

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED

apresentadas em 28 de Novembro de 2002 ¹

I — Introdução

1. Nestes dois casos de incumprimento, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a Alemanha não cumpriu algumas obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços² (a seguir «Directiva 92/50»). O município de Bockhorn e a cidade de Braunschweig são acusados de terem adjudicado contratos relativos ao tratamento das águas residuais e à eliminação de resíduos sem prévia publicação de um anúncio de concurso na Comunidade.

2. O Governo alemão não nega que os dois projectos em causa deviam ter seguido os trâmites do processo de adjudicação comunitário, mas defende que as acções instauradas pela Comissão devem ser declaradas inadmissíveis. Antes do decurso dos prazos fixados nos pareceres fundamentados, o Governo alemão reconheceu os incumprimentos e estes tão-pouco persistiram, uma vez que se extinguíram com a respectiva prática. A Comissão contesta este entendi-

mento com o argumento de que os efeitos do incumprimento permanecem bem visíveis. Os contratos celebrados continuam a ser aplicados e a duração dos compromissos assumidos é superior a 30 anos.

3. O principal ponto em litígio nos dois processos reside pois na questão de saber se a Comissão ainda tem um interesse em agir. A esse propósito, coloca-se também a questão de saber se a acção por incumprimento do artigo 226.º CE não deve ter igualmente como finalidade a prevenção do incumprimento sistemático das regras de procedimento da Directiva 92/50. O processo C-28/01 é, além disso, importante devido à aplicação de critérios relativos à protecção do ambiente na interpretação da Directiva 92/50.

II — Enquadramento jurídico

4. Nos termos do artigo 8.º da directiva, os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A devem ser celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI.

1 — Língua original: neerlandês.

2 — JO L 209, p. 1.

5. O título V (artigos 15.º a 22.º) contém regras comuns de publicidade. De acordo com o n.º 2 do artigo 15.º da Directiva 92/50, as entidades adjudicantes que pretendam adjudicar um contrato público de serviços através de um concurso público, de um concurso limitado ou, nas condições definidas no artigo 11.º, de um procedimento por negociação darão a conhecer a sua intenção através de um anúncio.

6. O n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50 enuncia o seguinte:

«As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos de serviços recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

[...]

b) Quando, por motivos técnicos ou artísticos, ou ainda atinentes à protecção de direitos exclusivos, os serviços apenas possam ser executados por um prestador de serviços determinado;

[...]»

7. Nos termos do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 92/50, as entidades adjudicantes que tenham adjudicado um contrato público de serviços ou que tenham organizado um concurso para trabalhos de concepção enviarão um anúncio com os resultados do processo de adjudicação ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

III — Matéria de facto e a tramitação processual

A — Matéria de facto e fase pré-contenciosa no processo C-20/01

8. O município de Bockhorn, situado no *Land* da Baixa Saxónia, celebrou um contrato com a empresa de distribuição de energia Weser-EMS AG (a seguir «EWE») para o tratamento das águas residuais. O contrato entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997 e tem uma duração mínima de trinta anos.

9. Por carta de 30 de Abril de 1999, a Comissão notificou formalmente para cumprimento a República Federal da Alemanha, de acordo com o processo previsto no artigo 226.º CE. Segundo a Comissão, as autoridades alemãs não respeitaram as disposições da Directiva 92/50 na adjudicação do referido contrato.

10. Na sua resposta, datada de 1 de Julho de 1999, o Governo alemão admitiu que o contrato celebrado pelo município de Bockhorn devia ter sido adjudicado nos termos da regulamentação comunitária. Chamou a atenção para o facto de as autoridades do *Land* da Baixa Saxónia terem mais uma vez exortado expressamente as autoridades públicas locais a respeitarem estritamente as disposições comunitárias em causa.

11. Em 21 de Março de 2000, a Comissão emitiu um parecer fundamentado no qual refere que as disposições da Directiva 92/50 devem ser aplicadas e que o reconhecimento pelo Governo alemão do incumprimento das disposições de direito comunitário é juridicamente pouco relevante. A Comissão convidou este governo a recordar de imediato a situação jurídica às autoridades em questão e a obrigar as mesmas a aplicar no futuro as disposições em causa relativas a concursos.

12. Numa comunicação de 12 de Maio de 2000, o Governo alemão voltou a admitir o incumprimento. Chamou a atenção para o facto de, na sequência da notificação para cumprimento e da intervenção do Governo federal, o Ministro do Interior do *Land* da Baixa Saxónia ter, por decreto de 21 de Junho de 1999, exortado todas as autoridades locais do *Land* a velarem, de modo adequado, por que as entidades adjudicantes respeitassem estritamente as disposições de direito comunitário relativas a concursos públicos.

13. O Governo alemão argumentou ainda que o direito alemão não conhece praticamente nenhuma possibilidade de pôr termo ao incumprimento, uma vez que se encontra em vigor, desde 1 de Janeiro de 1997, um contrato definitivo entre o município de Bockhorn e a EWE que não pode ser dissolvido sem o pagamento de indemnizações muito elevadas à EWE. Os custos de semelhante dissolução seriam desproporcionalmente elevados.

B — *Matéria de facto e fase pré-contenciosa no processo C-28/01*

14. No presente processo, foi celebrado um contrato entre a cidade de Braunschweig, no *Land* da Baixa Saxónia, e a Braunschweigsche Kohlebergwerke (a seguir «BKB»), ao abrigo do qual a cidade confiou à BKB a eliminação térmica dos resíduos a partir de Junho/Julho de 1999 e pelo período de trinta anos.

