

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

18 de Março de 2004 *

No processo C-314/01,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos artigo 234.º CE, pelo Bundesvergabeamt (Áustria), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Siemens AG Österreich,

ARGE Telekom & Partner

e

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,

Bietergemeinschaft EDS/ORGA,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), com as alterações introduzidas pela 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),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: V. Skouris, exercendo funções de presidente da Sexta Secção, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (relator), e N. Colneric, juízes,

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

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da ARGE Telekom & Partner, por M. Öhler, Rechtsanwalt,

- em representação da Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, por G. Lansky, Rechtsanwalt,

- em representação da Bietergemeinschaft EDS/ORGA, por R. Regner, Rechtsanwalt,

- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Nolin, na qualidade de agente, assistido por R. Roniger, Rechtsanwalt,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, representada por T. Hamerl, Rechtsanwalt, do Governo austríaco, representado por M. Fruhmann, e da Comissão, representada por M. Nolin, assistido por R. Roniger, na audiência de 18 de Setembro de 2003,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 20 de Novembro de 2003,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 11 de Julho de 2001, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 9 de Agosto seguinte, o Bundesvergabebamt submeteu, nos termos do artigo 234.º CE, quatro questões prejudiciais sobre a interpretação da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), com as alterações introduzidas pela 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 seguir «Directiva 89/665»).

- 2 Estas questões foram suscitadas num litígio que opõe as sociedades Siemens AG Österreich (a seguir «Siemens») e ARGE Telekom & Partner (a seguir «ARGE Telekom») à Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (união das caixas de segurança social austríacas, a seguir «Hauptverband»), na sua qualidade de entidade adjudicante, a respeito de um processo de adjudicação de um contrato de direito público de fornecimentos e de serviços.

Enquadramento jurídico

Regulamentação comunitária

- 3 O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 dispõe:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público 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.»

- 4 A este respeito, o artigo 2.º da Directiva 89/665 precisa as obrigações dos Estados-Membros. Nos termos dos n.ºs 1, 6 e 7 do referido artigo:

«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:

- a) Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes;
- 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.

[...]

6. Os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato celebrado na sequência da atribuição de um contrato de direito público serão determinados pelo direito nacional.

Além disso, excepto se a decisão tiver de ser anulada antes da concessão de indemnizações, os Estados-membros podem prever que, após a celebração do contrato na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes

da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação.

7. Os Estados-Membros garantirão que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser executadas de modo eficaz.»

- 5 A Directiva 92/50 prevê regras comuns de participação nos processos de adjudicação dos contratos de direito público de serviços, entre as quais figura a possibilidade de subcontratar uma parte do contrato a terceiros. Assim, nos termos do artigo 25.º desta directiva:

«Nos cadernos de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar que o proponente indique na sua proposta qualquer parte do contrato que tencione eventualmente subcontratar com terceiros.

Esta indicação não prejudica a questão da responsabilidade do prestador de serviços principal.»

- 6 A Directiva 92/50 fixa igualmente os critérios de selecção qualitativa que permitem determinar os candidatos admitidos a participar no processo de adjudicação de um contrato de direito público. O artigo 32.º desta directiva tem a seguinte redacção:

«1. A capacidade dos prestadores de serviços para a execução de serviços pode ser apreciada em função das suas qualificações, eficiência, experiência e fiabilidade.

2. A prova da capacidade técnica dos prestadores de serviços pode ser fornecida por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, quantidade e finalidade dos serviços a prestar:

[...]

- c) Indicação dos técnicos ou organismos técnicos envolvidos, quer dependam ou não directamente do prestador de serviços, e especialmente dos responsáveis pelo controlo da qualidade;

[...]

- h) Indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tenciona subcontratar.

