

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)
10 de Abril de 2003 *

Nos processos apensos C-20/01 e C-28/01,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por J. Schieferer, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Federal da Alemanha, representada por W.-D. Plessing, na qualidade de agente, assistido por H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

demandada,

* Língua do processo: alemão.

apoiada por

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado por R. Magrill, na qualidade de agente, assistida por R. Williams, barrister,

interveniente,

que têm por objecto duas acções destinadas a obter a declaração de que

- ao não ter submetido a concurso o contrato relativo à evacuação das águas residuais do município de Bockhorn (Alemanha) e ao não ter publicado o resultado do processo de adjudicação no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha, na adjudicação desse contrato público de prestação de serviços, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições conjugadas dos artigos 8.º, 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 (JO L 209, p. 1),

- a República Federal da Alemanha não cumpriu, na adjudicação de um contrato público de prestação de serviços, as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, na medida em que a cidade de Braunschweig (Alemanha) celebrou um contrato

relativo à eliminação dos seus resíduos através de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, apesar de não se encontrarem preenchidos os pressupostos fixados pelo artigo 11.º, n.º 3, relativos à celebração dos contratos por ajuste directo sem concurso a nível europeu,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: W. Wathelet, presidente de secção, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (relator) e A. Rosas, juízes,

advogado-geral: L. A. Geelhoed,
secretário: M.-F. Contet, administradora,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 10 de Outubro de 2002,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 28 de Novembro de 2002,

profere o presente

Acórdão

1 Por petições apresentadas na Secretaria do Tribunal de Justiça, respectivamente, em 16 e 23 de Janeiro de 2001, a Comissão das Comunidades Europeias intentou duas acções, nos termos do artigo 226.º CE, destinadas a obter a declaração de que:

- ao não ter submetido a concurso o contrato relativo à evacuação das águas residuais do município de Bockhorn (Alemanha) e ao não ter publicado o resultado do processo de adjudicação no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha, na adjudicação desse contrato público de prestação de serviços, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições conjugadas dos artigos 8.º, 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 (JO L 209, p. 1),

- a República Federal da Alemanha não cumpriu, na adjudicação de um contrato público de prestação de serviços, as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, na medida em que a cidade de Braunschweig (Alemanha) celebrou um contrato relativo à eliminação dos seus resíduos através de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, apesar de não se encontrarem preenchidos os pressupostos fixados pelo artigo 11.º, n.º 3, relativos à celebração dos contratos por ajuste directo sem concurso a nível europeu.

Enquadramento jurídico

- 2 O artigo 8.º da Directiva 92/50 prevê que:

«Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI.»

- 3 O título V (artigos 15.º a 22.º) da Directiva 92/50 contém regras comuns de publicidade. Em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, da referida directiva, as entidades adjudicantes que pretendam adjudicar um contrato público de prestação de serviços através de um concurso público, de um concurso limitado ou, nas condições definidas no artigo 11.º da directiva, de um procedimento por negociação darão a conhecer a sua intenção por meio de anúncio.
- 4 O artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50 dispõe:

«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.»

5 Nos termos do artigo 16.º, n.º 1, 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.»

Matéria de facto e fase pré-contenciosa

Processo C-20/01

6 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 a evacuação das águas residuais, com a duração mínima de 30 anos a contar de 1 de Janeiro de 1997.

7 Por ofício de 30 de Abril de 1999, a Comissão enviou uma notificação para cumprimento ao Governo alemão, convidando-o a apresentar observações sobre a questão de saber se as disposições da Directiva 92/50 deviam ser aplicadas nesse caso concreto.