15. As autoridades competentes da cidade de Braunschweig não negaram a aplicabilidade neste caso da Directiva 92/50, mas invocaram o fundamento de isenção previsto no n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50. A Comissão contrariou esta interpretação na sua notificação para cumprimento de 20 de Julho de 1998.

16. Por cartas de 4 de Agosto, de 19 de Outubro e de 15 de Dezembro de 1998, o

Governo alemão reagiu à notificação para cumprimento e alegou, em particular, que a adjudicação na acepção do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50 só podia, por motivos técnicos, ser feita à BKB. A proximidade geográfica da capacidade de tratamento em relação à cidade constituiu um critério essencial da adjudicação, a fim de evitar grandes distâncias de transporte.

17. Não obstante, por carta de 16 de Dezembro de 1998, o Governo alemão admitiu, perante a Comissão, que a cidade de Braunschweig violara a Directiva 92/50 ao adjudicar um contrato através de um procedimento por negociação sem publicação oficial.

18. Posteriormente, em 6 de Março de 2000, a Comissão enviou um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha, no qual esta é, em particular, convidada a recordar de imediato às autoridades em questão a situação jurídica e a exortá-las a aplicarem no futuro as disposições em causa relativas a concursos.

19. Por comunicação de 17 de Maio de 2000, cujo espírito corresponde ao da já referida comunicação de 12 de Maio de 2000 no processo C-20/01, o Governo alemão admitiu o incumprimento, mas chamou a atenção para a impossibilidade prática de dissolver o contrato celebrado.

C — A fase contenciosa e os pedidos das partes

20. A acção instaurada pela Comissão no processo C-20/01 foi registada no Tribunal de Justiça em 16 de Janeiro de 2001 e no processo C-28/01 em 23 de Janeiro de 2001. Os dois processos foram apensados por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2001.

21. No processo C-20/01, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao não ter submetido a concurso o contrato relativo ao tratamento das águas residuais do município de Bockhorn e ao não ter dado a conhecer o resultado do processo de adjudicação na série S do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 8.º, conjugado com os artigos 15.º, n.º 2, e 16.º, n.º 1, da Directiva 92/50.

22. No processo C-28/01, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que, na medida em que a cidade de Braunschweig adjudicou um contrato relativo à eliminação de resíduos através de um procedimento por negociação sem prévia publicação de um anúncio de concurso, apesar de não se encontrarem preenchidos os pressupostos fixados na Directiva 92/50 para a

adjudicação através de procedimento por negociação sem concurso alargado ao espaço europeu, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50.

23. A República Federal da Alemanha conclui pedindo que o Tribunal de Justiça declare as acções inadmissíveis ou, subsidiariamente, as julgue improcedentes.

24. O Governo do Reino Unido foi admitido a intervir no presente litígio em apoio das conclusões do Governo alemão por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2001. Este governo, em primeiro lugar, propõe que o Tribunal de Justiça apense os processos C-20/01 e C-28/01. Em segundo lugar, conclui pedindo a procedência dos pedidos da Comissão na parte em que estes visam obter, nos dois processos, uma declaração de que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações decorrentes da Directiva 92/50 ao não respeitar, nos dois casos, o processo de adjudicação comunitário. Em terceiro lugar, propõe ao Tribunal de Justiça que, quanto ao restante, julgue improcedentes as acções instauradas.

25. Em 10 de Outubro de 2002 teve lugar uma audição.

IV — Fundamentos e principais argumentos

26. A Comissão afirma na sua petição no processo C-20/01 que a Directiva 92/50 é aplicável ao caso em apreço. O facto de o Governo alemão ter admitido que a adjudicação do contrato do município de Bockhorn devia ter sido submetida a um concurso a nível europeu, em conformidade com o disposto na Directiva 92/50, é para a Comissão pouco relevante. As instruções dadas pelo Governo do *Land* às autoridades dele dependentes no sentido de que as entidades adjudicantes do *Land* devem respeitar estritamente as disposições de direito comunitário relativas a concursos não eliminou o incumprimento. Por outro lado, o município de Bockhorn continua a violar o direito comunitário ao manter o contrato celebrado e ao continuar a aplicá-lo. Uma vez que o comportamento ilegal persiste, a demandada não adoptou todas as medidas nacionais necessárias para dar cumprimento à directiva no prazo fixado no parecer fundamentado.

27. No processo C-28/01, a Comissão acusa a cidade de Braunschweig de não ter respeitado a Directiva 92/50 ao adjudicar à BKB o contrato para a eliminação de resíduos sem prévia publicação de um anúncio de concurso segundo as regras de procedimento comunitárias. No presente caso, não estavam preenchidos os pressupostos para a adjudicação através de procedimento por negociação enunciados no artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva

92/50. A Comissão afirma que a cidade de Braunschweig continua a violar o direito comunitário ao manter o contrato com a BKB e ao continuar a aplicá-lo. Também neste caso, o comportamento ilegal persiste e a República Federal da Alemanha não adoptou todas as medidas nacionais necessárias para dar cumprimento à directiva no prazo fixado no parecer fundamentado.

28. Em ambos os processos, o Governo alemão invocou, a título principal, a inadmissibilidade. No essencial, sustenta que as acções instauradas pela Comissão não são admissíveis por já não existirem incumprimentos a que o Estado-Membro em questão tenha de pôr termo. Com efeito, a acção por incumprimento tem por finalidade repor uma situação de conformidade com o Tratado. Essa finalidade já não pode ser alcançada caso o Estado-Membro tenha posto fim aos incumprimentos antes de decorrido o prazo concedido pela Comissão nos pareceres fundamentados. No presente caso, os incumprimentos das regras de procedimento da Directiva 92/50 extinguiram-se com a respectiva prática.

