

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 16 de Outubro de 2003¹

I — Introdução

1. No presente processo, o Bundesvergabeamt austríaco colocou 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 fornecimentos², com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços³ (a seguir «Directiva 89/665»).

2. Estas questões foram suscitadas num litígio entre a Grossmann Air Service e a República da Áustria.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

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

«1. 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, novamente, 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 — JO L 395, p. 33.

3 — JO L 209, p. 1.

[...]

3. Os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. Os Estados-Membros podem em particular exigir que a pessoa que pretenda utilizar tal processo tenha informado previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso.»

4. O artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/665 enuncia:

«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:

[...]

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;»

B — *Direito nacional*

5. A Directiva 89/665 foi transposta para o direito austríaco pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (lei federal de 1997 sobre a adjudicação de contratos públicos, BGBl. 1997/56 I, a seguir «BVergG»). A BVergG prevê a instituição de uma Bundes-Vergabekontrollkommission (comissão federal de controlo das adjudicações, a seguir «B-VKK») e de um Bundesvergabeamt (serviço federal das adjudicações).

6. Nos termos do § 109 da BVergG, a B-VKK é competente, até à atribuição do contrato público, para conciliar as divergências de opinião entre a entidade adjudicante e um ou mais candidatos ou proponentes relativas à aplicação dessa lei ou dos seus regulamentos de execução (n.º 1). Um pedido de intervenção da B-VKK deve ser apresentado à direcção deste organismo o mais rapidamente possível após conhecimento da divergência de opinião (n.º 6). Além disso, a entidade adjudicante não pode, sob pena de nulidade, atribuir o contrato antes de decorridas quatro semanas após ter sido informada do pedido de intervenção (n.º 8).

7. Nos termos do § 113 da BVergG, o Bundesvergabeamt é competente para apreciar os processos de recurso que lhe sejam submetidos (n.º 1). 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 decretar medidas provisórias bem como anular decisões ilegais tomadas pela entidade adjudicante (n.º 2). 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 (n.º 3).

8. O § 115, n.º 1, da BVergG determina que uma empresa que afirme ter interesse na celebração de um contrato abrangido por esta lei pode recorrer das decisões tomadas pela entidade adjudicante no decurso do processo de adjudicação, por violação da lei, na medida em que a referida ilegalidade lhe tenha causado ou ameace causar prejuízo.

III — Matéria de facto e tramitação processual

9. A 27 de Janeiro de 1998, o Ministério das Finanças austríaco abriu concurso para a realização de voos não regulares de transporte de passageiros ao serviço do Governo federal austríaco e respectivas

delegações, em aviões a jacto e aviões a hélice. Na sequência disso, a Grossmann Air Service apresentou uma proposta.

10. Contudo, a 3 de Abril de 1998, o processo de adjudicação foi anulado. A 28 de Julho de 1998, foi aberto um novo concurso para estes serviços de transporte. A Grossmann Air Service solicitou, efectivamente, os documentos do concurso, mas desistiu de apresentar nova proposta.

11. Por carta de 8 de Outubro de 1998, o Governo austríaco informou a Grossmann Air Service sobre a sua intenção de adjudicar o contrato à Lauda Air Luftfahrt AG (a seguir «Lauda Air»). Essa carta foi recebida pela Grossmann Air Service em 9 de Outubro de 1998. A celebração do contrato com a Lauda Air ocorreu em 29 de Outubro de 1998.

12. Por requerimento datado de 19 de Outubro de 1998, expedido em 23 de Outubro de 1998 e que deu entrada no Bundesvergabeamt em 27 de Outubro de 1998, a Grossmann Air Service recorreu da decisão da entidade adjudicante que confiava os voos à Lauda Air e requereu a sua anulação. Alegou que o concurso tinha sido desde o início de tal forma «talhado» para um único concorrente, a saber, a Lauda Air, que os outros interessados se viram, de antemão, privados de quaisquer possibilidades de obtenção do contrato.

