

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)
13 de Janeiro de 2005*

No processo C-84/03,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE,
entrada em 26 de Fevereiro de 2003,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por K. Wiedner e G. Valero
Jordana, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

Reino de Espanha, representado por S. Ortiz Vaamonde, na qualidade de agente,
com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandado,

* Língua do processo: espanhol.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: C. W. A. Timmermans, presidente de secção, R. Schintgen, J. Makarczyk (relator), G. Arestis e J. Klučka, juízes,

advogada-geral: J. Kokott,
secretário: R. Grass,

vistos os autos,

vista a decisão tomada, ouvida a advogada-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 Na sua petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao não transpor correctamente para o seu ordenamento jurídico as Directivas 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. 1), e 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), em especial,

— ao excluir do âmbito de aplicação da Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (lei dos contratos celebrados pela Administração Pública), de 16 de Junho de 2000, na sua versão codificada, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junho de 2000 (BOE n.º 148, de 21 de Junho de 2000, p. 21775,

a seguir «lei codificada»), mais precisamente, no artigo 1.º, n.º 3, da lei codificada, as entidades de direito privado que preenchem os requisitos mencionados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro, segundo e terceiro travessões, de cada uma das referidas Directivas,

- ao excluir totalmente do âmbito de aplicação da referida lei codificada, no seu artigo 3.º, n.º 1, alínea c), os acordos de colaboração celebrados entre a Administração Pública e as outras entidades públicas, incluindo, portanto, os acordos que constituem contratos públicos na aceção das referidas directivas, e

- ao permitir, nos artigos 141.º, alínea a), e 182.º, alíneas a) e g), da lei codificada, o recurso ao processo por negociação em dois casos não contemplados naquelas directivas,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições do Tratado CE e destas directivas.

Enquadramento jurídico

Regulamentação comunitária

- 2 O artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37 estabelece:

«São consideradas ‘entidades adjudicantes’ o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

Entende-se por 'organismo de direito público' qualquer organismo:

- criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

e

- dotado de personalidade jurídica

e

- cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita ao controlo destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

[...]»

- 3 As disposições do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36 são essencialmente idênticas.

4 Nos termos do artigo 6.º, n.ºs 2 a 4, da Directiva 93/36:

«2. As entidades adjudicantes podem adjudicar os respectivos contratos de fornecimento por meio do processo por negociação em caso de apresentação de propostas irregulares em resposta a um concurso público ou limitado ou de propostas inaceitáveis nos termos das disposições nacionais conformes com o título IV, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas. Em tais casos, as entidades adjudicantes publicarão um anúncio, salvo se incluírem nesse processo por negociação todas as empresas que preencham os critérios referidos nos artigos 20.º a 24.º e que, aquando do concurso público ou limitado anterior, tenham apresentado propostas em conformidade com os requisitos formais do processo de concurso.

3. As entidades adjudicantes podem igualmente adjudicar contratos de fornecimento por meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos:

- a) Na falta de propostas ou de propostas apropriadas em resposta a um concurso público ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que a Comissão seja informada do facto;
- b) Quando se trate de produtos fabricados apenas para fins de investigação, ensaio, estudo ou desenvolvimento, excluindo-se do âmbito desta disposição a

produção em quantidade destinada a determinar a viabilidade comercial dos produtos ou que tenha em vista a amortização dos custos de investigação e desenvolvimento;

- c) Quando se trate de produtos cujo fabrico ou entrega, devido à sua especificidade técnica ou artística, ou por razões relativas à protecção de direitos exclusivos, apenas possam ser confiados a um fornecedor determinado;

- d) Na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes em questão não seja compatível com os prazos exigidos pelos concursos públicos e limitados ou pelo processo por negociação referidos no n.º 2. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não devem em caso algum ser imputáveis às entidades adjudicantes;

- e) Quando se trate de entregas complementares efectuadas pelo fornecedor inicial e destinadas à substituição parcial de bens fornecidos ou de instalações de uso corrente ou à ampliação de fornecimentos ou de instalações existentes, desde que a mudança de fornecedor obrigue a entidade adjudicante a adquirir material de técnica diferente que origine uma incompatibilidade ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção. A duração desses contratos, bem como a dos contratos renováveis, não pode, em regra, exceder três anos.