3. A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas quais os elementos de referência que pretende receber.»

Regulamentação nacional

- 7 As Directivas 89/665 e 92/50 foram transpostas para o direito austríaco pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (lei federal de 1997 relativa à adjudicação de contratos de direito público, BGBl. I, 1997, p. 56, na versão publicada no BGBl. I, 2000, p. 125, a seguir «BVergG»).
- 8 O § 31 da BVergG, relativo às prestações a efectuar pelas empresas subcontratadas, prevê:

«1. Os documentos relativos ao concurso devem compreender as disposições relativas à admissibilidade das prestações efectuadas por subcontratantes. A subcontratação da totalidade do contrato não é permitida, excepto no que diz respeito aos contratos de compra e venda e nos casos em que a subcontratação é feita a empresas ligadas ao adjudicatário. Nas empreitadas de construção, não é permitido subcontratar a parte preponderante das prestações que constituem o objecto da empresa [...]. A entidade adjudicante deve garantir que os subcontratantes do adjudicatário executam eles próprios a parte preponderante do contrato que lhe foi adjudicado. Em casos excepcionais, a entidade adjudicante pode indicar nos documentos relativos ao concurso que é possível subcontratar a maior parte do contrato, desde que o fundamente. Nos restantes casos, a subcontratação de partes do contrato só é permitida se o subcontratante tiver a capacidade necessária para executar a sua parte.

2. Nos documentos relativos ao concurso, a entidade adjudicante deve solicitar ao proponente que indique na sua proposta a parte do contrato que eventualmente tenciona subcontratar a terceiros. A responsabilidade do adjudicatário não é afectada por esta questão.»

9 O § 40, n.º 1, da BVergG, referente à anulação do concurso, dispõe:

«Durante o prazo fixado para a apresentação de propostas, o concurso deve ser anulado por razões imperiosas, em especial caso venham a tornar-se conhecidos, antes do termo do prazo fixado para a apresentação de propostas, factos que, se tivessem sido conhecidos mais cedo, teriam determinado a não realização do concurso ou a realização de um concurso substancialmente diferente.»

10 Os §§ 52 e seguintes da BVergG regulamentam a avaliação das propostas. O § 52, n.º 1, prevê:

«Antes de a entidade adjudicante escolher a proposta que pode ser objecto de adjudicação deve, com base nos resultados da avaliação, excluir imediatamente as seguintes propostas:

[...]

9) propostas de proponentes que tenham feito acordos com outros proponentes, contrárias aos bons costumes ou ao princípio da concorrência efectiva, prejudiciais para a entidade adjudicante;

[...]»

- 11 O § 113 da BVergG determina as competências do Bundesvergabeamt (serviço federal das adjudicações). Este artigo prevê nos seus n.ºs 2 e 3:

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

1) decretar medidas provisórias e

2) anular as decisões ilegais tomadas pela entidade adjudicante.

3. Após a adjudicação ou o encerramento do processo de adjudicação, o Bundesvergabeamt é competente para declarar que, em razão de uma violação da presente lei ou dos seus regulamentos de execução, o contrato não foi adjudicado ao proponente que apresentou a proposta mais vantajosa. [...]»

- 12 Nos termos do § 117, n.ºs 1 e 3, da BVergG:

«1. O Bundesvergabeamt anulará, através de decisão administrativa e tendo em conta o parecer da comissão de conciliação emitido nesse processo, uma decisão da entidade adjudicante tomada no âmbito de um processo de adjudicação do contrato, quando essa decisão

1) for contrária às disposições da presente lei federal ou dos seus regulamentos de execução e

2) for determinante para o desfecho do processo de adjudicação.

[...]

3. Após a adjudicação do contrato, o Bundesvergabeamt, respeitando as condições do n.º 1, verificará unicamente se a ilegalidade invocada é ou não real.»

13 Nos termos do § 125, n.º 2, da BVergG, um pedido de indemnização, que deve ser apresentado nos tribunais civis, só é admissível se tiver havido uma declaração prévia do Bundesvergabeamt, nos termos do § 113, n.º 3, da mesma lei. Esta declaração é vinculativa para o tribunal civil chamado a decidir do pedido de indemnização, bem como para as partes na instância no Bundesvergabeamt.

14 Nos termos do § 879, n.º 1, do Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco).

«É nulo o contrato que viole uma proibição legal ou os bons costumes.»