- 8 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. Além disso, chamou a atenção para o facto de o Ministério do Interior do *Land* da Baixa Saxónia ter aproveitado a ocasião para convidar as autoridades locais a lembrarem com firmeza às colectividades territoriais que devem respeitar estritamente a regulamentação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos.
- 9 Em 21 de Março de 2000, a Comissão enviou um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha, no qual alegava que as disposições da Directiva 92/50 deveriam ter sido aplicadas e que o reconhecimento por este Estado-Membro do incumprimento das disposições de direito comunitário é juridicamente pouco relevante. A Comissão, por outro lado, convidou este último a recordar de imediato às autoridades em questão as exigências nesta matéria e a exortá-las a respeitar no futuro as referidas disposições.
- 10 Numa comunicação de 12 de Maio de 2000, o Governo alemão voltou a admitir o incumprimento que lhe era imputado. Explicou que, na sequência da sua intervenção consecutiva à carta de notificação para cumprimento da Comissão, o Ministério do Interior do *Land* da Baixa Saxónia, por decreto de 21 de Junho de 1999, tinha exortado todas as autoridades locais desse *Land* a velarem, de modo adequado, por que as entidades adjudicantes respeitassem estritamente as disposições de direito comunitário relativas à celebração de contratos públicos. Em resposta ao parecer fundamentado, o Governo do referido *Land* recordou, de forma insistente, que essas disposições deviam ser respeitadas.
- 11 Além disso, o Governo alemão argumentou que o direito alemão não permite praticamente nenhuma possibilidade de pôr termo ao incumprimento da Directiva 92/50, 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 resolvido sem o pagamento de indemnizações muito elevadas a esta última. Os custos de semelhante resolução seriam desproporcionados relativamente ao objectivo pretendido pela Comissão.

Processo C-28/01

- 12 A cidade de Braunschweig, também situada no *Land* da Baixa Saxónia, e a Braunschweigsche Kohlebergwerke (a seguir «BKB») celebraram um contrato ao abrigo do qual foi confiada a esta última a eliminação de detritos residuais através de tratamento térmico, a partir de Junho/Julho de 1999 e pelo período de 30 anos.
- 13 As autoridades competentes da cidade de Braunschweig consideraram que a Directiva 92/50 era aplicável, mas invocaram o seu artigo 11.º, n.º 3, para se eximirem da obrigação de publicação de um anúncio e para adjudicarem o contrato através de um procedimento por negociação.
- 14 A Comissão contestou essa interpretação na sua notificação para cumprimento de 20 de Julho de 1998.
- 15 Por cartas de 4 de Agosto, 19 de Outubro e 15 de Dezembro de 1998, o Governo alemão respondeu à notificação para cumprimento, alegando que estavam preenchidos os pressupostos de aplicação do artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, na medida em que o tratamento térmico dos resíduos só podia, por motivos técnicos, ser atribuído à BKB. A proximidade geográfica das infra-estruturas de incineração em relação à cidade de Braunschweig constituirá um critério essencial da adjudicação, a fim de evitar maiores distâncias de transporte.

- 16 Por carta de 16 de Dezembro de 1998, o Governo alemão admitiu que a referida cidade violara, no caso concreto, a Directiva 92/50, ao recorrer injustificadamente ao procedimento por negociação, sem publicação de um anúncio de concurso.
- 17 Em 6 de Março de 2000, a Comissão enviou um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha, no qual, nomeadamente, convidou este Estado-Membro a recordar de imediato às autoridades em questão a regulamentação na matéria e a exortá-las a aplicarem no futuro as disposições aplicáveis.
- 18 Numa comunicação de 17 de Maio de 2000, o Governo alemão admitiu o incumprimento que lhe era imputado. Referiu igualmente que o Governo do *Land* da Baixa Saxónia tinha convidado todas as autoridades locais a respeitarem as disposições relativas à adjudicação de contratos públicos. Tal como no processo C-20/01, precisou que as consequências do incumprimento da Directiva 92/50 não poderiam ser reparadas através da resolução do contrato. Além disso, a resolução obrigaria a cidade de Braunschweig a pagar indemnizações muito elevadas à co-contratante. O custo dessa resolução seria, por conseguinte, desproporcionado.
- 19 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2001, os processos C-20/01 e C-28/01 foram apensos para efeitos das fases escrita e oral e do acórdão.
- 20 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2001, foi admitida a intervenção do Reino Unido em apoio dos pedidos da demandada.

