

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

CARL OTTO LENZ

apresentadas em 13 de Março de 1991 \*

*Senhor Presidente,  
Senhores Juizes,*

### A — Matéria de facto

1. No litígio sobre que tomo posição está em causa um processo por violação do Tratado contra a República Portuguesa. A crítica da Comissão vai no sentido de que o concurso público da empresa Aeroportos e Navegação Aérea (a seguir «ANA-EP») de 29 de Agosto de 1987, para o fornecimento e montagem de uma central telefónica no aeroporto de Lisboa, devia, de acordo com os preceitos da Directiva 77/62<sup>1</sup>, ter sido publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

2. O Estado-membro demandado é do entender de que a acção é inadmissível. O Estado português não pode ser responsabilizado pela actuação da ANA-EP, pois esta é uma pessoa colectiva de direito público com autonomia administrativa, financeira e patrimonial. A não transposição da directiva, sendo uma violação dos deveres gerais desta decorrentes, tem que ser separada da obrigação especial decorrente do artigo 9.º da mesma, de publicar no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* anúncios de determinados concursos públicos.

\* Língua original: alemão.

1 — Directiva do Conselho de 21 de Dezembro de 1976 relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13 p. 1; EE 17 F1 p. 29), alterado pela Directiva 88/295/CEE, JO 1988 L 127, p. 1.

3. O parecer fundamentado da fase pré-contenciosa do processo não apresenta fundamentação suficiente. Aquele tem que tomar claramente posição em relação a todos os argumentos apresentados pelo Estado-membro em causa. Aliás, os conteúdos do parecer fundamentado e da petição inicial são contraditórios. Esta petição contém uma ampliação inadmissível do objecto do processo.

4. O Governo português foi induzido em erro, pois foi levado a supor que a alteração legislativa que propôs, relativa aos poderes de fiscalização do Estado sobre os contratos de fornecimento das empresas públicas, afastaria a violação do Tratado, pelo menos para futuro; a Comissão, porém, tomou posição, só na petição inicial, no sentido de que a alteração legislativa em causa não sanaria de forma alguma a violação.

5. Finalmente, não era possível retirar do parecer fundamentado quais as medidas que, no entender da Comissão, deviam ser tomadas para sanar a violação.

6. Além disso, o Governo português defende o entendimento de que a ANA-EP não está sujeita à aplicação da Directiva 77/62, pois enquanto organismo que gere serviços de transporte, está compreendida na excepção do n.º 2 do artigo 2.º da directiva. O contrato de fornecimento em causa não pode ser considerado um contrato de fornecimento na acepção da directiva, por se ter regido por normas de direito

privado. Aliás, aquela empresa também não pode ser considerada como entidade adjudicante na acepção da directiva, pois a adjudicação em causa não estava sujeita ao controlo do Estado.

7. A *Comissão* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) declarar que a República Portuguesa, ao não ter enviado ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias um anúncio de concurso público relativo ao fornecimento e montagem de uma central telefónica no aeroporto de Lisboa, para publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, não cumpriu as obrigações que para ela decorrem do título III, e em particular do artigo 9.º, da Directiva 77/62 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público;

2) condenar a República Portuguesa ao pagamento das despesas do presente processo.

8. A *República Portuguesa* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) julgar fundadas as excepções de inadmissibilidade deduzidas pela demandada e, consequentemente, não admitir a acção;

subsidiariamente,

considerar que o Estado Português não cometeu qualquer infracção, julgando por isso a acção improcedente;

2) condenar a demandante nas despesas do processo.

9. Quanto às alegações das partes em matéria de facto e de direito remete-se para o relatório para audiência. Aquelas alegações só serão adiante reproduzidas na medida do necessário para a fundamentação das conclusões.

## B — Tomada de posição

### 1. *Admissibilidade*

10. Em matéria de admissibilidade da acção é necessário verificar em que medida pode o Estado português ser responsabilizado pela não publicação pela ANA-EP do anúncio no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Na altura dos factos, 29 de Agosto de 1987, a Directiva 77/62 ainda não tinha sido transposta para direito português. Assim, a ANA-EP não podia estar sujeita à obrigação de acção decorrente daquela directiva sob a forma de um acto de transposição do Estado-membro.

11. À data da publicação da Directiva 77/62, a República Portuguesa ainda não era Estado-membro das Comunidades Europeias, pelo que o dever de transposição só podia surgir depois, no momento da sua adesão.