13. Por decisão de 4 de Janeiro de 1999, o Bundesvergabeamt negou provimento ao referido recurso, nos termos do § 115, n.º 1, e do § 113, n.ºs 2 e 3, da BVergG.

16. Na sequência dos factos acima descritos, o Bundesvergabeamt colocou as questões prejudiciais a seguir enunciadas.

Questões prejudiciais

14. O Bundesvergabeamt entendeu que a Grossmann Air Service não demonstrara de forma suficiente o seu interesse na adjudicação como um todo. No seu entender, a empresa não dispunha dos aviões de grandes dimensões exigidos, pelo que não estava em condições de fornecer todas as prestações solicitadas. Além disso, não apresentara qualquer proposta no segundo concurso. De resto, uma vez realizada a adjudicação, o Bundesvergabeamt deixara de ter competência para a sua anulação.

«1) O artigo 1.º, n.º 3, 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 fornecimentos, deve ser interpretado no sentido de que tem legitimidade para interpor recurso qualquer empresa que tenha apresentado uma proposta num concurso público ou que se tenha candidatado à participação num concurso público?

15. A Grossmann Air Service recorreu, a seguir, para o Verfassungsgerichtshof. Por decisão de 10 de Dezembro de 2001 (B 405/99-9), o Verfassungsgerichtshof anulou a decisão do Bundesvergabeamt, por violação do direito constitucionalmente consagrado a um processo perante um juiz. O Verfassungsgerichtshof declarou ainda que o simples facto de a alegada ilegalidade do concurso não ter sido invocada pela Grossmann Air Service num estágio anterior do concurso não é necessariamente suficiente para se concluir pela falta de interesse jurídico no recurso interposto.

No caso de resposta negativa à primeira questão:

2) A referida disposição da directiva deve ser interpretada no sentido de que uma empresa só tem ou teve um interesse na obtenção de determinado contrato público quando, para além da sua participação no concurso, toma ou tomou todas as medidas de que dispõe

ao abrigo das disposições do direito interno para impedir a adjudicação a outro concorrente?

- 3) O artigo 1.º, n.º 3, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), 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 fornecimentos, deve ser interpretado no sentido de que uma empresa deve ter a possibilidade de recorrer de uma adjudicação que considera ilegal ou discriminatória mesmo quando não está em condições de prestar na íntegra o serviço objecto do concurso, não tendo, por isso, apresentado qualquer proposta no âmbito desse concurso?»

sucedida, solicitado a intervenção do Bundesvergabamt, para que fossem decretadas medidas provisórias e anulado o processo de adjudicação. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio considera que é importante saber se os pressupostos do recurso a que se refere o § 115, n.º 1, da BVergG, em conjugação com o § 109, n.º 1, primeiro parágrafo, n.º 6 e n.º 8, da mesma lei, interpretados à luz do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665, devem ser entendidos no sentido de que qualquer concorrente que pretenda obter determinado contrato público pode, com base nisso, invocar um interesse na celebração dum contrato abrangido pelo âmbito da aplicação da Bundesgesetz ou se o facto de não terem sido esgotados todos os meios disponibilizados pelo direito nacional implica a perda desse interesse.

Quanto às questões prejudiciais

17. O órgão jurisdicional de reenvio observou, a propósito das duas primeiras questões, que a Grossmann Air Service deixara passar um prazo de catorze dias entre a notificação da decisão de adjudicação (9 de Outubro de 1998) e a interposição do recurso no Bundesvergabamt (23 de Outubro de 1998), sem que tivesse solicitado a mediação da B-VKK e, deste modo, dado início à contagem do prazo de quatro semanas do § 109, n.º 8, da BVergG ou, no caso de esta conciliação não ser bem

