjudicante pode solicitar, ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar, ao proponente que indique, na sua proposta, qual a parte do contrato que tenciona subcontratar com terceiros, bem como quais os subcontratados propostos.
- 36 Daqui decorre que a Diretiva 2004/18 consagra a possibilidade de os proponentes recorrerem à subcontratação com vista à execução de um contrato (v., neste sentido, Acórdão de 14 de julho de 2016, *Wrocław — Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, n.ºs 31 a 33).

- 37 Não obstante, quando os documentos do contrato impõem aos proponentes que indiquem, nas suas propostas, qual a parte do contrato que tencionam eventualmente subcontratar, bem como quais os subcontratados propostos, nos termos do artigo 25.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18, a entidade adjudicante pode proibir o recurso a subcontratados cujas capacidades não tenha podido verificar na fase de análise das propostas e de seleção do adjudicatário, para a execução de partes essenciais do contrato (Acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 34 e jurisprudência aí referida).
- 38 No entanto, não é este o alcance de uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que impõe uma limitação do recurso à subcontratação de uma parte do montante do contrato, fixada de forma abstrata numa percentagem deste independentemente da possibilidade de verificar as capacidades dos eventuais subcontratados e a natureza essencial das tarefas em causa. Por tudo o que foi dito, uma regulamentação que prevê uma limitação, como a limitação dos 30 %, revela-se incompatível com a Diretiva 2004/18 (v., por analogia, Acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 35).
- 39 Esta interpretação está em conformidade com o objetivo de abertura dos contratos 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 contratos públicos, objetivo igualmente prosseguido pela Diretiva 2004/18, como menciona o seu considerando 32 (v., neste sentido, Acórdão de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 34).
- 40 A interpretação exposta no n.º 38 do presente acórdão não é posta em causa pela argumentação apresentada pelo Governo italiano, segundo a qual a limitação dos 30 % se justifica tendo em conta as circunstâncias particulares existentes em Itália, onde a subcontratação sempre constituiu um dos instrumentos para a concretização de intenções criminosas. Ao limitar a parte do contrato suscetível de ser subcontratada, a regulamentação nacional torna a participação nos contratos públicos menos atrativa para as organizações criminosas, o que permite evitar o fenómeno de infiltração mafiosa nos contratos públicos e proteger, assim, a ordem pública.
- 41 É verdade, como decorre, nomeadamente, dos critérios de seleção qualitativos previstos na Diretiva 2004/18, em especial das causas de exclusão enunciadas no seu artigo 45.º, n.º 1, que, com a adoção de tal disposição, o legislador da União pretendeu evitar que os operadores económicos que tenham sido condenados por decisão final transitada em julgado, por uma ou várias das razões enumeradas nessa disposição, participem num procedimento de adjudicação de contrato.
- 42 De igual modo, o considerando 6 da Diretiva 2004/18 prevê que nenhuma disposição desta diretiva deverá impedir a imposição ou a aplicação das medidas necessárias, nomeadamente, à proteção da ordem, da moralidade e da segurança públicas, desde que tais medidas estejam em conformidade com o Tratado CE, ao passo que o considerando 43 dessa diretiva precisa que os contratos públicos não devem ser adjudicados, nomeadamente, a operadores económicos que tenham participado numa organização criminosa.
- 43 Além disso, segundo jurisprudência constante, há que reconhecer aos Estados-Membros uma determinada margem de apreciação para efeitos da adoção de medidas destinadas a garantir o respeito da obrigação de transparência, a qual se impõe às entidades adjudicantes em qualquer procedimento de adjudicação de um contrato público. Com efeito, cada Estado-Membro pode identificar melhor, à luz de considerações históricas, jurídicas, económicas ou sociais suas, as situações propícias a dar origem a comportamentos suscetíveis de causar desvios ao respeito desta obrigação (v., neste sentido, Acórdão de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, n.º 26 e jurisprudência aí referida).