12. O artigo 392.º do acto de adesão determina que:

«A partir da adesão, os novos Estados-membros são considerados como sendo destinatários e como tendo sido notificados das directivas e decisões, na acepção do artigo 189.º do Tratado CEE... desde que essas directivas, recomendações e decisões tenham sido notificadas a todos os Estados-membros actuais.»

O artigo 395.º do mesmo acto prevê que:

«Os novos Estados-membros porão em vigor as medidas necessárias para darem cumprimento, a partir da adesão, ao disposto nas directivas e decisões, na acepção do artigo 189.º do Tratado CEE... a menos que seja fixado um prazo na lista constante do anexo XXXVI ou noutras disposições do presente acto.»

13. Estas regras de transição do acto de adesão foram entendidas pela Comissão, aplicando-as ao presente caso, no sentido de que a directiva devia ter sido transposta à data da adesão, em 1 de Janeiro de 1986.

14. Mesmo partindo de que o dever de realização da transposição só surgiu em 1 de Janeiro de 1986, e se se conceder ainda à República Portuguesa o mesmo prazo para a transposição que para os outros Estados-membros — nos termos do artigo 30.º da Directiva 77/62, dezoito meses — a directiva deveria ter sido transposta para direito interno, o mais tardar, até ao fim de Junho de 1987.

15. À data da adjudicação, em 29 de Agosto de 1987, o Estado-membro demandado encontrava-se indubitavelmente em mora no cumprimento daquele dever. O atraso do Estado-membro é um pressuposto da aplicação directa da directiva, com a condição de que dos seus preceitos decorram deveres claros e incondicionados. O dever de publicação do anúncio do concurso público no Jornal Oficial, decorrente do seu artigo 9.º, é claro e incondicionado.

16. Todavia, é necessário distinguir entre, por um lado, a aplicabilidade directa em benefício de particulares da directiva, quando desta lhes resultem direitos subjectivos a que o Estado-membro não pode subtrair-se em virtude da violação dos deveres que do direito comunitário para ele decorrem, e, por outro lado, a questão da responsabilidade do Estado-membro pela actuação de pessoas colectivas autónomas que represente uma violação do Tratado. No primeiro caso, o particular pode invocar a directiva mesmo contra instituições que estejam sujeitas ao controlo do Estado-membro, ou disponham de competências excepcionais em relação às regras aplicáveis às relações dos particulares entre si<sup>2</sup>. Assim, uma instituição que foi colocada sob o controlo do Estado através de um acto legislativo, que se destina à prestação de serviços públicos e que, para este fim, dispõe de competências excepcionais, terá que ser considerada como um serviço do Estado, independentemente do seu regime jurídico<sup>3</sup>.

17. Por esta forma, é perfeitamente possível considerar a instituição como «Estado», mesmo quando formalmente não é parte in-

2 — Acórdão de 12 de Julho de 1990, A. Foster e outros/British Gas plc, n.ºs 16 e 18 (C-188/89, *Colect.*, p. I-3313).

3 — Acórdão no processo C-188/89, já citado.

tegrante deste<sup>4</sup>. Assim, quando o serviço formalmente autónomo estiver dependente do poder público do ponto de vista pessoal, material e financeiro, pode ser considerado como serviço do Estado na acepção do preceito.

18. Esta descrição abstracta de serviço público em sentido amplo não pode bastar para fundamentar a responsabilidade pela actuação concretamente censurada em processo por violação do Tratado. O Estado-membro demandado deve ser por alguma forma juridicamente responsável por aquela actuação. A responsabilidade pode surgir a diferentes níveis, seja que o Estado-membro cria ou apoia uma instituição para fomentar práticas comerciais incompatíveis com o direito comunitário<sup>5</sup>, seja que o Estado toma a iniciativa em relação a prestações financeiras contrárias ao direito comunitário que, aliás, só se tornam juridicamente vinculatórias com o seu assentimento<sup>6</sup>. Assim, é fundamentalmente a dependência do Estado que justifica a responsabilização do Estado-membro por acções juridicamente relevantes da instituição.