4. Em todos os outros casos, as entidades adjudicantes celebrarão os respectivos contratos de fornecimento recorrendo a concurso público ou a concurso limitado.»

5 Nos termos do artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 93/37:

«3. As entidades adjudicantes podem igualmente adjudicar contratos de empreitada de obras por meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos:

- a) na falta de propostas ou de propostas apropriadas em resposta a um concurso público ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas. A pedido da Comissão, deve ser-lhe apresentado um relatório;
- b) em obras cuja execução, por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, só possa ser confiada a um empreiteiro determinado;
- c) na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes em questão, não seja compatível com os prazos exigidos pelos concursos públicos e limitados ou pelo processo por negociação referidos no n.º 2. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não devem, em caso algum, ser imputáveis às entidades adjudicantes;
- d) em obras complementares que não constem do projecto inicialmente adjudicado nem do primeiro contrato celebrado e que se tenham tornado necessárias, na sequência de uma circunstância imprevista, para a execução da obra descrita naqueles documentos, desde que sejam atribuídas ao empreiteiro que executa a referida obra:

— quando essas obras não possam ser técnica ou economicamente separadas do contrato principal sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes

ou

— quando essas obras, embora separáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessárias para a perfeição do contrato.

Contudo, o valor cumulativo dos contratos relativos às obras complementares não deve exceder 50% do montante do contrato principal;

- e) em obras novas que consistam na repetição de obras similares confiadas à empresa adjudicatária de um primeiro contrato, pelas mesmas entidades adjudicantes, desde que essas obras estejam em conformidade com um projecto de base e que esse projecto tenha sido objecto de um primeiro contrato celebrado de acordo com os processos referidos no n.º 4.

A possibilidade de recorrer ao processo por negociação deve ser indicada na abertura do concurso inicial e o montante total previsto para a continuação das obras será tomado em consideração pelas entidades adjudicantes para efeitos da aplicação do artigo 6.º Só pode recorrer-se ao processo por negociação no triénio subsequente à celebração do contrato inicial.

4. Nos restantes casos, as entidades adjudicantes adjudicarão as suas empreitadas recorrendo a um concurso público ou a um concurso limitado.»

Legislação nacional

- 6 O âmbito de aplicação pessoal da legislação espanhola em matéria de adjudicação de contratos públicos está definido no artigo 1.º da lei codificada. Todos os órgãos da Administração Pública local, tanto do Estado como autónomos e autarquias locais, estão aí incluídos:
- 7 O artigo 1.º, n.º 3, da lei codificada acrescenta:

«Devem igualmente exercer a sua actividade contratual, nos termos da presente lei, os organismos autónomos, em todos os casos, e as outras entidades de direito público dotadas de personalidade jurídica própria, vinculadas ou dependentes de qualquer Administração Pública, desde que satisfaçam os seguintes requisitos:

- a) terem sido criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;
- b) serem entidades cuja actividade seja maioritariamente financiada pelas Administrações Públicas ou outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a fiscalização destas últimas, ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros nomeados pelas Administrações Públicas e outras entidades de direito público.»