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

- 15 Em 21 de Setembro de 1999, a Hauptverband anunciou no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* a sua intenção de iniciar um processo de adjudicação de um contrato em duas fases relativo à concepção, elaboração e realização de um sistema de processamento electrónico de dados em cartões com *chip* integrado, incluindo o fornecimento, a inicialização, a personalização, a distribuição e a eliminação dos cartões em toda a Áustria, a instalação e a manutenção de terminais por sector, bem como o apoio à unidade de processamento electrónico de dados do sistema, o apoio à unidade do centro de chamadas, à gestão dos cartões e aos restantes serviços necessários ao funcionamento do referido sistema.
- 16 Em 22 de Fevereiro de 2000, a Hauptverband decidiu convidar cinco dos seis grupos de candidatos que tinham participado na primeira fase do processo a apresentar uma proposta e excluir o sexto candidato. O ponto 1.8 do concurso de 15 de Março de 2000, que reproduz o teor do ponto 1.9 do aviso de concurso de 21 de Setembro de 1999, refere:

«A subcontratação de partes do contrato apenas é autorizada até ao limite máximo de 30% das prestações e desde que o proponente ou o grupo de proponentes conserve as prestações características do contrato, isto é, a gestão do projecto, a concepção do sistema, o desenvolvimento, a realização, o fornecimento e o funcionamento dos componentes centrais do sistema global específicos do projecto, o desenvolvimento, o fornecimento e a gestão dos cartões segundo o seu ciclo de vida, bem como o desenvolvimento dos terminais.»

- 17 Resulta do despacho de reenvio que esta cláusula, que acentua a responsabilidade pessoal do fornecedor dos cartões, foi prevista a fim de assegurar a boa execução do contrato no plano técnico.

- 18 Três dos quatros grupos de proponentes que apresentaram uma proposta, a saber, a Siemens, a ARGE Telekom e a Debis Systemhaus Österreich GmbH (a seguir «Debis»), integravam o fornecedor de cartões Austria Card, PlastiKKArd und Ausweissysteme GmbH (a seguir «Austria Card»), que devia assegurar a entrega dos cartões. O quarto grupo, ao qual não pertencia a Austria Card, era a Bietergemeinschaft EDS/ORGA (a seguir «EDS/ORGA»), constituída pelas empresas Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland) GmbH e ORGA Kartensysteme GmbH.
- 19 Por carta de 18 de Dezembro de 2000, os três primeiros grupos de proponentes foram informados de que a Hauptverband tinha intenção de adjudicar o contrato à ADS/ORGA.
- 20 Depois de terem sem êxito tentado iniciar um processo de conciliação na Bundesvergabekontrollkommission (comissão federal de controlo das adjudicações), os três grupos afastados do concurso interpuseram recursos no Bundesvergabeamt com vista a obterem, a título principal, a anulação da decisão da Hauptverband de adjudicar o contrato à EDS/ORGA e, a título subsidiário, a anulação do concurso.
- 21 Por decisão de 19 de Março de 2001, o Bundesvergabeamt negou provimento à totalidade dos pedidos que lhe foram submetidos, por os considerar inadmissíveis, alegando falta de legitimidade, na medida em que as propostas das recorrentes deveriam, em qualquer caso, ter sido excluídas pela Hauptverband nos termos do § 52, n.º 1, da BVergG, porque o facto de a Austria Card fazer parte dos três grupos de proponentes em causa tornava possíveis a troca de informações e as negociações sobre os termos das propostas o que podia falsear a livre concorrência.

- 22 Resulta dos autos que esta decisão do Bundesvergabeamt foi anulada por um acórdão do Verfassungsgerichtshof (Áustria) de 12 de Junho de 2001, com fundamento no facto de os três grupos em causa terem sido lesados no seu direito constitucional a um processo no órgão jurisdicional legal, visto que o Bundesvergabeamt, antes de proferir a sua decisão, não submeteu ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial.
- 23 Em 28 e 29 de Março de 2001, a Debis e a ARGE Telekom intentaram uma segunda série de acções no Bundesvergabeamt, nas quais pediram, designadamente, a anulação da decisão da Hauptverband relativa à recusa de revogar o concurso e apresentaram um pedido de medidas provisórias para que fosse proibida a adjudicação durante um período de dois meses a contar da apresentação do pedido, quanto à acção da Debis, ou até que o Bundesvergabeamt se pronuncie a título principal, quanto à acção da ARGE Telekom.
- 24 Por despacho de 5 de Abril de 2001, o Bundesvergabeamt, pronunciando-se nos pedidos de medidas provisórias, proibiu a Hauptverband de adjudicar o contrato até 20 de Março de 2001.
- 25 Por decisão de 20 de Abril de 2001, o Bundesvergabeamt julgou procedentes os pedidos principais da Debis e da ARGE Telekom e anulou a decisão da Hauptverband de não revogar o concurso, nos termos do § 113, n.º 2, ponto 2, da BVergG. No essencial, fundamentou a sua decisão referindo que o concurso previa um critério de selecção ilícito, na medida em que a proibição de subcontratar constante do seu ponto 1.8 violava o direito do proponente, baseado na regulamentação comunitária tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça (v., designadamente, acórdão de 2 de Dezembro de 1999, Holst Italia, C-176/98, Colect., p. I-8607), de poder também recorrer a um subcontratante para justificar as suas capacidades de execução do contrato em causa. No caso em apreço, se o concurso não tivesse previsto esta condição, os grupos afastados poderiam ter recorrido a um subcontratante para fornecer estes cartões.