- 44 Mais concretamente, o Tribunal de Justiça já declarou que a luta contra o fenómeno de infiltração da criminalidade organizada no setor dos contratos públicos constitui um objetivo legítimo suscetível de justificar uma limitação das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE que se aplicam no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos (v., neste sentido, Acórdão de 22 de outubro de 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, n.ºs 27 e 28).
- 45 Todavia, mesmo admitindo que se possa considerar que uma restrição quantitativa do recurso à subcontratação é suscetível de lutar contra esse fenómeno, uma restrição como a que está em causa no processo principal vai além do necessário para alcançar esse objetivo.
- 46 A este respeito, cabe recordar que as autoridades adjudicantes devem, durante todo o procedimento, respeitar os princípios da adjudicação dos contratos enunciados no considerando 2 da Diretiva 2004/18, entre os quais figuram, nomeadamente, os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade (v., neste sentido, Acórdão de 23 de dezembro de 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, n.º 23).
- 47 Ora, em particular, como recordado no n.º 38 do presente acórdão, a regulamentação nacional em causa no processo principal proíbe, de forma geral e abstrata, o recurso à subcontratação de uma parte que exceda uma percentagem fixa do montante do contrato público em causa, de modo que essa proibição se aplica independentemente do setor económico afetado pelo contrato em causa, da natureza da obra ou da identidade dos subcontratados. Por outro lado, essa proibição geral não deixa lugar a uma apreciação caso a caso pela entidade adjudicante (v., por analogia, Acórdão de 26 de setembro de 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, n.º 40 e jurisprudência aí referida).
- 48 Daqui resulta que, no âmbito de uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, em todos os contratos, uma grande parte das obras, dos fornecimentos ou dos serviços em causa deve ser executada pelo próprio proponente, sob pena de ser automaticamente excluído do procedimento de adjudicação de contrato, mesmo no caso de a entidade adjudicante poder verificar as identidades dos subcontratados em causa e considerar, após verificação, que essa limitação do recurso à subcontratação não é necessária para lutar contra a criminalidade organizada no âmbito do contrato em questão (v., por analogia, Acórdão de 26 de setembro de 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, n.º 41 e jurisprudência aí referida).
- 49 Ora, medidas menos restritivas seriam suscetíveis de alcançar o objetivo prosseguido pelo legislador italiano, como uma abordagem no sentido de obrigar o proponente a fornecer as identidades dos eventuais subcontratados na fase da proposta, a fim de permitir que a entidade adjudicante proceda a verificações em relação aos subcontratados propostos, pelo menos no caso dos mercados em que se considere haver um risco acrescido de infiltração da criminalidade organizada. De resto, resulta dos elementos submetidos ao Tribunal de Justiça que o direito italiano já prevê muitas medidas que visam expressamente proibir o acesso aos concursos públicos às empresas suspeitas de pertencer à máfia ou, em todo o caso, de ter ligações com os interesses das principais organizações criminosas que operam no país.
- 50 A interpretação exposta no n.º 38 do presente acórdão também não é posta em causa pelo argumento invocado pelo Governo italiano de que os controlos de verificação que a entidade adjudicante deve efetuar ao abrigo do direito nacional são ineficazes. Com efeito, tal circunstância, que, como parece decorrer das próprias observações desse Governo, resulta das modalidades específicas desses controlos, nada retira ao caráter restritivo da medida nacional em causa no processo principal. De resto, o Governo italiano não demonstrou de forma alguma, no âmbito do presente processo, que as regras que implicariam as verificações previstas no número anterior, conjugadas com a aplicação das causas de exclusão dos subcontratados possibilitadas pelo artigo 45.º da Diretiva 2004/18, não podem ser aplicadas de uma forma que permita alcançar o objetivo prosseguido pela regulamentação nacional em causa no processo principal.

51 Tendo em conta estas considerações, há que responder à primeira parte da questão submetida que a Diretiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a 30 % a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros.

Quanto à segunda parte da questão

52 Com a segunda parte da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 49.º e 56.º TFUE, a Diretiva 2004/18 e a Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a possibilidade de reduzir os preços aplicáveis às prestações subcontratadas em mais de 20 % em relação aos preços que resultam da adjudicação.

53 Pelas razões expostas nos n.ºs 29 a 32 do presente acórdão, é igualmente à luz apenas da Diretiva 2004/18 que há que responder à segunda parte da questão submetida.

54 A este respeito, há que recordar, como resulta do n.º 36 do presente acórdão, que a Diretiva 2004/18 consagra a possibilidade de os proponentes recorrerem à subcontratação com vista à execução de um contrato público.

55 No caso em apreço, a regulamentação nacional em causa no processo principal impõe uma limitação, para todos os contratos, dos preços que podem ser pagos quando se recorre a subcontratados para efetuar as prestações que são objeto de um contrato público, não sendo admitida, relativamente a essas prestações, uma redução superior a 20 % em relação aos preços que resultam da adjudicação (a seguir «limitação dos 20 %»).

