

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

CHRISTINE STIX-HACKL

apresentadas em 14 de Setembro de 2006¹

I — Observações introdutórias

1. Este processo por incumprimento tem por objecto, tal como um outro processo por incumprimento instaurado em paralelo,² a questão de saber quais as coordenadas que podem ser deduzidas do direito primário quanto à transparência dos procedimentos de adjudicação. No presente processo estão em causa, em especial, as obrigações que podem resultar das liberdades fundamentais e dos princípios gerais de direito para os chamados serviços não prioritários, isto é, para serviços aos quais a 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 92/50») — entretanto substituída pelo chamado pacote legislativo — aplica um regime especial, mais precisamente, um regime simplificado.

2. Além disso, trata-se da interpretação e evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça nos acórdãos *Telaustria*⁴ e *Coname*.⁵

II — Quadro jurídico

3. O vigésimo primeiro considerando da Directiva 92/50 é do seguinte teor:

«Considerando que, por um período transitório, a aplicação integral da presente directiva deve limitar-se aos contratos de serviços em relação aos quais as disposições da directiva permitirão a plena concretização do potencial de acréscimo do comércio transfronteiriço; que os contratos de outros serviços carecem de controlo durante um certo período até que seja tomada uma decisão quanto à aplicação integral da

1 — Língua original: alemão.

2 — V. conclusões que também apresentei hoje no processo C-532/03 (Comissão/Irlanda).

3 — JO L 209, p. 1.

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

5 — Acórdão de 21 de Julho de 2005, *Coname* (C-231/03, Colect., p. I-7287).

presente directiva; que convém definir o mecanismo de realização desse controlo; que, simultaneamente, deve permitir que os interessados tenham acesso às informações pertinentes;»

4. Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50, as entidades adjudicantes assegurarão que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços.

5. A Directiva 92/50 regula no seu Título II a chamada «Aplicação a dois níveis». Nos termos do artigo 8.º, os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI, isto é, nos artigos 11.º a 37.º. Pelo contrário, nos termos do artigo 9.º, para os contratos que tenham por objecto os chamados serviços não prioritários, ou seja, serviços enumerados no anexo IB, basta observar as disposições dos artigos 14.º e 16.º.

6. O anexo IB enumera uma série de categorias de serviços. O ponto 27 refere-se a «Outros serviços».

7. O artigo 14.º contém regras sobre especificações técnicas que devem constar dos documentos gerais ou dos documentos relativos a cada contrato.

8. O artigo 16.º tem, designadamente, o seguinte teor:

«1. As entidades adjudicantes que tenham adjudicado um contrato público de serviços ou que tenham organizado um concurso para trabalhos de concepção enviarão um anúncio com os resultados do processo de adjudicação ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

[...]

3. No caso de contratos públicos de serviços relativos a serviços enumerados no anexo I B, as entidades adjudicantes indicarão no anúncio se concordam com a publicação.

4. A Comissão definirá as regras relativas à elaboração de relatórios periódicos com base nos anúncios referidos no n.º 3 e à publicação desses relatórios de acordo com o procedimento definido no n.º 3 do artigo 40.º.

[...]»

III — Factos, procedimento pré-contencioso e processo no Tribunal de Justiça

9. Em 4 de Dezembro de 1992, o Ministro dos assuntos sociais irlandês celebrou um contrato com a An Post, o serviço postal irlandês, sem concurso prévio. Nos termos do referido contrato, os beneficiários de prestações sociais podiam levantar nos correios as quantias que lhes deviam ser pagas.

10. Este contrato inicial devia durar de 1 de Janeiro de 1992 até 31 de Dezembro de 1996. Em Maio de 1997 foi renovado até 31 de Dezembro de 1999. A autoridade irlandesa competente publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 16 de Fevereiro de 1999, uma informação preliminar relativa à adjudicação planeada. Não obstante, em Maio de 1999, foi decidido renovar o contrato até 31 de Dezembro de 2002. Esta decisão foi posteriormente suspensa.

11. Na sequência de uma queixa, a Comissão iniciou, em Outubro de 1999, uma troca de correspondência com as autoridades irlandesas.

12. Devido à intervenção da Comissão, a Irlanda não renovou oficialmente o contrato. Mas a An Post continua a prestar serviços,

embora com carácter *ad-hoc*, para que os pagamentos das prestações sociais não sejam interrompidos.