Quanto à admissibilidade da acção

Fundamentos e argumentos das partes

- 21 O Governo alemão alega, a título principal, que as acções são inadmissíveis por já não existir nenhum incumprimento a que o Estado-Membro demandado tenha de pôr termo. Com efeito, a regulamentação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos é unicamente constituída por regras de procedimento. A violação destas regras esgota todos os seus efeitos no próprio momento em que é cometida. Após o reconhecimento pela República Federal da Alemanha desta violação, já não existe interesse objectivo na propositura das acções por incumprimento.
- 22 Quanto à necessidade do referido interesse objectivo, o Governo alemão considera que a acção por incumprimento pode ser equiparada à acção por omissão prevista no artigo 232.º CE. Esta última acção é inadmissível quando a instituição em causa, depois de convidada a agir, tenha tomado posição. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, mesmo o reconhecimento de uma abstenção ilegal leva a que deixe de existir interesse objectivo na declaração da omissão.
- 23 O interesse objectivo na declaração dos incumprimentos em causa também não pode, segundo o Governo alemão, resultar, no caso em apreço, da necessidade de estabelecer um fundamento para a responsabilidade do Estado-Membro em causa. Nomeadamente, a responsabilidade relativamente aos particulares está excluída, já que, aparentemente, estes não sofreram um prejuízo em virtude dos contratos celebrados pelo município de Bockhorn e a cidade de Braunschweig.

- 24 Quanto aos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes, o Governo alemão, apoiado nesse ponto pelo Governo do Reino Unido, considera que o direito comunitário confere àquelas a protecção que decorre dos direitos adquiridos. O princípio *pacta sunt servanda* está consagrado na 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 e de fornecimentos (JO L 395, p. 33). Com efeito, ao deixar ao direito interno a possibilidade de limitar os poderes da instância de fiscalização do processo de adjudicação de contratos públicos à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos, o artigo 2.º, n.º 6, da referida directiva abstém-se precisamente de exigir que os contratos validamente celebrados sejam resolvidos ou não sejam cumpridos.
- 25 No que diz respeito ao direito nacional, o Governo alemão explica que o mesmo se caracteriza pelo princípio segundo o qual um contrato celebrado por uma entidade adjudicante, em violação das disposições em matéria de celebração de contratos públicos, apenas pode ser resolvido por um motivo sério, conceito que não inclui as circunstâncias anteriores à celebração desse contrato. Por outro lado, a nulidade de um contrato nessas condições está prevista apenas em casos excepcionais, estritamente delimitados, que não incluem os contratos celebrados na situação em apreço. Em contrapartida, o direito interno contém as disposições necessárias para que os lesados possam pedir indemnizações.
- 26 A Comissão alega que não tem de provar a existência de um interesse particular em agir, para instaurar uma acção por incumprimento ao abrigo do artigo 226.º CE. O Tribunal de Justiça apenas apreciou a existência desse interesse nos casos em que o Estado-Membro respeitou o parecer fundamentado da Comissão após o termo do prazo nele fixado. Segundo a Comissão, o referido interesse poderia, todavia, consistir não apenas em estabelecer o fundamento para a responsabilidade do Estado-Membro em causa mas também em esclarecer os pontos essenciais do direito comunitário e em evitar os riscos de recidiva.

- 27 No caso em apreço, a Comissão considera que o incumprimento imputado não esgotou todos os seus efeitos num vício de forma e que o mesmo perdura. Por um lado, as instruções gerais dadas às autoridades locais não permitiram que se pusesse termo às infracções em concreto. Por outro lado, um Estado-Membro não pode, para evitar uma acção judicial instaurada pela Comissão, invocar um facto consumado de que é o próprio autor.
- 28 Além disso, embora, na verdade, o Tribunal de Justiça tenha efectivamente julgado inadmissível uma acção por incumprimento em matéria de contratos públicos pelo facto de a infracção já não subsistir no momento do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, essa solução decorre das circunstâncias particulares do caso em apreço. Nos presentes processos, pelo contrário, os contratos celebrados em violação do direito comunitário continuarão a produzir os seus efeitos durante décadas. Assim, o Governo alemão não pôs termo ao incumprimento. A impossibilidade de anular os contratos em causa não tem qualquer influência quanto à admissibilidade das acções, uma vez que é aos Estados-Membros que cabe escolher o modo adequado de reparação de um incumprimento.

