

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 10 de Outubro de 2002¹

I — Introdução

II — O enquadramento jurídico

A — O direito comunitário

1. O presente pedido de decisão prejudicial do Bundesvergabeamt austríaco refere-se à interpretação de determinados artigos da Directiva 89/665/CEE² e da Directiva 93/36/CEE³. Mais precisamente, trata-se de saber se a instância competente para o processo de recurso pode, nos litígios sobre concursos, suscitar oficiosamente e independentemente dos pedidos das partes, factos e circunstâncias que a mesma considere importantes para a apreciação da legalidade do processo de concurso. O órgão jurisdicional de reenvio pretende ainda saber quais as consequências dessa decisão adoptada oficiosamente ao nível da legitimidade do queixoso para apresentar um pedido de indemnização por ilegalidades no processo de concurso. Por outro lado, é questionada a licitude de alguns dos critérios utilizados no processo de adjudicação em causa no processo principal.

2. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, conforme alterado pelo artigo 41.º da Directiva 92/50, dispõe:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, nomeadamente, no n.º 7 do artigo 2.º, com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito.»

1 — Língua original: neerlandês.

2 — Directiva 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 fornecimentos (JO L 395, p. 33).

3 — Directiva do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

3. O artigo 2.º, n.ºs 1, 6 e 8, da Directiva 89/665 dispõe:

brado na sequência da atribuição de um contrato de direito público serão determinados pelo direito nacional.

«1. Os Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

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.

[...]

b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa;

[...]

c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.

8. Sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não possuam natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado [actual artigo 234.º CE] e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base.

[...]

6. Os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato cele-

A nomeação dos membros dessa instância independente e a cessação do seu mandato estão sujeitas às mesmas condições do que as aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua inamovibilidade. No mínimo, o presidente dessa instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente tomará as suas decisões na sequência de um processo contraditório e essas decisões produzirão, pelos meios determinados por cada Estado-Membro, efeitos jurídicos coercivos.»

térios de selecção qualitativa) do título IV, enuncia:

«A prova de capacidade técnica do fornecedor pode ser fornecida por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade e a finalidade dos produtos a fornecer:

- a) Lista dos principais fornecimentos efectuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados:

4. O artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 93/36, que faz parte do capítulo 1 (Regras comuns de participação) do título IV, dispõe:

«A atribuição do contrato faz-se com base nos critérios previstos no capítulo 3 do presente título, tendo em conta o disposto no artigo 16.º, após verificação pelas entidades adjudicantes da aptidão dos fornecedores não excluídos por força do artigo 20.º, de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica referidos nos artigos 22.º, 23.º e 24.º»

— quando se trate de fornecimentos a entidades públicas, a prova dos fornecimentos é feito por meio de certificados emitidos ou visados pela autoridade competente;

— quando se trate de fornecimentos a particulares, a prova é feita por meio de declaração do comprador, admitindo-se, na sua falta, a apresentação de uma simples declaração do fornecedor;

5. O artigo 23.º, n.º 1, da Directiva 93/36, que faz parte do capítulo 2 (Cri- [...]

d) Relativamente aos produtos a fornecer, por amostras, descrições e/ou fotografias cuja autenticidade deve poder ser certificada a pedido da entidade adjudicante;

B — *O direito nacional*

7. Tanto a Directiva 93/36 como a Directiva 89/665 foram transpostas pela Bundesvergabegesetz⁴ (lei federal relativa às adjudicações de contratos públicos, a seguir «BVerG») para o direito austríaco.

[...]

6. Nos termos do artigo 26.º, n.º 1, da Directiva 93/36, que é parte do capítulo 3 (Critérios de adjudicação dos contratos) do título IV:

8. O § 113 desta lei dispõe:

«1. O Bundesvergabeamt é competente para apreciar os processos de recurso que lhe sejam submetidos, em conformidade com as disposições do capítulo seguinte.

«Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos são:

2. Até à adjudicação e com a finalidade de reparar as infracções a esta lei federal e aos seus regulamentos de execução, o Bundesvergabeamt é competente para:

a) Ou unicamente o preço mais baixo;

1. decretar medidas provisórias, bem como

b) Ou, quando a adjudicação contemplar a proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão: por exemplo, o preço, o prazo da entrega, o custo de utilização, a rentabilidade, a qualidade, o carácter estético e funcional, o valor técnico, o serviço após venda e a assistência técnica.»

2. anular decisões ilegais tomadas pela entidade adjudicante.

⁴ — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 56/1997.

3. Após a adjudicação ou o encerramento do processo de concurso, o Bundesvergabeamt pode verificar se, em razão de uma violação da presente lei ou dos seus regulamentos de execução, o contrato não foi adjudicado ao concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa.

5. A petição deve conter:

1. a identificação precisa do processo de concurso bem como da decisão impugnada,

[...]»

[...]»

9. O § 115, n.ºs 1 e 5, enuncia o seguinte:

10. De acordo com o artigo II, n.º 2, alínea c), ponto 40a, da Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (lei introdutória às leis de procedimento administrativo de 1991), a Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (lei geral do procedimento administrativo de 1991) aplica-se ao procedimento administrativo do Bundesvergabeamt.

«1. Uma empresa que afirme ter um interesse na celebração de um contrato abrangido pelo âmbito de aplicação desta lei pode recorrer de uma decisão da entidade adjudicante no decurso do processo de concurso por violação da lei, na medida em que a referida ilegalidade lhe tenha causado ou ameace causar prejuízo.

11. O § 39, n.ºs 1 e 2, da Lei geral do procedimento administrativo de 1991 dispõe:

«1. A aplicação do processo de instrução está sujeita às disposições administrativas.

[...]

2. No caso de a legislação administrativa ser omissa a este respeito, a autoridade

competente deve agir oficiosamente e providenciar para que a instrução decorra no respeito pelas disposições constantes da presente parte.

4 174 290 ATS líquidos e a de outro concorrente de 4 168 690 ATS, sem IVA.

[...]

14. No caderno de encargos, o ponto B.1.13, intitulado «Apreciação das propostas», dispõe:

III — Os factos no processo principal e a tramitação do processo

«B.1.13 Apreciação das propostas

12. Em 2 de Março de 2000, o Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau (serviço de gestão e manutenção das auto-estradas) lançou em toda a Europa, em nome da Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen- Aktiengesellschaft (sociedade austríaca de auto-estradas e vias rápidas), como entidade adjudicante, um concurso público de fornecimento de um «veículo especial: máquina de varrer nova, em estado de funcionamento e com as autorizações administrativas necessárias, destinada ao serviço de gestão e manutenção da auto-estrada de Kalwang, na auto-estrada A9, denominada auto-estrada de Phyrn».

A proposta técnica e economicamente mais favorável é determinada segundo o princípio da proposta mais vantajosa. Condição essencial é que os veículos propostos cumpram os requisitos do caderno de encargos.

