

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

3 de Março de 2005 *

Nos processos apensos C-21/03 e C-34/03,

que têm por objecto pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentados pelo Conseil d'État (Bélgica), através de decisões de 27 de Dezembro de 2002 , entrados no Tribunal de Justiça, respectivamente, em 29 e 22 de Janeiro de 2003, nos processos

Fabricom SA

contra

Estado belga,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: C. W. A. Timmermans, presidente de secção (relator), C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,

advogado-geral: P. Léger,

secretário: R. Grass,

* Língua do processo: francês.

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Fabricom SA, por J. Vanden Eynde e J.-M. Wolter, avocats,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,
- em representação do Governo finlandês, por T. Pynnä, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por K. Wiedner e B. Stromsky, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 11 de Novembro de 2004,

profere o presente

Acórdão

¹ Os pedidos de decisão prejudicial são relativos à interpretação 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), alterada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997 (JO L 328, p. 1, a seguir «Directiva 92/50»), mais especialmente do seu artigo 3.º, n.º 2, da 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. 1), alterada pela Directiva 97/52 (a seguir «Directiva 93/36»), mais especialmente do seu artigo 5.º, n.º 7, 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), alterada pela Directiva 97/52 (a seguir «Directiva 93/37»), mais especialmente do seu artigo 6.º, n.º 6, bem como da 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), alterada pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 1, a seguir «Directiva 93/38»), mais especialmente do seu artigo 4.º, n.º 2, conjugadas com o princípio da proporcionalidade, com a liberdade de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. Além disso, os mesmos pedidos são ainda relativos à interpretação da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos (JO L 395, p. 33), mais especialmente dos seus artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, bem como da 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), mais especialmente dos seus artigos 1.º e 2.º

- 2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de litígios que opõem a Fabricom SA (a seguir «Fabricom») ao Estado belga, relativamente à legalidade de disposições nacionais que, em determinadas condições, se opõem a que uma pessoa encarregada dos trabalhos preparatórios no âmbito de um contrato administrativo, ou uma empresa a ela ligada, participe no concurso.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

- 3 O artigo VI, n.º 4, do acordo sobre os contratos públicos, anexo à 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, a seguir «acordo sobre os contratos públicos»), prevê:

«As entidades não solicitarão nem aceitarão de qualquer modo que tenha por efeito impedir a concorrência, pareceres que possam ser utilizados para a elaboração das especificações relativas a um determinado contrato provenientes de sociedades que possam ter interesse comercial nesse contrato.»

- 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 O artigo 5.º, n.º 7, da Directiva 93/36 prevê:

«As entidades adjudicantes zelarão por que não haja discriminação entre os diferentes fornecedores.»

6 O artigo 6.º, n.º 6, da Directiva 93/37 dispõe:

«As entidades adjudicantes zelarão por que não haja discriminação entre os diferentes empreiteiros.»

7 Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 93/38:

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

8 O décimo considerando da Directiva 97/52, cuja redacção é retomada em termos substancialmente análogos no décimo terceiro considerando da Directiva 98/4, específica:

«[...] as entidades contratantes podem 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.»

9 O artigo 2.º da Directiva 89/665 prevê:

«1. Os Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

- a) Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes;

[...]»

10 Nos termos do artigo 1.º da Directiva 92/13:

«1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as decisões das entidades adjudicantes possam ser eficazmente objecto de recurso e, em especial, tão rapidamente quanto possível, nos termos dos artigos seguintes e, nomeadamente, do n.º 8 do artigo 2.º, com fundamento em que essas disposições tenham violado o direito comunitário em matéria de celebração de contratos de direito público ou as normas nacionais de transposição desse direito, no que respeita:

- a) Aos procedimentos de celebração de contratos de direito público que são objecto da Directiva 90/531/CEE; e

- b) À observância do n.º 2, alínea a), do artigo 3.º da citada directiva, no caso das entidades adjudicantes a que a referida disposição é aplicável.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que não se verifique qualquer discriminação entre as empresas que aleguem um prejuízo no âmbito de um procedimento de celebração de contratos devida à distinção efectuada pela presente directiva entre normas nacionais de transposição do direito comunitário e as outras normas nacionais.

3. Os Estados-Membros devem garantir que os procedimentos de recurso sejam acessíveis, de acordo com regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma eventual violação. Os Estados-Membros podem, em especial, exigir que a pessoa que pretenda a aplicação de tal procedimento informe previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso.»