29. Por outro lado, segundo o princípio *pacta sunt servanda*, a validade das obrigações contraídas está em conformidade com o direito comunitário e com o direito nacional. Relativamente ao direito comunitário, o Governo alemão chega a essa conclusão com base, nomeadamente, no n.º 6 do artigo 2.º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em

matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos³ (a seguir «Directiva 89/665»). Por força desta disposição, os contratos celebrados pelas autoridades adjudicantes podem ser mantidos⁴. De acordo com o direito alemão e com as cláusulas pertinentes dos contratos, nos casos em apreço não há a possibilidade de pôr termo às obrigações contraídas ou essa possibilidade só existe associada a um risco desproporcionalmente elevado em termos de responsabilidade.

30. Subsidiariamente, o Governo alemão contesta os dois alegados incumprimentos quanto ao mérito. Em seu entender, em ambas as petições o pedido da Comissão é improcedente pelas mesmas razões aduzidas em relação à inadmissibilidade. Refere, a este propósito, o adágio *impossibilium nulla est obligatio* e o princípio *pacta sunt servanda*. Além disso, o Governo alemão alega, no processo C-28/01, que a decisão da cidade de Braunschweig de optar pela eliminação térmica dos resíduos e a consequente adjudicação à BKB — única empresa que dispunha na região de Braunschweig da infra-estrutura necessária para eliminar os resíduos segundo o método térmico — eram inevitáveis e justificadas pelo direito comunitário, tendo igualmente em vista o princípio da proximidade.

3 — JO L 395, p. 33; alterada pela Directiva 92/50.

4 — A redacção do n.º 6 do artigo 2.º da Directiva 89/665 é a seguinte: «Os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato celebrado na sequência da atribuição de um contrato de direito público serão determinados pelo direito nacional. Além disso, excepto se a decisão tiver de ser anulada antes da concessão de indemnizações, os Estados-Membros podem prever que, após a celebração do contrato na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação.»

31. O Governo do Reino Unido deu a conhecer, no articulado de intervenção, que questionava não tanto a admissibilidade das acções instauradas, mas a procedência de parte dessas acções. Atendendo, nomeadamente, à Directiva 89/665, sustenta que a questão de saber se um contrato público que indevidamente não foi objecto de concurso público pode ser dissolvido é sempre da competência do Estado-Membro em questão. O prosseguimento de um processo apenas com vista à obtenção de uma decisão jurisdicional que é impossível respeitar não tem qualquer interesse jurídico, uma vez que contraria o próprio direito nacional.

32. Na sua resposta, o Governo alemão invocou a inadmissibilidade da intervenção do Governo do Reino Unido.

uma condenação por violação dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), desta directiva.

34. O Governo alemão admite que a Directiva 92/50 era aplicável nos dois casos e que era necessário realizar concursos públicos. Este reconhecimento faz parte da inadmissibilidade que o mesmo invoca em sua defesa. No âmbito da apreciação da admissibilidade há pois que considerar, antes de mais, esta necessidade de concurso público (parte B). Depois, quanto ao mérito, é apreciado, nomeadamente, o fundamento relativo ao princípio da proximidade invocado a título subsidiário no processo C-28/01 (parte C). Contudo, deve começar-se por examinar a admissibilidade da intervenção do Reino Unido, que constitui um aspecto interessante do presente processo (parte A).

V — Apreciação

33. As ambições da Comissão nestas acções por incumprimento, enquanto tais, não são muito grandes. Segundo a Comissão, a República Federal da Alemanha violou o direito comunitário ao não respeitar as normas da Directiva 92/50 na adjudicação de dois projectos. O processo C-20/01 visa, mais especificamente, uma condenação por violação do artigo 8.º, conjugado com os artigos 15.º, n.º 2, e 16.º, n.º 1, da Directiva 92/50, e o processo C-28/01

A — Admissibilidade da intervenção do Reino Unido

35. O Governo alemão reagiu certamente com espanto à notificação das observações escritas do Governo do Reino Unido, que na qualidade de interveniente se associou formalmente aos pedidos da República Federal da Alemanha, mas que, em termos substanciais, subscreve grande parte dos pedidos da Comissão contestados pela República Federal da Alemanha.

36. Daí que, nas observações que apresentou na sequência do articulado de intervenção do Reino Unido, a demandada tenha posto em causa a admissibilidade desse articulado, na medida em que, no seu segundo pedido, o Reino Unido propõe ao Tribunal de Justiça que declare que a República Federal da Alemanha violou as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, ao não ter respeitado as normas relativas a adjudicações da Directiva 92/50. De acordo com o Governo alemão, os pedidos do interveniente podem, naturalmente, constituir um apoio parcial aos pedidos de uma das partes, mas o interveniente não pode, nos termos do artigo 93.º, n.º 5, alínea a), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, atacar também a parte que apoia. A intervenção deve ser inequívoca e, dado o seu carácter parcial, só pode ser a favor ou contra a posição de uma das partes. Neste aspecto, a intervenção no âmbito da acção por incumprimento distingue-se, segundo o Governo alemão, de uma intervenção nos termos do artigo 20.º do Regulamento de Processo no quadro de um processo prejudicial, em que o Estado-Membro intervém na qualidade de *amicus curiae*.

37. Na sua resposta, a Comissão chama igualmente a atenção para o facto de as acções por si intentadas visarem precisamente o mesmo que o segundo pedido do articulado de intervenção do Reino Unido. O terceiro pedido, que se destina a obter a improcedência das acções quanto ao restante, é para a Comissão incompreensível.