A avaliação é feita do seguinte modo:

13. As propostas apresentadas foram abertas em 25 de Abril de 2000. Juntamente com quatro outros concorrentes, a recorrente no processo principal, GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (a seguir «GAT»), como representante geral da empresa alemã Bucher-Schörling, apresentou uma proposta com o preço de 3 517 020 ATS, sem IVA. A proposta da ÖAF & Steyr era de

Na avaliação das propostas, há que partir sempre da proposta mais favorável e calcular o número de pontos relativamente a esta última.

[...]

2) Outros critérios

Os outros critérios podem dar lugar à atribuição de 100 pontos, que contarão 20% na avaliação global.

2.1. Lista das referências de clientes de máquinas de varrer nas regiões alpinas da União Europeia (referências em língua alemã): avaliação em 20 pontos.

Fórmula de cálculo:

Número de clientes mais elevado dividido pelo número de clientes mais elevado imediatamente a seguir, multiplicado por 20 pontos.»

15. Em 16 de Maio de 2000, a entidade adjudicante recusou a proposta da GAT com o fundamento de que a proposta não era compatível com o caderno de encargos porque a máquina de limpeza dos passeios proposta só podia funcionar com temperaturas até 0° C, quando o caderno de encargos previa uma temperatura mínima de funcionamento de -5° C. Além disso, a recorrente, apesar dos convites feitos nesse sentido pela entidade adjudicante, não preencheu o requisito previsto no anúncio do concurso segundo o qual o aparelho devia poder ser examinado num raio de 300 km do local em que a entidade

adjudicante tem a sua sede. Por outro lado, a entidade adjudicante pôs em dúvida o preço proposto pela recorrente. Finalmente, apesar dos convites feitos nesse sentido pela entidade adjudicante, a recorrente não apresentou de forma suficientemente pormenorizada o sistema técnico de limpeza dos reflectores da máquina que propunha.

16. Em conformidade com a proposta de 31 de Julho de 2000, a empreitada foi adjudicada à empresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG, por carta de 23 de Agosto de 2000. Os outros concorrentes foram informados por carta de 12 de Julho de 2000 da adjudicação à referida empresa. A GAT foi informada da recusa da sua proposta por carta de 17 de Julho de 2000 e por carta de 5 de Outubro de 2000 do nome da empresa adjudicatária e do montante do contrato.

17. Em 17 de Novembro de 2000, a recorrente pediu que fosse declarado que a empreitada não tinha sido adjudicada ao concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa e que a sua proposta tinha sido ilegalmente excluída. Em sua opinião, a descrição técnica da limpeza dos reflectores que juntou à proposta era suficiente para um especialista. Além disso, a entidade adjudicante foi convidada para uma visita de trabalho à fábrica do fornecedor da recorrente. A GAT alegou ainda que o critério de adjudicação relativo à possibilidade de examinar o aparelho objecto do contrato «num raio de 300 km do local em

que a entidade adjudicante tem a sua sede» é contrário às exigências do direito comunitário, na medida em que constitui uma discriminação indirecta. A entidade adjudicante deveria ter admitido todos os objectos de referência que se encontram na Europa. Além disso, este critério apenas poderia ter servido como critério de adjudicação e não, como erradamente veio a fazer a entidade adjudicante, como critério de aptidão. Observou também que, efectivamente, a versão de base da máquina de varrer que propôs apenas pode funcionar com temperaturas até 0° C. No entanto, a entidade adjudicante reservou-se a possibilidade de adquirir um acessório opcional. O acessório fornecido pela recorrente permitia, como exigido pelo caderno de encargos, operar com temperaturas até -5° C. Finalmente, o preço por ela proposto não é minimamente injustificado. De facto, a recorrente teve a oportunidade de explicar detidamente à entidade adjudicante por que razão o seu preço era tão baixo.

IV — As questões prejudiciais

18. Uma vez que segundo o Bundesverwaltungsamt é necessária uma decisão prejudicial do Tribunal de Justiça, o mesmo submeteu ao Tribunal de Justiça, por despacho de 11 de Julho de 2001, as seguintes questões prejudiciais:

«1) a) Resulta do artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665, de outra disposição desta directiva ou de qualquer outra disposição de direito comunitário que a instância res-

ponsável pela apreciação dos processos de recurso na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, incluindo a que dispõe da competência referida no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), não tem o direito de suscitar oficiosamente, e independentemente dos pedidos das partes, circunstâncias juridicamente relevantes para a adjudicação que, em sua opinião, tenham importância para a decisão a tomar no processo de recurso?

- b) O disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, eventualmente em conjugação com outros princípios do direito comunitário, opõe-se a que a instância responsável pela apreciação dos processos de recurso na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, incluindo a que dispõe da competência referida no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), indefira um pedido de um proponente destinado indirectamente a obter uma indemnização, nas situações em que o processo de adjudicação já padece de um vício material em razão de outra decisão da entidade adjudicante que não a impugnada por este proponente, com o fundamento de que o eventual prejuízo deste último se teria igualmente verificado por outras razões e independentemente da decisão impugnada?

- 2) Em caso de resposta negativa à questão 1), alínea a), as disposições da Directiva 93/36, em especial as dos

artigos 15.º a 26.º desta directiva, proíbem que a entidade adjudicante, ao lançar processos de adjudicação, tenha em conta referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes não para efeitos de avaliação da aptidão destes últimos, mas como critério de adjudicação, de modo que a apreciação negativa dessas referências não levará à exclusão do proponente do processo de adjudicação, mas simplesmente à avaliação da sua proposta de forma menos favorável, por exemplo, no quadro de um sistema por pontos, no qual uma apreciação desfavorável das referências poderia ser compensada por um preço menos elevado?

- 3) Em caso de resposta negativa às questões 1), alínea a), e 2, um critério de adjudicação nos termos do qual só o número das referências de produtos é tomado em consideração, sem uma análise detalhada da questão de saber se a experiência dos compradores com esse produto foi boa ou má, e que apenas tem em conta referências provenientes das regiões alpinas da União Europeia é compatível com as disposições pertinentes do direito comunitário, incluindo o artigo 26.º da Directiva 93/36, com o princípio da igualdade de tratamento e com os compromissos de direito público internacional assumidos pelas Comunidades?

- 4) Um critério de adjudicação segundo o qual apenas podem ser objecto de apreciação positiva as propostas que possam ser examinadas visualmente,

num raio de 300 km do local da sede da entidade adjudicante, é compatível com as disposições do direito comunitário, especialmente com o princípio da igualdade de tratamento?

- 5) Em caso de resposta afirmativa à questão 2) ou de resposta negativa às questões 3) e 4), o disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, eventualmente em conjugação com outros princípios do direito comunitário, deve ser interpretado no sentido de que, quando a infracção cometida pela entidade adjudicante consiste na fixação de um critério de adjudicação ilegal, o proponente só tem direito a indemnização se se puder provar, em concreto, que, sem o critério de adjudicação ilegal, teria apresentado a proposta mais vantajosa?»