13. A Comissão entende que, no âmbito do processo por incumprimento a que deu início nos termos do artigo 226.º CE, a Irlanda não apresentou qualquer solução para os problemas colocados. Atendendo às respostas fornecidas pela Irlanda à notificação para cumprir de 26 de Junho de 2002 e ao parecer fundamentado de 17 de Dezembro de 2002, a Comissão considerou que o comportamento da Irlanda face à renovação do contrato constituía uma infracção ao disposto no Tratado CE e, por conseguinte, intentou uma acção no Tribunal de Justiça.

14. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

1. declarar que, ao decidir adjudicar o fornecimento de serviços à An Post, sem concurso prévio, a Irlanda não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado;
2. condenar a Irlanda no pagamento das despesas da Comissão.

15. A Irlanda conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

1. julgar improcedente a acção da Comissão;
2. condenar a Comissão no pagamento das despesas da Irlanda.

IV — Argumentos das partes e dos intervenientes

A — A Comissão

16. A Comissão entende que o facto de o contrato aqui em causa estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 92/50 não exclui a aplicação das coordenadas estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que podem ser deduzidas das liberdades fundamentais consagradas no Tratado e da aplicação dos princípios gerais, que encontram a sua expressão particular nestas liberdades fundamentais.

17. A obrigação de respeitar os princípios gerais que incumbe aos Estados-Membros é confirmada, na própria directiva, pelo

artigo 3.º, n.º 2, que prevê a obrigação geral de as entidades adjudicantes assegurarem que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços. Esta obrigação impõe-se às autoridades irlandesas relativamente aos serviços do anexo IB também e aos serviços do anexo IA.

18. A Comissão afirma que a sua interpretação é a única que pode ser considerada consentânea com a «lógica do Tratado em matéria de mercado interno». Em seu entender, a jurisprudência do Tribunal de Justiça aponta claramente no sentido de que as normas do Tratado relativas às liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços impõem aos Estados-Membros obrigações no que respeita à adjudicação de contratos administrativos fora do âmbito das directivas. Isto é válido quer em relação aos tipos de contratos que não estão especialmente regulados (como as concessões de serviços), quer em relação aos tipos de contratos que o estão, mas cujo valor é inferior aos limiares fixados nas diferentes directivas.

19. Por conseguinte, a Comissão alega que seria directamente contrário à lógica do mercado interno que os Estados-Membros tivessem a possibilidade de não publicitar contratos cujo valor ultrapassa o limiar financeiro, pelo simples motivo de os serviços a que se referem estarem abrangidos pelo anexo IB da directiva, não obstante o direito comunitário exigir um nível de publicidade

adequado a esse tipo de situações, mesmo para os contratos que, devido à sua estrutura ou ao seu valor, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas.

20. Segundo a Comissão, as medidas nacionais só devem ser apreciadas à luz das disposições de uma directiva e não das disposições do Tratado CE se a directiva proceder a uma harmonização exaustiva.

21. Quanto ao argumento de que o objectivo que ela prossegue só pode ser alcançado por via legislativa, a Comissão afirma que uma directiva não pode derogar o direito primário. As obrigações decorrentes do direito primário sobrepõem-se às estabelecidas pelas directivas. O direito derivado tem por finalidade completar o direito primário e facilitar o alcance dos objectivos aí fixados.

22. Finalmente, a Comissão destaca que o direito primário contém disposições muito menos rigorosas que a directiva. Contrariamente ao entendimento dos intervenientes, a Comissão não exige um concurso em todos os casos. A Comissão também não exige que a Irlanda aplique as regras dos serviços prioritários aos serviços não prioritários.

23. Quanto ao aspecto da segurança jurídica, a Comissão recorda que a observância dos limites fixados pelo direito primário no âmbito dos contratos públicos não constitui qualquer particularidade.

B — *Irlanda*

24. A Irlanda contesta a exactidão dos argumentos da Comissão. Por um lado, sustenta que a jurisprudência do Tribunal de Justiça citada pela Comissão não é pertinente, o que demonstra através de um comentário dos diferentes acórdãos e dos argumentos apresentados pela Comissão nesse âmbito. Por outro lado, a aplicabilidade da Directiva 92/50 implica que as medidas da Irlanda devem ser apreciadas à luz deste diploma e não à luz das liberdades fundamentais.

25. Além disso, alega que o comportamento da Comissão viola os princípios da transparência, da protecção da confiança legítima e da segurança jurídica. Assinala que a Comissão, em vez de apresentar uma correspondente proposta de modificação da directiva, ao que estava obrigada por força do artigo 43.º, recorre a «conceitos nebulosos». De resto, a Comissão não incluiu uma

alteração correspondente na sua proposta que levou à adopção da Directiva 2004/18/CE em 2004.