38. Partilho o espanto da República Federal da Alemanha e da Comissão. O Reino Unido pediu e obteve autorização para intervir no processo em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. No entanto, uma comparação dos pedidos revela que o segundo pedido do Reino Unido visa o mesmo que os pedidos da Comissão nas duas acções. Tanto o Reino Unido como a Comissão pretendem que o Tribunal de Justiça condene a República Federal da Alemanha por incumprimento da Directiva 92/50. O facto de o interveniente pedir depois a improcedência da acção quanto ao restante talvez se possa explicar pela ênfase que a sua alegação quanto ao mérito coloca nos efeitos da condenação por incumprimento das regras de procedimento. A sua opinião coincide neste ponto com o entendimento do Governo alemão. Todavia, as observações do Governo alemão a este propósito fazem parte da inadmissibilidade que ele invoca em sua defesa, ao passo que o Reino Unido referiu expressamente que não questiona a admissibilidade das acções intentadas pela Comissão.

39. As conclusões de uma das partes podem ser apoiadas apenas parcialmente e não na sua íntegra⁵. O Reino Unido podia optar por aderir à posição do Governo alemão no que diz respeito à questão da inadmissibilidade e às conclusões que este formula quanto ao mérito ou apenas em relação às conclusões quanto ao mérito. Optou por apoiar as conclusões quanto ao mérito.

5 — V., por exemplo, acórdão de 13 de Julho de 1995, Parlamento/Comissão (C-156/93, Colect., p. I-2019, n.ºs 14 e 15).

40. Coloca-se, no entanto, a questão de saber se, como pede o Governo alemão, a intervenção deve ser declarada inadmissível, uma vez que o pedido do Reino Unido quanto ao mérito é contrariado pelos pedidos do Governo alemão em matéria de admissibilidade.

41. A resposta a essa questão deve, no meu entender, ser afirmativa. Com efeito, a letra do Estatuto do Tribunal de Justiça e do seu Regulamento de Processo é clara. Nos termos do artigo 37.º, quarto parágrafo, do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, as conclusões do pedido de intervenção devem limitar-se a sustentar as conclusões de uma das partes. Esta disposição está na base do artigo 93.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento de Processo, o qual estipula que o pedido de intervenção deve conter a posição em apoio da qual o interveniente pretende intervir. O presidente ou o Tribunal de Justiça decidem, com base nesse pedido, se admite a intervenção. A referida disposição do Estatuto do Tribunal de Justiça é também desenvolvida no artigo 93.º, n.º 5, do Regulamento de Processo, onde são estabelecidos requisitos sobre o conteúdo do articulado de intervenção. Este deve, segundo a alínea a), conter, entre outras coisas, «uma exposição em que o interveniente declare as razões por que entende que os pedidos de *uma* das partes deveriam ser deferidos *ou* indeferidos, no todo ou em parte»⁶.

42. É manifesto que se optou de forma bem consciente por considerar que o interve-

niente num processo contraditório perante o Tribunal de Justiça toma partido e que a sua intervenção não consiste em apresentar articulados ou observações escritas e orais na qualidade de *amicus curiae* e, assim, assistir o órgão jurisdicional comunitário, como acontece ao abrigo do artigo 20.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e do n.º 4 do artigo 104.º do Regulamento de Processo. As regras processuais aplicáveis ao processo prejudicial na acepção do artigo 234.º CE não conhecem, neste aspecto, quaisquer restrições.

43. Embora o Tribunal de Justiça ainda não se tenha pronunciado expressamente sobre a questão em apreço, a jurisprudência vai no sentido de que as conclusões do interveniente não podem entrar em contradição com as da parte que é apoiada. O órgão jurisdicional comunitário é, naturalmente, tolerante no que se refere à apresentação pelo interveniente de novos argumentos no processo, mas estes argumentos devem visar o deferimento ou indeferimento dos pedidos de uma das partes⁷. A inclusão de novos pedidos ou o pedido feito ao Tribunal de Justiça no articulado para que decida sobre outros problemas torna a intervenção inadmissível⁸. O mesmo se pode afirmar relativamente às conclusões do interveniente que se baseiam em fundamentos totalmente diversos dos invocados pela parte que é apoiada⁹. Pode depreender-se deste facto que o interveniente não é livre de se desviar das conclusões da parte que formalmente apoia.

7 — Segundo o Tribunal de Justiça, o direito de intervenção perderia, de outro modo, todo o sentido; v., por exemplo, acórdão de 23 de Fevereiro de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade (30/59, Colect., p. 551).

8 — *V., a contrario*, acórdão de 9 de Outubro de 2001, Países Baixos/Parlamento e Conselho (C-377/98, Colect., p. I-7079, n.º 9).

9 — Acórdão de 17 de Março de 1993, Comissão/Conselho (C-155/91, Colect., p. I-939, n.º 24).

6 — O sublinhado é meu.

44. *A fortiori*, o interveniente também não pode intervir contrariando as conclusões da parte apoiada. O Reino Unido solicitou ao Tribunal de Justiça, no seu pedido de 17 de Abril de 2001, que o admitisse a intervir em apoio das conclusões da República Federal da Alemanha e o presidente do Tribunal de Justiça autorizou expressamente a sua intervenção em apoio das conclusões da demandada, mediante despacho de 18 de Maio de 2001¹⁰. O segundo pedido do articulado de intervenção, onde é solicitada a condenação da República Federal da Alemanha por incumprimento das regras de procedimento da Directiva 92/50, contraria o despacho do presidente.