11 O artigo 2.º da Directiva 92/13 dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que as medidas tomadas para efeitos dos recursos a que se refere o artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

quer

- a) Tomar, no mais curto prazo e mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos prejuízos aos interessados, incluindo medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de celebração do contrato em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante;

e

- b) Anular ou mandar anular as decisões ilegais, inclusive, suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do anúncio de concurso, do anúncio periódico indicativo, do anúncio de existência de um sistema de qualificação, do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de celebração do contrato em causa;

quer

- c) Tomar, no mais curto prazo, se possível mediante processo de urgência e se necessário por meio de um processo definitivo quanto ao fundo, medidas diferentes das previstas nas alíneas a) e b), com o objectivo de corrigir a violação verificada e de impedir que sejam causados prejuízos aos interesses em causa; nomeadamente, emitir uma ordem de pagamento de uma quantia determinada no caso de a violação não ser corrigida ou evitada.

Os Estados-Membros podem efectuar esta escolha quer para a totalidade das entidades adjudicantes quer para categorias de entidades definidas com base em critérios objectivos, salvaguardando, em todas as circunstâncias, a eficácia das medidas estabelecidas, a fim de impedir que os interesses em causa sejam lesados;

[...]»

Legislação nacional

- 12 O artigo 32.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos públicos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços e às concessões de obras públicas (*Moniteur belge* de 9 de Abril de 1999, p. 11690, a seguir «Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996»), prevê:

«[...]»

1. As pessoas encarregadas da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não estão autorizadas a apresentar uma candidatura ou uma proposta num concurso público relativo a uma empreitada para a realização dessas obras, fornecimentos ou serviços.

2. A empresa ligada a qualquer uma das pessoas referidas no n.º 1 não está autorizada a apresentar uma candidatura ou uma proposta, salvo se provar que não beneficia por esse facto de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.

Na acepção do presente artigo, entende-se por ‘empresa ligada’ qualquer empresa na qual as pessoas referidas no n.º 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:

- 1° detém a maioria do capital subscrito da empresa, ou
- 2° dispõe da maioria dos votos ligados às acções emitidas pela empresa, ou
- 3° pode designar mais de metade dos membros do órgão da administração, de direcção ou fiscal da empresa.

Antes de, eventualmente, afastar uma empresa devido à vantagem injustificada de que se presume beneficiar, a entidade adjudicante deve convidar essa empresa, por carta registada, a apresentar, no prazo de doze dias de calendário, excepto se o convite autorizar um prazo mais longo, atendendo ao caso concreto, as justificações relativas, nomeadamente, às suas ligações, ao seu grau de autonomia e a qualquer outra circunstância que permita concluir que a influência dominante não está provada ou que é irrelevante no concurso em causa.

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam:

- 1° aos concursos públicos que envolvem simultaneamente a elaboração de um projecto e a sua execução;
- 2° aos contratos públicos celebrados por ajuste directo sem publicidade no momento da abertura do processo na acepção do artigo 17.º, n.º 2, da presente lei.»

- 13 O artigo 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos públicos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (*Moniteur belge* de 28 de Abril de 1999, p. 14144, a seguir «Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996»), tem, no essencial, uma redacção análoga à do artigo 32.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996.

Os litígios no processo principal e as questões prejudiciais

- 14 A Fabricom é uma empresa de construção que apresenta regularmente propostas em concursos públicos, nomeadamente nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

Processo C-21/03

- 15 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, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996.
- 16 Alega que essa disposição é, designadamente, contrária ao princípio da igualdade de tratamento de todos os concorrentes, ao princípio da efectividade dos recursos jurisdicionais, tal como está garantido pela Directiva 92/13, ao princípio da proporcionalidade, à liberdade de comércio e de indústria, bem como ao direito de propriedade, tal como está previsto no artigo 1.º do protocolo adicional à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