- 8 Nos termos da sexta adenda à lei codificada, que tem por epígrafe «Princípios de contratação no sector público», «[a]s sociedades comerciais nas quais as Administrações Públicas ou os seus organismos autónomos, ou entidades de direito público, detêm uma participação maioritária, directa ou indirecta, observarão, na sua actividade contratual, os princípios de publicidade e de concorrência, salvo se a natureza da operação a efectuar for incompatível com esses princípios.»
- 9 O artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da lei codificada exclui do seu âmbito de aplicação «os acordos de colaboração celebrados entre a Administração-Geral do Estado, por um lado, e a segurança social, as comunidades autónomas, as autarquias locais, os seus organismos autónomos e qualquer outra entidade pública, por outro, e entre estes organismos».
- 10 Os artigos 141.º, alínea a) (relativo às empreitadas de obras públicas), e 182.º, alínea a) (relativo aos contratos públicos de fornecimento), da lei codificada dispõem que se pode recorrer ao processo por negociação sem publicidade prévia quando o contrato não tenha podido ser adjudicado em concurso público ou limitado ou os candidatos não tenham sido admitidos a concurso, desde que não haja alteração das condições iniciais do concurso, com excepção do preço, que não pode ser aumentado mais de 10%.
- 11 O artigo 182.º, alínea g), da lei codificada indica que se pode recorrer ao processo por negociação sem publicidade prévia nos processos relativos a bens cuja uniformidade tenha sido declarada necessária para utilização comum pela Administração, desde que a escolha do tipo de bens em causa tenha sido efectuada previamente e com total independência, através de concurso, nos termos das disposições do presente título.

Fase pré-contenciosa do processo

- 12 Considerando que os sucessivos textos legislativos que transpõem para direito espanhol as Directivas 93/36 e 93/37 eram parcialmente incompatíveis com as referidas directivas, a Comissão enviou ao Reino de Espanha uma notificação para cumprir, datada de 10 de Setembro de 1997, e uma notificação para cumprir complementar, com data de 24 de Julho de 2000.

- 13 Na sequência da notificação da lei codificada pelas autoridades espanholas à Comissão, esta considerou resolvidos determinados aspectos controvertidos da transposição.

- 14 No entanto, considerando que as Directivas 93/36 e 93/37 continuam a estar incorrectamente transpostas para direito espanhol, a Comissão dirigiu ao Reino de Espanha um parecer fundamentado, com data de 24 de Janeiro de 2001, e um parecer fundamentado complementar, datado de 31 de Janeiro de 2002, convidando-o a adoptar as medidas necessárias para lhes dar cumprimento num prazo de dois meses a contar da notificação deste último parecer.

- 15 Tendo a resposta do Reino de Espanha ao parecer fundamentado complementar sido julgada insatisfatória pela Comissão, esta decidiu intentar a presente acção.

Quanto à acção

- 16 Na sua acção, a Comissão faz três acusações.

- 17 Na sua primeira acusação, a Comissão critica o Reino de Espanha por ter excluído *a priori* do âmbito de aplicação da lei codificada as entidades de direito privado, quando elas podem mesmo ser organismos de direito público na acepção do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das Directivas 93/36 e 93/37.
- 18 Na sua segunda acusação, a Comissão critica o Reino de Espanha por ter excluído do âmbito de aplicação da lei codificada os acordos de colaboração celebrados entre entidades de direito público, quando estes acordos podem constituir contratos públicos na acepção das Directivas 93/36 e 93/37.
- 19 Na sua terceira acusação, a Comissão critica o Reino de Espanha por ter autorizado o recurso ao processo por negociação em dois casos que não estão previstos nas Directivas 93/36 e 93/37, a saber, a adjudicação de contratos consecutiva a processos declarados infrutíferos e a adjudicação de contratos de fornecimento de bens uniformes.

Quanto à primeira acusação, baseada na exclusão do âmbito de aplicação da lei codificada das entidades de direito privado que reúnam as condições enunciadas no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro, segundo e terceiro travessões, das Directivas 93/36 e 93/37

Argumentos das partes

- 20 Segundo a Comissão, o âmbito de aplicação pessoal da lei codificada não coincide com o das Directivas 93/36 e 93/37, na medida em que a legislação nacional se aplica

exclusivamente às entidades sujeitas a um regime de direito público na acepção do direito espanhol, ao passo que a forma jurídica da entidade em causa é estranha ao conceito de «organismo de direito público» adoptado nessas directivas.