45. Com base no exposto, entendo que o segundo pedido da parte interveniente deve ser declarado inadmissível¹¹.

B — Admissibilidade das acções instauradas pela Comissão

46. O Governo alemão sustenta a sua tese de que ambas as acções são inadmissíveis

10 — Esta autorização implica, entre outras coisas, que o interveniente receba comunicação de todos os actos notificados às partes, salvo se o presidente, a pedido de uma das partes, excluir dessa comunicação os documentos secretos ou confidenciais. V. n.º 3 do artigo 93.º do Regulamento de Processo.

11 — A fim de ser exaustivo, importa referir que o pedido para que sejam apensados os processos C-20/01 e C-28/01 constante do primeiro pedido do articulado de intervenção — datado de 17 de Setembro de 2001 — ficou sem objecto logo na sequência da decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2001.

com base no argumento de que os incumprimentos já se encontravam consumados no termo dos prazos previstos nos pareceres fundamentados. A celebração dos contratos com a EWE e com a BKB, respectivamente, pôs igualmente cobro ao incumprimento por si reconhecido das normas da Directiva 92/50. Por força do direito nacional aplicável, que está em conformidade com o direito comunitário — n.º 6 do artigo 2.º da Directiva 89/665 —, a violação das regras de procedimento da Directiva 92/50 não tem qualquer incidência sobre a validade desses contratos, os quais podem, assim, manter-se em vigor. Deste modo, a Comissão deixou de ter qualquer interesse objectivo no prosseguimento dos processos. Isto aplica-se *a fortiori* ao facto de o Governo alemão ter, por seu turno, tomado as necessárias medidas para evitar a repetição dos incumprimentos.

47. Esta tese não pode, no meu entender, ser aceite. Por um lado, ignora a natureza e o alcance das obrigações jurídicas que incumbem aos Estados-Membros por força Directiva 92/50; por outro lado, passa ao lado das consequências jurídicas que os incumprimentos da directiva podem ter, mesmo que estes incumprimentos não afetem a validade dos contratos enquanto tal.

48. A directiva comporta uma obrigação tripla para os Estados-Membros. Em primeiro lugar, estes devem assegurar que ela é transposta para a legislação nacional de modo a poder produzir os efeitos jurídicos a que se destina. Em segundo lugar, os

Estados-Membros devem velar por que as autoridades públicas adjudicantes também observem, efectivamente, essas normas. Em terceiro lugar, devem agir contra as ameaças de transgressão dessas normas.

49. Se se verificar, com base em casos concretos, que um Estado-Membro não cumpre ou não cumpre de forma suficiente esta tripla obrigação, surge uma situação que é contrária ao resultado visado pela directiva. A livre circulação de serviços deixa, nesse caso, de ser assegurada ¹².

50. Neste contexto, a Comissão tem um interesse objectivo em obter do Tribunal de Justiça a declaração de que a República Federal da Alemanha se encontra em situação de incumprimento relativamente às adjudicações em apreço efectuadas pelo município de Bockhorn e pela cidade de Braunschweig. Uma condenação deste tipo ultrapassa o âmbito dos dois casos concretos. Daí resulta ainda que a República Federal da Alemanha, enquanto destinatária da directiva, não a executou devidamente.

51. No meu entender, a afirmação implícita do Governo alemão de que, ao

admoestar as autoridades públicas, cumpriu a sua obrigação jurídica, pelo menos para o futuro, é insuficiente. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, os Estados-Membros são plenamente responsáveis pela observância da directiva no âmbito da respectiva competência territorial. As suas intervenções junto das autoridades públicas locais não desculpam eventuais incumprimentos futuros da directiva.

52. A comunicação feita pela Comissão em audiência de que lhe foram apresentadas outras queixas relativas a incumprimentos da directiva em apreço, algumas delas também parcialmente relacionadas com resíduos, evidencia o carácter permanente do dever de zelo dos Estados-Membros na execução e manutenção da directiva. O objecto da directiva implica que o cumprimento desse dever de zelo seja geralmente avaliado com base nos incumprimentos concretos das obrigações decorrentes da directiva. Desde logo por esta razão, considero insustentável a tese do Governo alemão segundo a qual a acção instaurada pela Comissão no presente caso é inadmissível.

53. Contudo, a posição do Governo alemão também é criticável de outro ângulo. Levada ao extremo, tornaria impossível uma actuação contra incumprimentos consumadas e irreversíveis do direito comunitário nos termos do artigo 226.º CE. Isto poderia abrir uma porta a violações sistemáticas da Directiva 92/50, através de contratos juridicamente inatacáveis e de

12 — A coordenação a nível comunitário dos processos de adjudicação das empreitadas públicas visa suprimir os entraves, nomeadamente, à livre circulação dos serviços e, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem propor serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro. V., por exemplo, acórdão de 18 de Outubro de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Colect., p. I-7725, n.º 32). V., também, o vigésimo considerando da Directiva 92/50.

longa duração. O mercado interno de serviços podia assim ser geograficamente fechado em relação a determinados tipos de actividades económicas exercidas sob responsabilidade pública, como a eliminação de resíduos ou a manutenção de estradas. Uma consequência desse tipo é, evidentemente, contrária aos principais objectivos da directiva.

54. Daí que a Comissão deva ter a possibilidade de, com base em casos concretos, pedir ao Tribunal de Justiça que declare que um Estado-Membro se encontra, ou corre o risco de se encontrar, em situação de incumprimento sistemático das obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 92/50.

55. Sob esta perspectiva, o interesse em obter a declaração de dois incumprimentos efectivos da directiva ultrapassa o quadro restrito desses dois incumprimentos. Com efeito, a acção por incumprimento prevista no artigo 226.º CE tem também por finalidade, além de fazer cessar o incumprimento concreto, obter, por parte do Estado recalcitrante, uma alteração de comportamento e evitar a reincidência¹³. A aceitar-se a posição do Governo alemão, esse resultado deixaria de poder ser alcançado.

