

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 11 de Novembro de 2004¹

1. A colaboração de uma pessoa nos trabalhos preparatórios de um contrato administrativo é excluída, bem como a empresa a ela ligada, de participar no referido contrato? Tal norma, que visa impedir que uma pessoa possa ser beneficiada pelo facto de ter participado na preparação de um contrato administrativo o que a colocaria numa situação contrária à livre concorrência no processo de adjudicação do referido contrato, é proporcional ao objectivo que se destina a realizar? Tais são, no essencial, as questões que o Conseil d'État (Bélgica) submete ao Tribunal de Justiça nos presentes processos apensos.

respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas², e 98/4/CE, que altera a Directiva 93/38/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações³.

3. Essas duas directivas⁴ têm em conta as necessárias alterações ocorridas na sequência da celebração, pela Comunidade Europeia, do acordo sobre os contratos públicos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (a seguir «OMC»)⁵, que prevê no artigo VI, n.º 4:

I — Enquadramento jurídico

A — Regulamentação comunitária

2. O direito positivo comunitário em matéria de processo de adjudicação de concursos públicos é constituído pelas Directivas 97/52/CE, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação

«As entidades não solicitarão nem aceitarão de qualquer modo que tenha por efeito impedir a concorrência, pareceres que pos-

1 — Língua original: francês.

2 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997 (JO L 328, p. 1).

3 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 1).

4 — A seguir «directivas contratos administrativos».

5 — Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) (JO L 336, p. 1).

sam ser utilizados para a elaboração das especificações relativas a um determinado contrato provenientes de sociedades que possam ter interesse comercial nesse contrato.»

4. Essas directivas abriram à concorrência a adjudicação de contratos administrativos na Comunidade, ao mesmo tempo que regulavam os seus processos de adjudicação. Os principais objectivos dessas directivas são assegurar que a adjudicação de contratos administrativos, tanto de forma geral como em sectores específicos, decorra, por um lado, de forma transparente e, por outro, respeitando a livre concorrência⁶.

5. Foi assim que a Directiva 89/665/CEE⁷ (a seguir «directiva recursos») foi adoptada no domínio dos contratos administrativos; essa directiva regula os meios de recurso nesse domínio. O objectivo é assegurar a possibilidade de um recurso adequado e rápido de decisões adoptadas pelas entidades adjudicantes que violaram o direito comunitário em matéria de contratos administrativos.

B — *Legislação nacional*

6. As directivas foram transpostas para direito belga pela lei de 24 de Dezembro de 1993 relativa aos contratos administrativos e a determinados contratos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de prestações de serviços⁸.

7. O artigo 32.º do decreto real de 25 de Março de 1999⁹ altera o artigo 78.º do decreto real de 8 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos administrativos de empreitada de obras, de fornecimentos e de prestação de serviços e às concessões de obras públicas. O artigo 26.º do decreto real de 25 de Março de 1999 altera o artigo 65.º do decreto real de 10 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos administrativos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. As duas disposições prevêem de forma idêntica, antes de mais, um regime de proibição absoluta de as pessoas que foram encarregadas da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços concorrerem a contratos administrativos, e, depois, um regime de proibição relativa de concorrer num concurso público qualquer empresa ligada¹⁰ a uma pessoa que foi

6 — V. acórdão de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, fim do n.º 18).

7 — 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). Foi adoptada uma directiva equivalente no que respeita aos contratos administrativos de sectores específicos, ou seja, a 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).

8 — *Moniteur belge* de 22 de Janeiro de 1994.

9 — *Moniteur belge* de 9 de Abril de 1999, p. 11690.

10 — Na acepção do artigo 65.º, n.º 2, do decreto real, entende-se por «empresa ligada» qualquer empresa na qual as pessoas referidas no § 1 possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, ou qualquer empresa que possa exercer uma influência dominante sobre essas pessoas ou que, como estas, esteja sujeita à influência dominante de outra empresa devido à propriedade, à participação financeira ou às regras que a regem. A influência dominante presume-se quando uma empresa, directa ou indirectamente, em relação a outra empresa, detém a maioria do capital subscrito da empresa, ou dispõe da maioria dos votos ligados às partes sociais emitidas pela empresa, ou pode designar mais de metade dos membros do órgão da administração, da direcção ou fiscal da empresa.

encarregada dos trabalhos preparatórios no âmbito do concurso público em causa. No entanto, a empresa pode ilidir essa presunção fornecendo informações que permitam verificar que a sua influência dominante não tem efeito no contrato.