56 Na audiência, a Comissão Europeia explicou que a posição que defendera nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça, segundo a qual a limitação dos 20 % poderia ser considerada compatível com a livre prestação de serviços e com a liberdade de estabelecimento, se baseava na leitura das considerações efetuadas pelo órgão jurisdicional de reenvio segundo as quais essa limitação permite uma apreciação caso a caso da questão de saber se a sua aplicação é efetivamente necessária para evitar o *dumping* social.

57 A este respeito, importa recordar a jurisprudência constante segundo a qual incumbe ao Tribunal de Justiça ter em conta, no quadro da repartição das competências entre os órgãos jurisdicionais da União e os nacionais, o contexto factual e regulamentar em que se inserem as questões prejudiciais, tal como definido pela decisão de reenvio. Consequentemente, independentemente de como a Comissão tiver compreendido o direito nacional, o exame do presente pedido de decisão prejudicial deve ser efetuado à luz da interpretação que é dada a esse direito pelo órgão jurisdicional de reenvio (v., por analogia, Acórdão de 29 de outubro de 2009, Pontin, C-63/08, EU:C:2009:666, n.º 38 e jurisprudência aí referida).

58 Ora, resulta do pedido de decisão prejudicial que a limitação dos 20 % se impõe de maneira imperativa, sob pena de o proponente ser excluído do procedimento de adjudicação de contrato. Decorre, além disso, desse pedido que a referida limitação é definida de forma geral e abstrata, independentemente de qualquer análise da questão de saber se é efetivamente necessária, no caso de um determinado contrato, a fim de assegurar uma proteção salarial mínima aos trabalhadores subcontratados em causa. Esta mesma limitação aplica-se, assim, independentemente do setor económico ou da atividade em causa e independentemente de qualquer consideração das leis, regulamentações ou convenções coletivas, tanto nacionais como da União, em vigor em matéria de condições de trabalho, que seriam normalmente aplicáveis a esses trabalhadores.

- 59 Daqui resulta que a limitação dos 20 % é suscetível de tornar menos atrativa a possibilidade oferecida pela Diretiva 2004/18 de recorrer à subcontratação para a execução de um contrato, uma vez que essa regulamentação limita a eventual vantagem concorrencial em termos de custos que os trabalhadores subcontratados apresentam para as empresas que pretendam prevalecer-se dessa possibilidade. Ora, esse efeito dissuasivo é contrário ao objetivo prosseguido pelas diretivas nesta matéria, recordado no n.º 39 do presente acórdão, de abertura dos concursos públicos à mais ampla concorrência possível e, em particular, do acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos.
- 60 Nenhum dos objetivos invocados perante o Tribunal de Justiça no âmbito do presente processo permite justificar uma limitação do recurso à subcontratação como a limitação dos 20 %.
- 61 Em primeiro lugar, é certo que o objetivo da proteção dos trabalhadores subcontratados pode, em princípio, justificar determinadas limitações do recurso à subcontratação (v., neste sentido, Acórdão de 18 de setembro de 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, n.º 31).
- 62 É igualmente verdade que a Diretiva 2004/18 contempla expressamente, no seu artigo 26.º, a possibilidade de as entidades adjudicantes fixarem condições especiais para a execução de um contrato, as quais podem, designadamente, visar considerações de índole social.
- 63 Todavia, mesmo admitindo que as exigências em matéria de preço previstas na regulamentação nacional em causa pudessem ser qualificadas de «condições especiais de execução do contrato», em particular de «considerações de índole social», que sejam «indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos», na aceção do artigo 26.º da Diretiva 2004/18, não é menos verdade que, em conformidade com esta última disposição, tais exigências só podem ser impostas na medida em que sejam compatíveis com o direito da União (v., por analogia, Acórdão de 18 de setembro de 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, n.º 28).
- 64 Ora, não se pode considerar que uma regulamentação nacional, como a descrita nos n.ºs 55, 58 e 59 do presente acórdão, confere a trabalhadores uma proteção suscetível de justificar uma restrição do recurso à subcontratação, como a limitação dos 20 %.
- 65 Com efeito, essa limitação vai além do necessário para assegurar uma proteção para os trabalhadores subcontratados em matéria de salário. Com efeito, como foi recordado nos n.ºs 55 e 58 do presente acórdão, a limitação dos 20 % não deixa lugar a uma apreciação caso a caso pela entidade adjudicante, sendo aplicável independentemente de qualquer consideração da proteção social que é garantida pelas leis, pelos regulamentos e pelas convenções coletivas aplicáveis aos trabalhadores em causa.
- 66 A este respeito, resulta dos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe que o direito italiano prevê que o subcontratado deve, tal como o adjudicatário, respeitar plenamente, em relação aos seus trabalhadores, para as prestações efetuadas no âmbito da subcontratação, o tratamento económico e regulamentar estabelecido pelas convenções coletivas nacionais e territoriais em vigor para o setor e para a zona em que as prestações são efetuadas. De resto, segundo esses mesmos elementos, o adjudicatário é solidariamente responsável pelo respeito dessa regulamentação pelo subcontratado.
- 67 Resulta igualmente dos elementos submetidos ao Tribunal de Justiça que, no caso, a subcontratação em causa implica o recurso a cooperativas sociais que beneficiam, ao abrigo da regulamentação italiana que lhes é aplicável, de um regime preferencial em matéria de fiscalidade, de contribuições, de remuneração e de previdência e que essa regulamentação se destina precisamente a facilitar a integração no mercado de trabalho de determinadas pessoas desfavorecidas, tornando possível o pagamento a essas pessoas de uma remuneração inferior àquela que se impõe no caso de outras pessoas que efetuam prestações análogas. Incumbe, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar as verificações necessárias a este respeito.