19. A ANA-EP é uma pessoa colectiva de direito público com autonomia administrativa, financeira e patrimonial. A circunstância de a ANA-EP ser qualificada como empresa pública devido à influência dominante do Estado na nomeação dos seus órgãos não basta, só por si, para entender automaticamente que o Estado é responsável pelas

acções da sociedade. O poder público deve antes ter a possibilidade de influenciar factores relevantes para efeitos da directiva, ou seja, a adjudicação de contratos de fornecimento, tais como pressupostos na directiva.

20. A apreciação da questão da existência de um controlo estadual de molde a tornar possível a influência do Estado sobre a adjudicação de contratos de fornecimento pressupõe um exame do direito português, em particular das disposições gerais aplicáveis a todas as empresas públicas, e das regras particulares sobre a criação e estatuto da ANA-EP.

21. As partes estão, aliás, em desacordo quanto à interpretação das normas jurídicas portuguesas. O exame recai sobre a questão de saber se a ANA-EP pode ser considerada entidade adjudicante na acepção da directiva. De facto, de acordo com a descrição de entidade adjudicante em Portugal comum a todas as versões linguísticas, o que importa é em que medida a celebração do contrato de fornecimento se encontra sujeita a um controlo do Estado, nos termos do Anexo I da directiva.

22. Assim, neste momento terá que ficar ainda em aberto a questão do controlo e influência estaduais, e prosseguir o exame de questões suscitadas pelo direito comunitário.

23. O Governo português retira da forma e do conteúdo do parecer fundamentado, bem como do comportamento da Comissão na fase pré-contenciosa do processo, várias outras objecções relativas à admissibilidade. De facto, as objecções relacionam-se todas,

4 — Acórdão de 20 de Setembro de 1988, no processo 31/87, n.º 11 (Colect., p. 4635).

5 — Acórdãos de 24 de Novembro de 1982, Comissão/Irlanda (249/81, Recueil, p. 4005), e de 13 de Dezembro de 1983, Apple and Pear/Lewis (222/82, Recueil, p. 4083).

6 — Acórdãos de 30 de Janeiro de 1985, Comissão/França (290/83, Recueil, p. 439), e de 22 de Março de 1977, Steynike und Weinlig/Alemanha (78/76, Recueil, p. 595).

em última análise, com a alteração legislativa proposta pelo Governo português no decorrer da fase pré-contenciosa, e que ia no sentido de reduzir o controlo sobre as empresas públicas previsto na legislação aplicável à generalidade destas. A actuação da Comissão levou o Governo português a crer que aquela alteração legislativa seria adequada para afastar a violação do Tratado, pelo menos para futuro. No parecer fundamentado, a Comissão não se pronunciou de modo algum sobre esta proposta, e também não indicou quaisquer medidas que o Governo português pudesse ter tomado. Mas, na petição inicial, a Comissão veio adoptar o ponto de vista de que uma alteração legislativa daquele género não podia sanar a violação do Tratado.

24. As objecções resultantes deste conjunto de questões serão de seguida tratadas simultaneamente. É necessário começar por tomar posição quanto à invocação de que o parecer fundamentado não tinha fundamentação suficiente. Aquele deveria ter tomado claramente posição em relação a todos os argumentos apresentados pelo Estado-membro demandado.

25. Tem que se admitir que o parecer fundamentado da fase pré-contenciosa do processo por violação do Tratado — tal como, aliás, toda esta fase — deve permitir uma resolução pacífica do conflito. Deve assim ser dada ao Estado-membro a possibilidade de justificar a sua posição<sup>7</sup> e, sendo caso disso, corrigir o seu comportamento. Para este efeito se formula ao parecer fundamentado, em matéria de forma, a exigência de que «deve conter uma exposição detalhada e coerente das razões que levaram a Comissão

a entender que o Estado-membro em causa violou um dever decorrente do Tratado CEE»<sup>8</sup>.

26. A Comissão pode também concretizar no parecer fundamentado a medida dos deveres que impendem sobre o Estado-membro<sup>9</sup>. Tal como a Comissão também pode, no decorrer dos diálogos que se espera tenham lugar na fase pré-contenciosa do processo, sugerir ao Estado-membro quais as medidas que entende adequadas para remediar a situação.

27. A Comissão também não está obrigada a indicar todas as medidas que, no seu entender, permitiriam afastar a infracção apontada. Isto é especialmente claro no caso de se apresentarem várias possibilidades de solução adequada, cabendo à discricção do Estado a escolha do meio.