II — Litígio no processo principal e questões prejudiciais

A — No processo C-21/03

8. A sociedade anónima Fabricom (a seguir «Fabricom») é uma empresa que se dedica a todo o tipo de trabalhos no sector dos transportes de força e de fluidos. Apresenta regularmente propostas relativas a contratos administrativos, nomeadamente nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

9. Por petição apresentada em 25 de Junho de 1999 no Conseil d'État, a Fabricom pede a anulação do artigo 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999. Alega que essa disposição é contrária ao princípio da igualdade de tratamento de todos os proponentes, ao princípio da efectividade dos recursos jurisdicionais, tal como garantido pela directiva recursos, ao princípio da proporcionalidade, à liberdade do comércio e da indústria, bem como ao respeito do direito de propriedade, tal qual garantido pelo artigo 1.º do protocolo adicional à

Convenção Europeia da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O Estado belga contesta estas afirmações.

10. Considerando que a decisão do litígio que lhe foi submetido exige a interpretação de determinadas disposições das directivas relativas aos contratos administrativos, o Conseil d'État decidiu, nos termos do artigo 234.º CE, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes três questões prejudiciais:

«1) A Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [JO L 199, p. 84], especialmente o seu artigo 4.º, n.º 2, e a Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, que altera a Directiva 93/38/CEE, já referida, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, a liberdade de comércio e de indústria e o respeito do direito de propriedade, garantido, nomeadamente, pelo Protocolo de 20 de Março de 1952, adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, opõem-se a que uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não seja autorizada a apresentar uma candidatura ou uma proposta num concurso público relativo a empreitadas para a

realização dessas obras, fornecimentos ou serviços, sem que seja dada a essa pessoa a oportunidade de provar que, nas circunstâncias do caso concreto, a experiência por ela adquirida não pode ter falseado a concorrência?

falsear as condições normais da concorrência?»

B — *No processo C-34/03*

- 2) A resposta à questão anterior seria diferente se as referidas directivas, lidas à luz dos mesmos princípios, liberdade e direito, fossem interpretadas no sentido de que apenas abrangem as empresas privadas ou que tenham efectuado prestações a título oneroso?
- 3) A 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, especialmente os seus artigos 1.º e 2.º, pode ser interpretada no sentido de que a entidade adjudicante pode recusar, até ao fim do procedimento de apreciação das propostas, que a empresa ligada a uma pessoa encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços participe no procedimento, ou apresente uma proposta, quando, interrogada a esse respeito pela entidade adjudicante, essa empresa afirme não beneficiar de uma vantagem injustificada susceptível de
11. A mesma sociedade Fabricom, por petição apresentada em 8 de Junho de 1999 no Conseil d'État, pede a anulação do artigo 32.º do decreto real de 25 de Março de 1999. Os argumentos da Fabricom e do Estado belga são essencialmente os mesmos que os mencionados no processo C-21/03.
12. O Conseil d'État decidiu, igualmente neste processo, aplicar o artigo 234.º CE, suspendendo a instância e submetendo ao Tribunal de Justiça as seguintes três questões prejudiciais:
 - «1) A 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], especialmente o seu artigo 3.º, n.º 2, a Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento [JO L 199, p. 54], especialmente o seu artigo 5.º, n.º 7, a Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [JO L 199, p. 54], especialmente o seu artigo 6.º, n.º 6, e a Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directiva 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas, especialmente os seus artigos 2.º, n.º 1, alínea b), e 3.º, n.º 1, alínea b), conjugadas com o princípio da proporcionalidade, a liberdade de comércio e de indústria e o respeito do direito de propriedade, garantido nomeadamente pelo Protocolo de 20 de Março de 1952, adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, opõem-se a que uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não seja autorizada a apresentar uma candidatura ou uma proposta num concurso público relativo a empreitadas para a realização dessas obras, fornecimentos ou serviços, sem que seja dada a essa pessoa a oportunidade de provar que, nas circunstâncias do caso concreto, a experiência por ela adquirida não pode ter falseado a concorrência?

