

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

16 de Setembro de 1999 *

No processo C-27/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), pelo Bundesvergabeamt (Áustria), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Metalmecanica Fracasso SpA,

Leitschutz Handels- und Montage GmbH

e

Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche
Angelegenheiten,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 18.º, n.º 1, da 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), na versão que resulta da Directiva 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 (JO L 328, p. 1),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: P. J. G. Kapteyn (relator), presidente de secção, J. L. Murray e H. Ragnemalm, juízes,

advogado-geral: A. Saggio,

secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Metalmeccanica Fracasso SpA e da Leitschutz Handels- und Montage GmbH, por Andreas Schmid, advogado em Viena,
- em representação do Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, por Kurt Klima, consultor da Finanzprokuratur Wien, na qualidade de agente,
- em representação do Governo austríaco, por Wolf Okresek, Sektionschef na Chancelaria, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por Hendrik van Lier, consultor jurídico, na qualidade de agente, assistido por Bertrand Wägenbaur, advogado no foro de Bruxelas,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações do Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, representado por Kurt Klima, do Governo austríaco, representado por Michael Fruhmann, da Chancelaria, na

qualidade de agente, do Governo francês, representado por Anne Bréville-Viéville, encarregada de missão na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por Hendrik van Lier, assistido por Bertrand Wägenbaur, na audiência de 28 de Janeiro de 1999,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 25 de Março de 1999,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 27 de Janeiro de 1998, o Bundesvergabeamt apresentou, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), uma questão prejudicial sobre a interpretação do artigo 18.º, n.º 1, da 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), na versão que resulta da Directiva 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 (JO L 328, p. 1).
- 2 Esta questão foi suscitada no quadro de um litígio que opõe as sociedades Metalmeccanica Fracasso SpA e Leitschutz Handels- und Montage GmbH (a seguir «Fracasso e Leitschutz») ao Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (a seguir «Amt») a propósito da anulação, por este, de um concurso relativo a uma empreitada de obras públicas ao qual Fracasso e Leitschutz concorreram.

Quadro jurídico

- 3 A Directiva 93/37 codificou a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9). Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37, na versão resultante da Directiva 97/52 (a seguir «Directiva 93/37»):

«A atribuição do contrato far-se-á com base nos critérios previstos no capítulo 3 do presente título, tendo em conta o disposto no artigo 19.º e depois de as entidades adjudicantes terem verificado a aptidão dos empreiteiros não excluídos por força do artigo 24.º, de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica mencionados nos artigos 26.º a 29.º»

- 4 De acordo com o artigo 56.º, n.º 1, da Bundesvergabegesetz (lei federal sobre as adjudicações, a seguir «BVerG»), o processo de concurso termina pela celebração de um contrato de prestação de serviço (adjudicação) ou pela anulação do concurso. A BVerG não prevê outro modo de pôr termo a um processo de concurso.

- 5 O artigo 52.º, n.º 1, da BVerG determina:

«(1) Antes de proceder à escolha da proposta a que será adjudicado o contrato, a entidade adjudicante eliminará logo que possível, com base nos resultados do seu exame, as seguintes propostas:

1. as propostas feitas por proponentes que não apresentem a autorização ou a capacidade económica, financeira e técnica, ou a credibilidade necessárias;

2. as propostas de proponentes impedidos de concorrer, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 3 ou 4;

3. as propostas cujo preço total não tenha sido constituído de modo plausível;

...»

6 O artigo 55.º, n.º 2, da BVergG dispõe:

«O concurso pode ser anulado quando, depois da exclusão das propostas a que se proceda nos termos do artigo 52.º, apenas subsistir uma proposta.»

7 O artigo 16.º, n.º 5, da BVergG precisa:

«Só devem realizar-se concursos quando existe a intenção efectiva de adjudicar a prestação em causa.»

O litígio do processo principal

- 8 Na Primavera de 1996, o Amt publicou um aviso de concurso relativo a trabalhos de revestimento, incluindo a instalação, numa parte da Westautobahn A1, de uma protecção em betão do terraplano central. O contrato foi adjudicado à sociedade ARGE Betondecke-Salzburg West.
- 9 Em Novembro de 1996, o Amt decidiu, por razões técnicas, que o terraplano central da parte de auto-estrada em causa seria equipado de guias de protecção em aço, e não em betão como constava do aviso de concurso. Abriu então um novo concurso público relativo à colocação de guias de segurança em aço no terraplano central. A fase de adjudicação teve início em Abril de 1997.
- 10 Quatro empresas ou grupos de empresas apresentaram propostas, entre os quais o grupo de empresas constituído pela Fracasso e pela Leitschutz.
- 11 Tendo o Amt examinado todas as propostas e tendo afastado as dos três outros proponentes com base no artigo 52.º, n.º 1, da BVergG, apenas restou a proposta da Fracasso e da Leitschutz.
- 12 O Amt decidiu finalmente não mandar construir em aço a protecção do terraplano central, mas sim em betão, bem como anular o concurso correspondente, nos termos do artigo 55.º, n.º 2, da BVergG. Informou a Fracasso e a Leitschutz, por carta, destas duas decisões.
- 13 Estas requereram à Bundes-Vergabekontrollkommission (comissão federal de controlo das adjudicações) que desse início, em conformidade com o artigo 109.º, n.º 1, ponto 1, da BVergG, a um processo de conciliação sobre a