- 17 O Estado belga contesta os fundamentos invocados pela Fabricom.
- 18 Quanto ao artigo 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996, o Conseil d'État refere que, segundo os termos do preâmbulo do referido Decreto real de 25 de Março de 1999 e os do relatório para o Rei, que o precede, esta disposição se destina a impedir que uma pessoa que pretenda lhe seja adjudicado um contrato administrativo retire vantagens, contrárias à livre concorrência, da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, de fornecimentos ou de serviços relativos a esse contrato.
- 19 Segundo o Conseil d'État, esta disposição opõe-se, de maneira geral e sem distinção, à participação no concurso ou à apresentação de propostas de pessoas encarregadas dessa investigação, experimentação, desse estudo ou desenvolvimento e, consequentemente, da empresa que se reputa estar ligada a essa pessoa. Além disso, não deixa a esta última, ao contrário do que está previsto relativamente à empresa ligada, qualquer possibilidade de provar que, nas circunstâncias do caso concreto, não pôde obter, através de uma dessas operações, uma vantagem susceptível de alterar a igualdade entre os concorrentes. A referida disposição não prevê expressamente a obrigação de a entidade adjudicante se pronunciar num determinado prazo sobre as justificações dadas pela empresa ligada para provar que a influência dominante não está demonstrada ou que não produz efeitos no concurso em causa.
- 20 Por considerar que a decisão da causa que lhe foi submetida exige a interpretação de determinadas disposições das directivas relativas aos contratos administrativos, o Conseil d'État decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) A Directiva 93/38 [...], especialmente o seu artigo 4.º, n.º 2, e a Directiva 98/4 [...], 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?

- 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 [...], 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 afirmar não beneficiar de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência?»

Processo C-34/03

- 21 Por petição que deu entrada em 8 de Junho de 1999 no Conseil d'État, a Fabricom pede a anulação do artigo 32.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996.

22 Os fundamentos invocados pela Fabricom são, no essencial, idênticos aos invocados no processo C-21/03. As informações fornecidas pelo Conseil d'État quanto ao artigo 32.º são idênticas às fornecidas no processo C-21/03, relativas ao artigo 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996.

23 Nestas condições, o Conseil d'État decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A Directiva 92/50 [...], especialmente o seu artigo 3.º, n.º 2, a Directiva 93/36 [...], especialmente o seu artigo 5.º, n.º 7, a Directiva 93/37 [...], especialmente o seu artigo 6.º, n.º 6, e a Directiva 97/52 [...], 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?

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 89/665 [...], 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?»

- 24 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2003, os processos C-21/03 e C-34/03 foram apensos para fins da fase escrita e oral, bem como do acórdão.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03

- 25 Com a primeira questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, essencialmente, se as disposições de direito comunitário por si referidas se opõem a uma norma, como a prevista nos artigos 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996, e 32.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996, nos termos da qual a pessoa encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não está 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 (a seguir «norma em causa no processo principal»).

- 26 A este respeito, há que recordar que o dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento corresponde à própria essência das directivas em matéria de concursos públicos, que têm em vista, nomeadamente, favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva nos domínios que se inserem nos seus âmbitos de aplicação respectivos e que enunciam critérios de adjudicação dos concursos tendentes a garantir tal concorrência (acórdão de 17 de Setembro de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 81 e jurisprudência aí referida).
- 27 Por outro lado, segundo jurisprudência constante, o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objectivamente justificado (acórdãos de 14 de Dezembro de 2004, *Arnold André*, C-434/02, Colect., p. I-11825, n.º 68 e jurisprudência aí referida, bem como *Swedish Match*, C-210/03, Colect., p. I-11893, n.º 70 e jurisprudência aí referida).
- 28 Ora, uma pessoa que foi encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços relativos a um concurso (a seguir «pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios») não está, em relação à participação no processo de adjudicação do contrato, necessariamente, na mesma situação que uma pessoa que não efectuou esses trabalhos.
- 29 Com efeito, por um lado, a pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios pode estar em vantagem para elaborar a sua proposta, devido às informações que obteve, ao efectuar os referidos trabalhos preparatórios, relativamente ao contrato administrativo em causa. Ora, todos os concorrentes devem dispor das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas (v., neste sentido, acórdão de 25 de Abril de 1996, *Comissão/Bélgica*, C-87/94, Colect., p. I-2043, n.º 54).

- 30 Por outro lado, a referida pessoa pode estar numa situação susceptível de conduzir a um conflito de interesses, no sentido de que, como observa correctamente a Comissão das Comunidades Europeias, se ela própria concorrer à adjudicação do contrato em causa, pode, mesmo sem ter intenção, influenciar as condições de adjudicação num sentido que lhe seja favorável. Esta situação é susceptível de falsear a concorrência entre os concorrentes.
- 31 Assim, atendendo a esta situação, em que a pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios se poderia encontrar, não pode ser defendido que o princípio da igualdade de tratamento obrigue a tratá-la como qualquer outro concorrente.
- 32 A Fabricom e os Governos austríaco e finlandês alegam que, no essencial, a diferença de tratamento criada por uma norma como a que está em causa no processo principal, e que consiste em proibir, em qualquer circunstância, que a pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios participe num concurso público, não se justifica objectivamente. Com efeito, essa proibição tem uma natureza desproporcionada. Na sua opinião, a igualdade de tratamento entre todos os concorrentes está assegurada desde que exista um processo em que se aprecie, em cada caso concreto, se o facto de efectuar determinados trabalhos preparatórios deu à pessoa que efectuou os referidos trabalhos uma vantagem concorrencial em relação aos outros concorrentes. Esta medida é menos restritiva para a pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios.
- 33 A este respeito, há que observar que uma norma como a que está em causa no processo principal não deixa à pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios qualquer hipótese de demonstrar que, no seu caso concreto, os problemas referidos nos n.^{os} 29 e 30 do presente acórdão não se colocam.
- 34 Ora, esta norma ultrapassa o que é necessário para alcançar o objectivo da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes.