18. A propósito da terceira questão formulada, o Bundesvergabamt observa que, segundo o Verfassungsgerichtshof, conforme resulta do seu acórdão de 10 de Dezembro de 2001, o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/665 obriga a que se preveja a possibilidade de suprimir as especificações dos concursos que sejam discriminatórias. O entendimento segundo o qual a legitimidade para impugnar especificações de concursos discriminatórias depende de o recorrente estar em condições de cumprir essas especificações pode violar o objectivo (comunitário) de garantir uma tutela completa e eficaz das adjudicações. Assim, uma empresa de aviação que, de modo credível, demonstre ter interesse na

celebração de um contrato de voos e que se sinta discriminada pela forma como esses voos foram adjudicados — enquanto contrato global — tem um interesse jurídico na aceção do § 115, n.º 1, da BVergG e, por conseguinte, tem o direito a que as especificações cuja ilegalidade invoca sejam examinadas, pois de outro modo não poderia provar a ilegalidade da adjudicação e os danos que eventualmente daí advenham.

19. Neste contexto, coloca-se a questão de saber se uma empresa tem legitimidade para recorrer nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 quando, devido às especificações do concurso, que considera discriminatórias na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da referida directiva, interpela a instância de recurso, invocando que sofreu ou pode sofrer prejuízos, apesar de não estar em condições de prestar o serviço definido no aviso de concurso e de, por isso, não ter apresentado proposta no âmbito deste concurso.

Tramitação processual no Tribunal de Justiça

20. O despacho de reenvio deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 20 de Junho de 2002. A Grossmann Air Service, o Governo austríaco e a Comissão apre-

sentaram observações escritas. Na audiência de 10 de Setembro de 2003, esclareceram a sua posição.

IV — Apreciação

21. Tendo em conta a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, as duas primeiras questões não carecem de grandes considerações. Na realidade, o que se pretende com estas questões é saber se uma empresa tem ou teve um interesse na adjudicação na aceção do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 e se, por conseguinte, pode utilizar os processos de recurso previstos nesta directiva para obter a declaração de ilegalidade de uma decisão de adjudicação, mesmo que não se tenham esgotados todos os meios jurídicos disponibilizados pelo direito nacional para impedir a adjudicação do contrato público a um terceiro.

22. Estas questões foram recentemente tratadas, nomeadamente no acórdão Hackemüller⁴ e, mais especificamente, no acórdão Fritsch e o.⁵

23. Nos dois casos, colocava-se a questão de saber se qualquer empresa que pretenda

4 — Acórdão de 19 de Junho de 2003, Hackemüller (C-249/01, Colect., p. I-0000).

5 — Acórdão de 19 de Junho de 2003, Fritsch e o. (C-410/01, Colect., p. I-0000).

obter um contrato público nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 pode interpor recurso. Conforme resulta do acórdão Hackemüller, tal não acontece e o Estado-Membro pode exigir, adicionalmente, que a pessoa em causa tenha sido ou possa vir a ser lesada pela alegada violação.

24. A segunda questão foi expressamente respondida no acórdão Fritsch. Neste processo, colocava-se igualmente a questão de saber se o legislador nacional podia fazer depender o interesse de um concorrente à obtenção de determinado contrato público, e por conseguinte o seu direito a instaurar o processo de recurso previsto na directiva, da condição de este proponente ter previamente solicitado a intervenção de uma comissão de conciliação como a B-VKK. O Tribunal de Justiça respondeu de forma negativa. Tal condição é contrária aos objectivos de rapidez e eficácia prosseguidos pela directiva. Na verdade, reconheceu-se que o artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 permite expressamente que os Estados-Membros determinem as modalidades segundo as quais devem tornar os processos de recurso previstos pela referida directiva acessíveis a qualquer pessoa que tenha ou possa vir a ter interesse na obtenção de um contrato público determinado e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação, mas isso não lhes permite dar ao conceito de «interesse na obtenção de um contrato público» uma interpretação susceptível de pôr em

causa o efeito útil da directiva. É o que acontece no caso de se considerar que uma empresa perdeu o seu interesse ao não pedir, em primeiro lugar, a intervenção de uma comissão de conciliação como a B-VKK.