28. Por outro lado, estando um Estado-membro a trabalhar, com conhecimento da Comissão, na resolução do problema, é desleal da parte desta entender que as medidas em consideração não são adequadas e, contudo, não comunicar esta opinião ao Estado-membro. Nestas condições a fase pré-contenciosa do processo não poderá cumprir a sua função de permitir a solução pacífica do conflito.

29. O parecer fundamentado da Comissão da fase pré-contenciosa do presente processo de violação do Tratado é um docu-

<sup>7</sup> — Acórdão de 18 de Março de 1986, Comissão/Bélgica, n.º 11 (85/85, Colect., p. 1149).

<sup>8</sup> — Acórdão de 28 de Março de 1985, Comissão/Itália, n.º 21 (274/83, Recueil, p. 1077); no mesmo sentido já, ver o acórdão de 19 de Dezembro de 1961, Comissão/Itália (7/61, Recueil, p. 633).

<sup>9</sup> — Acórdão de 12 de Julho de 1973, Comissão/Alemanha, n.º 13 (70/72, Recueil, p. 813).

mento volumoso que reproduz a matéria de facto e o litígio de modo coerente e inteligível. A Comissão subsume os factos aos preceitos em causa da directiva. A este respeito não pode haver dúvidas quanto ao comportamento que é imputado ao Estado-membro demandado. Trata-se sempre da omissão de divulgação, a nível da Comunidade, da adjudicação. A apreciação jurídica diferenciada do caso pelas partes parte também da fundamentação.

30. É certo que no parecer fundamentado não são indicadas quaisquer medidas para sanar a infracção. Mas é perceptível que já preliminarmente havia divergências quanto à apreciação jurídica dos factos. O Governo português não subscreveu o entendimento da Comissão em matéria de direito, defendendo antes a opinião de que não se verificou uma violação do Tratado.

31. A exigência contida na jurisprudência do Tribunal de Justiça de que o parecer fundamentado indique com exactidão os deveres que o Estado-membro tem que cumprir<sup>10</sup> não é extensível à indicação das medidas para sanar a infracção. O dever que, no entender da Comissão, o Estado-membro demandado tinha que cumprir era a publicação do anúncio do concurso de adjudicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Tal é inequivocamente expresso no parecer fundamentado. Este não padece assim de falta de fundamentação.

32. No caso de o Governo português, na fase pré-contenciosa do processo, ter comunicado a sua intenção de pretender evitar para futuro a violação do Tratado através

de uma alteração legislativa, e de a Comissão estar convencida da inidoneidade deste meio para alcançar o fim pretendido, esta revelou falta de cooperação ao não comunicar esta apreciação e por esta forma impedir uma resolução construtiva do conflito. Contudo, mesmo sendo este comportamento contrário às finalidades da fase pré-contenciosa, terá que se entender que não poderá conduzir à inadmissibilidade da acção por violação do Tratado, face à recusa do Estado-membro demandado de admitir que uma tal violação tenha tido lugar.

33. Não existe contradição entre o parecer fundamentado e a petição inicial pois o que está em causa continua a ser a omissão de publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. O entendimento defendido pela Comissão na petição de que a alteração legislativa proposta pelo Governo português era inidónea para afastar a violação do Tratado não representa qualquer ampliação do objecto do processo. A censura material é a mesma nas duas fases do processo. Só a argumentação jurídica é alargada.

34. Outra questão é saber qual o interesse jurídico a proteger através de uma acção por violação do Tratado em caso de violação concluída no passado. Parece discutível a existência de um interesse jurídico a proteger no presente caso, atendendo a que o contrato foi adjudicado em 29 de Agosto de 1987 sem que a abertura do concurso tivesse sido publicitada em conformidade com a directiva. A adjudicação do contrato não pode já ser revogada neste momento, pelo que não é já possível actuar sobre os factos ocorridos no passado.

35. Originariamente poderia perfeitamente ter havido a possibilidade de repetir o pro-

10 — Acórdão proferido no processo 85/85, n.º 11 (Colect. 1986, p. 1149).

cesso de adjudicação com a observância das regras de direito comunitário sobre a respectiva publicidade. Mas isto teria pressuposto o reconhecimento da existência de um comportamento faltoso. O Governo português não reconheceu em momento algum ter tido uma actuação lesiva do Tratado. Continua a defender-se no processo perante o Tribunal de Justiça com a alegação de que a adjudicação em causa não constituía um facto sujeito à aplicação da Directiva 77/62. Além disso, o reconhecimento do comportamento faltoso seria um pressuposto para evitar no futuro procedimentos semelhantes.