3) 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, especialmente os seus artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, pode ser interpretada no sentido de que a entidade adjudicante pode recusar, até ao fim do procedimento de apreciação das propostas, que a empresa ligada a uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços participe no procedimento, ou apresente uma proposta, quando, interrogada a esse respeito pela entidade adjudicante, essa empresa afirme não beneficiar de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência?»

13. Por despacho de 4 de Março de 2003, o presidente do Tribunal de Justiça decidiu apensar os dois processos tendo em conta a conexão objectiva existente entre eles.

III — Análise

2) A resposta à questão anterior seria diferente se as referidas directivas, lidas à luz dos mesmos princípios, liberdade e direito, fossem interpretadas no sentido de que apenas abrangem as empresas privadas ou que tenham efectuado prestações a título oneroso?

14. Uma vez que as três questões submetidas pelo Conseil d'État nos dois processos submetidos ao Tribunal de Justiça são semelhantes, proponho analisar sucessivamente cada questão prejudicial relativa ao

processo C-34/03. Depois precisarei, se a solução acolhida dever ser diferente no que respeita aos sectores especiais apreendidos no processo C-21/03.

15. As primeira e segunda questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio apresentam uma conexão tal que parece oportuno analisá-las em conjunto. Assim, num primeiro momento, responderei à primeira e à segunda questão em conjunto e, num segundo momento, responderei à terceira.

16. A título liminar, há que recordar que, embora no âmbito de um processo apresentado nos termos do artigo 234.º CE o Tribunal não tenha competência para se pronunciar sobre a compatibilidade de normas de direito interno com o direito comunitário, nem para interpretar disposições legislativas ou regulamentares nacionais, tem competência para fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação que fazem parte do direito comunitário que lhe podem permitir apreciar essa compatibilidade para a decisão do processo que lhe foi submetido¹¹.

A — Quanto às primeira e segunda questões: exclusão de concorrer à adjudicação para quem participe na elaboração do contrato administrativo

17. Pela primeira questão, o Conseil d'État pretende saber se as directivas contratos administrativos se opõem a que uma pessoa que participou na preparação de um contrato administrativo não seja admitida a apresentar uma proposta para esse contrato, sem que essa pessoa possa provar que essa circunstância não falseou a concorrência entre os concorrentes ao referido contrato. Quanto à segunda questão, o Conseil d'État coloca ao Tribunal de Justiça a questão de saber se a sua resposta à primeira questão é diferente consoante as directivas tenham por objecto apenas os particulares ou pessoas que efectuem prestações a título oneroso.

1) Argumentos das partes

18. A Fabricom, recorrente no processo principal, sustenta que os artigos 26.º e 32.º do decreto real de 25 de Março de 1999 (a seguir «disposições da legislação belga») são contrários ao direito comunitário¹², designadamente ao princípio da não discrimina-

11 — V., designadamente, acórdãos de 15 de Dezembro de 1993, Hünermund e o. (C-292/92, Colect., p. I-6787, n.º 8); de 3 de Maio de 2001, Verdonck e o. (C-28/99, Colect., p. I-3399, n.º 28), e de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o. (C-399/98, Colect., p. I-5409, n.º 48).

12 — Há que assinalar que a Fabricom apresentou uma denúncia junto da Comissão a respeito das referidas disposições da legislação belga, denúncia a que a Comissão respondeu indicando que não pode verificar uma infracção ao direito comunitário.

ção enunciado nas directivas contratos administrativos, bem como à jurisprudência *Telaustria e Telefonadress*¹³, que se baseia também nesse princípio. Com efeito, salienta a *Fabricom*, a não discriminação aplica-se a todos os proponentes, incluindo aqueles que participaram na fase preparatória do contrato. Estes últimos só deviam ser afastados da participação no contrato administrativo se resultar claramente e concretamente que beneficiam, só por essa participação, de uma vantagem que falseia o funcionamento normal da concorrência.