V — Apreciação

19. No presente processo, foram apresentadas observações escritas no Tribunal de Justiça pela GAT, pelo Governo austríaco e pela Comissão. Tanto a Comissão como o Governo austríaco contestaram a admissibilidade das questões. Começo por analisar este aspecto.

A — A competência do Bundesvergabeamt para apresentar questões prejudiciais

B — A admissibilidade das questões prejudiciais

20. A Comissão questiona a admissibilidade das questões, visto que as decisões do Bundesvergabeamt não possuem natureza jurisdicional. Remete para as observações que apresentou no processo Siemens e Arge, C-314/00, pendente no Tribunal de Justiça. Nesse processo, a Comissão observa que o Bundesvergabeamt preenche os critérios de um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º CE, conforme estabelecidos pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência, mas questiona a natureza jurisdicional das respectivas decisões. Remete, a esse propósito, para a jurisprudência em que o Tribunal de Justiça decidiu que os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional. A Comissão faz referência, em particular, aos processos Victoria Film A/S, C-134/97⁵ e Salzmann, C-178/99⁶. A Comissão questiona a natureza jurisdicional das decisões porque o órgão jurisdicional de reenvio observou, no processo C-314/00, que os despachos do Bundesvergabeamt na acepção do § 113, n.º 2, segunda frase, da BVergG não contêm uma ordem dirigida à entidade adjudicante susceptível de execução. Nestas circunstâncias, a Comissão não exclui que as decisões do Bundesvergabeamt não apresentem as características de uma decisão jurisdicional.

21. O Governo austríaco entende que as questões 1a e 5 não são admissíveis. Entende que se pode inferir da decisão de reenvio que estas questões foram colocadas num processo com base no § 113, n.º 3, da BVergG. Segundo o Governo austríaco, este processo não é nenhum processo de recurso na acepção da Directiva 89/665, mas um processo declarativo. A esse propósito, o Governo austríaco esclarece que o legislador utilizou a faculdade do artigo 2.º, n.º 6, segunda frase, da Directiva 89/665, ao prever que, após a celebração do contrato na sequência da adjudicação, só pode ser apresentado um pedido de indemnização. O Governo austríaco explica que o Bundesvergabeamt é competente para os processos de recurso na acepção da directiva. A esta entidade não foram, no entanto, atribuídas as competências referidas no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665. Com base no § 113, n.º 3, após a celebração do contrato, o Bundesvergabeamt deve limitar-se a determinar se existe ou não uma violação da legislação sobre concursos públicos (v. a disposição análoga do § 117, n.º 3, da BVergG). A razão para a atribuição desta tarefa ao Bundesvergabeamt é de natureza económico-processual. Em primeiro lugar, o Bundesvergabeamt, na qualidade de especialista na área dos contratos públicos, é a entidade mais adequada para o efeito. Além disso, permite evitar possíveis divergências na jurisprudência, custos processuais desnecessários e uma maior duração do processo. No entanto, para a concessão de indemnizações é competente um órgão jurisdicional civil. O processo declarativo

5 — Acórdão de 12 de Novembro de 1998 (Colect., p. I-7023, n.º 14).

6 — Acórdão de 14 de Junho de 2001 (Colect., p. I-4421, n.º 14).

no Bundesvergabeamt deve ser prévio relativamente a uma eventual acção de indemnização perante um órgão jurisdicional civil, porque, caso contrário o pedido é inadmissível nos termos do § 125, n.º 2, da BVergG. O mesmo artigo estipula também que as partes e o órgão jurisdicional civil estão vinculados pela decisão do Bundesvergabeamt. Segundo o Governo austríaco, decorre do atrás exposto que o processo declarativo não é um processo na acepção da Directiva 89/665 e que, por conseguinte, não é necessária uma resposta às questões 1a e 5 para a decisão no processo principal.

C — *Apreciação*

22. A Comissão não nega que esta instância preenche os critérios de uma instância jurisdicional, desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça em jurisprudência anterior. Interroga-se, no entanto, sobre a questão de saber se as decisões do Bundesvergabeamt se reconduzem a uma decisão de natureza jurisdicional. Em contrapartida, o Governo austríaco restringe a questão prévia da inadmissibilidade às questões prejudiciais 1a e 5. Segundo este governo, o Bundesvergabeamt não necessita destas respostas para proferir uma decisão. Com efeito, as questões colocadas referem-se a aspectos para os quais esta instituição não é competente.

23. Começarei por analisar a questão prévia levantada pela Comissão. Serei breve. É indubitável que se trata de um órgão jurisdicional na acepção de artigo 234.º CE. O Tribunal de Justiça já o reconheceu (implicitamente) diversas vezes⁷. A questão de saber se as decisões do Bundesvergabeamt também têm muitas vezes carácter jurisdicional foi recentemente abordada nas conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Felix Swoboda, C-411/00⁸. O mesmo refere, com razão, que uma instância pode tomar decisões de carácter jurisdicional, mesmo que esse órgão não disponha de competência para proferir decisões jurisdicionais susceptíveis de execução. Refere, a título exemplificativo, o próprio Tribunal de Justiça que, excepto nos casos em que é proferida decisão em processo de medidas provisórias, também não possui essa competência. Partilho desta opinião. Conforme é observado nas referidas conclusões, embora o Bundesvergabeamt não disponha dessa capacidade de dirigir intimações à entidade adjudicante, tem contudo um poder de anulação das suas decisões, as quais são vinculativas. No processo em que o advogado-geral J. Mischo apresentou as suas conclusões, tratava-se igualmente de um caso em que o Bundesvergabeamt já não podia anular a decisão da entidade adjudicante, uma vez que o contrato de adjudicação já tinha sido celebrado e nessas circunstâncias, de acordo com a legislação austríaca, só é possível apresentar-se um pedido de indemnização. Nesse caso resta ao Bundesvergabeamt, nos termos do § 113, n.º 3, da

7 — V., por exemplo, os acórdãos de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73); de 24 de Setembro de 1998, Tögel (C-76/97, Colect., p. I-5357); de 24 de Setembro de 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Colect., p. I-5411); de 16 de Setembro de 1999, Fracasso e Leitschutz (C-27/98, Colect., p. I-5697); de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671); de 7 de Dezembro de 2000, Telaarstria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745); e de 7 de Dezembro de 2000, ARGE (C-94/99, Colect., p. I-11037).

8 — Conclusões de 18 de Abril de 2002 (acórdão de 14 de Novembro de 2002, p. I-10567, p. I-10570).

BVergG, a faculdade de apreciar se o contrato não foi adjudicado ao melhor proponente. Uma decisão desse tipo não é uma decisão sem qualquer significado. Em primeiro lugar, resulta do § 125, n.º 2, da BVergG que é necessário um processo desses perante o Bundesvergabeamt, sob pena de inadmissibilidade de uma acção de indemnização subsequente perante o órgão jurisdicional civil. Em segundo lugar, as partes e o órgão jurisdicional civil estão vinculados pela decisão do Bundesvergabeamt. Concorro, pois, com a conclusão do advogado-geral J. Mischo de que o Bundesvergabeamt, na sua qualidade de órgão jurisdicional, é competente para a colocação de questões prejudiciais.