- 68 Em segundo lugar, uma limitação do recurso à subcontratação como a limitação dos 20 % também não pode ser justificada pelo objetivo de assegurar a viabilidade da oferta e a boa execução do contrato.
- 69 É certo que não se exclui a possibilidade de esse objetivo justificar certas limitações ao recurso à subcontratação (v., neste sentido, Acórdão de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, n.º 54 e jurisprudência aí referida).
- 70 Todavia, mesmo admitindo que a limitação dos 20 % fosse apta a alcançar esse objetivo, essa limitação geral e abstrata é, em todo o caso, desproporcionada em relação ao objetivo prosseguido, tendo em conta que existem outras medidas menos restritivas que facilitariam a sua realização. Poderia prever-se, nomeadamente, uma medida que consistisse, por um lado, em exigir aos proponentes que indicassem, na sua proposta, a parte do contrato e as obras que tivessem a intenção de subcontratar e a identidade dos subcontratados propostos e, por outro, em prever a possibilidade de a entidade adjudicante proibir os proponentes de mudarem de subcontratados se essa entidade não pudesse verificar previamente a identidade, a capacidade e a fiabilidade dos novos subcontratados propostos (v., por analogia, Acórdão de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, n.º 57).
- 71 Importa, aliás, salientar que, no caso, decorre dos elementos submetidos ao Tribunal de Justiça que já existem medidas no direito italiano, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, incluindo algumas que coincidem pelo menos em parte com a descrita no número anterior, que se destinam a permitir à entidade adjudicante verificar a capacidade e a fiabilidade do subcontratado antes de este efetuar as prestações subcontratadas.
- 72 Poderia igualmente contribuir para alcançar o objetivo exposto no n.º 68 do presente acórdão a aplicação das disposições do artigo 55.º da Diretiva 2004/18 relativas à verificação das propostas anormalmente baixas em relação à prestação em causa, disposições essas que possibilitam, num determinado concurso e de acordo com as condições previstas a esse respeito, a rejeição pela entidade adjudicante das propostas assim qualificadas.
- 73 Em terceiro lugar, também não se pode considerar que a compatibilidade da limitação dos 20 % com o direito da União se baseia na argumentação apresentada pela Comissão que se destina a demonstrar que essa limitação se justifica à luz do princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos. Segundo essa instituição, o facto de pagar preços reduzidos aos subcontratados sem que a remuneração do contratante principal indicada na proposta seja alterada implica uma redução substancial dos custos para o proponente e aumenta assim o lucro que auferem com o contrato.
- 74 A este respeito, basta observar que o simples facto de um proponente poder limitar os seus custos devido aos preços que negocia com subcontratados não é, em si mesmo, suscetível de violar o princípio da igualdade de tratamento, mas contribui antes para uma concorrência reforçada e, portanto, para o objetivo prosseguido pelas diretivas adotadas em matéria de contratos públicos, como recordado no n.º 39 do presente acórdão.
- 75 Tendo em conta estas considerações, há que responder à segunda parte da questão submetida que a Diretiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a possibilidade de reduzir os preços aplicáveis às prestações subcontratadas em mais de 20 % em relação aos preços que resultam da adjudicação.

Quanto às despesas

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

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

A Diretiva 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, deve ser interpretada no sentido de que:

- **se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a 30 % a parte do contrato que o proponente pode subcontratar a terceiros;**
- **se opõe a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que limita a possibilidade de reduzir os preços aplicáveis às prestações subcontratadas em mais de 20 % em relação aos preços que resultam da adjudicação.**

Assinaturas