19. Assim, a presunção inilidível prevista pelas disposições controvertidas tem, segundo a *Fabricom*, um efeito desproporcionado em relação ao objectivo que prosseguem, que é o de assegurar uma concorrência leal entre os proponentes. O recorrente no processo principal invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁴, segundo a qual o direito comunitário opõe-se a que uma proposta determinada seja afastada em função de um critério aplicado de forma automática¹⁵.

20. A *Fabricom* é apoiada pelos Governos austriaco e finlandês, que, nas suas observações, salientam que a exclusão de uma empresa no caso especial de uma participa-

ção nos trabalhos preparatórios deve ser precedida de uma análise completa e diferenciada do tipo de trabalhos preparatórios, designadamente, o acesso ao caderno de encargos. A exclusão só deve ocorrer se a empresa, devido à sua actividade preparatória, tiver obtido informações específicas relativas ao contrato, que lhe tenham concedido uma vantagem concorrencial.

21. Pelo contrário, a Comissão sustenta que as disposições da legislação belga têm por objectivo evitar uma possível discriminação e uma vantagem concorrencial a favor de quem participou nos trabalhos preparatórios, ao participar nesse mesmo concurso. Salienta que, se o autor dos trabalhos preparatórios pudesse também vir a ser adjudicatário, haveria o risco de ele orientar a preparação do contrato administrativo num sentido que lhe fosse favorável.

2) Análise

22. Vários acórdãos do Tribunal de Justiça já fixaram os princípios que, no direito comunitário, regem a selecção dos concorrentes em matéria de contratos administrativos¹⁶. Como recordei, as directivas sobre contratos administrativos, cada uma no seu domínio específico, têm por objectivo favorecer o

13 — Acórdão de 7 de Dezembro de 2000 (C-324/98, *Colect.*, p. I-10745).

14 — V., designadamente, acórdão de 27 de Novembro de 2001, *Lombardini e Mantovani* (C-285/99 e C-286/99, *Colect.*, p. I-9233).

15 — No caso vertente, esse critério é o da participação do concorrente nos trabalhos preparatórios.

16 — V., designadamente, acórdãos de 20 de Setembro de 1988, *Beentjes* (31/87, *Colect.*, p. 4635), e *Lombardini e Mantovani*, já referido.

desenvolvimento de uma concorrência efectiva¹⁷. A execução e o cumprimento deste objectivo só podem ser efectivos se os operadores económicos que participam no contrato administrativo estiverem em condições de o fazer em pé de igualdade, sem qualquer vestígio de discriminação.

igualdade de tratamento e da não discriminação, são aplicáveis no domínio da adjudicação de contratos administrativos. Assim, não é possível proceder a uma discriminação entre os proponentes, qualquer que seja a fase do processo de adjudicação de um contrato administrativo.

23. O advogado-geral Ruiz-Jarabo precisou assim justamente nos processos apensos Lombardini e Mantovani¹⁸, que «se torna imprescindível um sistema presidido pela objectividade em todos os planos, tanto o substantivo como o adjectivo. No primeiro, mediante a fixação de critérios objectivos de participação nos concursos e nas adjudicações dos contratos. No segundo, prevendo processos transparentes, em que a publicidade seja norma».

26. Por conseguinte, há que ver se as directivas contratos administrativos e os princípios gerais do direito comunitário permitem excluir a apresentação de uma proposta num concurso público de uma pessoa que participou na preparação do mesmo. Para isso, em conformidade com os métodos de interpretação seguidos pelo Tribunal de Justiça¹⁹, vou analisar a redacção, a sistemática, bem como o objectivo das directivas contratos administrativos com vista a responder ao órgão jurisdicional de reenvio.

24. É ponto assente que as directivas contratos administrativos não contêm disposições expressas que regulem a incapacidade de participar nos processos de contratos administrativos. Designadamente, as directivas não contêm disposições que impeçam uma pessoa de participar num concurso público quando tiver participado anteriormente na planificação da adjudicação do correspondente concurso.

27. As Directivas 92/50²⁰, 93/36²¹ e 93/37²², na redacção dada pela Directiva 97/52, bem como a Directiva 93/38²³, na redacção dada pela Directiva 98/4, prevêem todas, numa das suas primeiras disposições, a regra segundo a qual as entidades adjudici-

25. Também é ponto assente que princípios gerais tais como os da livre concorrência, da

19 — V., designadamente, acórdãos de 23 de Março de 2000, *Berliner Kindl Brauerei* (C-208/98, Colect., p. I-1741); de 12 de Outubro de 2000, *Cooke* (C-372/98, Colect., p. I-8683), e de 29 de Abril de 2004, *Plato Plastik Robert Frank* (C-341/01, Colect., p. I-4883).