Apreciação do Tribunal

- 29 Importa recordar que, segundo jurisprudência constante, a Comissão, no exercício das competências que lhe são atribuídas pelo artigo 226.º CE, não é obrigada a demonstrar a existência de um interesse específico em agir. A referida disposição não visa, com efeito, proteger os direitos próprios da Comissão. A esta incumbe, no interesse comunitário geral, velar officiosamente pela aplicação, pelos Estados-Membros, do Tratado CE e das disposições adoptadas pelas instituições por força deste último e obter a declaração da existência de eventuais incumprimentos das obrigações dele derivadas, tendo como objectivo a sua cessação (acórdãos de 4 de Abril de 1974, Comissão/França, 167/73, Colect., p. 187, n.º 15; de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha, C-431/92, Colect., p. I-2189, n.º 21; e de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha, C-476/98, Colect., p. I-9855, n.º 38).

- 30 Tendo em consideração o seu papel de guardião do Tratado, a Comissão é portanto a única competente para decidir se é oportuno instaurar um processo para obter a declaração de incumprimento, e qual a acção ou omissão imputável ao Estado-Membro respectivo em razão da qual o processo deve ser instaurado. Assim, a Comissão pode pedir ao Tribunal de Justiça que declare um incumprimento que consiste em não ter sido alcançado, num caso determinado, o resultado visado pela directiva (acórdãos de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha, já referido, n.º 22, e de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Bélgica, C-471/98, Colect., p. I-9681, n.º 39).
- 31 O Governo alemão sustenta, todavia, que, no caso em apreço, os incumprimentos consistiram em violações de regras de procedimento, que esgotaram todos os seus efeitos antes do termo dos prazos fixados nos pareceres fundamentados, e que estes incumprimentos foram reconhecidos como tais pela República Federal da Alemanha, antes dessa data.
- 32 Na verdade, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado (acórdãos de 27 de Novembro de 1990, Comissão/Grécia, C-200/88, Colect., p. I-4299, n.º 13; de 31 de Março de 1992, Comissão/Itália, C-362/90, Colect., p. I-2353, n.º 10; e de 7 de Março de 2002, Comissão/Espanha, C-29/01, Colect., p. I-2503, n.º 11).
- 33 Na verdade, embora o Tribunal de Justiça tenha sido levado a considerar inadmissível uma acção por incumprimento em matéria de contratos públicos, fê-lo em virtude de, na data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, o anúncio de concurso em causa ter esgotado todos os seus efeitos (acórdão Comissão/Itália, já referido, n.ºs 11 a 13).

- 34 Em contrapartida, o Tribunal de Justiça rejeitou uma questão prévia de inadmissibilidade baseada na alegada cessação da infracção, numa situação em que os processos de adjudicação de contratos públicos tinham integralmente decorrido antes do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, uma vez que os contratos não tinham sido totalmente executados antes da referida data (acórdão de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Áustria, C-328/96, Colect., p. I-7479, n.ºs 43 a 45).
- 35 Além disso, embora a Directiva 92/50 contenha essencialmente regras de procedimento, não é menos verdade que foi adoptada com o objectivo de suprimir os entraves à livre prestação dos serviços e visa, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro, que desejem propor bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro (v., nomeadamente, acórdão de 18 de Outubro de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Colect., p. I-7725, n.º 32).
- 36 Por conseguinte, cabe considerar que o prejuízo causado à livre prestação de serviços pela violação das disposições da Directiva 92/50 subsiste durante todo o período de execução dos contratos concluídos em sua violação.
- 37 Ora, no caso vertente, os contratos alegadamente celebrados em violação das disposições da Directiva 92/50 continuarão a produzir os seus efeitos durante décadas. Não pode, por conseguinte, defender-se que os incumprimentos alegados cessaram antes do termo dos prazos fixados nos pareceres fundamentados.
- 38 A justeza desta conclusão não é posta em causa pela possibilidade oferecida aos Estados-Membros de, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 6, da Directiva 89/665, limitar os poderes da instância de recurso responsável, após a celebração do contrato que se segue à adjudicação de um concurso, à concessão

de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação do direito comunitário em matéria de concursos públicos.