36. Devido, desde logo, à divergência que subsiste em torno da questão de saber se se verificou ou não uma violação do Tratado, terá que ser afirmado um interesse juridicamente protegido em evitar no futuro casos semelhantes<sup>11</sup>. Refira-se ainda a título complementar que um Estado-membro não pode invocar factos consumados por ele próprio criados para se subtrair à acção perante o Tribunal<sup>12</sup>.

37. A acção da Comissão deve ser considerada admissível, sob reserva de verificação do controlo do Estado sobre contratos de fornecimento daquele género.

## 2. O mérito da causa

38. O Governo português defende o entendimento de que o contrato de fornecimento adjudicado pela ANA-EP não recai sob a esfera de aplicação da Directiva 77/62. Em

primeiro lugar, a ANA-EP estará compreendida pela excepção prevista no artigo 2.º da directiva relativa a organismos que gerem serviços de transporte. Por outro lado, a directiva não será aplicável ao contrato de fornecimento em questão, pois aquele seguiu o regime de contrato de direito privado. A directiva só se aplicará às adjudicações de contratos de fornecimento que sigam um regime de direito público. Finalmente, a ANA-EP não pode ser entendida como entidade adjudicante, na acepção da directiva.

39. a) O artigo 2.º da Directiva 77/62 contém uma excepção relativa a contratos públicos de fornecimento adjudicados por organismos que gerem serviços de transporte. A Comissão afirma que a ANA-EP não pode ser considerada um organismo que gere serviços de transporte, na acepção da directiva. Em apoio desta argumentação, remete para o vade-mécum organizado pela Comissão sobre os contratos de direito público de obras e fornecimento na Comunidade<sup>13</sup>, que se destina a auxiliar a aplicação e interpretação das directivas relativas a aqueles contratos. Afirma-se ali:

«No que se refere aos transportes, a excepção abrange as organizações que asseguram o transporte de pessoas e de mercadorias dum ponto para outro. Consequentemente, os organismos que gerem os portos e aeroportos, por exemplo, estão incluídos no caso de aplicação da directiva.»

40. Para alicerçar a sua opinião, a Comissão refere também a nova redacção do preceito relativo à excepção introduzida pela Directiva 88/295/CEE. Desde a modificação ocorrida em 1988, aquela excepção, relativa ao sector dos transportes, é do seguinte teor:

11 — Conclusões do advogado-geral Lenz no processo 199/85, Comissão/Itália (Colect. 1987, p. 1047), e acórdão de 10 de Março de 1987, n.º 7 a 9 (Colect., p. 1039, 1055).

12 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália (31/72, Recueil, p. 101); conclusões do advogado-geral Mancini no processo 303/84, Comissão/Alemanha (Colect. 1986, p. 1171, 1172).

13 — JO C 358 de 13.12.1987, p. 1.

«A presente directiva não se aplica:

- a) aos contratos de fornecimento de direito público celebrados por transportadoras que efectuem transportes terrestres, aéreos, marítimos e fluviais;

...»

41. No entender da Comissão, trata-se apenas de uma clarificação, que não implica qualquer alteração do alcance da excepção.

42. Note-se desde já que pode não ter interesse para a questão a decidir saber se a nova redacção implica também uma alteração do conteúdo daquele preceito, pois à data da adjudicação, em Agosto de 1987, estava em vigor a redacção original da alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 77/62. Por esta razão, refira-se apenas, em relação à reformulação da excepção através da Directiva 88/295, que nos considerandos — pelo menos no texto alemão — se fala de uma redefinição das zonas de excepção, o que permite concluir no sentido de uma modificação do alcance do preceito relativo às excepções.

43. Só pode saber-se se a ANA-EP se encontra abrangida pela directiva na redacção original depois de uma análise da excepção na respectiva inserção sistemática. O conceito «organismos que gerem serviços de transporte» aponta no sentido da inclusão global de todo um sector. As tarefas da ANA-EP, consistentes na administração de vários aeroportos portugueses, estão inseparavelmente ligadas à simples realização do

transporte aéreo de pessoas e bens. O transporte aéreo é impensável sem a preparação da necessária infra-estrutura e da organização dos aeroportos.