24. De seguida, deverá analisar-se a questão de saber se todas as questões colocadas são também admissíveis — o que é contestado pelo Governo austríaco. A Áustria afirma que os processos declarativos não constituem processos de recurso na acepção da Directiva 89/665. Não posso partilhar esta opinião.

25. Resulta da sistemática da legislação austríaca que as competências do artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da directiva são atribuídas ao Bundesvergabeamt e a competência do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), ao órgão jurisdicional civil. Para efectuar esta repartição de competências, o legislador austríaco recorreu ao artigo 2.º, n.º 2, da directiva. Seguidamente, a Áustria utilizou a faculdade prevista no artigo 2.º, n.º 6, da directiva. De acordo com esta disposição, os Estados-Membros podem optar por limitar os poderes da instância de recurso responsável à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por

uma violação, no caso de já ter sido celebrado contrato na sequência da atribuição de um contrato de direito público.

26. A directiva obriga os Estados-Membros a preverem competências em matéria de processos de medidas provisórias, processos de anulação e processos de indemnização. O facto de o legislador austríaco ter posteriormente previsto na sua ordem jurídica, no âmbito dos processos de indemnização, um processo em dois níveis (o processo que Governo austríaco designa de declarativo, perante o Bundesvergabeamt, e o processo de indemnização propriamente dito, perante o órgão jurisdicional civil) em nada altera a competência do Bundesvergabeamt para colocar questões prejudiciais. Tanto mais que o órgão jurisdicional civil está vinculado pela decisão do Bundesvergabeamt. Os processos estão, pois, estreitamente interligados. Se o Bundesvergabeamt não pudesse colocar questões prejudiciais no processo que o Governo austríaco designa de declarativo, pôr-se-ia em causa o efeito útil da directiva.

27. Com efeito, decorre da sistemática da legislação austríaca que é o Bundesvergabeamt quem declara se foram preenchidos os requisitos decorrentes das directivas sobre concursos públicos. Esta declaração, conforme referido nos números anteriores, produz efeitos jurídicos, porque com base na mesma pode ser instaurada uma acção de indemnização junto do órgão jurisdicional civil. Uma vez que as decisões do Bundesvergabeamt têm efeitos jurídicos, podem efectivamente ser colocadas questões prejudiciais no âmbito do processo declarativo, no qual, note-se, deve apreciar-se se o direito comunitário em matéria

de contratos de direito público, ou as normas nacionais que transpuseram o direito comunitário, foram violados.

28. Não posso, portanto, partilhar a posição do Governo austríaco, nomeadamente quando afirma que a primeira questão colocada não é relevante. É precisamente este organismo que deve, por excelência, apreciar se existe uma violação. Ela tem todo o interesse em saber se pode conhecer oficiosamente aspectos que não foram alegados pelas partes. A situação é diferente no caso da quinta questão. Trata-se aí de saber quando é que o concorrente tem direito a indemnização. Segundo o direito austríaco, essa questão pertence ao órgão jurisdicional civil. A questão de saber se existe, em concreto, o direito a indemnização é, portanto, uma questão que deve ser respondida por esse órgão jurisdicional, de acordo com o respectivo direito nacional.

29. Concluo, assim, que o Bundesvergabeamt austríaco é competente para colocar questões prejudiciais e que todas as questões colocadas por este organismo são admissíveis, com excepção da questão cinco.

VI — Quanto ao mérito

A — *Questão 1a*

30. Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a consideração

oficiosa de circunstâncias relevantes para a adjudicação viola o disposto no artigo 2.º, n.º 8, da directiva, ou alguma outra disposição da directiva ou do direito comunitário.

31. Na decisão de reenvio, o Bundesvergabeamt explica que, nos termos do § 39, n.º 2, da AVG, deve apurar oficiosamente os factos relevantes e, portanto, examinar no presente caso se outros critérios de adjudicação além do contestado pela recorrente são igualmente válidos. Se se verificar que outros critérios são igualmente inválidos, tal poderá levar a que seja negado provimento ao recurso. O Bundesvergabeamt considera que esta consequência resultante da redacção do § 113, n.º 3, da BVergG, em conjugação com o princípio do inquisitório no procedimento administrativo, é, em princípio, compatível com o direito comunitário. No que respeita à interpretação do § 113, n.º 3, da BVergG, esta concepção pode, no entanto, ser posta em dúvida, com base no princípio da eficácia da protecção jurídica.

32. O órgão jurisdicional de reenvio observa ainda que não existe, em princípio, nenhuma disposição de direito comunitário que a isso se oponha, embora não se negue uma certa tensão entre o carácter inquisitório do procedimento administrativo e o processo contraditório.

33. Não obstante, o Bundesvergabeamt vê-se na contingência de colocar questões

sobre esta matéria, com base no artigo 234.º, terceiro parágrafo, CE. A causa imediata é o acórdão de 8 de Março de 2001 do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional austríaco). Levantam-se aí questões sobre a compatibilidade do inquisitório com o princípio de um processo de recurso contraditório, prescrito no artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665. O Tribunal Constitucional austríaco anulou algumas decisões do Bundesvergabeamt com o fundamento de que este organismo chamou oficiosamente a si a apreciação de certos aspectos ilícitos do processo de adjudicação.

34. A Comissão observa que a directiva não prescreve que a tramitação do processo de recurso perante uma instância independente, na acepção de artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665, se deva apenas basear nos pedidos das partes e que, portanto, não se exclui que esta instância suscite oficiosamente circunstâncias relevantes, desde que as partes tenham o direito de ser ouvidas. Também o Governo austríaco, que a esse propósito remete para as observações que apresentou no processo *Primetzhofner*⁹, entende que o carácter inquisitório não é contrário à primeira parte da última frase do artigo 2.º, n.º 8, da directiva.

35. As observações da GAT, que se centram, nomeadamente, nas consequências

da intervenção oficiosa, defendem no essencial que a consideração oficiosa de circunstâncias não alegadas pelas partes é contrária à directiva.