- 39 Com efeito, apesar de, efectivamente, a referida disposição autorizar os Estados-Membros a manterem os efeitos de contratos celebrados em violação das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos, protegendo, desse modo, a confiança legítima dos co-contratantes, a mesma não pode, sem diminuir o alcance das disposições do Tratado que estabelecem o mercado interno, ter como consequência que o comportamento da entidade adjudicante relativamente a terceiros deva ser considerado conforme ao direito comunitário após a conclusão desses contratos.
- 40 Por outro lado, nem o facto de o Governo alemão ter reconhecido, na fase pré-contenciosa, a existência dos incumprimentos que lhe são imputados pela Comissão nem a circunstância, alegada pelo referido governo, de que, em direito nacional, é possível uma acção de indemnização mesmo na falta de uma declaração dos incumprimentos pelo Tribunal de Justiça, podem ter influência sobre a admissibilidade das presentes acções.
- 41 Com efeito, o Tribunal de Justiça já entendeu que lhe cabe declarar se existe ou não o incumprimento censurado, mesmo que o Estado-Membro em causa já não o conteste e reconheça o direito à reparação do prejuízo eventualmente sofrido por esse facto pelos particulares (acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/Dinamarca, C-243/89, Colect., p. I-3353, n.º 30).
- 42 Dado que a verificação do incumprimento de um Estado-Membro não está ligada à de um dano eventualmente resultante do mesmo (acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Comissão/Bélgica, C-263/96, Colect., p. I-7453, n.º 30), a República

Federal da Alemanha não pode invocar o facto de nenhum terceiro ter sofrido um prejuízo no caso dos contratos celebrados pelo município de Bockhorn e pela cidade de Braunschweig.

- 43 Uma vez que os incumprimentos alegados se mantiveram para além da data fixada nos pareceres fundamentados e dado que a existência desses incumprimentos foi reconhecida pela República Federal da Alemanha, esta última também não pode retirar argumentos de uma comparação com a acção por omissão prevista no artigo 232.º CE nem das circunstâncias em que o Tribunal de Justiça considera que foi posto termo a uma omissão.
- 44 Tendo em conta o que precede, importa considerar que as acções propostas pela Comissão são admissíveis.

Quanto ao mérito

Fundamentos e argumentos das partes

- 45 A Comissão alega, no processo C-20/01, que a Directiva 92/50 era aplicável ao contrato em questão, que deveria ter sido submetido a um concurso em conformidade com as disposições conjugadas dos artigos 8.º e 15.º, n.º 2, da referida directiva. O resultado do processo de adjudicação deveria ter sido publicado em conformidade com o seu artigo 16.º

- 46 No processo C-28/01, a Comissão sustenta que o contrato em questão é igualmente abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 92/50. Segundo a Comissão, não estavam preenchidos os pressupostos que permitem o recurso a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, nos termos do artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da mesma directiva. Nem a localização da empresa escolhida, em função da proximidade do lugar da prestação, nem a urgência da adjudicação do contrato podem justificar a aplicação dessa disposição no caso vertente.
- 47 O princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, previsto no artigo 130.º-R, n.º 2, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 174.º CE), deve ser interpretado à luz desta disposição, no seu todo, segundo a qual as exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e na execução das outras políticas da Comunidade. A referida disposição não prevê a prioridade da política comunitária no domínio do ambiente, relativamente às outras políticas comunitárias, em caso de conflito entre as mesmas. Além disso, no âmbito de um processo de adjudicação de contratos públicos, os critérios de ordem ecológica não podem ser utilizados com fins discriminatórios.
- 48 Por outro lado, a entidade adjudicante justifica a escolha do processo de adjudicação do contrato em causa com o argumento da garantia da eliminação. Segundo a Comissão, tal argumento refuta aquele segundo o qual esse procedimento tinha sido escolhido devido a considerações de ordem ambiental e de proximidade regional da instalação de eliminação de resíduos.
- 49 O Governo alemão, que apresenta a sua argumentação quanto ao mérito da causa apenas a título subsidiário, alega que as acções propostas pela Comissão não são, em todo o caso, procedentes, uma vez que as alegadas violações da Directiva 92/50 tinham esgotado todos os seus efeitos no momento em que foram cometidas e não se mantinham na data do termo do prazo fixado nos pareceres fundamentados.