questão de saber se a decisão do Amt de anular o concurso bem como a sua intenção de abrir um novo concurso relativo às guias de segurança estavam em conformidade com o disposto na BVergG.

- 14 Em 19 de Agosto de 1997, as partes chegaram a um acordo amigável sobre um novo concurso proposto pelo conciliador, relativo à construção de guias de segurança de aço nos bordos laterais da auto-estrada. Este contrato devia ser objecto de um concurso limitado que, em princípio, incluiria todos os proponentes que tinham participado no concurso anulado.

- 15 A Fracasso e a Leitschutz solicitaram então à Bundes-Vergabekontrollkommission que completasse o processo de conciliação, argumentando que o diferendo relativo à legalidade da anulação do concurso relativo às guias de segurança do terraplano central não fora resolvido.

- 16 Tendo-se a Bundes-Vergabekontrollkommission declarado incompetente, a Fracasso e a Leitschutz formularam ao Bundesvergabeamt um pedido de anulação da decisão de anulação do concurso tomada pelo Amt.

- 17 Tendo dúvidas sobre a compatibilidade do artigo 55.º, n.º 2, da BVergG com o artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37, o Bundesvergabeamt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A norma do artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE, segundo a qual a atribuição do contrato se fará com base nos critérios previstos no capítulo 3 do presente título, tendo em conta o disposto no artigo 19.º e depois de as entidades adjudicantes terem verificado a aptidão dos empreiteiros não excluídos por força do artigo 24.º, de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica mencionados nos artigos 26.º a 29.º, deve ser interpretada no sentido de que a entidade adjudicante é obrigada a proceder à adjudicação a um proponente,

mesmo quando só a proposta deste permanece válida no processo de concurso? O artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE é suficientemente claro e preciso para que os interessados o possam invocar num processo com base nas disposições do direito nacional e para que esta disposição, como parte do direito comunitário, possa prevalecer sobre as disposições do direito nacional?»

Quanto à primeira parte da questão

- 18 Pela primeira parte da sua questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se a Directiva 93/37 deve ser interpretada no sentido de a entidade adjudicante que procedeu à abertura de um concurso estar obrigada a atribuir o contrato ao único proponente considerado apto a participar em tal concurso.
- 19 Segundo a Fracasso e a Leitschutz, resulta dos artigos 7.º, 8.º, 18.º e 30.º da Directiva 93/37, tal como interpretados, segundo elas, pelo Tribunal de Justiça, que a faculdade de a entidade adjudicante renunciar à adjudicação de um contrato de direito público ou de recomeçar o processo deve ser limitada aos casos excepcionais e só pode ser exercida por razões graves.
- 20 Por seu lado, o Amt, os Governos austríaco e francês e a Comissão alegam, em substância, que a Directiva 93/37 não impede a entidade adjudicante de não dar seguimento a um processo de concurso.
- 21 É pacífico que a Directiva 93/37 não contém qualquer disposição que imponha expressamente à entidade adjudicante que organiza um concurso que atribua o contrato ao único proponente considerado apto a participar em tal concurso.