36. Refira-se, em primeiro lugar, que o Bundesvergabeamt é um órgão jurisdicional na acepção de artigo 234.º CE. O Tribunal de Justiça explicou anteriormente que, nos termos do artigo 2.º, n.º 8, primeiro parágrafo, da Directiva 89/665, os Estados-Membros podem escolher entre duas soluções na organização do sistema de controlo dos contratos de direito público. Ou se declara competente um órgão jurisdicional ou uma «instância de base» que não é um órgão jurisdicional, devendo neste caso ser garantido um recurso jurisdicional ou um recurso para outra instância, a qual deve preencher as exigências especiais do artigo 2.º, n.º 8, segundo parágrafo, da Directiva 89/665, para garantir um recurso adequado¹⁰. Uma vez que o Bundesvergabeamt deve ser considerado um órgão jurisdicional («primeira opção»), essa disposição-garantia não se aplica. As observações do Governo austríaco e também da Comissão, nomeadamente de que o carácter inquisitório do processo administrativo não é contrário à primeira parte da última frase do artigo 2.º, n.º 8, da directiva são, portanto, irrelevantes no presente caso. No entanto, a questão permanece relevante, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio também coloca a questão à luz da sua intervenção enquanto «órgão jurisdicional». Além disso, o facto

⁹ — Este processo findou entretanto; v. despacho de 11 de Julho de 2002 (C-464/00, não publicado na *Colectânea*).

¹⁰ — Acórdão de 4 de Fevereiro de 1999, *Köllensperger e Atzwanger* (C-103/97, *Colect.*, p. I-551, n.º 27 a 30). V., também, o acórdão de 4 de Março de 1999, *HI* (C-258/97, *Colect.*, p. I-1405, n.º 14 a 19).

de ser proferida decisão na sequência de um processo contraditório é um dos factores que o Tribunal de Justiça tem em conta para apreciar se se trata de um órgão jurisdicional na acepção de artigo 234.º CE.

B — *Questão 1b*

37. Pelas razões que se seguem, entendo que um processo contraditório não exclui a intervenção oficiosa do juiz competente num processo administrativo. Um processo contraditório implica, efectivamente, que cada uma das partes possa reagir aos pontos de vista da outra antes de a entidade investida do poder jurisdicional se pronunciar e que, caso esta entidade suscite officiosamente determinadas aspectos, as partes devem também poder reagir. Ainda segundo a directiva, os Estados-Membros devem prever processos eficazes, efectivos e acessíveis. Em relação à organização destes processos, os Estados-Membros, são, no entanto, livres. Assim, podem determinar que um juiz é competente para suscitar officiosamente circunstâncias que sejam relevantes para a sua apreciação. A questão de saber em que medida o Bundesvergabeamt é obrigado a suscitar officiosamente todas as circunstâncias relevantes, independentemente dos pedidos das partes, também é objecto da próxima questão. Entendo, pois, que a consideração oficiosa e independentemente dos pedidos das partes, no processo de recurso, de circunstâncias relevantes para o processo de adjudicação não é contrária à directiva, desde que o objectivo visado pela directiva, nomeadamente o da protecção jurídica eficaz, seja garantido.

38. Com a questão 1b, o Bundesvergabeamt pretende saber se o artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da directiva, eventualmente em conjugação com outros princípios do direito comunitário, se opõe a que o organismo de recurso indefira um pedido de um concorrente que tem indirectamente por finalidade obter uma indemnização nas situações em que o processo de adjudicação já era inválido por outros motivos — não alegados por esse concorrente.

39. Na decisão de reenvio, o Bundesvergabeamt explicou, a propósito das questões 1a e 1b, que, como resulta dos §§ 113, (3), e 115, (1), do BVergG, num processo de recurso posterior à adjudicação de uma empreitada, o Bundesvergabeamt deve verificar a validade da decisão de adjudicação impugnada, mas só pode dar provimento ao recurso se tiver sido a decisão ilegal impugnada que teve por efeito que a empreitada não foi adjudicada ao concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa nos termos da lei. Consequentemente, é impossível dar provimento ao recurso quando o processo de concurso já sofrer, em razão de outra decisão (possivelmente anterior) da entidade adjudicante, de uma ilegalidade substancial e esta outra decisão da entidade adjudicante não foi contestada pelo recorrente no processo de recurso. Daqui resulta que um concorrente que impugna uma decisão da entidade adjudicante cuja invalidade está demonstrada não poderá, apesar disso, apresentar um pedido de indemnização, uma vez que a invalidade do processo de adjudicação já resulta de outra decisão da entidade adjudicante que não foi impugnada. Nessa

situação, o recorrente não é, de facto, «prejudicado» pela violação suscitada na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, uma vez que o prejuízo, que pode, por exemplo, consistir em despesas de concurso efectuadas em vão, tem como causa outra infracção (anterior) da entidade adjudicante.

40. A GAT entende que a prática jurisprudencial do Bundesvergabeamt acima referida contraria a protecção jurídica efectiva exigida pelo direito comunitário relativo a concursos públicos. A GAT refere, a esse propósito, o acórdão do Verfassungsgerichtshof, onde se concluiu, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que o direito de recorrer previsto no artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 deve ser interpretado de forma abrangente e pode ser exercido por qualquer pessoa que tenha demonstrado interesse na adjudicação através da apresentação de uma proposta. A GAT explica que o Verfassungsgerichtshof concluiu, neste acórdão, que tendo em conta a protecção jurídica extensiva dos candidatos e concorrentes, é duvidoso que o entendimento do Bundesvergabeamt, de que o recurso de um concorrente não pode ser provido por o processo de concurso já estar viciado por outras razões, seja compatível com o direito comunitário.

41. A GAT refere, a título exemplificativo, que o Bundesvergabeamt a confrontou no processo principal com o seu ponto de vista

de que, numa situação normal, o processo de concurso devia ter sido anulado, uma vez que o critério de adjudicação relativo a uma lista de referências não é permitido nem pela legislação comunitária nem pelas normas austríacas em matéria de concursos públicos. A GAT observa que este critério não constitui objecto do processo por ela instaurado. Na opinião do Bundesvergabeamt, porém, a consequência é a extinção do seu direito à indemnização. Segundo a GAT, uma prática jurisdicional desse tipo, em que o Bundesvergabeamt constata oficialmente que o processo é ilegal, pode ser legítima se ocorrer antes da adjudicação do contrato. Nesse caso, pode ser aberto um novo concurso, do qual são excluídos os critérios não permitidos. O concorrente não é assim prejudicado, na medida em que pode voltar a concorrer. No entanto, após a adjudicação, não existe a possibilidade de reparação. Além disso, os concorrentes só avaliaram a sua situação jurídica com base nas circunstâncias que, efectivamente, se verificaram no caso concreto. Por conseguinte, a GAT entende que o processo de recurso também deveria basear-se nessas circunstâncias.

42. A GAT observa que, com esta prática jurisdicional do Bundesvergabeamt, a responsabilidade por uma tramitação juridicamente correcta do processo de concurso é colocada nos ombros dos concorrentes, ao passo que a entidade adjudicante fica isenta de responsabilidade. Não compete ao concorrente descobrir todas as violações ou potenciais violações de um processo de concurso. Com efeito, o direito de recorrer está ligado aos respectivos direitos subjectivos, nomeadamente no caso de ocorrência ou ameaça de ocorrência de danos, como consequência da violação do direito aplicável.