20 — V. artigo 3.º, n.º 2.

21 — V. artigo 5.º, n.º 7.

22 — V. artigo 6.º, n.º 6.

23 — V. artigo 4.º, n.º 2.

17 — Acórdão *Fratelli Constanzo*, já referido.

18 — V. as suas conclusões no processo referido (n.º 25).

cantes devem garantir que não haja qualquer discriminação entre concorrentes²⁴.

28. Além disso, o décimo considerando da Directiva 97/52 e o décimo terceiro considerando da Directiva 98/4 prevêem a possibilidade de as entidades adjudicantes solicitarem pareceres para o estabelecimento de concursos públicos, na condição de que esses pareceres não falseiem a concorrência²⁵. É interessante notar que se trata dos termos do acordo relativo a contratos administrativos no âmbito da OMC.

29. Assim, no estado actual do direito comunitário, no que respeita aos pareceres técnicos para a preparação de um contrato público, nada se opõe nas disposições das directivas contratos administrativos a que as entidades adjudicantes solicitem ou aceitem de uma pessoa susceptível de concorrer um parecer que possa ser utilizado na determinação de especificações relativas a determinado contrato. O direito comunitário só se opõe a isso se tal comportamento tiver o efeito de prejudicar a eficácia da concorrência²⁶.

24 — As entidades adjudicantes providenciarão para que não haja qualquer discriminação entre fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços.

25 — «Considerando que as entidades contratantes poderão solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a preparação de especificações relativas a um determinado contrato, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência».

26 — Posição igualmente defendida pelos Governos austríaco e finlandês nas suas observações.

30. Esta breve referência às disposições da directiva, relativas aos princípios norteadores dos processos de adjudicação de contratos administrativos, leva à formulação das seguintes observações. Antes de mais, resulta da interpretação do texto que as directivas permitem que as entidades adjudicantes solicitem pareceres para a preparação de um concurso público desde que estes não prejudiquem a concorrência. No entanto, as directivas não prevêem incompatibilidade entre o facto de uma pessoa participar na fase preparatória do contrato administrativo e, em seguida, o facto de apresentar propostas para o mesmo contrato.

31. Agora, há que interpretar os referidos artigos das directivas relativas aos contratos administrativos à luz das outras disposições contidas nessas directivas, mas também à luz dos princípios gerais do direito comunitário e dos direitos fundamentais. Designadamente, há que analisá-los à luz de outras disposições, que prevêem critérios objectivos de participação e de adjudicação.

32. Mesmo se as directivas não prevêem a possibilidade de afastar, por incompatibilidade, o potencial concorrente que participou nos trabalhos preparatórios, prevêem, no entanto, a lista dos critérios de selecção de eventuais candidatos à adjudicação. Na transposição das directivas contratos administrativos, os Estados-Membros podem incluir, na lista de critérios, outros motivos que permitam afastar uma candidatura, desde que seja para atingir o objectivo prosseguido pela directiva.

33. As referências que passaram a estar contidas nas directivas contratos administrativos, relativas à possibilidade de os poderes adjudicantes solicitarem ou aceitarem pareceres que podem ser utilizados na elaboração das especificações de determinado contrato, não têm por objecto predefinir as pessoas susceptíveis de concorrer no âmbito desse concurso público. Como a Comissão, penso que tais disposições não têm por finalidade alargar as possibilidades de solicitar ou aceitar pareceres no âmbito da elaboração de um concurso público, mas evitar que tal comportamento resulte numa violação da concorrência leal. Por conseguinte, estas referências traduzem uma desconfiança relativamente à pessoa presente simultaneamente no processo de elaboração do contrato administrativo e na fase de adjudicação.