26. Alega que a Comissão pretende que o Tribunal de Justiça intervenha como legislador, substituindo-se ao Conselho. Pretende impor à Irlanda obrigações expressamente excluídas pela Directiva 92/50. Deste modo, viola o equilíbrio institucional. Se a Comissão deduz a obrigação de organizar um concurso do princípio da igualdade, coloca-se a questão de saber qual será a razão de ser da directiva.

C — Os intervenientes

27. O Reino da Dinamarca, a República da Finlândia, a República Francesa e o Reino dos Países Baixos intervieram em apoio da Irlanda.

28. Os Governos *dinamarquês, finlandês, francês e neerlandês* entendem que apenas os artigos 14.º e 16.º da directiva podem ser aplicados aos serviços controvertidos. Por conseguinte, outras disposições relativas a anúncios não são aplicáveis a serviços não prioritários. Também não é possível deduzir da jurisprudência do Tribunal de Justiça qualquer obrigação de publicar um anúncio de concurso em todos os casos. Lembram

que o princípio da segurança jurídica seria violado pela interpretação extensiva defendida pela Comissão. Neste contexto, foi também referido que a violação de disposições processuais pelas entidades adjudicantes pode implicar a obrigação de indemnizar os prejuízos causados.

29. Segundo o Governo dinamarquês, não é possível deduzir, nem do artigo 3.º da directiva nem dos artigos 12.º CE, 43.º CE e 49.º CE, uma obrigação de organizar um determinado procedimento de adjudicação. Acrescenta que a aplicação de disposições processuais detalhadas a serviços não prioritários violaria os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

30. As medidas nacionais devem ser apreciadas apenas à luz de disposições de harmonização e não também do direito primário. De resto, assinala que a Comissão, em consonância com a sua opinião jurídica, devia questionar a validade da directiva.

31. Os intervenientes referem, por um lado, a génese e os objectivos da Directiva 92/50. Por outro, recordam — em parte remetendo para o dever de revisão previsto na Directiva 92/50 — que a própria Comissão não incluiu qualquer modificação do sistema na sua

proposta de alteração das directivas em matéria de contratos públicos que conduziu, designadamente, à adopção da Directiva 2004/18/CE, pelo que o regime simplificado continua a ser aplicável aos serviços não prioritários.

nalmente utilizadas como critério de apreciação. No âmbito de uma acção directa como o processo por incumprimento, o critério de apreciação é determinado pelas pretensões da demandante, neste caso da Comissão.

V — Apreciação

A — *Objecto do presente processo por incumprimento*

32. No que respeita ao objecto do presente processo por incumprimento, as partes estão de acordo quanto a vários aspectos. Por um lado, quanto à circunstância de os serviços controvertidos estarem incluídos na classe 913 da CPC (Central Product Classification). Eles pertencem à categoria 27, «Outros serviços», do anexo IB da Directiva 92/50. Devem, portanto, ser qualificados como serviços não prioritários. Além disso, é ponto assente que no caso em apreço foi ultrapassado o limiar decisivo, fixado no artigo 7.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 92/50.

33. Assim, ao passo que é relativamente fácil responder à questão de saber se os serviços controvertidos estão abrangidos pelo campo de aplicação da Directiva 92/50 e se, neste contexto, estão sujeitos a um regime especial, falta esclarecer quais as outras disposições de direito comunitário que devem ser adicio-

34. Como resulta da petição, a Comissão pede que seja declarado um duplo incumprimento. Em primeiro lugar, censura a violação das liberdades fundamentais, em especial dos artigos 43.º CE e 49.º CE. Em segundo lugar, censura a violação dos princípios gerais de direito comunitário, em especial dos da transparência e da igualdade (não discriminação).

35. Além disso, no âmbito do processo perante o Tribunal de Justiça, foi ainda invocada uma outra disposição, o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50. Nos termos desta disposição, as entidades adjudicantes assegurarão que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços.

36. A Comissão pretende deduzir deste preceito um princípio aplicável a todo o tipo de serviços e, portanto, também aos serviços não prioritários, que estão em causa no presente processo.