- 21 Invocando o acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73, n.ºs 17 a 35), a Comissão recorda que o Tribunal de Justiça considerou que, por «organismo de direito público», se deve entender uma entidade que preenche os três requisitos cumulativos enunciados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37.
- 22 Baseando-se em acórdãos do Tribunal de Justiça (designadamente os acórdãos de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Colect., p. 4635, e de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding, C-360/96, Colect., p. I-6821), a Comissão alega que o conceito de entidade adjudicante definido no artigo 1.º das Directivas 93/36 e 93/37 deve ser interpretado de modo funcional.
- 23 Além disso, alega que a interpretação do conceito de «organismo de direito público» efectuada pelo Governo espanhol implica uma perda de autonomia de um conceito comunitário que deve ter uma interpretação uniforme em toda a Comunidade.
- 24 O Governo espanhol opta por uma interpretação literal do conceito de «organismo de direito público». Alega que as Directivas 93/36 e 93/37 não incluem neste conceito as sociedades comerciais sob controlo público. Em apoio da sua argumentação, invoca 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), que procede a uma distinção entre o conceito de «organismo de direito público», idêntico nas directivas sobre contratos administrativos, e o de «empresa pública», cuja definição corresponde à da sociedade comercial pública.

- 25 Além disso, o Governo espanhol recusa todas as soluções de carácter geral. Alega que uma verdadeira delimitação do conceito de «organismo de direito público» só pode ser feita após se ter definido o de «necessidades de interesse geral» e, sobretudo, o que significa a expressão «sem carácter industrial ou comercial» dessas mesmas necessidades, mediante uma análise detalhada de cada entidade.
- 26 A Comissão contrapõe que a Directiva 93/38 é uma regulamentação especial e que o seu carácter de norma excepcional se opõe a que possa servir para a interpretação de disposições gerais, no caso concreto, das Directivas 93/36 e 93/37.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- 27 Há que recordar que, segundo jurisprudência assente, o conceito de «organismo de direito público», conceito de direito comunitário que deve ter uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade, é definido de um ponto de vista funcional, exclusivamente, à luz dos três requisitos cumulativos enunciados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das Directivas 93/36 e 93/37 (v., neste sentido, acórdãos Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, n.ºs 20 e 21; de 12 de Dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.*, C-470/99, Colect., p. I-11617, n.ºs 51 a 53; de 15 de Maio de 2003, *Comissão/Espanha*, C-214/00, Colect., p. I-4667, n.ºs 52 e 53, e de 16 de Outubro de 2003, *Comissão/Espanha*, C-283/00, Colect., p. I-11697, n.º 69).

- 28 Daí resulta que, para efeitos de resolver a questão da eventual qualificação de uma entidade de direito privado como organismo de direito público, há que verificar unicamente se a entidade em causa reúne os três requisitos cumulativos enunciados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das Directivas 93/36 e 93/37, não constituindo o estatuto de direito privado desta entidade um critério susceptível de excluir, por si só, a sua qualificação como entidade adjudicante na acepção destas directivas (acórdão de 15 de Maio de 2003, Comissão/Espanha, já referido, n.ºs 54, 55 e 60).
- 29 O Tribunal de Justiça esclareceu ainda que esta interpretação não equivale a ignorar o carácter industrial ou comercial das necessidades de interesse geral cuja satisfação é assegurada pela entidade em causa, uma vez que este aspecto é necessariamente tido em conta para determinar se a referida entidade satisfaz ou não o requisito enunciado no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro travessão, das Directivas 93/36 e 93/37 (v., neste sentido, acórdão de 16 de Outubro de 2003, Comissão/Espanha, já referido, n.º 75).
- 30 Além disso, esta conclusão também não pode ser contrariada pela ausência de referência expressa, nas Directivas 93/36 e 93/37, à categoria específica de «empresas públicas» que é, contudo, utilizada na Directiva 93/38 (v., neste sentido, acórdão de 16 de Outubro de 2003, Comissão/Espanha, já referido, n.º 76).
- 31 Por conseguinte, resulta do exposto que a legislação espanhola constitui uma transposição incorrecta do conceito de «entidade adjudicante» constante do artigo 1.º, alínea b), das Directivas 93/36 e 93/37, na medida em que exclui do seu âmbito de aplicação as entidades de direito privado, quando estas podem preencher os requisitos enunciados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro, segundo e terceiro travessões, das referidas directivas.
- 32 Nestas condições, há que acolher a primeira acusação da Comissão.