34. As directivas, como sabemos, uniformizam os processos de celebração de contratos administrativos de modo a garantir uma concorrência eficaz neste domínio. Como verifiquei na interpretação textual e sistemática das directivas, estas não abrangem todos os detalhes dos processos de celebração dos contratos, deixando aos Estados-Membros uma margem na sua execução. O Tribunal de Justiça teve ocasião de recordar²⁷ que as directivas relativas aos contratos administrativos não estabelecem, portanto, uma regulamentação comunitária uniforme e exaustiva, e que, no âmbito das regras comuns que contêm, os Estados-Membros conservam a liberdade de manter ou promulgar normas substantivas ou processuais em matéria de contratos administrativos, desde que respeitem

tem todas as disposições pertinentes do direito comunitário²⁸.

35. No caso vertente, essa liberdade dos Estados-Membros permanece, portanto, enquadrada, por um lado, pelos objectivos das directivas contratos administrativos e, por outro, pelos princípios gerais do direito comunitário. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as normas fundamentais do Tratado CE e os princípios gerais do direito comunitário podem também definir o alcance das obrigações que incumbem aos Estados-Membros em situações que estão incluídas no âmbito de aplicação das directivas, mas para as quais nenhuma obrigação está especificamente prevista. Assim, o Tribunal de Justiça acrescentou que o princípio da igualdade de tratamento, que constitui a base das directivas relativas ao processo de celebração de contratos administrativos, implica uma obrigação de transparência a fim de permitir verificar o seu respeito²⁹.

36. É por isso que, no que respeita às incompatibilidades que impedem concorrer a um contrato administrativo, como as directivas não prevêem qualquer disposição específica, os Estados-Membros podem eventualmente prever normas que tenham por efeito garantir os objectivos implementados pelas directivas. Pode ser assim, por

28 — O que o Tribunal de Justiça confirmou no acórdão Beentjes, já referido (n.º 20).

29 — V. acórdãos de 18 de Novembro de 1999, Unitron Scandinavia e 3-S (C-275/98, Colect., p. I-8291, n.º 31); Telaustría e Telefonadress, já referido (n.º 61), e despacho de 3 de Dezembro de 2001, Vestergaard (C-59/00, Colect., p. I-9505).

27 — Acórdão de 9 de Julho de 1987, CEI e o. (27/86 a 29/86, Colect., p. 3347, n.º 15).

exemplo, no caso da incompatibilidade que impede de participar ao mesmo tempo na preparação de um contrato administrativo e na apresentação de propostas. Com efeito, tal exclusão visa salvaguardar o objectivo principal da concorrência efectiva. Mas tal regra preserva o princípio da não discriminação previsto igualmente pela directiva? Com efeito, a norma assim instituída tem também por efeito afastar determinados concorrentes.

respeito do princípio da igualdade entre concorrentes. Mas, segundo jurisprudência assente, o objectivo principal da legislação comunitária não pode ser comprometido. No caso vertente, há que verificar se o objectivo principal das referidas directivas é garantido por uma legislação tal como a em causa e, na afirmativa, se viola o princípio da igualdade de tratamento que está ligado à sua aplicação. Por conseguinte, há que perguntar se a legislação nacional prevê o necessário para assegurar a justa e proporcional execução do objectivo das directivas.

37. No seu acórdão Comissão/Dinamarca³⁰, o Tribunal de Justiça decidiu que o dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento corresponde à própria essência das directivas sobre contratos administrativos. Assim, a igualdade que deve reger os contratos administrativos exige que aqueles que desejem obter a adjudicação de um contrato administrativo saibam antecipadamente o que devem fazer ou, pelo contrário, não fazer. Precisamente, se a participação nos trabalhos preparatórios de um contrato administrativo tem por consequência excluir a pessoa participante que deseja concorrer à adjudicação do referido contrato administrativo, qualquer concorrente potencial deve ter conhecimento dessas consequências e poder livremente escolher participar na fase preparatória ou concorrer a um mesmo concurso público³¹.

39. Penso, como a Comissão³², que, para prevenir conflitos de interesses, a incompatibilidade controvertida contribui efectivamente para uma concorrência leal entre potenciais concorrentes e impede que as entidades adjudicantes criem discriminações entre estes últimos. Tal disposição revela-se um meio apropriado para atingir o objectivo previsto pelas directivas contratos administrativos.