- 50 No processo C-28/01, o Governo alemão acrescenta que o critério da proximidade regional da instalação de eliminação dos resíduos, que tinha sido escolhido de forma perfeitamente legal, apenas podia ser respeitado pelo BKB. Este critério não é automaticamente discriminatório na medida em que não está excluído que empresas estabelecidas noutros Estados-Membros possam cumprir essa exigência.
- 51 De modo geral, uma entidade adjudicante é autorizada a ter em conta critérios ambientais nas suas considerações relativas à adjudicação de um contrato público, quando determina o tipo de serviço que pretende pedir. O Governo alemão considera que, também por esse motivo, não pode ser exigida a resolução do contrato celebrado entre a cidade de Braunschweig e a BKB, dado que, numa nova adjudicação, esse contrato deveria ser novamente adjudicado a esta sociedade.

Apreciação do Tribunal

Processo C-20/01

- 52 Quanto ao processo C-20/01, é manifesto que estavam preenchidos os pressupostos de aplicação da Directiva 92/50. Com efeito, como o advogado-geral refere no n.º 65 das suas conclusões, o tratamento das águas residuais é um serviço na acepção do artigo 8.º e do anexo I A, categoria 16, dessa directiva. A construção de certas instalações apenas reveste um carácter acessório em relação ao objecto principal do contrato celebrado pelo município de Bockhorn com a

EWE. O montante deste último ultrapassa largamente o limite fixado pelo artigo 7.º da referida directiva.

- 53 Por força dos artigos 8.º e 15.º, n.º 2, da Directiva 92/50, o contrato deveria, por conseguinte, ter sido celebrado em conformidade com o disposto nessa directiva. É pacífico e, de resto, o Governo alemão não contesta que o município de Bockhorn não procedeu dessa forma.
- 54 A defesa quanto ao mérito, apresentada pela República Federal da Alemanha, remete, essencialmente, para os argumentos invocados para contestar a admissibilidade da acção. Estes argumentos devem, pelas razões enunciadas nos n.ºs 29 a 43 do presente acórdão, ser julgados improcedentes.
- 55 Em consequência, a acção proposta pela Comissão no processo C-20/01 é procedente.

Processo C-28/01

- 56 No processo C-28/01, a Directiva 92/50 era manifestamente aplicável e foi, de resto, aplicada pela cidade de Braunschweig. Todavia, esta, com base no artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da referida directiva, recorreu a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso.

- 57 Ora, ao mesmo tempo que reconheceu, na fase pré-contenciosa, que não estavam preenchidos os pressupostos de aplicação dessa disposição, o Governo alemão alega que a BKB era efectivamente a única empresa à qual podia ser adjudicado o contrato e que um novo concurso não poderia alterar esse resultado.
- 58 A este respeito, importa referir, em primeiro lugar, que as disposições do artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50, que autorizam derrogações às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector dos contratos públicos de serviços, devem ser objecto de interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efectivamente reunidas as circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se (v., no que diz respeito aos contratos de obras públicas, acórdão de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha, C-318/94, Colect., p. I-1949, n.º 13).
- 59 Quanto ao artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, esta disposição apenas pode aplicar-se quando se provar que, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes à protecção de direitos exclusivos, apenas existe uma empresa que está efectivamente em condições de executar o contrato em causa. Não tendo sido alegado, no presente processo, qualquer motivo artístico ou atinente à protecção de direitos exclusivos, importa unicamente apreciar se as razões invocadas pelo Governo alemão podem constituir motivos técnicos na acepção da referida disposição.
- 60 É pacífico que uma entidade adjudicante pode ter em conta critérios atinentes à conservação do ambiente nas várias fases de um processo de adjudicação de contratos públicos (v., no que diz respeito à utilização desses critérios na adjudicação de um contrato relativo à gestão de uma linha de uma rede de transportes urbanos, acórdão de 17 de Setembro de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 57).