37. Todavia, a Comissão não incluiu a violação do artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50 na sua petição. É certo que a Comissão faz referência a esta disposição da directiva também na petição⁶, mas isto não é suficiente. Na verdade, com esta referência a Comissão pretende apenas demonstrar que a própria directiva regula expressamente uma proibição de discriminação. A Comissão parece considerar que isto confirma que os Estados-Membros têm o dever de respeitar os correspondentes princípios gerais de direito. Acresce que, no parecer fundamentado, a Comissão também se limitou a criticar a violação dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

38. Pelo contrário, a Comissão aborda a alegada violação dos princípios gerais de direito não apenas no âmbito da apreciação jurídica dos factos, mas também na parte da petição na qual resume, em conclusão, as disposições que entende terem sido violadas (ponto 56). O mesmo acontece com a alegada violação dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

39. Por conseguinte, não é necessário analisar mais detalhadamente a questão de saber quais os efeitos jurídicos que o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50 produz a nível dos chamados serviços não prioritários.

B — As directivas são completadas pelo direito primário?

40. O presente processo não diz respeito à questão já resolvida — pelo menos em princípio — da aplicabilidade do direito primário fora do âmbito das directivas em matéria de contratos públicos. Com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça,⁷ as disposições de direito primário são aplicáveis se a adjudicação não está abrangida por nenhuma das directivas. No caso vertente trata-se, ao invés, da questão de saber se as disposições de direito primário são igualmente aplicáveis a factos regulados pelas directivas.

41. Mas este problema jurídico também não é totalmente novo. Importa recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual as disposições de direito primário, em especial as liberdades fundamentais, se aplicam também a serviços regulados pelas directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos.

42. Assim, num processo por incumprimento instaurado igualmente contra a Irlanda, o Tribunal de Justiça declarou que «ao permitir a inclusão no processo de anúncio de concurso de empreitada de obras públicas, de uma cláusula [...] a Irlanda não

6 — Ponto 43.

7 — Acórdãos Coname (já referido na nota 5, n.º 16), e de 20 de Outubro de 2005, Comissão/França (C-264/03, Colect., p. I-8831, n.º 32).

cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 30.º do Tratado CEE»⁸. O Tribunal de Justiça pronunciou-se no mesmo sentido noutro processo por incumprimento: no acórdão relativo ao Storebælt o Tribunal de Justiça constatou uma violação dos artigos 30.º, 48.º e 59.º do Tratado CEE.⁹

43. A este respeito, há que referir também um acórdão mais recente proferido no âmbito de um processo por incumprimento, no qual o Tribunal de Justiça constatou uma violação do artigo 49.º CE. Tal como no processo relativo ao Storebælt, estava aí em causa o conteúdo de um caderno de encargos, em especial dos subcritérios dos critérios de adjudicação¹⁰.

44. Porém, o princípio da interpretação integrativa ou complementar das directivas através do direito primário foi confirmado pelo Tribunal de Justiça também noutras situações.

45. Uma indicação muito útil a este respeito é fornecida pelo acórdão Hospital Ingenieure. Nesse processo, o Tribunal de Justiça declarou que «sendo embora certo que, para além da exigência da comunicação da motivação da anulação do convite para apresentação de propostas, a Directiva

92/50 não comporta qualquer disposição específica referente às condições materiais ou formais desta decisão, também é certo que esta continua sujeita às regras fundamentais do direito comunitário e, nomeadamente, aos princípios consagrados pelo Tratado CE em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços.»¹¹

46. No n.º 47 deste acórdão o Tribunal de Justiça exprime-se em termos mais gerais, afirmando que: «[...] apesar do facto de a Directiva 92/50 não regular especificamente as modalidades de anulação de um convite para apresentação de propostas para um contrato público de serviços [...]»

47. O princípio da aplicação, a título complementar, do direito primário foi confirmado pelo Tribunal de Justiça numa outra decisão.¹² O facto de o Tribunal de Justiça ter escolhido a forma de um despacho indica que considera resolvida, pelo menos, esta questão jurídica.

48. De modo semelhante, no acórdão Make-doniko Metro, o Tribunal de Justiça decidiu que «mesmo *na ausência*, nas directivas comunitárias em matéria de concursos públicos, *de disposições especificamente aplicáveis*, os princípios gerais do direito comu-

8 — Acórdão de 22 de Setembro de 1988, Comissão/Irlanda (45/87, Colect., p. I-4929, n.º 27).

9 — Acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/Dinamarca (C-243/89, Colect., p. I-3353).