43. Tanto a Comissão como o Governo austríaco propõem que se responda afirmativamente a esta questão. A Comissão observa que o artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 prescreve que os processos de recurso sejam acessíveis a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. No que se refere ao âmbito dos processos de recurso contra decisões das entidades adjudicantes, a Comissão remete para as conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo 92/00¹¹. As considerações aí feitas aplicam-se, segundo a Comissão, não só aos processos instaurados contra uma decisão da entidade adjudicante mas também às acções de indemnização baseadas no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), tanto mais que a directiva também não prevê a possibilidade de limitação da acção de indemnização.

44. O Governo austríaco chama a atenção para o facto de que uma resposta negativa ter como consequência que, apesar de o pedido ser fundado, o recurso contra a entidade adjudicante não pode ser provido, uma vez que os danos sofridos pelo interessado foram causados por outras irregularidades no processo de concurso que este não invocou. Por conseguinte, o requerente num processo de concurso é obrigado a denunciar, de forma sistemática, todas as ilegalidades do processo a fim de poder fazer valer o seu direito. Este entendimento pode contrariar a Directiva 89/665, que exige, precisamente, uma actuação efectiva e eficaz contra qualquer violação alegada

pelo requerente. A rejeição de um pedido devidamente fundamentado pode ser considerada denegação da justiça. Por outro lado, o Governo austríaco observa que, uma vez que a directiva não contém qualquer regulamentação explícita sobre a matéria, também se pode defender que a questão deve ser respondida com base exclusivamente no direito nacional.

45. O Tribunal de Justiça recordou várias vezes que a Directiva 89/665 tem por objectivo reforçar os mecanismos existentes, tanto no plano nacional como no plano comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de celebração de contratos de direito público. Por essa razão, o artigo 1.º, n.º 1, da directiva impõe aos Estados-Membros que prevejam recursos eficazes e tão rápidos quanto possível. O que está aí em causa é a possibilidade de recorrer de decisões tomadas pelas entidades adjudicantes, sem qualquer restrição no que diz respeito à natureza e ao conteúdo dessas decisões¹². Esta finalidade da directiva opõe-se a uma interpretação e aplicação da mesma que leve a uma limitação directa ou indirecta das possibilidades de recurso por parte dos concorrentes. Isto também se aplica, a meu ver, às acções de indemnização. O artigo 1.º, n.º 3, da directiva determina que os processos de recurso (onde se incluem os processos de indemnização) devem ser acessíveis a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato público e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. A

11 — V. n.ºs 23 e 24 das conclusões no processo HI (acórdão de 18 de Junho de 2002, C-92/00, ainda não publicado na Colectânea).

12 — Acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria (C-81/98, já referido na nota 7); v., também, acórdão de 18 de Junho de 2002, HI (C-92/00, já referido na nota 11).

directiva não prevê qualquer possibilidade de limitação. Pelo contrário, os Estados-Membros apenas têm a faculdade de, após a celebração do contrato de adjudicação, limitarem os processos às acções de indemnização, as quais devem continuar acessíveis a «qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma alegada violação». Nem da redacção do artigo 1.º, n.º 3, nem da do artigo 2.º, n.º 6, resulta que esta faculdade do concorrente interessado possa ser limitada.

46. A prática esboçada pelo órgão jurisdicional de reenvio leva a que os concorrentes lesados por uma violação praticada pela entidade adjudicante não possam, apesar disso, pedir uma indemnização. Com efeito, um concorrente que considere que devia ter-lhe sido adjudicado determinado contrato não é obrigado a saber que já na fase de selecção dos concorrentes foi utilizado um critério ilegal, independentemente do facto de ele próprio cumprir esse critério ilegal e de, portanto, não ter sofrido qualquer dano daí decorrente. Se o mesmo tivesse sido excluído logo nessa fase com base num critério ilegal, poderia ter agido nessa altura.

47. Seria incompatível com a finalidade prosseguida pelo direito comunitário que uma averiguação oficiosa do Bundesvergabeamt tivesse como resultado que um acto ilegal praticado relativamente a um concorrente deixasse de constituir fundamento para a instauração de uma acção de indemnização, até porque depois de cele-

brado o contrato na sequência da adjudicação o mesmo deixa de poder ser impugnado.

C — Questão 2

48. Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a Directiva 93/36 se opõe à consideração de uma lista de referências relativas aos produtos oferecidos pelos concorrentes enquanto critério de adjudicação.

49. Resulta da decisão de reenvio que a entidade adjudicante atribui pontos a esta lista sem considerar a experiência que os clientes tiveram com esse produto. Além disso, a lista deve referir-se aos clientes das regiões alpinas da UE, a que se refere parcialmente a questão seguinte. Na questão em apreço, trata-se de saber se uma lista desse tipo pode desempenhar um papel na apreciação da adjudicação, em vez ser utilizada enquanto critério qualitativo de selecção.

50. Essencialmente, tanto a Comissão como o Governo austríaco observam que se trata aqui mais de um critério de aptidão do que de um critério de adjudicação, e que é contrário à sistemática da Directiva 93/36

apreciar uma lista de referências relativas ao produto oferecido pelo concorrente não no âmbito da avaliação da aptidão deste último, mas na apreciação da adjudicação.

51. Até agora, o Tribunal de Justiça tem feito uma distinção rigorosa entre critérios de aptidão («selecção dos concorrentes»), por um lado, e critérios de adjudicação dos contratos («selecção das propostas»), por outro¹³. São duas operações distintas no âmbito de um processo de concurso e que estão sujeitas a normas diferentes. A selecção dos concorrentes é feita de acordo com a sua capacidade económica, financeira e técnica. As referências demonstrativas ou os meios de prova que podem ser fornecidos para demonstrar a capacidade dos concorrentes estão previstos — de forma não taxativa — nos artigos 22.º, 23.º e 24.º da Directiva 93/36. Em relação à capacidade técnica, esta pode ser demonstrada, nos termos do artigo 23.º da directiva, por meio de uma lista dos principais fornecimentos. Para a adjudicação, a selecção pode ser feita quer com base no preço mais baixo quer com base nos critérios de determinação da proposta economicamente mais vantajosa. O artigo 26.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 93/36 refere alguns exemplos desses critérios. Embora esta enumeração não seja taxativa e a entidade adjudicante seja livre de optar por outros critérios, essa escolha só pode incluir crité-

rios para determinação da proposta economicamente mais vantajosa¹⁴. Resulta da decisão de reenvio que a lista de referências em apreço constitui um critério de adjudicação. Conforme foi observado tanto pela Comissão como pelo Governo austríaco, uma lista de referências à qual são atribuídos determinados pontos, sem que se pondere a experiência dos anteriores compradores constantes dessa lista, é adequada enquanto critério qualitativo de selecção, mas não enquanto critério de adjudicação. Partilho desta opinião. A lista de referências em causa diz, possivelmente, algo sobre a experiência e o conhecimento técnico do concorrente, mas uma lista desse tipo não é adequada para se poder determinar qual a proposta mais vantajosa. Essa lista de referências não fornece, nomeadamente, qualquer indicação sobre os serviços prestados, a assistência, os custos de utilização ou outros critérios adequados para determinar qual a proposta que, em última análise, se revelará economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

52. O anteriormente exposto permite concluir que a possibilidade de apresentar uma lista deste tipo enquanto critério de adjudicação é incompatível com o disposto no artigo 26.º da Directiva 93/36. Refira-se ainda, a título supletivo, que a decisão de reenvio não indica o tipo de referências que os concorrentes deviam ter apresentado para comprovarem a sua capacidade técnica. O facto de esta exigência não poder constituir um critério de adjudicação não

13 — Acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635). Este processo referia-se à Directiva 71/305/CEE; a Directiva 93/36 tem uma sistemática semelhante.