- 61 Por conseguinte, não é de excluir que um motivo técnico atinente à protecção do ambiente possa ser tido em conta para apreciar se o contrato em questão apenas pode ser confiado a um determinado prestador.
- 62 Todavia, o procedimento utilizado devido à existência desse motivo técnico deve respeitar os princípios fundamentais do direito comunitário e, designadamente, o princípio da não discriminação, tal como resulta das disposições do Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços (v., por analogia, acórdão Concordia Bus Finland, já referido, n.º 63).
- 63 Ora, o risco de uma ofensa ao princípio da não discriminação é particularmente elevado quando uma entidade adjudicante decide não submeter um determinado contrato a concurso.
- 64 No caso em apreço, importa observar, em primeiro lugar, que, não existindo qualquer elemento de prova nesse sentido, a escolha de um tratamento térmico dos resíduos não pode ser considerada um motivo técnico que possa justificar o argumento de que o contrato apenas podia ser adjudicado a um determinado prestador.
- 65 Em segundo lugar, o facto de, segundo o Governo alemão, a proximidade da eliminação ser uma consequência necessária da decisão da cidade de Braunschweig de submeter os detritos residuais a tratamento térmico não é corroborada por nenhum elemento de prova e não pode, por isso, ser considerada que constitui esse motivo técnico. Especificamente, o Governo alemão não provou que o transporte de resíduos numa distância maior constituiria necessariamente um perigo para o ambiente ou para a saúde pública.

66 Em terceiro lugar, a proximidade de um determinado prestador relativamente ao território do município também não pode constituir, por si só, um motivo técnico na aceção do artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50.

67 Em consequência, a República Federal da Alemanha não provou que o recurso ao artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50 era justificado no caso em apreço. Por conseguinte, há, igualmente, que julgar procedente a acção proposta pela Comissão no processo C-28/01.

68 Tendo em conta o que precede, cabe observar que:

- não tendo o município de Bockhorn submetido a concurso o contrato relativo à evacuação das suas águas residuais e não tendo publicado o resultado do processo de adjudicação no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha, na adjudicação desse contrato público de prestação de serviços, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições conjugadas dos artigos 8.º, 15.º, n.º 2, e 16.º, n.º 1, da Directiva 92/50,
- tendo a cidade de Braunschweig celebrado um contrato relativo à eliminação dos seus resíduos através de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, apesar de não se encontrarem preenchidos os pressupostos fixados pelo artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50, relativos à adjudicação de contratos por ajuste directo, sem concurso a nível comunitário, a República Federal da Alemanha não cumpriu, na adjudicação de um contrato público de prestação de serviços, as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), da referida directiva.

Quanto às despesas

- 69 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido pedido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Federal da Alemanha e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas. Em conformidade com o artigo 69.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, o Reino Unido suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

decide:

- 1) Não tendo o município de Bockhorn (Alemanha) submetido a concurso o contrato relativo à evacuação das suas águas residuais e não tendo publicado o resultado do processo de adjudicação no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Federal da Alemanha, na adjudicação desse contrato público de prestação de serviços, não cumpriu as obrigações

que lhe incumbem por força das disposições conjugadas dos artigos 8.º, 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.

- 2) Tendo a cidade de Braunschweig (Alemanha) celebrado um contrato relativo à eliminação dos seus resíduos através de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, apesar de não se encontrarem preenchidos os pressupostos fixados pelo artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50, relativos à adjudicação de contratos por ajuste directo, sem concurso a nível comunitário, a República Federal da Alemanha não cumpriu, na adjudicação de um contrato público de prestação de serviços, as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 11.º, n.º 3, alínea b), da referida directiva.
- 3) A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas.
- 4) O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte suporta as suas próprias despesas.

Wathelet

Edward

La Pergola

Jann

Rosas

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 10 de Abril de 2003.

O secretário

O presidente da Quinta Secção

R. Grass

M. Wathelet