- 26 Apesar dessa decisão, em 23 de Abril de 2001, a Hauptverband decidiu adjudicar o contrato à EDS/ORGA. Considerando que os efeitos da medida provisória adoptada em 5 de Abril de 2001 pelo Bundesvergabeamt tinham expirado em 20 de Abril de 2001, sem que esta tenha sido prorrogada e que a decisão de 20 de Abril de 2001 deste último continha apenas uma indicação, de difícil compreensão, relativa à «anulação de uma não revogação», a Hauptverband entendeu que apenas fora decidido de modo juridicamente vinculativo se a sua decisão de adjudicar o contrato ao grupo de proponentes que apresentara a proposta mais vantajosa não fosse válida ou tivesse de ser anulada.
- 27 Além disso, a Hauptverband decidiu interpor recurso de anulação da decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001 no Verfassungsgerichtshof. Resulta dos autos enviados pelo órgão jurisdicional de reenvio e das observações apresentadas no Tribunal de Justiça que, primeiro, por despacho de 22 de Maio de 2001, o Verfassungsgerichtshof negou provimento ao pedido da Hauptverband com vista a atribuir ao recurso desta última efeito suspensivo em relação a essa decisão, pois, em qualquer caso, o contrato controvertido já tinha sido adjudicado e, só depois, por acórdão de 2 de Março de 2002, anulou a referida decisão, porque era logicamente impossível anular uma decisão quando esta impõe uma obrigação de *non facere* e quando os recursos interpostos pela Debis e a ARGE Telekom deveriam ter sido declarados inadmissíveis.
- 28 Em 30 de Abril de 2001, a Siemens interpôs no Bundesvergabeamt um novo recurso de anulação de várias decisões da Hauptverband tomadas posteriormente à decisão de adjudicar o contrato à EDS/ORGA, alegando no essencial que a anulação, pelo referido órgão jurisdicional, da decisão da entidade adjudicante de não anular o concurso determina a ilegalidade da decisão de adjudicação da Hauptverband, uma vez que esta se verificou no âmbito de um segundo processo de adjudicação que não foi objecto das publicações exigidas.
- 29 Em 17 de Maio de 2001, a ARGE Telekom interpôs também recursos de anulação de onze decisões que a Hauptverband adoptou depois de ter decidido não anular o processo de adjudicação controvertido não obstante a decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001.