Quanto à segunda acusação, baseada na exclusão dos acordos de colaboração celebrados entre entidades de direito público do âmbito de aplicação da lei codificada

Argumentos das partes

- 33 A Comissão afirma que a lei codificada exclui do seu âmbito de aplicação os acordos celebrados quer entre a Administração-Geral do Estado, por um lado, e a segurança social, as comunidades autónomas, as autarquias locais, os seus organismos autónomos e qualquer outra entidade pública, por outro, quer entre estes mesmos organismos. Na sua opinião, esta exclusão absoluta constitui uma transposição incorrecta das Directivas 93/36 e 93/37, uma vez que alguns destes acordos podem ser da mesma natureza que os contratos administrativos nelas incluídos.
- 34 A mesma instituição alega que se trata de uma exclusão que não consta das Directivas 93/36 e 93/37.
- 35 A Comissão invoca a definição de contrato que consta do artigo 1.º, alínea a), das Directivas 93/36 e 93/37 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual, para demonstrar a existência de um contrato, há que verificar se houve uma convenção entre duas pessoas distintas (acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal, C-107/98, Colect., p. I-8121, n.º 49). Por conseguinte, considera que, à luz dos elementos referidos, acordos de colaboração interadministrativos podem, portanto, ser contratos na acepção das Directivas 93/36 e 93/37.
- 36 O Governo espanhol salienta que as convenções são a forma normal de as entidades de direito público estabelecerem relações entre si. Alega que estas relações se situam à margem do contrato. Além disso, interroga-se sobre a bondade do acórdão Teckal,

já referido, e alega que o princípio que consta do artigo 6.º da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), está implicitamente incluído nas outras directivas sobre contratos públicos.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- 37 Segundo as definições dadas no artigo 1.º, alínea a), das Directivas 93/36 e 93/37, um contrato público de fornecimentos ou de empreitada pressupõe a existência de um contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por um lado, um fornecedor ou um empreiteiro e, por outro, uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), das referidas directivas, que tem por objecto a compra de produtos ou a execução de determinado tipo de obras.
- 38 Nos termos do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/36, basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta. Só pode deixar de ser assim na hipótese de, simultaneamente, a autarquia local exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem (acórdão Teckal, já referido, n.º 50).
- 39 Face à identidade dos elementos que constituem a definição de contrato nas Directivas 93/36 e 93/37, independentemente do objecto do contrato em questão, há que aplicar a solução escolhida no acórdão Teckal, já referido, aos acordos interadministrativos abrangidos pela Directiva 93/37.

40 Em consequência, na medida em que exclui *a priori* do âmbito de aplicação da lei codificada as relações estabelecidas entre as Administrações Públicas, os seus organismos públicos e, de um modo geral, as entidades de direito público não comerciais, qualquer que seja a natureza destas relações, a legislação espanhola em causa no caso vertente constitui uma transposição incorrecta das Directivas 93/36 e 93/37.

41 Nestas condições, há que acolher a segunda acusação da Comissão.

Quanto à terceira acusação, baseada no recurso ao processo por negociação previsto pela lei codificada em dois casos não contemplados nas Directivas 93/36 e 93/37

42 A Comissão considera que a lei codificada autoriza o recurso ao processo por negociação em dois casos que não são contemplados nas Directivas 93/36 e 93/37: a adjudicação de contratos consecutiva a processos declarados infrutíferos e a adjudicação de contratos de fornecimento de bens uniformes.

Quanto à primeira parte da terceira acusação, relativa à adjudicação de contratos consecutiva a processos infrutíferos

Argumentação das partes

43 A Comissão considera que, ao autorizar um aumento do preço da proposta inicial, que pode atingir 10% em relação ao concurso público ou limitado prévio, os

artigos 141.º, alínea a), e 182.º, alínea a), da lei codificada violam as Directivas 93/36 e 93/37, uma vez que permitem uma alteração substancial de uma das condições essenciais do contrato, ou seja, o preço.