44. A entretanto surgida Directiva 90/531/CEE, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações<sup>14</sup>, dá algumas indicações sobre o mecanismo regulamentador das directivas relativas à celebração de contratos públicos\*\* (contratos de fornecimento e contratos de empreitada de obras públicas) e sobre os sectores exceptuados da aplicação daquelas directivas. Os sectores abrangidos a partir de agora pela Directiva 90/531 tinham desde o princípio sido retirados do âmbito da directiva relativa à celebração de contratos públicos de fornecimento. Na base desta excepção estava a ideia de não afectar a capacidade de concorrência destas empresas com empresas privadas. Devido à diferença de regimes jurídicos das instituições que nos diversos Estados-membros asseguram a prestação de serviços públicos, deviam ser afastadas desigualdades de tratamento. Os sectores inicialmente excluídos ficam, com a nova directiva, submetidos a um regime significativamente menos severo de celebração de contratos públicos.

45. Esta exposição da inserção sistemática daquela regulamentação é alicerçada pelos considerandos da Directiva 90/531. Afirma-se aí, por exemplo:

14 — Directiva do Conselho de 17 de Setembro de 1990 (JO L 297, p. 1).

\*\* *NT*: O título, em português, das três directivas citadas no texto diverge do título das mesmas nas restantes versões linguísticas. Por esta razão, a referência ao objecto das directivas será feita adoptando a expressão que corresponde à tradução da versão francesa, em lugar da expressão contida no respectivo título.

«o 'livro-branco' sobre a realização do mercado interno estabelece... os sectores excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 77/62...

entre os sectores excluídos, encontram-se os da água, da energia e dos transportes...

a sua exclusão justificava-se sobretudo pelo facto de as entidades que exploram esses serviços estarem sujeitas ora ao direito público ora ao direito privado...».

46. A ANA-EP está claramente abrangida pela nova directiva sobre os sectores excluídos. Tal decorre do artigo 2.º onde se pode ler:

«1. A presente directiva é aplicável às entidades adjudicantes:

a) que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das actividades definidas no n.º 2;

...

2. As actividades abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente directiva são as seguintes:

...

b) exploração de uma área geográfica para efeitos de:

...

ii) colocar à disposição dos transportadores aéreos, marítimos ou fluviais, aeroportos, portos marítimos ou interiores ou outros terminais de transporte;

...

6. As entidades adjudicantes referidas nos anexos I a X devem preencher os critérios acima definidos...».

No anexo VIII da presente directiva a empresa ANA-EP é expressamente referida, em relação a Portugal.

47. A referência à empresa ANA-EP na Directiva 90/531 conduz logicamente à conclusão de que anteriormente estava excluída da aplicação da Directiva 77/62. Esta conclusão não é invalidada pela afirmação da Comissão de que instituições dos sectores dos transportes como a ANA-EP estavam originariamente abrangidas pelas regras mais estritas da Directiva 77/62, passando depois a ficar submetidas ao regime menos rigoroso da nova directiva. Esta argumentação contradiz o sistema e a finalidade das directivas sobre a celebração de contratos públicos de fornecimento.

48. A adaptação da Directiva 77/62 que a própria Directiva 90/531 levou a cabo con-

firma aquela conclusão. Aquela tem como objectivo possibilitar uma clara demarcação da aplicação das duas directivas. O artigo 35.º da Directiva 90/531 prescreve:

«1. O n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 77/62 passa a ter a seguinte redacção:

‘2. A presente directiva não é aplicável:

a) aos contratos celebrados nos domínios mencionados nos artigos 2.º, 7.º, 8.º e 9.º da Directiva 90/531 do Conselho... e aos contratos que satisfaçam as condições do n.º 2 do artigo 6.º da mesma directiva...’»

49. Por esta forma, o âmbito da excepção à aplicação da Directiva 77/62 é definido pelas entidades adjudicantes abrangidas pela nova directiva e pelas instituições por esta ainda não abrangidas.

50. Decorre das considerações precedentes que a ANA-EP não estava abrangida, à data dos factos em questão, na esfera de aplicação da Directiva 70/62, pelo que a acção por violação do Tratado carece de fundamento.