14 — V., por exemplo, acórdãos de 18 de Outubro de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Colect., p. I-7725), e de 20 de Setembro de 1988 (31/87, já referido na nota 13).

significa, portanto, que a mesma seja válida enquanto critério de aptidão do concorrente.

D — *Questão 3*

53. Esta questão é colocada no seguimento da anterior. Em bom rigor, esta questão não necessita de ser respondida, uma vez que só se coloca para a hipótese de as questões 1a e 2 obterem resposta negativa. Resulta da apreciação da questão anterior que a utilização de uma lista, da qual, enquanto tal, não podem ser extraídos quaisquer dados que sejam determinantes para a apreciação das vantagens económicas da proposta, não pode servir como critério de adjudicação. Assim, analisarei, de seguida, nomeadamente, a questão de saber se a consideração exclusiva de referências provenientes das regiões alpinas da União Europeia é compatível com o direito comunitário.

54. Segundo a Comissão, o critério de aptidão que consiste em apenas tomar em conta referências provenientes das regiões alpinas da União Europeia pode ser discriminatório. O Governo austríaco também é desta opinião.

55. Posso partilhar este entendimento. Já resulta da apreciação da questão anterior

que a entidade adjudicante apenas pode aplicar critérios de adjudicação para determinar qual a proposta economicamente mais vantajosa e que uma lista de referências não é adequada para esse efeito. O mesmo acontece se essas referências de clientes forem restringidas a referências provenientes das regiões alpinas da União Europeia. Independentemente da questão de saber se a lista deve ser qualificadas de critério de adjudicação ou de critério qualitativo de selecção, ela é em todo o caso discriminatória. Conforme o Governo austríaco também observou, é igualmente possível fazer uma comparação com experiências noutras regiões montanhosas, que apresentam características climáticas e topológicas semelhantes. Assim, é possível que um concorrente não atinja os pontos necessários pelo facto de grande parte da sua carteira de clientes se encontrar nas regiões alpinas da Suíça ou, por exemplo, nos Pirenéus. Poder-se-ia retorquir que isto é assim independentemente de os concorrentes possuírem a nacionalidade austríaca ou a nacionalidade de um dos Estados da UE ou do Espaço Económico Europeu (EEE) ou de um Estado com quem tenha sido celebrado um acordo internacional. No entanto, na prática, a exigência de que a lista de clientes apenas se refira às regiões alpinas da União Europeia, ou seja, às regiões situadas nos Alpes da Áustria e à relativamente pequena parte dos Alpes situados na Itália e em França, coloca, de facto, as empresas estabelecidas na Áustria numa posição privilegiada devido à sua localização.

56. Concluo, portanto, que a adopção de critérios com limitações geográficas, enquanto tal, restringe o círculo dos con-

correntes em função de critérios geográficos, pelo que um critério desse tipo é, pela sua natureza, discriminatório dos potenciais interessados que não possam cumprir esse critério geográfico.

E — *Questão 4*

57. Esta questão refere-se ao critério de adjudicação segundo o qual apenas podem ser objecto de apreciação positiva propostas susceptíveis de serem examinadas visualmente num raio de 300 km do local em que a entidade adjudicante tem a sua sede. A este propósito, a Comissão observou que, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea d), da Directiva 93/36, a entidade adjudicante pode exigir como prova de aptidão amostras, descrições e/ou fotografias dos produtos a fornecer. Por conseguinte, em seu entender, o requisito da possibilidade de um exame visual num raio de 300 km do local em que a entidade adjudicante tem a sua sede constitui um critério de aptidão. A Áustria também alegou que se trata de um critério de aptidão e não de um critério de adjudicação. Segundo o Governo austríaco, um critério desse tipo é ainda discriminatório, porque beneficia os participantes próximos da entidade adjudicante, os participantes desse Estado-Membro em geral ou os participantes estabelecidos perto da fronteira.

58. A GAT observou, a esse propósito, que o § 60 da BVergG indica o modo como pode ser fornecida a prova da capacidade

técnica. De acordo com esta norma, isso é feito por meio de certificados, fotografias e amostras. Só em casos excepcionais é que a BVergG permite um controlo directo, nomeadamente nos casos em que o produto a fornecer seja de natureza complexa (§ 60, n.º 2, da BVergG). Decorre igualmente desta disposição que o requisito do exame visual não pode ser formulado de modo a que o objecto de referência tenha de se encontrar na proximidade da entidade adjudicante. Um requisito desse tipo é contrário ao objectivo do direito comunitário relativo a concursos públicos, uma vez que restringe as possibilidades de os fabricantes e fornecedores de outros Estados-Membros participarem no concurso. Por essa razão, o § 60, n.º 2, da BVergG determina que o exame no local pode ser realizado quer pela própria entidade adjudicante quer por uma autoridade competente do país de origem do concorrente, que actue em seu nome. Nos termos da BVergG, na medida em que a complexidade técnica do produto a fornecer obrigue a um exame directo, a entidade adjudicante deve admitir como referência para a apreciação da capacidade técnica todos os produtos que se encontram na Europa. A GAT esclarece ainda que não existe uma disposição análoga para a apreciação da proposta economicamente mais vantajosa. Todavia, a opinião dominante na Áustria é a de que o concurso pode prever, com vista à avaliação da proposta economicamente mais vantajosa, a possibilidade de um exame ou de um meio de prova equivalente, sempre que as particularidades do objecto do concurso a isso obriguem. A GAT alega que não há qualquer motivo para que se faça uma distinção consoante a possibilidade de exame seja exigida enquanto critério de aptidão ou enquanto critério de adjudicação. A faculdade de uma entidade adjudicante exigir um exame nas proximidades da sua sede traduz-se numa discriminação disfarçada, pois geralmente só as empresas austríacas podem

F — *Questão 5*

satisfazer esse requisito. A situação apenas seria diferente se se tratasse de produtos em série ou de produtos de pequenas dimensões, em relação aos quais é, em regra, suficiente o envio de uma amostra. No presente caso, trata-se, contudo, da produção de um exemplar específico, cujos custos de transporte são, em regra, muito elevados. Neste caso, o interesse do fabricante deve prevalecer e a entidade adjudicante não deve poder exigir que o exame apenas se possa realizar na proximidade da sua sede.