- 44 A Comissão alega que a lista dos casos em que se pode recorrer ao processo por negociação tem carácter limitado. Daí deduz que a interpretação do conceito de «alteração não substancial» deve ser restritiva.
- 45 O Governo espanhol censura a Comissão por não ter indicado que alteração do preço se deve considerar substancial e que aumento não merece tal qualificação. Alega que, para efeitos da segurança jurídica, o legislador espanhol transformou num conceito certo o conceito indeterminado de «alteração substancial das condições originais do contrato».
- 46 Em resposta, a Comissão alega que, no âmbito de uma acção por incumprimento, não tem de definir os limites da infracção nem que indicar as medidas que permitem eliminar o incumprimento censurado. Além disso, alega que o objectivo do legislador nacional que visa precisar os conceitos contidos nas directivas não pode conduzir à sua inaplicação.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- 47 Tal como resulta, designadamente, do décimo segundo considerando da Directiva 93/36 e do oitavo considerando da Directiva 93/37, o processo por negociação deve ser considerado excepcional e só deve ser aplicado a um número limitado de casos.

Nesta óptica, os artigos 6.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 93/36 e 7.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 93/37 enumeram taxativamente os casos em que se pode recorrer ao processo por negociação sem a publicidade prévia de um aviso de concurso.

48 Segundo a jurisprudência, as derrogações às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector das empreitadas de obras públicas devem ser objecto de interpretação estrita (acórdãos de 18 de Maio de 1995, Comissão/Itália, C-57/94, Colect., p. I-1249, n.º 23, e de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha, C-318/94, Colect., p. I-1949, n.º 23). Por conseguinte, sob pena de privar as directivas em causa do seu efeito útil, os Estados-Membros não podem admitir casos de recurso ao processo por negociação não previstos nas Directivas 93/36 e 93/37 nem acrescentar aos casos expressamente previstos nestas directivas novas condições que tenham por efeito facilitar o recurso ao referido processo.

49 Ora, no caso vertente, não se pode negar que, na medida em que autorizam o recurso ao processo por negociação quando o contrato não tenha podido ser adjudicado num concurso público ou limitado ou quando os candidatos não tenham sido admitidos a apresentar propostas, desde que não haja alteração das condições iniciais do contrato, com excepção do preço que não pode ser aumentado mais de 10%, os artigos 141.º, alínea a), e 182.º, alínea a), da lei codificada acrescentam precisamente às referidas disposições das Directivas 93/36 e 93/37 uma nova condição susceptível de enfraquecer tanto o seu alcance como o seu carácter derogatório. Com efeito, tal condição não pode ser considerada uma alteração não substancial das condições iniciais dos contratos, tal como prevêem, respectivamente, os artigos 6.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 93/36 e 7.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 93/37.

50 Nestas condições, há que concluir que os artigos 141.º, alínea a), e 182.º, alínea a), da lei codificada constituem uma transposição incorrecta dos artigos 6.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 93/36 e 7.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 93/37.

Quanto à segunda parte da terceira acusação, relativa à adjudicação de contratos de fornecimento de bens uniformes

Argumentação das partes

- 51 A Comissão alega que o processo constante do artigo 182.º, alínea g), da lei codificada viola as disposições do artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 93/36, que enumera os casos de aplicação do processo por negociação.
- 52 No caso vertente, a legislação espanhola prevê o recurso ao processo por negociação sem publicidade prévia, tratando-se de bens cuja uniformidade seja declarada necessária para a sua utilização comum pela Administração. O recurso a este processo é possível na medida em que o tipo de bens seja previamente escolhido e com total independência, através de um concurso público.
- 53 O Governo espanhol defende que os concursos públicos que visam determinar o tipo de bens uniformes se aproximam dos contratos-quadro.
- 54 Além disso, esse governo afirma que os concursos públicos em causa em nada diferem das adjudicações efectuadas na sequência de um acordo ou de um contrato-quadro previsto por outro artigo da lei codificada que não objecto de nenhuma observação da Comissão. Conclui, em consequência, pela sua conformidade com as directivas relativas aos concursos públicos.

55 Tendo recordado a definição dos acordos-quadro, a Comissão alega que estes acordos não estão incluídos na Directiva 93/36.