25. Nos processos acima referidos, os interessados tinham participado no processo de adjudicação em causa. Conforme resulta do despacho de reenvio, isso não acontece no caso em apreço. No entanto, tal como a Comissão, entendo que a participação no processo de adjudicação é, em princípio, uma condição para se poder demonstrar a existência de interesse na obtenção do contrato e um eventual prejuízo causado pela adjudicação alegadamente ilegal. Quem não participou no processo de adjudicação dificilmente poderá sustentar que possui interesse em impugnar uma decisão de adjudicação alegadamente ilegal.

26. Contudo, a terceira questão refere-se a uma situação ligeiramente diferente. Aí, não faz sentido que os potenciais interessados num concurso se candidatem, uma vez que as prestações a cumprir estão de tal modo especificadas que, de antemão, sabem que não poderão satisfazê-las. A questão que se coloca é a de saber se, nessa situação,

deve continuar a prever-se a possibilidade de recorrer directamente das especificações discriminatórias.

concurso. Daí que estas empresas também devam, em princípio, ser consideradas interessadas no processo de adjudicação e deva, assim, ser-lhes reconhecido o direito de recorrer.

27. Na minha opinião, esta questão merece uma resposta afirmativa. Na sua jurisprudência recente, o Tribunal de Justiça interpretou em sentido amplo o conceito de «decisões das entidades adjudicantes» que figura no artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665⁶. Resulta ainda da redacção do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da referida directiva que a competência judicial em sede de recurso deve permitir, designadamente: «Anular [...] as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias [...]». Por conseguinte, parece-me incontestável que as possibilidades de recurso visadas pela Directiva 89/665 também abrangem as decisões que descrevam as prestações solicitadas num concurso.

29. No processo principal que serviu de base ao presente processo, as especificações das prestações solicitadas desempenham um papel relevante. O facto de os diferentes elementos dos serviços de transporte aéreo solicitados terem sido reunidos num único pacote reduziu fortemente o círculo de interessados em condições de fornecerem todo esse pacote, excluindo, de antemão, potenciais interessados num ou mais componentes desse pacote. Resulta do exposto no número anterior que também estes devem ser considerados interessados na adjudicação e, por conseguinte, titulares do direito de recurso. Condição para tal é, no entanto, a de que, sem essas especificações alegadamente discriminatórias, teriam estado em condições de participar no concurso.

28. Todavia, a possibilidade de recurso teria pouco significado prático se não estivesse aberta às empresas que foram, de antemão, excluídas por aquelas especificações discriminatórias de participar no processo de adjudicação. Além disso, nesse tipo de situação, pode ser demais pedir que se faça o esforço de apresentar uma candidatura e de incorrer nas despesas a ela inerentes apenas para manter o direito de recorrer das condições discriminatórias do

30. Refira-se, por último, que o interesse da segurança jurídica exige que a utilização desta possibilidade de recurso ocorra o mais cedo possível. A interposição do recurso após a adjudicação do contrato poderá ser considerada tardia. No entanto, cabe ao órgão jurisdicional nacional decidi-lo.

⁶ — Acórdão de 18 de Junho de 2002, HI (C-92/00, Colect., p. I-5533).

V — Conclusão

31. Tendo em conta as considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões colocadas:

«— O artigo 1.º, n.º 3, 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 fornecimentos, com a redacção que lhe foi dada 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, deve ser interpretado no sentido de que tem legitimidade para interpor o recurso referido na directiva quem quer que tenha apresentado uma proposta ou se tenha candidatado à participação num concurso público.

— O artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 /CEE opõe-se a que se considere que uma empresa que participou num concurso público deixou de ter interesse na obtenção desse contrato público ao não ter pedido a intervenção de uma comissão de conciliação como a B-VKK, criada pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, antes de interpor um recurso na acepção da directiva.

— O artigo 1.º, n.º 3, conjugado com o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/665/CEE deve ser interpretado no sentido de que uma empresa interessada na adjudicação deve ter a possibilidade de recorrer directamente das especificações do concurso que reputa ilegais ou discriminatórias. Esta possibilidade também deve ser prevista para aqueles que possam demonstrar que se teriam candidatado à participação no concurso não fosse a referida especificação discriminatória.»