56. A posição do Governo alemão teria uma consequência semelhante relativa-

mente à competência do Tribunal de Justiça prevista no n.º 2 do artigo 228.º CE, nos termos do qual este pode impor aos Estados-Membros o pagamento de uma sanção pecuniária por incumprimento de um acórdão. Se, conforme pede o Governo alemão, o Tribunal de Justiça declarasse inadmissível uma acção instaurada pela Comissão sempre que esta pedisse uma decisão relativa a incumprimentos da Directiva 92/50 tornados «definitivos», deixaria de poder aplicar o meio coercivo do referido artigo por incumprimentos repetidos da Directiva 92/50. Sem remédios jurídicos, a Comunidade ver-se-ia assim impotente para fazer face a incumprimentos sistemáticos da directiva.

57. O prosseguimento da acção por incumprimento faz todo o sentido, mesmo limitada aos dois casos em litígio. A Comissão observa, a justo título, que os incumprimentos verificados continuam a produzir efeitos jurídicos, uma vez que deram origem à celebração de contratos de longa duração. Nesse sentido, as adjudicações ainda não produziram todas as suas consequências jurídicas¹⁴. Não se trata de uma situação irreparável por natureza.

58. Os contratos em apreço foram celebrados com base em actuações ilegais, o que tem incidência na posição jurídica das partes cujos interesses podiam ser prejudi-

13 — Acórdão de 25 de Outubro de 2001, Alemanha/Comissão (C-276/99, Colect., p. I-8055, n.ºs 24, 25 e 32).

14 — Cf. acórdão de 31 de Março de 1992, Comissão/Itália (C-362/90, Colect., p. I-2353, n.ºs 11 e 12). Nesta decisão, o Tribunal de Justiça decidiu pela inadmissibilidade de uma acção por incumprimento, pelo facto de no termo do prazo fixado no parecer fundamentado o incumprimento imputado já ter produzido todos os seus efeitos e, por conseguinte, já não existir.

cados por essas actuações ilegais. Uma violação das regras de procedimento da Directiva 92/50 pode conferir direitos individuais a particulares, entre os quais o direito a indemnização, o qual deve ser feito valer nos termos do respectivo direito processual nacional¹⁵. A tese do Governo alemão de que terceiros não sofreram qualquer dano nos dois casos é irrelevante, uma vez que esta circunstância não pode influenciar a admissibilidade de uma acção instaurada nos termos do artigo 226.º CE¹⁶. O argumento é, além disso, contestável, uma vez que resulta dos autos que a Comissão teve conhecimento das alegadas ilegalidades na sequência de queixas apresentadas.

59. Uma condenação por incumprimento nos presentes processos esclarece e reforça a posição jurídica dos terceiros interessados e contribui, assim, para uma protecção jurídica efectiva dos particulares¹⁷. Por sua vez, uma acção de indemnização eficaz contribui para a manutenção do efeito útil da directiva, uma vez que incita o Estado-Membro a respeitar no futuro as normas de procedimento. Sob este ponto de vista, a condenação pelo Tribunal de Justiça serve igualmente o interesse de um funcionamento eficaz da directiva na ordem jurídica nacional.

15 — V., por exemplo, acórdão de 18 de Junho de 2002, HI (C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 26 e 27).

16 — V. acórdão de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Austria (C-328/96, Colect., p. I-7479, n.º 57).

17 — Uma condenação pelo Tribunal de Justiça permite que, numa acção de indemnização perante o órgão jurisdicional nacional, a violação do direito comunitário já esteja legalmente estabelecida. V., por exemplo, acórdão de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália (C-365/97, Colect., p. I-7773, n.º 24).

60. Tendo em conta o exposto, os restantes argumentos do Governo alemão podem ser objecto de uma apreciação sumária.

61. O adágio *pacta sunt servanda* é irrelevante, dado que a Comissão não negou que os contratos celebrados podem continuar a produzir efeitos. Contudo, isto não prejudica a já referida possibilidade de instaurar uma acção de indemnização, enquanto meio de correcção alternativo. De acordo com o Governo alemão, é igualmente irrelevante que o direito nacional que regula a responsabilidade seja suficiente e que não seja necessária uma acção de indemnização baseada no direito comunitário. O estado do direito nacional que regula a responsabilidade não é, em caso algum, decisivo para a questão da admissibilidade de uma acção por incumprimento da Directiva 92/50.

62. Por outro lado, cabe naturalmente ao Tribunal de Justiça declarar a existência do incumprimento, mesmo que o Estado em causa não o conteste¹⁸. O argumento que a demandada retirou do artigo 232.º CE, segundo o qual a confissão de uma violação do Tratado torna supérflua uma declaração do incumprimento pelo Tribunal de Justiça, por falta de interesse objectivo, não pode ser acolhido, já que no presente caso o interesse objectivo existe.

18 — V., por exemplo, acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/Dinamarca (C-243/89, Colect., p. I-3353, n.º 30).

63. O Governo alemão alegou ainda que a acção foi instaurada pela Comissão *ultra petita* e que é, por essa razão, inadmissível. Este argumento já não é defensável, uma vez que as conclusões das petições têm o mesmo alcance das acusações formuladas pela Comissão na fase pré-contenciosa e, mais precisamente, no parecer fundamentado¹⁹. Nos dois casos, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a Alemanha não respeitou as mesmas regras de procedimento da Directiva 92/50 no âmbito dos referidos projectos.