10 — Acórdãos de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Espanha (C-158/03, ainda não publicado na Colectânea, JO C 330, p. 1), e no processo prejudicial paralelo Contse (C-234/03, Colect., p. I-9315).

11 — Acórdão de 18 de Junho de 2002, HI (C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 42).

12 — Despacho de 16 de Outubro de 2003, Kauppatalo Hansel Oy (C-244/02, Colect., p. I-12139, n.º 31 e 33).

nitário [...] regulam igualmente os concursos para adjudicação de contratos públicos». ¹³

49. É certo que o acórdão Unitron, ¹⁴ referido no presente processo, diz também respeito à transparência, mas no litígio que lhe deu origem estava em causa a proibição de discriminação em razão da nacionalidade e não a exigência de igualdade de tratamento como princípio geral de direito, ou seja, o princípio da igualdade.

50. Por conseguinte, pode considerar-se assente que o Tribunal de Justiça confirmou o princípio nos termos do qual o direito primário é também aplicável a adjudicações abrangidas pelas directivas em matéria de contratos públicos. Mas há que examinar o alcance deste princípio. Assim, nos termos do princípio que caracteriza a relação entre o direito primário e o direito derivado, a aplicação do direito primário é excluída na medida em que os factos estejam regulados de modo exaustivo por disposições de direito derivado. ¹⁵ Existem, portanto, restrições de direito comunitário à aplicação complementar do direito primário.

13 — Acórdão de 23 de Janeiro de 2003, Makedoniko Metro e Michaniki (C-57/01, Colect., p. I-1091, n.º 69), com sublinhado meu.

14 — Acórdão de 18 de Novembro de 1999, Unitron Scandinavia e 3-S (C-275/98, Colect., p. I-8291, n.ºs 30 e segs.).

15 — Acórdãos de 12 de Outubro de 1993, Vanacker e Lesage (C-37/92, Colect., p. I-4947, n.º 9), de 13 de Dezembro de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Colect., p. I-9897, n.º 32), e de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Colect., p. I-14887, n.º 64).

51. Tendo a jurisprudência do Tribunal de Justiça esclarecido também, entretanto, que o conteúdo dos factores de atribuição e as modalidades de revogação não foram objecto de uma regulamentação exaustiva pelas directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos, resta examinar como deve ser apreciada a regulamentação relativa à obrigação de transparência para serviços não prioritários.

C — A Directiva 92/50 regula de modo exaustivo a obrigação de transparência para os serviços não prioritários?

52. O presente processo caracteriza-se por se referir à aplicabilidade do direito primário no contexto de uma adjudicação que está sujeita ao regime especial de uma directiva em matéria de contratos públicos.

53. De resto, a categoria dos serviços não prioritários não corresponde à única categoria de adjudicações que as directivas em matéria de contratos públicos sujeitam a um regime especial. Assim, 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 (a seguir «Directiva 93/37/CEE») ¹⁶ prevê um regime simplificado para a concessão de obras públicas. Tal como o artigo 9.º da Directiva 92/50, o artigo 3.º, n.º 1, desta

16 — JO L 199, p. 54.

directiva indica quais as disposições da directiva que são aplicáveis. Mas, contrariamente à regulamentação da Directiva 92/50 relativa a serviços não prioritários, a Directiva 93/37/CEE sujeita a concessão de obras públicas à obrigação de publicar um anúncio com um determinado conteúdo mínimo (artigo 11.º da Directiva 93/37).

54. A título de esclarecimento, note-se que, no presente processo, não se trata de determinar se as obrigações estabelecidas pela Directiva 92/50 para serviços prioritários abrangem também os serviços não prioritários, ou seja, se estas obrigações são aplicáveis directamente ou, pelo menos, por analogia.

55. Além disso, deve recordar-se que o importante não é saber se toda a directiva deve ser qualificada como uma medida de harmonização exaustiva, mas sim se o aspecto pertinente foi regulado deste modo. Em direito comunitário é mesmo característico que as directivas contenham uma regulamentação exaustiva de certos aspectos, mas não de outros.¹⁷ Assim, o Tribunal de Justiça declarou, relativamente a uma directiva em matéria de contratos públicos, que ela não estabelecia uma regulamentação comunitária uniforme e exaustiva e que os

Estados-Membros devem respeitar todas as disposições pertinentes do direito comunitário.¹⁸

56. As regras do direito primário são aplicáveis à adjudicação de serviços não prioritários na medida em que não exista, *a este respeito*, uma harmonização exaustiva. Pelo contrário, não é imposta a condição de que a Directiva 92/50 não proceda, no seu conjunto, a uma harmonização exaustiva dos serviços não prioritários. No âmbito deste processo cabe apenas examinar se a Directiva 92/50 regula a obrigação de transparência de modo exaustivo, tal como afirmam a Irlanda, a França e os Países Baixos. Se assim não for, será possível aplicar a supramencionada jurisprudência do Tribunal de Justiça, relativa aos critérios de adjudicação e à revogação.