51. b) Dirijo agora a minha atenção para a objecção do Governo português de que o contrato de fornecimento da ANA-EP para o fornecimento e montagem de uma central telefónica no aeroporto de Lisboa não está

sujeito à Directiva 77/62, devido ao regime jurídico do contrato de fornecimento celebrado. O Governo português baseia-se, para sustentar esta tese, no teor, em língua portuguesa, do anexo I da directiva relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público. Da versão linguística invocada pelo Governo português consta, para descrever a entidade adjudicante na aceção da directiva:

«As pessoas colectivas de direito público cujos contratos de fornecimento *de direito público* se encontram sujeitos ao controlo do Estado»<sup>15</sup>.

A expressão «contratos de fornecimento de direito público» só se encontra na versão portuguesa, e também só foi introduzida pela Directiva 88/295 no anexo da directiva sobre a celebração de contratos públicos de fornecimento.

52. Desencadeou-se entre as partes uma disputa encarniçada quanto a saber qual a versão linguística vinculativa. Não é de importância determinante para a decisão do litígio saber que formulação em que língua foi considerada relevante pelas partes na fase pré-contenciosa do processo. É antes necessário determinar qual a formulação objectivamente vinculativa com base na qual a questão de direito tem que ser decidida.

53. Como é sabido, a República Portuguesa não era membro das Comunidades Europeias à data da publicação da Directiva 77/62, pelo que só com a sua entrada podia ficar vinculada pelos deveres decorrentes

15 — Sublinhado do autor.

daquela directiva. Por esta razão encontram-se nos actos de adesão regras transitórias e de adaptação relativas à Directiva 77/62. No que respeita à definição de entidade adjudicante, adita-se ao anexo I da directiva:

«XIII. Em Portugal:

as pessoas colectivas de direito público cuja celebração de contratos de fornecimento esteja sujeita a um controlo do Estado»<sup>16</sup>.

54. O n.º 13 do anexo I da directiva, na formulação introduzida pelo acto de adesão, tem conteúdo idêntico em todas as línguas da Comunidade. A formulação invocada pelo Governo português só foi introduzida pela Directiva 88/295. É estranho que a divergência linguística só se encontre no texto português. Independentemente das razões dessa divergência — poderá ser um simples lapso, ou, possivelmente, um erro de tradução — terá que se procurar uma interpretação unitária do preceito. O Tribunal de Justiça tem defendido em jurisprudência constante a necessidade de aplicação unitária, o que interdita a interpretação isolada de um preceito numa das versões e impõe que aquele seja interpretado em todas as línguas, em conformidade com a vontade do respectivo criador e o objectivo pretendido<sup>17</sup>.

16 — JO 1985, L 302, p. 217.

17 — Acórdão de 12 de Novembro de 1969, Erich Stauder/Cidade de Ulm (29/69, Recueil, p. 419); acórdão de 27 de Outubro de 1977, Pierre Bouchereau (30/77, Recueil, p. 1999); acórdão de 12 de Julho de 1979, Marianne Koschniske/Raad van Arbeid (9/79, Recueil, p. 2717), e acórdão de 7 de Julho de 1988, Alexander Moksel/BALM (55/87, Colect., p. 3845).

55. Assim, tem que ser decididamente rejeitado o entendimento do Governo português de que só é vinculativa a versão em língua portuguesa. É improvável que a formulação portuguesa tenha sido introduzida intencionalmente no anexo da directiva. De outra forma, uma entidade adjudicante de contratos de fornecimento sujeita à regulamentação da directiva poderia *subtrair-se* à aplicação das suas disposições *através da mera escolha do regime jurídico* em que o contrato com o adjudicatário seria celebrado. Além disso, os contratos de fornecimento relevantes para efeito da directiva são definidos na alínea a) do artigo 1.º da Directiva 77/62. O anexo I, em contrapartida, constitui a concretização das «entidades adjudicantes» definidas na alínea b) do artigo 1.º; o que aponta em sentido contrário à suposição de que se possam retirar do anexo I elementos dos contratos de fornecimento regulamentados na directiva.

56. A questão de saber se deve ser ignorada a expressão «contrato de fornecimento de direito público» não tem que ser exaustivamente esclarecida, pois à data da adjudicação do contrato de fornecimento relativo à central telefónica só estava em vigor o anexo da Directiva 77/62 na redacção dada pelo acto de adesão.