64. Com base no exposto, considero que há interesse em agir nos dois processos e que as acções instauradas pela Comissão são admissíveis.

condições de aplicação da Directiva 92/50. O tratamento das águas residuais é um serviço na acepção do artigo 8.º e do anexo IA, categoria 16 («Esgotos e eliminação de resíduos; serviços de saneamento e afins»). Embora a EWE tivesse assumido para com o município de Bockhorn não só o compromisso de proceder ao tratamento das águas residuais enquanto tal, como o de construir determinadas instalações com vista à sua evacuação, não se contesta que a execução destas obras reveste um carácter acessório em relação ao objecto principal da adjudicação — o tratamento das águas residuais. Apesar do carácter misto do contrato, o facto de as obras serem acessórias e não constituírem o objecto do contrato não permite classificá-lo de contrato de empreitada de obras públicas na acepção da directiva relativa às adjudicações²⁰. Mesmo limitado à parte que se refere ao tratamento das águas residuais em sentido estrito, num montante anual de cerca de um milhão de DEM, o valor de mercado ultrapassa largamente o limite de 200 000 euros que o artigo 7.º da Directiva 92/50 fixou para o contrato no seu todo.

C — Quanto ao mérito

1. Processo C-20/01

65. No processo C-20/01 a Comissão considerou, no meu entender correctamente, que se encontravam preenchidas todas as

66. O município de Bockhorn era, pois, obrigado, por força dos artigos 8.º e 15.º, n.º 2, da Directiva 92/50, a realizar a adjudicação de um contrato para o tratamento das águas residuais e, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º, a dar a conhecer o resultado do processo de adjudicação ao

19 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Austria (referido no nota 16, n.º 40).

20 — V. décimo sexto considerando da directiva 92/50. V. ainda acórdão de 19 de Abril de 1994, Gestión Hostelería Internacional (C-331/92, Colect., p. I-1329, n.ºs 26 e 27).

Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

67. As acusações da Comissão também não são efectivamente contestadas pelo Governo alemão no processo C-20/01. Na contestação, faz-se uma remissão global, quanto à apreciação do mérito, para os argumentos aduzidos no âmbito da questão prévia da admissibilidade, mas esta argumentação é manifestamente insustentável.

2. Processo C-28/01

68. Não se contesta, neste processo, que a cidade de Braunschweig partiu claramente do princípio de que a Directiva 92/50 era aplicável no caso da atribuição do contrato à BKB. As partes divergem quanto à questão de saber se estavam preenchidos os pressupostos para a adjudicação através de procedimento por negociação na acepção do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50. Segundo esta disposição, podem ser celebrados contratos públicos sem publicação prévia de um anúncio quando, nomeadamente por motivos técnicos, os serviços apenas possam ser executados por um prestador de serviços determinado.

69. O Governo alemão justificou a falta de concurso público com base no facto de, tendo em conta as circunstâncias do caso, o contrato relativo à eliminação de resíduos

apenas poder ser atribuído à BKB, que já se encontrava estabelecida em Braunschweig. A cidade de Braunschweig optou por uma forma de eliminação de resíduos local, evitando deste modo o transporte de resíduos em grandes distâncias. A proximidade regional da eliminação dos resíduos era, pois, um requisito essencial para a execução do objecto do contrato. O critério da proximidade regional da capacidade de tratamento e da distância de transporte curta está, além disso, segundo o Governo alemão, em conformidade com o princípio da reparação, prioritariamente na fonte, dos danos ao ambiente. Este princípio está consagrado no artigo 174.º, n.º 2, CE (ex-artigo 130.º R, n.º 2, do Tratado) e é concretizado pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência²¹. Tendo em conta as suas instalações, a BKB era a única empresa em condições de levar a cabo a desejada eliminação térmica dos resíduos. Nenhuma outra empresa dispunha, à data da celebração do contrato, da infra-estrutura necessária para a eliminação de resíduos na região de Braunschweig, conforme demonstrado por um estudo de mercado realizado pela cidade de Braunschweig. Se tivesse sido necessário construir uma nova instalação industrial, os prazos fixados para a eliminação total dos resíduos não poderiam ter sido cumpridos.

70. A Comissão chama a atenção, em primeiro lugar, para o facto de a derrogação prevista no n.º 3 do artigo 11.º da

21 — A título exemplificativo, o Governo alemão remete para o acórdão de 9 de Julho de 1992, Comissão/Bélgica (C-2/90, Colect., p. I-4431).

Directiva 92/50, por se tratar de uma excepção à regra principal, dever ser interpretada restritivamente. Apenas no caso de o contrato só poder ser efectivamente executado por uma única empresa, pelos motivos expressamente referidos naquela disposição, é que seria permitido um procedimento por negociação. Em relação ao contrato em apreço, não ficou provado que o mesmo só podia ser levado a cabo pela BKB.

71. De resto, quanto à consideração de critérios relativos à protecção do ambiente na adjudicação de contratos públicos, a Comissão considera que esses critérios nunca poderão ser aplicados de forma discriminatória. No seu entender, é o que se passa neste caso. O único critério utilizado é o da proximidade geográfica, não tendo sido ponderados outros aspectos ambientais. Assim, as empresas de fora da região poderiam ter proposto outras técnicas para a eliminação dos resíduos não poluentes. Além disso, no caso de conflito de interesses, o princípio da proximidade do n.º 2 do artigo 174.º CE não tem prioridade relativamente a outros objectivos comunitários, mas deve apenas ser adequadamente considerado na execução da política comunitária.

72. A este propósito, há que salientar, desde logo, que a Comissão argumentou, a justo título, que o âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50, por se tratar de uma excepção à regra de que os contratos públicos abrangidos pela directiva devem ser adjudicados segundo o processo comunitário, deve ser objecto de uma interpretação estrita. Isto pressupõe que o ónus da prova de que se encontram efectivamente reunidas as circunstâncias

excepcionais que justificam a derrogação cabe a quem delas pretenda prevalecer-se²².