30 Considerando que para a solução desta terceira série de litígios é necessária a interpretação de várias disposições da Directiva 89/665, o Bundesvergabeamt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Devem as disposições da Directiva 89/665/ [...], em especial o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), lido, se necessário, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 7, ser interpretadas no sentido de que a decisão das instâncias nacionais responsáveis pelos processos de recurso, na acepção do artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665 [...], que anula a decisão da entidade adjudicante que recusa a anulação do processo de concurso, tem por efeito jurídico, quando o ordenamento jurídico interno não oferece nenhuma base jurídica que permita a execução eficaz e coerciva, contra a entidade adjudicante, da decisão das referidas instâncias, pôr imediatamente termo ao processo de concurso em questão, sem que a entidade pública adjudicante nacional deva praticar, ela própria, qualquer outro acto?
- 2) Resulta das disposições da Directiva 89/665 [...], em especial do artigo 2.º, n.º 7, lido, se necessário, em conjugação com o disposto na Directiva 92/50 [...], em especial o artigo 25.º e o artigo 32.º, n.º 2, alínea c), ou qualquer outra disposição de direito comunitário, em especial à luz do efeito útil que preside à interpretação do direito comunitário, que uma cláusula do concurso que proíbe a subcontratação de elementos essenciais da prestação, impede que o proponente demonstre, não obstante a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial do acórdão [Holst Itália, já referido], através da apresentação como prova do contrato celebrado com o subcontratante, que dispõe efectivamente dos meios de terceiros, e o priva, deste modo, do direito de invocar os meios de terceiros para provar a sua capacidade e que dispõe efectivamente dos meios de terceiros, é de tal modo contrária ao direito comunitário que se deve entender que um contrato celebrado na sequência de tal concurso deve considerar-se nulo, em especial quando a ordem jurídica interna já contém disposições que ferem de nulidade os contratos contrários à lei?

- 3) Resulta das disposições da Directiva 89/665 [...], em especial do artigo 2.º, n.º 7, ou de outra disposição de direito comunitário, em especial à luz do princípio do efeito útil que preside à interpretação do direito comunitário, que um contrato contrário à decisão de uma instância nacional de recurso na acepção do artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665 [...], que tem por objecto a anulação da decisão da entidade adjudicante que recusa a anulação do processo de concurso, é nulo sobretudo quando a ordem jurídica interna já contém disposições que ferem de nulidade os contratos contrários aos bons costumes ou à lei e, por outro lado, a ordem jurídica interna não oferece nenhuma base jurídica que permita a execução eficaz e coerciva, contra a entidade adjudicante, da decisão das referidas instâncias?
- 4) a) Devem as disposições da Directiva 89/665 [...], em especial o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), lido, se necessário, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 7, ser interpretadas no sentido de que, quando o ordenamento jurídico interno não oferece nenhuma base jurídica que permita a execução eficaz e coerciva, contra a entidade adjudicante, da decisão das instâncias de recurso, estas dispõem do poder, por aplicação directa do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), lido, se necessário, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 7, de obrigar as entidades adjudicantes, numa intimação susceptível de execução coerciva, de fazer anular a decisão ilegal, apesar de, no processo relativo aos recursos dos concorrentes na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 [...], a ordem jurídica interna apenas permitir às instâncias de recurso que anulem, sem natureza coerciva, as decisões das entidades adjudicantes?
- b) Caso seja dada resposta afirmativa à questão 4, alínea a), retiram as instâncias de recurso do artigo 2.º, n.º 7, da Directiva 89/665 [...], lido, se necessário, em conjugação com o qualquer outra disposição de direito comunitário, competência para ameaçar ou aplicar sanções à entidade adjudicante, ou multas calculadas equitativamente e penas de prisão aos membros dos órgãos directivos das entidades adjudicantes, quando as entidades adjudicantes ou os membros dos seus órgãos directivos não cumprem as intimações das instâncias de recurso?»

Quanto à admissibilidade do reenvio prejudicial

- 31 Resulta das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio que este duvida da compatibilidade das regras processuais constantes da regulamentação austríaca relativa aos contratos de direito público com a Directiva 89/665, na medida em que aquelas não seriam suficientes para garantirem, de maneira eficaz, a execução das decisões tomadas pela instância responsável pelos processos de recurso, uma vez que no processo principal, apesar da decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001 que anulou a decisão da Hauptverband de não anular o concurso, o contrato controvertido foi, no entanto, adjudicado à EDS/ORGA.
- 32 Ora, é pacífico que, por acórdão de 2 de Março de 2002, o Verfassungsgerichtshof revogou a decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001.
- 33 A este respeito, resulta de jurisprudência constante que o processo instituído pelo artigo 234.º CE é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais (v., designadamente, acórdãos de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias, C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 14, e de 12 de Junho de 2003, Schmidberger, C-112/00, Colect., p. I-5659, n.º 30, e jurisprudência aí referida).
- 34 No âmbito desta cooperação, o órgão jurisdicional a quem foi submetido o litígio, que é o único a ter um conhecimento directo dos factos do processo principal e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, é, com certeza, o melhor colocado para apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça (v., designadamente, acórdãos Lourenço Dias, já referido, n.º 15; de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 18, e Schmidberger, já referido, n.º 31).