57. Assim, deve ser rejeitada a objecção do Governo português de que o contrato de fornecimento não estava compreendido no âmbito da directiva por ter um regime de direito privado.

58. c) O Governo português suscitou, finalmente, a objecção de que a ANA-EP não é uma entidade adjudicante na acepção da directiva. Independentemente de aquela empresa já estar excluída da esfera de aplica-

ção da directiva devido à sua pertença ao sector dos transportes, a sua qualidade de entidade adjudicante terá que ser apreciada face ao artigo 1.º em conjugação com o anexo I da Directiva 77/62. Nos termos da alínea b) do artigo 1.º «são consideradas 'entidades adjudicantes' o Estado, as pessoas colectivas territoriais e as pessoas colectivas de direito público ou... as entidades equivalentes, enumeradas no anexo I...». Neste contexto, o n.º 13 do anexo I ganha de novo relevância. Da redacção que, pelos motivos acima expostos, é relevante para este processo, consta: «As pessoas colectivas de direito público cujos contratos de fornecimento se encontram sujeitos ao controlo do Estado.»

59. Em meu entender, é necessária uma apreciação concreta para saber se uma empresa se subsume a esta definição. Assim, não está em causa saber se a empresa é de alguma forma controlada pelo Estado, pois todas as empresas públicas estão, de uma forma ou de outra, sujeitas a controlo do Estado — e aqui deve ser dada razão ao Governo português. Também não basta a possibilidade abstracta de controlo do Estado sobre os contratos de fornecimento. O controlo pelo Estado do contrato de fornecimento em questão devia ser admitido pelos preceitos relevantes sobre esta matéria de modo a possibilitar uma influência do poder público sobre a sua celebração.

60. A qualidade da ANA-EP como pessoa colectiva de direito público, sujeita a controlo do Estado na celebração de contratos públicos de fornecimento, tem que ser apreciada face às normas respectivas de direito português. A ANA-EP foi criada pelo Decreto-Lei n.º 246/79, de 20 de Julho de

1979, que contém o estatuto da empresa. Nestas disposições não se encontra qualquer referência a controlo directo de serviços do Estado sobre a celebração de contratos de fornecimento da ordem de grandeza em causa. Em todo o caso, podiam ser aplicáveis as regras gerais para todas as empresas públicas. Estas estão contidas no Decreto-Lei 260/76, de 6 de Abril de 1976, alterado pelo Decreto-Lei 29/84, de 20 de Janeiro de 1984. O artigo 13.º daquele diploma prevê a necessidade de aprovação pelos ministros competentes de negócios de valor superior a 50 milhões de ESC. A alteração deste preceito esteve em causa na fase pré-contenciosa do processo.

61. O Governo português afirmou que estas normas gerais não são aplicáveis aos negócios da ANA-EP, pois os diplomas referidos têm a mesma posição hierárquica e o Decreto-Lei n.º 246/79, que criou a ANA-EP, tem a qualidade de «norma especial». Além disso, o Decreto-lei n.º 29/84 prescreve a adaptação dos estatutos das empresas públicas aos preceitos do regime geral dentro de um determinado prazo. Estas adaptações não tiveram ainda lugar, pelo que o Decreto-Lei 246/79 e o estatuto da ANA-EP continuam a aplicar-se sem alterações.

62. Não gostaria de me envolver num exame pormenorizado da lei portuguesa. Todavia, parece-me exacto, face à teoria geral das normas, que o simples decurso de um prazo dentro do qual devia ter tido lugar uma adaptação legislativa não opera qualquer modificação jurídica. Mas isso significaria que o contrato de fornecimento relativo à central telefónica para o aeroporto de

Lisboa celebrado em Agosto de 1987 estaria subtraído a controlo do Estado. A ANA-EP não poderia assim ser considerada entidade adjudicante, na acepção da directiva. Nesse caso, a acção por violação do Tratado teria que ser julgada improcedente, por falta de fundamento, também por via desta consideração auxiliar.

### **Despesas**

63. A decisão sobre as despesas é tomada em conformidade com o artigo 69.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Nos termos do respectivo n.º 2, a parte vencida é condenada nas despesas, a pedido da parte vencedora.

## **C — Conclusões**

64. Como resultado destas considerações, proponho que seja tomada a seguinte decisão:

- «1) A acção é julgada improcedente.
- 2) A Comissão é condenada nas despesas do processo.»