- 22 Não obstante a ausência de uma tal disposição, há que averiguar se, por força da Directiva 93/37, a entidade adjudicante está obrigada a levar a seu termo um processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas.
- 23 Em primeiro lugar, no que se refere às disposições da Directiva 93/37 invocadas pela Fracasso e pela Leitschutz, há que realçar que o artigo 8.º, n.º 2, da Directiva 93/37, que impõe à entidade adjudicante que informe o mais rapidamente possível os candidatos ou proponentes dos motivos por que decidiu renunciar à adjudicação de um contrato objecto de concurso ou recomeçar o processo, não prevê que tal renúncia seja limitada aos casos excepcionais ou seja necessariamente fundada em razões graves.
- 24 Do mesmo modo, no que respeita aos artigos 7.º, 18.º e 30.º da Directiva 93/37, que se destinam a regular os processos a seguir na adjudicação das empreitadas de obras públicas e a determinar os critérios de adjudicação aplicáveis, basta verificar que de tais disposições não pode deduzir-se qualquer obrigação de adjudicar o contrato no caso de uma única empresa mostrar ter a aptidão exigida.
- 25 Daqui resulta que a faculdade de a entidade adjudicante renunciar a adjudicar um contrato objecto de concurso ou de recomeçar o processo de adjudicação, implicitamente admitida pela Directiva 93/37, não está por esta sujeita à condição da existência de circunstâncias graves ou excepcionais.
- 26 Em segundo lugar, há que recordar que, segundo o décimo considerando da Directiva 93/37, esta visa o desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos (v. ainda, no que se refere à Directiva 71/305, o acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Colect., p. 4635, n.º 21).
- 27 A este respeito, há que realçar, como a Comissão justamente fez, que o artigo 22.º, n.º 2, da Directiva 93/37 prossegue expressamente este objectivo ao

dispor que, quando as entidades adjudicantes celebrem um contrato por meio de concurso limitado, o número de candidatos admitidos à apresentação de propostas deve, em qualquer caso, ser suficiente para assegurar uma concorrência efectiva.

- 28 Além disso, o artigo 22.º, n.º 3, da Directiva 93/37 dispõe que, quando as entidades adjudicantes celebrem um contrato através do processo por negociação, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 7.º da mesma directiva, o número de candidatos admitidos a negociar não pode ser inferior a três, desde que haja um número suficiente de candidatos adequados.
- 29 Deve ainda realçar-se que o artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37 dispõe que a atribuição do contrato se fará com base nos critérios previstos no título IV, capítulo 3, da directiva.
- 30 De entre as disposições do referido capítulo 3 consta o artigo 30.º, o qual determina, no seu n.º 1, os critérios que a entidade adjudicante deve tomar como base para a adjudicação de contratos, os quais são ou unicamente o preço mais baixo, ou, quando a adjudicação se fizer à proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão, como, por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade e o valor técnico.
- 31 Daqui decorre que, para satisfazer o objectivo de desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos, a Directiva 93/37 pretende organizar a atribuição de contratos de modo a que a entidade adjudicante esteja em condições de comparar diferentes propostas e escolher a mais vantajosa com base em critérios objectivos como os referidos, a título exemplificativo, no seu artigo 30.º, n.º 1 (v. neste sentido, no que se refere à Directiva 71/305, o acórdão Beentjes, já referido, n.º 27).

- 32 Ora, quando, no termo de um dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas definidos na Directiva 93/37, resta uma única proposta, a entidade adjudicante não está em condições de comparar os preços ou as outras características de diferentes propostas a fim de adjudicar o contrato de acordo com os critérios referidos no título IV, capítulo 3, da Directiva 93/37.
- 33 Resulta do que precede que a entidade adjudicante não está obrigada a adjudicar o contrato ao único proponente considerado apto a participar no concurso.
- 34 Deve, pois, responder-se à primeira parte da questão que o artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37 deve ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante não está obrigada a atribuir o contrato ao único proponente considerado apto a participar no concurso.

Quanto à segunda parte da questão

- 35 Pela segunda parte da sua questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se o artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37 pode ser invocado nos órgãos jurisdicionais nacionais.
- 36 A este respeito, basta constatar que, não sendo necessária para o cumprimento das exigências enumeradas no artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37, qualquer medida particular de execução, as obrigações que daí resultam para os Estados-Membros são, portanto, incondicionais e suficientemente precisas (v. neste sentido, no que se refere ao artigo 20.º da Directiva 71/305, reproduzido, no essencial, no artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37, o acórdão Beentjes, já referido, n.º 43).

- 37 Há, pois, que responder à segunda parte da questão que o artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37 pode ser invocado por um particular nos órgãos jurisdicionais nacionais.

Quanto às despesas

- 38 As despesas efectuadas pelos Governos austríaco e francês, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Bundesvergabeamt, por despacho de 27 de Janeiro de 1998, declara:

- 1) O artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, na versão que resulta da Directiva 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, deve ser interpretado no sentido de que a entidade adjudicante não está obrigada a atribuir o contrato ao único proponente considerado apto a participar no concurso.

- 2) O artigo 18.º, n.º 1, da Directiva 93/37, na versão que resulta da Directiva 97/52, pode ser invocado por um particular nos órgãos jurisdicionais nacionais.

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 16 de Setembro de 1999.

O secretário

O presidente da Quarta Secção

R. Grass

P. J. G. Kapteyn