- 35 Não é menos verdade que compete ao Tribunal de Justiça, quando necessário, examinar as condições em que lhe são submetidos os pedidos formulados pelos órgãos jurisdicionais nacionais, a fim de verificar a sua própria competência e, em particular, verificar se a interpretação do direito comunitário que lhe é solicitada tem alguma relação com a realidade e com o objecto do litígio no processo principal, de modo que o Tribunal de Justiça não seja levado a formular opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas. Se concluir que a questão submetida não é manifestamente pertinente para a resolução do litígio, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se (acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, Foglia, 244/80, Recueil, p. 3045, n.º 21; Lourenço Dias, já referido, n.º 20; Canal Satélite Digital, já referido, n.º 19, e de 30 de Setembro de 2003, Inspire Art, C-167/01, Colect., p. I-10155, n.ºs 44 e 45).
- 36 À luz do que precede, importa examinar se as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio continuam a ser pertinentes para a solução dos litígios no processo principal, mesmo quando o Verfassungsgerichtshof anulou a decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001.
- 37 A este respeito, resulta do despacho de reenvio que foi a circunstância de essa decisão de 20 de Abril de 2001 não ser susceptível de execução coerciva em direito austríaco que, no essencial, motivou o presente pedido de decisão prejudicial, pelo que, depois de anulada a referida decisão, estas questões passaram a ser puramente hipotéticas, como aliás sublinha o Verfassungsgerichtshof no seu acórdão de 2 de Março de 2002.
- 38 Há contudo que admitir que não está excluído que uma resposta à segunda questão, que respeita incidentalmente ao alcance do acórdão Holst Italia, já referido, continua a ter interesse para a solução dos litígios no processo principal,

designadamente no caso de estes, depois de declarada a ilegalidade do processo de adjudicação pelo Bundesvergabebamt nos termos do § 113, n.º 3, da BVergG, prosseguirem no juiz cível, que, segundo a legislação austríaca, é a instância competente para decidir um pedido de indemnização depois da adjudicação do contrato.

- 39 Face ao que precede, não é necessário responder às primeira, terceira e quarta questões e há que limitar a resposta do Tribunal de Justiça à segunda questão.

Quanto à segunda questão

- 40 Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta no essencial se artigo 2.º, n.º 7, da Directiva 89/665, em conjugação com os artigos 25.º e 32.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 92/50, deve ser interpretado no sentido de que um contrato celebrado no termo de um processo de adjudicação de um contrato de direito público de fornecimentos e de serviços, cuja regularidade é afectada pela incompatibilidade de uma disposição do anúncio de concurso com o direito comunitário, deve ser considerado nulo na medida em que o direito nacional aplicável determina a nulidade dos contratos contrários à lei.

- 41 Esta questão assenta na premissa segundo a qual uma disposição do concurso que proíbe o recurso à subcontratação em relação a partes importantes de um contrato é contrária à Directiva 92/50, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão *Holst Italia*, já referido.