57. Neste contexto, é de referir ainda o acórdão Contse, no qual o Tribunal de Justiça entendeu que as liberdades fundamentais são aplicáveis a serviços não prioritários. Observe-se entre parênteses que, devido à remissão constante do artigo 9.º da Directiva 92/50, nem a regulamentação incompleta da Directiva 92/50 quanto aos critérios de adjudicação é aplicável a serviços não prioritários.

17 — V., por exemplo, acórdão de 19 de Março de 1998, *Compassion in World Farming* (C-1/96, Colect., p. I-1251, n.ºs 55 e seg.), e de 14 de Dezembro de 2004, *Rädlinger Getränkegesellschaft e S. Spitz* (C-309/02, Colect., p. I-11763, n.ºs 53 e segs.).

18 — Isto foi declarado relativamente à directiva adoptada em 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas: acórdão de 9 de Julho de 1987, *SA Constructions et entreprises industrielles e o.* (27/86 a 29/86, Colect., p. 3347, n.º 15).

58. Contudo, no presente processo não se trata da configuração dos critérios de adjudicação nem da revogação, mas de um aspecto muito preciso da transparência, mais concretamente, do anúncio prévio de concurso. Para determinar se a Directiva 92/50 harmoniza exaustivamente o aspecto aqui relevante da obrigação de transparência há que ter em conta, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os termos da disposição pertinente, o seu contexto e os objectivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte.¹⁹

59. Como o Tribunal de Justiça já decidiu, a interpretação deve tomar como ponto de partida o vigésimo primeiro considerando e o artigo 9.º da Directiva 92/50.²⁰

60. O vigésimo primeiro considerando da Directiva 92/50 indica que, por um período transitório, a aplicação integral desta directiva deve limitar-se aos contratos de serviços em relação aos quais as disposições da directiva permitirão a plena concretização do potencial de acréscimo do comércio transfronteiriço, ao passo que durante este período foi definido apenas um mecanismo de controlo para os contratos de outros serviços.

61. O teor da disposição central, ou seja, do artigo 9.º da Directiva 92/50, torna claro que os serviços não prioritários são adjudicados de acordo com as disposições expressamente referidas. Trata-se dos artigos 14.º e 16.º. Ao passo que o artigo 14.º estabelece «Regras comuns no domínio técnico», o artigo 16.º regula *determinados* aspectos da transparência. Logo, quanto à transparência a nível de serviços não prioritários, o legislador comunitário não remeteu para a totalidade do título V da directiva, que tem como epígrafe «Regras comuns de publicidade», mas apenas para uma parte deste título.

62. Assim, o legislador comunitário optou conscientemente por impor apenas determinadas obrigações de transparência quanto aos serviços não prioritários. Por exemplo, o artigo 16.º, n.º 1, estabelece a obrigação de enviar ao Serviço das Publicações Oficiais os resultados do processo de adjudicação.

63. Mas, neste processo por incumprimento, é sobretudo significativa a decisão do legislador comunitário de não remeter também para a importante disposição do artigo 11.º. Esta disposição regula, designadamente, as condições nas quais uma entidade adjudicante pode optar por um procedimento por negociação sem anúncio de adjudicação. Isto permite proceder ao chamado ajuste directo ou adjudicação directa, ou seja, a uma adjudicação sem concurso. Portanto, os serviços não prioritários não foram sujeitos a estas condições.

19 — Acórdãos *Compassion in World Farming* (já referido na nota 17, n.ºs 49 e segs.), e de 19 de Outubro de 1995, *Hönig* (C-128/94, Colect., p. I-3389, n.º 9).

20 — Acórdão de 14 de Novembro de 2002, *Swoboda* (C-411/00, Colect., p. I-10567, n.º 46 e seg.).

64. Nos termos do artigo 16.º, n.º 2, as disposições dos artigos 17.º a 20.º aplicam-se apenas a serviços prioritários. Estas disposições regulam, essencialmente, os modelos a utilizar para os anúncios e os prazos a observar.