38. Assim, devem ser tomadas em consideração ao mesmo tempo a preocupação de garantir uma concorrência efectiva e o

40. Por último, há que verificar se a referida incompatibilidade é proporcional à finalidade das referidas directivas. Penso que sim.

41. Antes de mais, é importante repetir que qualquer pessoa é livre de escolher participar na fase preparatória de um contrato admi-

30 — Acórdão de 22 de Junho de 1993 (C-243/89, Colect., p. I-3353, n.º 33).

31 — Do respeito do princípio da transparência contido também nas directivas contratos administrativos resulta uma obrigação de publicidade a cargo das entidades adjudicantes face aos concorrentes, para que estes tenham conhecimento das modalidades de participação no concurso público.

32 — V. observações, n.º 27.

nistrativo ou de a ele concorrer. Segundo os interesses em causa, escolhe-se participar numa ou noutra fase de um contrato administrativo. Do mesmo modo, devo salientar que essa incompatibilidade se limita ao mesmo contrato administrativo em causa.

42. A incompatibilidade visa evitar que se desenvolva uma situação em que a concorrência é falseada pelo facto de um concorrente obter informações decorrentes da sua participação nos preparativos desse contrato. Com efeito, é praticamente impossível prever qualquer diligência que permita garantir que as informações e a experiência adquiridas na fase preparatória não vão servir a mesma pessoa quando concorrer. Os conhecimentos adquiridos são, na maioria, subjectivos e dificilmente identificáveis, mesmo, por vezes, pela pessoa em causa³³.

43. Assim, numa preocupação de segurança jurídica e, sobretudo, de transparência, que é o princípio de base das directivas contratos administrativos, há que prevenir qualquer eventual situação privilegiada que falseie a concorrência.

33 — Com efeito, muitas vezes não é de forma intencional que uma pessoa tira partido dos conhecimentos e informações adquiridas na sua participação nos trabalhos preparatórios. A honestidade ou desonestidade da intenção não pode ter influência na vantagem que cria em proveito dessa pessoa em relação aos outros concorrentes.

44. Nesta perspectiva, uma medida que institui uma incompatibilidade, tal como a contida na legislação belga, está em conformidade com os princípios gerais do direito comunitário e responde a um objectivo de interesse geral³⁴.

45. Pela sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se deve ser dada uma resposta diferente se as directivas contratos administrativos forem interpretadas no sentido de apenas proibir que concorram a um desses contratos os particulares que foram encarregados da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento do objecto desse concurso, bem como as pessoas que efectuaram essas prestações a título oneroso.

46. Penso, como todos os intervenientes que se pronunciaram quanto a essa questão no Tribunal de Justiça, que nada justifica que empresas privadas ou que tenham efectuado prestações a título oneroso sejam tratadas de forma discriminatória relativamente a empresas públicas com as quais concorrem nos mesmos concursos públicos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça estabeleceu, no passado, que o direito europeu dos contratos administrativos se aplica da mesma forma,

34 — V., nesse sentido, acórdão de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho (C-280/93, Colect., p. I-4973).

quer um contrato seja adjudicado a um particular ou a uma pessoa em que participam poderes públicos³⁵. Penso que se aplica do mesmo modo à condição de incompatibilidade

procedimento de apreciação das propostas, que uma empresa ligada a uma pessoa que foi encarregada da investigação e da experimentação no âmbito dos trabalhos preparatórios do contrato administrativo, participe nesse processo ou apresente uma proposta quando, interrogada a esse respeito pela entidade adjudicante, essa empresa afirmar que não beneficia, por esse facto, de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.

47. O conteúdo da directiva relativa à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas, conjugado com os princípios da proporcionalidade, da liberdade do comércio e indústria e do respeito do direito da propriedade não se opõe a uma norma nacional que dispõe que uma pessoa que foi encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, de fornecimentos e de serviços seja sistematicamente privada da possibilidade de efectuar um pedido de participação ou de apresentar uma proposta para esses mesmos contratos. É indiferente que seja um particular ou uma pessoa de direito público que tenha participado nos trabalhos preparatórios.

49. As partes concordam no sentido de que a directiva recursos se opõe a que a entidade adjudicante possa recusar, até ao termo do procedimento de apreciação das propostas, uma empresa, que, interrogada, afirmar que não beneficia de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência, participe no concurso. Partilho desta opinião.