73. A possibilidade que o n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50 oferece às entidades adjudicantes de adjudicarem contratos públicos sem anúncio prévio justifica-se pelo facto de existir, nesses casos, um único prestador designado. Nestas circunstâncias, o concurso público obrigatório constitui um procedimento supérfluo. Para que esta disposição seja invocada com êxito é, pois, necessário demonstrar, sem possibilidade de prova em contrário, que só existe uma empresa efectivamente em condições de realizar o contrato.

74. Recentemente, no acórdão Concordia Bus Finland, o Tribunal de Justiça declarou que os critérios em matéria de protecção do ambiente também fazem parte dos critérios de adjudicação de contratos que podem ser tomados em conta pela entidade adjudicante nos termos do artigo 36.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 92/50²³. À luz desta jurisprudência, julgo que é concebível que os princípios relativos à protecção do ambiente também sejam considerados no âmbito da aplicação do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50, a fim de determinar se existe apenas um prestador único. No entanto, o acórdão Concordia Bus Finland também revela que a utilização de critérios relativos à protecção do ambiente no processo de adjudicação deve ser objecto

22 — V., neste sentido, por exemplo, acórdão de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha (C-318/94, Colect., p. I-1949, n.º 13).

23 — Acórdão de 17 de Setembro de 2002 (C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 57).

de um exame crítico e não pode servir de cheque em branco para iludir o objectivo fundamental das directivas comunitárias em matéria de adjudicações, a saber, a realização do mercado interno e a erradicação das desigualdades de tratamento²⁴.

75. Concretamente, a aplicação do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50 comporta o risco intrínseco de uma discriminação dissimulada, uma vez que o fundamento de excepção pressupõe, por definição, um tratamento desigual e o favorecimento de um único adjudicatário. O ponto de vista do Governo alemão leva a que seja dada preferência aos interesses estabelecidos em Braunschweig e a que os prestadores alternativos de outras regiões sejam, logo de antemão, excluídos. Daí que a obrigação de produzir prova convincente seja reforçada em relação a este fundamento de derrogação.

76. Em meu entender, o Governo alemão não conseguiu demonstrar de forma convincente que a BKB era efectivamente a única prestadora a que a cidade de Braunschweig podia razoavelmente lançar mão para a eliminação (térmica) dos resíduos. Independentemente da fiabilidade do relatório superficialmente referido pelo Governo alemão, que foi mandado elaborar pela cidade de Braunschweig, é impensável que não existissem vários candidatos

sérios para um contrato com uma duração não inferior a 30 anos. Com efeito, a eliminação (térmica) de resíduos não é uma actividade económica de tal forma única e excepcional que apenas uma empresa esteja em condições de a exercer.

77. Apesar de a cidade de Braunschweig ter optado por uma forma específica de eliminação de resíduos, era de esperar que a entidade adjudicante, ao invocar o fundamento de excepção do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 92/50, demonstrasse de forma convincente que não podiam ser utilizadas outras técnicas para alcançar o resultado — eliminação de resíduos — da mesma maneira em termos de técnica do ambiente. Esta prova pode ser produzida quando os critérios que presidem à escolha desta forma de eliminação de resíduos são objectivos e transparentes. Ao longo do processo, a República Federal da Alemanha não fundamentou, ou não fundamentou de forma suficiente, a sua tese segundo a qual, independentemente das distâncias de transporte, qualquer outra solução não seria razoável do ponto de vista ecológico. Por outro lado, tão-pouco ficou demonstrado que o transporte numa maior distância dos resíduos em causa constituía em absoluto um perigo para o ambiente ou — eventualmente — para a saúde pública²⁵.

25 — V., também, a este propósito, acórdão 25 de Junho de 1998, Dusseldorp e o. (C-203/96, Colect., p. I-4075, n.ºs 46 e 47). Tratava-se da questão de saber se o tratamento dos filtros de óleo nos outros Estados-Membros e o respectivo transporte numa maior distância, em consequência da exportação, constituíam perigo para a saúde e para a vida das pessoas na aceção do actual artigo 30.º CE. Não só decorria do processo que o tratamento dos filtros nos dois Estados-Membros em causa era comparável, como também não se provou perante o Tribunal de Justiça que o transporte dos filtros de óleo constituía um perigo para o ambiente ou para a vida e a saúde das pessoas.

24 — Acórdão Concordia Bus Finland (já referido na nota 23, n.ºs 59 a 64, com remissão para jurisprudência anterior).

78. No presente caso, era indispensável um concurso público na acepção desta directiva. A acção instaurada pela Comissão deve, por conseguinte, ser julgada procedente.

VI — Conclusão

79. Com base no exposto, proponho que o Tribunal de Justiça:

No processo C-20/01:

- 1) Declare que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 8.º, conjugado com os artigos 15.º, n.º 2, e 16.º, n.º 1, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, ao não submeter a concurso o contrato relativo ao tratamento das águas residuais do município de Bockhorn e ao não dar a conhecer o resultado do processo de adjudicação na série S do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.
- 2) Condene a República Federal da Alemanha nas despesas.

No processo C-28/01:

- 1) Declare que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50/CEE, na medida em que a cidade de Braunschweig adjudicou um contrato relativo à eliminação de resíduos através de um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso, apesar de não se encontrarem preenchidos os pressupostos previstos na Directiva 92/50/CEE para a adjudicação através de procedimento por negociação sem concurso alargado ao espaço europeu.

- 2) Condene a República Federal da Alemanha nas despesas.