65. Por conseguinte, é verdade que, tal como indica a Comissão, os artigos 14.º e 16.º da directiva não regulam precisamente o aspecto em causa no presente processo. Porém, a Comissão tira daí a conclusão precipitada de que se deve recorrer ao direito primário. No entanto, seria necessário examinar, antes de mais, se a circunstância de que só estão regulados expressamente determinados aspectos permite deduzir que não existe uma harmonização exaustiva.

66. Esta é a questão prévia à questão de saber se quanto aos serviços não prioritários há que aplicar, decerto não as regras estritas da Directiva 92/50 mas, pelo menos, as regras menos estritas do direito primário.

67. Esta questão preliminar deve ser respondida no sentido de que a Directiva 92/50 não contém uma regulamentação exaustiva da transparência a nível da adjudicação de serviços não prioritários, sendo preciso aplicar supletivamente o direito primário.

68. A opinião contrária levaria a que adjudicações totalmente fora do âmbito de aplicação da Directiva 92/50, por exemplo, concessões de serviços, estariam sujeitas a regras mais estritas enunciadas, designadamente, nos acórdãos *Telaustria* e *Coname*, que os serviços não prioritários. Uma solução alternativa consistiria em fazer descer a fasquia, ou seja, o grau de transparência para adjudicações fora do referido âmbito e em aplicar a serviços não prioritários esta fasquia mais baixa ou uma fasquia ligeiramente superior a esta última.

D — Conteúdo concreto da norma cuja violação é alegada

69. Para poder constatar uma violação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça deve analisar primeiro o conteúdo da disposição cuja violação é alegada. Com efeito, não é possível apreciar o comportamento do Estado-Membro em causa sem precisar o critério de avaliação.

70. Numa acção directa como o presente processo por incumprimento, a demandante, neste caso a Comissão, deve especificar em

que consistia a obrigação do Estado-Membro demandado.

71. É certo que, na fase escrita, a Comissão não se limitou a assinalar a existência de obrigações resultantes dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como de determinados princípios, mas alegou, pelo menos, que, atendendo à jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça relativamente a estas coordenadas de direito primário, há que garantir um grau adequado de transparência. Mas, essencialmente, a Comissão ficou-se por aí.

72. Neste contexto, a Comissão refere um acórdão²¹ relativo a dois processos por incumprimento. A este respeito, deve notar-se que nesses processos existia uma obrigação clara, que decorria da Directiva 93/37. Esta directiva impunha expressamente a obrigação de proceder a um anúncio de adjudicação, cujo conteúdo mínimo era até indicado em modelos específicos.

73. No caso em apreço faltam precisamente tais disposições de direito comunitário. Com efeito, a directiva aqui aplicável não prevê qualquer publicidade prévia. O mesmo se verifica a nível da jurisprudência relativa às liberdades fundamentais e aos princípios

gerais de direito, que foi frequentemente referida durante o processo. Do importante acórdão mais recentemente proferido pelo Tribunal de Justiça sobre este problema, o acórdão Coname, também só é possível deduzir princípios de carácter geral, mas não obrigações concretas.

74. Se o presente processo por incumprimento se referisse à compatibilidade de uma lei nacional em matéria de adjudicações, poderia defender-se uma posição mais flexível quanto ao ónus da prova da demandante. Porém, no presente processo está em causa a sanção de um comportamento concreto, isto é, de uma adjudicação concreta. Portanto, as observações da Comissão deviam ser igualmente concretas.

75. Embora o presente processo por incumprimento se refira *de iure* a um caso individual, o problema jurídico que tem por objecto é de importância prática geral. Como deverão as numerosas entidades adjudicantes e concedentes nos Estados-Membros organizar a sua prática de adjudicações se o enquadramento jurídico é tão impreciso e a própria Comissão, em confronto com os Estados-Membros no processo por incumprimento — e isto é válido já relativamente ao procedimento administrativo prévio — não pode ou não quer explicar em concreto quais as regras a observar em cada caso? A circunstância de que, até há poucas semanas,

21 — Acórdão de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Itália (C-187/04 e C-188/04, ainda não publicado na Colectânea, JO C 36, p. 11).

na ausência de uma comunicação interpretativa na matéria, não era clara qual a posição exacta da Comissão, não deve lesar os Estados-Membros afectados. Precisamente esta circunstância devia ter levado a Comissão a fornecer dados mais concretos quanto ao conteúdo da obrigação cujo incumprimento alega.