Apreciação do Tribunal de Justiça

56 Em relação à adjudicação dos contratos de fornecimento de bens uniformes, prevista no artigo 182.º, alínea g), da lei codificada, só se pode recorrer ao processo por negociação nos casos taxativamente enumerados no artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 93/36. O n.º 4 deste artigo indica, de resto, que, «[e]m todos os outros casos, as entidades adjudicantes celebrarão os respectivos contratos de fornecimento recorrendo a concurso público ou limitado».

57 Ora, a disposição em causa, introduzida pelo legislador espanhol, não corresponde nem ao caso que consta do artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/36 nem a uma das cinco situações enumeradas no n.º 3 do mesmo artigo, em que o recurso ao processo por negociação sem publicação prévia de um aviso de concurso é expressamente autorizado. Além disso, há que salientar que o conceito de «acordo-quadro» não entra no âmbito de aplicação destas excepções.

58 Além disso, segundo jurisprudência assente, as disposições que autorizam derrogações às regras destinadas a garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector dos contratos públicos de fornecimentos devem ser objecto de interpretação estrita (acórdão de 17 de Novembro de 1993, Comissão/Espanha, C-71/92, Colect., p. I-5923, n.º 36). Por conseguinte, é aos Estados-Membros que compete demonstrar que a sua legislação constitui uma transposição fiel dos casos expressamente previstos pela directiva. Ora, no caso vertente, tal prova não foi produzida pelo Governo espanhol.

59 Em consequência, na medida em que autoriza o recurso ao processo por negociação sem publicidade prévia nos processos relativos a bens cuja uniformidade seja declarada necessária para a sua utilização comum pela Administração, desde que a escolha do tipo de bens de que se trata tenha sido efectuada previamente, através de um concurso público, a legislação em causa constitui uma transposição incorrecta do artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 93/36.

60 Nestas condições, há que acolher a terceira acusação da Comissão.

61 Tendo em conta as considerações expostas, há que declarar que, ao não transpor correctamente para o seu ordenamento jurídico as Directivas 93/36 e 93/37, em especial

— ao excluir do âmbito de aplicação da lei codificada, mais precisamente, no artigo 1.º, n.º 3, desta lei, as entidades de direito privado que preenchem os requisitos mencionados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro, segundo e terceiro travessões, de cada uma destas directivas,

— ao excluir totalmente do âmbito de aplicação da lei codificada, mais precisamente, no seu artigo 3.º, n.º 1, alínea c), os acordos de colaboração celebrados entre a Administração Pública e as outras entidades públicas, incluindo, portanto, os acordos que constituem contratos públicos na acepção das referidas directivas,

- ao permitir, nos artigos 141.º, alínea a), e 182.º, alíneas a) e g), da lei codificada, o recurso ao processo por negociação em dois casos não contemplados naquelas directivas,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força destas directivas.

Quanto às despesas

- 62 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação do Reino de Espanha e tendo este sido vencido, há que condená-lo nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) decide

- 1) **Ao não transpor correctamente para o seu ordenamento jurídico as Directivas 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, em especial**

- **ao excluir do âmbito de aplicação da Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (lei dos contratos celebrados pela Administra-**

ção Pública), de 16 de Junho de 2000, na sua versão codificada, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junho de 2000, mais precisamente, no artigo 1.º, n.º 3, desta lei, as entidades de direito privado que preenchem os requisitos mencionados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro, segundo e terceiro travessões, de cada uma destas directivas,

- ao excluir totalmente do âmbito de aplicação da mesma lei, mais precisamente, no seu artigo 3.º, n.º 1, alínea c), os acordos de colaboração celebrados entre a Administração Pública e as outras entidades públicas, incluindo, portanto, os acordos que constituem contratos públicos na acepção das referidas directivas,

- ao permitir, nos artigos 141.º, alínea a), e 182.º alíneas a) e g), da referida lei, o recurso ao processo por negociação em dois casos não contemplados naquelas directivas,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas directivas.

2) O Reino de Espanha é condenado nas despesas.

Assinaturas.