- 42 A este respeito, importa recordar que a Directiva 92/50, que tem por objectivo eliminar os entraves à livre circulação de serviços na celebração de contratos de direito público de serviços, visa, expressamente no seu artigo 25.º, a possibilidade de o proponente subcontratar uma parte do contrato a terceiros, na medida em que esta disposição prevê que a entidade adjudicante pode pedir a esse proponente que indique na sua proposta à parte do referido contrato que tenciona subcontratar. Além disso, quanto aos critérios de selecção qualitativos, o artigo 32.º, n.º 2, alíneas c) e h), da referida directiva prevê expressamente a possibilidade de justificar a capacidade técnica do prestador de serviços através da indicação dos técnicos ou dos organismos técnicos, independentemente de estarem ou não integrados na empresa desse prestador de serviços, de que dispõe para a execução do serviço, ou ainda pela indicação da parte do contrato que eventualmente tenciona subcontratar.
- 43 Como o Tribunal de Justiça declarou nos n.ºs 26 e 27 do acórdão *Holst Italia*, já referido, resulta tanto do objecto como da letra dessas disposições que uma pessoa não pode ser afastada de um processo de adjudicação de um contrato público de serviços só com fundamento no facto de pretender utilizar, para executar o contrato, meios que propriamente não possui, mas que pertencem a uma ou várias entidades dela distintas. Isto implica que é permitido a um prestador que não preenche por si só as condições mínimas exigidas para participar no processo de adjudicação de um contrato de direito público de serviços invocar perante a entidade adjudicante as capacidades de terceiros a que conta recorrer se o contrato lhe for adjudicado.
- 44 Contudo, segundo o Tribunal de Justiça, compete ao prestador, com vista a ser admitido a participar num concurso, que invoque as capacidades de organismos ou empresas a que está directa ou indirectamente ligado, provar que pode efectivamente dispor dos meios desses organismos ou empresas que propriamente lhe não pertencem e que são necessários para a execução do contrato (acórdão *Holst Italia*, já referido, n.º 29).

- 45 Assim, como referiu correctamente a Comissão das Comunidades Europeias, a Directiva 92/50 não se opõe a uma proibição ou a uma restrição do recurso à subcontratação de partes essenciais do contrato quando, precisamente, a entidade adjudicante não pôde verificar as capacidades técnicas e económicas dos subcontratados no momento do exame das propostas e da selecção do proponente que apresentou a proposta mais vantajosa.
- 46 Decorre do que precede que a premissa na qual assenta a segunda questão apenas é exacta se for demonstrado que o ponto 1.8 do concurso proíbe, durante a fase do exame das propostas e da selecção do adjudicatário do contrato, o recurso por este último à subcontratação para as prestações essenciais do contrato. Com efeito, uma pessoa que invoque as capacidades técnicas e económicas de terceiros aos quais tenciona recorrer se o contrato lhe for adjudicado apenas pode ser afastada se não conseguir demonstrar que dispõe efectivamente dessas capacidades.
- 47 Ora, parece que o ponto 1.8 do concurso não diz respeito à fase de exame e selecção do processo de adjudicação do contrato, mas à fase de execução, e visa precisamente evitar que a execução de partes essenciais do contrato seja confiada a entidades em relação às quais a entidade adjudicante não pôde verificar as capacidades técnicas e económicas durante a selecção do adjudicatário. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se foi isto que aconteceu.
- 48 Se se concluir que uma cláusula do concurso é efectivamente contrária à Directiva 92/50, concretamente na medida em que proíbe ilegalmente o recurso à subcontratação, basta então recordar que, nos termos dos artigos 1.º, n.º 1, e

2.º, n.º 7, da Directiva 89/665, os Estados-Membros estão obrigados a tomar as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível, no caso de essas decisões terem violado a regulamentação comunitária em matéria de contratos de direito público.

49 Daqui decorre, portanto, que, no caso de uma cláusula do concurso ser incompatível com a regulamentação comunitária em matéria de contratos de direito público, a ordem jurídica interna do Estado-Membro considerado deve prever a possibilidade de invocar esta incompatibilidade no âmbito dos processos de recurso previstos na Directiva 89/665.

50 Consequentemente, importa responder à segunda questão que a Directiva 89/665 e, em particular, os seus artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 7, devem ser interpretados no sentido de que, no caso de uma cláusula do concurso ser incompatível com a regulamentação comunitária em matéria de contratos de direito público, a ordem jurídica interna dos Estados-Membros deve prever a possibilidade de invocar essa incompatibilidade no âmbito dos processos de recurso previstos na Directiva 89/665.

Quanto às despesas

51 As despesas efectuadas pelo Governo austríaco e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo Bundesvergabeamt, por despacho de 11 de Julho de 2001, declara:

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 e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, e, em particular, os seus artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 7, devem ser interpretados no sentido de que, no caso de uma cláusula do concurso ser incompatível com a regulamentação comunitária em matéria de contratos de direito público, a ordem jurídica interna dos Estados-Membros deve prever a possibilidade de invocar essa incompatibilidade no âmbito dos processos de recurso previstos na Directiva 89/665.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Março de 2004.

O secretário

O presidente

R. Grass

V. Skouris