B — Quanto à terceira questão: o momento do afastamento da empresa concorrente ligada à pessoa que participou nos trabalhos preparatórios

48. Pela sua última questão, o Conseil d'État pergunta ao Tribunal de Justiça se a directiva recursos³⁶ se opõe a que a entidade adjudicante possa recusar, até ao termo do

50. As disposições da legislação nacional em causa prevêm, como vimos, que qualquer empresa ligada a uma pessoa que foi encarregada de trabalhos preparatórios no âmbito do concurso público em causa possa ilidir a presunção de que dispõe de uma vantagem concorrencial, fornecendo informações que permitam verificar que a influência dominante não tem efeito no contrato. No entanto, a entidade adjudicante não está sujeita a prazos e pode, a todo o tempo, e, portanto, até ao fim do processo de adjudi-

35 — V., designadamente, acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121).

36 — Recordo que se trata da Directiva 89/665, mencionada no enquadramento jurídico das presentes conclusões.

cação, afastar a empresa devido à vantagem injustificada de que se presume beneficiar, na sequência da avaliação das justificações apresentadas pela empresa como insuficientes³⁷.

apreciação das propostas, de tal modo que só se pode recorrer numa fase em que as violações já não podem ser corrigidas, tendo o contrato público sido entretanto adjudicado e numa fase em que o recorrente só pode obter uma indemnização, as disposições da legislação belga comprometem o efeito útil da directiva recursos.

51. Tal situação não permite à empresa ligada fazer verificar, se necessário por um juiz, a inaplicabilidade, no caso concreto, de uma presunção de exclusão equivalente a uma redução da concorrência antes da adjudicação do contrato. Ora, resulta da directiva recursos e da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os Estados-Membros devem garantir meios de recurso que permitam suspender o procedimento ou qualquer decisão de adjudicação do contrato pela entidade adjudicante³⁸. Daí resulta que a decisão de exclusão dessa empresa deve ser notificada antes da decisão de adjudicação do contrato administrativo, e essa anterioridade deve ser suficiente para permitir à referida empresa, se o julgar oportuno, interpor recurso e obter a anulação da decisão de exclusão, quando os respectivos requisitos estiverem reunidos.

53. É por isso que consideramos que a Directiva 89/665, 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, se opõe a uma norma nacional que permita que a entidade adjudicante recuse, até ao termo do procedimento de apreciação das propostas, que a empresa ligada a uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, de fornecimentos ou de serviços participe no procedimento ou apresente uma proposta, quando a empresa afirma que não beneficia de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.

52. Ao permitir adoptar a decisão de afastar uma empresa nessas condições que deseje concorrer até ao termo do procedimento de

54. Os argumentos desenvolvidos no âmbito das questões do processo C-34/03 podem ser transpostos, na minha opinião, para as questões idênticas do processo C-21/03, relativas à directiva contratos administrativos em determinados sectores específicos como a água, a energia, os transportes e as telecomunicações.

37 — Na pior das hipóteses, a empresa poderá conhecer o seu afastamento ao mesmo tempo que a notificação da adjudicação do contrato público ao concorrente vencedor.

38 — V., designadamente, acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Áustria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671).

IV — Conclusão

55. Por conseguinte, propomos ao Tribunal de Justiça que responda à primeira e à segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio do seguinte modo:

- «1) As Directivas 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas, e 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, que altera a Directiva 93/38/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conjugadas com os princípios da proporcionalidade, da liberdade do comércio e indústria e do respeito do direito da propriedade, não se opõem a uma norma nacional que dispõe que uma pessoa que foi encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, de fornecimentos e de serviços seja sistematicamente privada da possibilidade de efectuar um pedido de participação ou de apresentar uma proposta para esses mesmos contratos. É indiferente que seja um particular ou uma pessoa de direito público que tenha participado nos trabalhos preparatórios.
- 2) As Directivas 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, e 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, opõem-se a uma norma nacional que permita que a entidade adjudicante recuse, até ao termo do procedimento de apreciação das propostas, que a empresa ligada a uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, de fornecimentos ou de serviços participe no procedimento ou apresente uma proposta, quando a empresa afirma que não beneficia de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.»