60. No n.º 29, *supra*, concluí que esta questão é inadmissível, uma vez que o Bundesvergabeamt, depois de adjudicado o contrato, só pode determinar se o processo de concurso público seguiu os devidos trâmites e se o contrato não foi adjudicado ao melhor proponente, mas não pode atribuir uma indemnização. Para a hipótese de o Tribunal de Justiça não seguir este meu entendimento, analisarei ainda esta questão.

59. Conforme já foi igualmente referido na resposta às questões anteriores, o critério de adjudicação «proposta economicamente mais favorável» só deve incluir critérios que possam servir para a sua determinação. Não vejo em que medida o critério «possibilidade de exame num raio de 300 km» pode contribuir para esse fim. Trata-se, pois, de um critério de aptidão, mais do que um critério de adjudicação. Mas mesmo assim o critério é inadmissível, pois um raio de 300 km constitui uma verdadeira restrição. Com efeito, esse critério funciona em benefício dos concorrentes cujos clientes e/ou cujas sedes se encontram na vizinhança da entidade adjudicante e que, por conseguinte, também têm muitas vezes a nacionalidade da entidade adjudicante. Trata-se, portanto, de um critério discriminatório em razão do país de origem desses bens e/ou serviços e da nacionalidade do fornecedor. Independentemente desse facto, também não vejo necessidade de restringir a possibilidade de exame do objecto no local a um raio de 300 km do local em que a entidade adjudicante tem a sua sede. Conforme também indicado pela GAT, pode recorrer-se a alternativas no caso de ser desejável o exame do objecto no local.

61. O ponto de partida é o de que existe uma violação e que esta violação consiste na fixação de um critério de adjudicação ilegal. A questão que se coloca é a de saber se, nesse caso, o concorrente apenas tem direito a uma indemnização caso se possa provar, concretamente, que sem esse critério de adjudicação ilegal o mesmo teria sido o melhor concorrente.

62. Na fundamentação desta questão, o órgão jurisdicional de reenvio observou que o direito comunitário não indica, expressamente, quando é que se deve partir do princípio de que um concorrente deve ser considerado concretamente lesado pela violação do direito pela entidade adjudicante. O órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção para o facto de que, na prática, é muitas vezes difícil demonstrar como seria considerada a proposta do concorrente se o critério ilegal não tivesse existido. Por outro lado, na prática, é mais fácil levar a cabo a averiguação de infracções em processos de concurso se se partir do princípio de que os concorrentes são

prejudicados por cada critério de adjudicação ilegal com potencial relevo para o conteúdo das suas propostas.

63. O artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665 diz respeito à concessão de indemnizações às pessoas lesadas por uma violação. Pode encontrar-se uma disposição análoga no artigo 2.º, n.º 1, alínea d), da Directiva 92/13¹⁵. A Comissão chama a atenção, e bem, para o facto de, ao contrário desta última directiva, que dispõe que quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num processo de concurso, apenas terá de provar que houve violação do direito em matéria de concursos públicos e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato¹⁶, a Directiva 89/665 não conhece uma norma desse tipo. Refira-se, à margem, que esta directiva também não contém normas para os casos em que sejam invocados danos relativos a outros custos.

64. Na falta de uma disposição na directiva sobre essa matéria, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça¹⁷, a questão é regulada pelo direito nacional, tendo em

conta os princípios gerais do direito comunitário, entre os quais o princípio da equivalência e o princípio da efectividade. Por conseguinte, o pedido de indemnização é regulado pelas condições formais e materiais que a legislação austríaca estabelece nesta matéria. Segundo jurisprudência assente, estas não podem, todavia, ser menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna (princípio igualmente subjacente à própria directiva) e não devem ser susceptíveis de tornar impossível, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

65. Observo ainda que a atribuição de um direito de indemnização ao concorrente apenas no caso de este poder, efectivamente, demonstrar que teria obtido o contrato sem o critério de adjudicação ilegal pode levar a que o exercício desses direitos se torne, na prática, impossível, ou seriamente limitado.

66. Caso os custos em que um concorrente incorre ao participar num processo de concurso ferido de ilegalidade permaneçam por ressarcir, os potenciais interessados num concurso público podem ser dissuadidos de participar. Considero que isso contraria o objectivo das directivas relativas a concursos públicos e a finalidade da Directiva 89/665, que visa precisamente reforçar as possibilidades de recurso contra a violação dessas directivas. Concluo assim que o artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da directiva não pode ser interpretado de forma de tal modo estrita que um concorrente apenas tenha

15 — Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14).

16 — V., sobre esta questão, o artigo 2.º, n.º 7, da Directiva 92/13.

17 — V. ainda o recente acórdão de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, ainda não publicado na Colectânea) e a jurisprudência aí referida.

direito a indemnização se puder demonstrar que, sem o critério de adjudicação ilegal, teria obtido o contrato. É certo que a extensão do direito de indemnização é, em princípio, regulada pelo direito nacional,

mas a aplicação desse direito não pode levar a que o exercício dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica comunitária se torne, de facto, impossível, ou seja seriamente dificultado.

VII — Conclusão

67. Tendo em conta o que acima se disse, proponho que seja dada a seguinte resposta às questões prejudiciais submetidas pelo Bundesvergabamt:

- 1 a. A 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 fornecimentos, não proíbe que o organismo responsável pela apreciação dos processos de recurso na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, incluindo o organismo que dispõe da competência a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, alínea c), suscite oficiosamente, independentemente dos pedidos das partes, circunstâncias juridicamente relevantes para a adjudicação.
- 1 b. O artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE opõe-se a que o organismo responsável pela apreciação dos processos de recurso na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, incluindo o organismo que dispõe da competência a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, alínea c), indefira um pedido de um concorrente que tem indirectamente por finalidade obter uma indemnização, com o fundamento de que o processo de adjudicação já padece de um vício substancial em razão de outra falta que não a alegada pelo recorrente.

2. As disposições da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, proibem que a entidade adjudicante, ao lançar processos de concurso, tenha em conta referências relativas aos produtos oferecidos pelos concorrentes como critério de adjudicação.

3. Um critério de referência nos termos do qual só o número das referências de produtos é tomado em consideração, sem uma análise detalhada da experiência que os compradores tiveram com esse produto, não é um critério de adjudicação na acepção de artigo 26.º da Directiva 93/36/CEE. A consideração apenas de referências provenientes das regiões alpinas da União Europeia constitui, além disso, uma discriminação em razão da origem dos bens e serviços em causa proibida pelo Tratado.

4. Um critério em que apenas são consideradas as propostas susceptíveis de serem examinadas visualmente num raio de 300 km do local em que a entidade adjudicante tem a sua sede não é um critério de adjudicação. Além disso, o critério é ilícito, por ser discriminatório.

5. Do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665 não decorre que o concorrente apenas tenha direito a indemnização se puder efectivamente provar que, sem o critério de adjudicação ilegal, teria apresentado a melhor proposta.