76. Nesta óptica, também no presente processo cabe aplicar à Comissão a observação feita pelo advogado-geral F. G. Jacobs num outro processo relativo a adjudicações: «No entanto, não especificou de que formas concretas podiam essas exigências ser satisfeitas.»²²

77. Logo, o princípio nos termos do qual deve ser respeitado um grau adequado de transparência implica, em regra, a publicação de um anúncio (de adjudicação) (o chamado concurso). Isto comporta, naturalmente, uma série de excepções e razões justificativas, que já abordei em detalhe nas minhas conclusões no processo Coname²³ e nas minhas conclusões de hoje no processo por incumprimento C-532/03,²⁴ que corre em paralelo. A seguir, importa, pois, examinar se no presente processo é aplicável uma destas excepções ou razões justificativas. Dado que o Tribunal de Justiça não efectua este exame

oficiosamente, tecerei considerações apenas quanto aos argumentos pertinentes apresentados neste processo.

78. A título preliminar, refira-se que o Estado-Membro demandado não pôde demonstrar a existência de qualquer razão justificativa expressamente prevista no Tratado ou reconhecida pela jurisprudência. O mesmo é válido para a aplicação analógica de uma das excepções reguladas nas directivas.²⁵

79. Com efeito, não é de excluir que existam casos nos quais é admissível organizar um processo de adjudicação sem anúncio prévio, isto é, sem concurso. Mas tais circunstâncias não se verificavam no caso vertente ou, pelo menos, não puderam ser demonstradas.

80. Mesmo o facto de o grau de transparência depender das circunstâncias concretas da adjudicação, como o seu objecto e o seu valor, não permite concluir que, no caso em apreço, não existia a obrigação de proceder a qualquer tipo de publicação.

81. É também necessário analisar o argumento da Irlanda, segundo o qual o comportamento da Comissão viola os princípios

22 — Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs de 21 de Abril de 2005 no processo C-174/03 (*Impresa Portuale di Cagliari*, despacho de 23 de Março de 2006, ainda não publicadas na *Colectânea*, n.º 77).

23 — Conclusões de 12 de Abril de 2005, *Coname* (C-231/03, acórdão já referido na nota 5, n.ºs 58 e segs.).

24 — N.ºs 86 e segs.

25 — Por exemplo, artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50, e artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE.

da protecção da confiança legítima e da segurança jurídica. A este respeito, importa referir uma circunstância que ainda não foi mencionada neste processo. O Estado-Membro demandado adoptou a medida criticada pela Comissão logo em Maio de 1999, ao passo que o acórdão Telaustria, no qual o princípio da transparência foi apresentado como princípio de direito primário, só foi proferido no ano 2000.

84. Em suma, o exame dos factos criticados pela Comissão mostra que não existiam quaisquer circunstâncias que permitissem prestar os serviços controvertidos sem proceder a algum tipo de publicação.

82. Quanto a este ponto, cumpre lembrar que os acórdãos interpretativos proferidos no âmbito de um processo de reenvio prejudicial nos termos do artigo 234.º CE têm, em princípio, efeito retroactivo. A este respeito, nem o acórdão Telaustria nem o acórdão Coname estabeleceram qualquer derrogação. Uma tal possibilidade não está prevista para um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, como o que está em causa.

83. As questões jurídicas relativas à apreciação dos acórdãos do Tribunal de Justiça nos quais são constatadas obrigações dos Estados-Membros que até aí tinham passado despercebidas podem, eventualmente, ser esclarecidas num segundo processo por incumprimento nos termos do artigo 228.º CE, mas só no caso de não execução do acórdão no respectivo processo por incumprimento. Esta circunstância poderia ser tomada em consideração ao calcular a sanção pecuniária.

VI — Quanto às despesas

85. Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da Irlanda e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas da Comissão.

86. Intervieram no processo o Reino da Dinamarca, a República da Finlândia, a República Francesa e o Reino dos Países Baixos. Nos termos do artigo 69.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, os intervenientes suportarão as suas próprias despesas.

VII — Conclusão

87. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça:

- 1) declare que a Irlanda não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado ao encarregar a An Post de uma prestação de serviços sem anúncio prévio, apesar de não existirem quaisquer circunstâncias que permitissem prescindir totalmente de publicação;
- 2) condene a Irlanda no pagamento das despesas da Comissão;
- 3) condene o Reino da Dinamarca, a República da Finlândia, a República Francesa e o Reino dos Países Baixos no pagamento das suas próprias despesas.