35 Com efeito, a aplicação da referida norma pode ter por consequência que as pessoas que efectuaram determinados trabalhos preparatórios fiquem excluídas do processo de adjudicação, sem que a sua participação neste último constitua um risco para a concorrência entre os concorrentes.

36 Nestas condições, há que responder à primeira questão colocada nos processos C-21/03 e C-34/03 que a Directiva 92/50, mais especialmente o seu artigo 3.º, n.º 2, a Directiva 93/36, mais especialmente o seu artigo 5.º, n.º 7, a Directiva 93/37, mais especialmente o seu artigo 6.º, n.º 6, bem como a Directiva 93/38, mais especialmente o seu artigo 4.º, n.º 2, se opõem a uma norma, como a prevista no artigo 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996, e no artigo 32.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996, nos termos da qual uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não está 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.

Quanto à segunda questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03

37 Com a segunda questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a resposta à primeira questão é diferente no caso de as Directivas 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38, lidas em conjugação com os princípios da proporcionalidade, a liberdade de comércio e de indústria, bem como o direito de propriedade, serem interpretadas no sentido de que apenas abrangem as empresas privadas ou que tenham efectuado prestações a título oneroso.

- 38 Há que observar que esta questão se baseia numa hipótese que não pode ser admitida.
- 39 Com efeito, não há qualquer indício, nas referidas directivas, que permita interpretá-las como abrangendo, no que respeita à sua aplicabilidade às empresas que participam ou pretendam participar num concurso público, unicamente as empresa privadas ou que tenham efectuado prestações a título oneroso. De resto, o princípio da igualdade de tratamento opõe-se a que apenas as empresas privadas ou que tenham efectuado prestações a título oneroso, que realizaram determinados trabalhos preparatórios, estejam sujeitas a uma norma como a que está em causa no processo principal, não sendo esse o caso das empresas que não possuam uma destas qualidades e que também efectuaram trabalhos desse tipo.
- 40 Não é portanto necessário responder à segunda questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03.

Quanto à terceira questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03

- 41 Com a terceira questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Directiva 89/665, especialmente os seus artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, bem como a Directiva 92/13, especialmente os seus artigos 1.º e 2.º, se opõem a que a entidade adjudicante possa recusar, até ao fim do procedimento de apreciação das propostas, que a empresa ligada a uma pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios participe no procedimento, ou apresente uma proposta, quando, interrogada a esse respeito pela entidade adjudicante, essa empresa afirme não beneficiar, por esse motivo, de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.

- 42 A este respeito, há que recordar que, quando estão em causa regras processuais em matéria de recursos contenciosos destinados a garantir a protecção dos direitos conferidos pelo direito comunitário aos candidatos e aos concorrentes lesados por decisões de entidades adjudicantes, estas não devem pôr em causa o efeito útil da Directiva 89/665 (acórdão de 12 de Dezembro de 2002, *Universale-Bau* e o., C-470/99, *Colect.*, p. I-11617, n.º 72).
- 43 Por outro lado, as disposições das Directivas 89/665 e 92/13, destinadas a proteger os concorrentes contra o arbítrio da entidade adjudicante, visam reforçar os mecanismos existentes para assegurar a aplicação efectiva das regras de direito comunitário em matéria de adjudicação de contratos de direito público, em especial numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas. Tal protecção não pode ser eficaz se o concorrente não puder invocar essas regras face à entidade adjudicante (acórdão de 24 de Junho de 2004, *Comissão/Áustria*, C-212/02, ainda não publicado na *Colectânea*, n.º 20 e jurisprudência aí referida).
- 44 Ora, a possibilidade de a entidade adjudicante atrasar, até uma fase muito adiantada do processo, a tomada de decisão quanto à possibilidade de uma empresa ligada a uma pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios participar no concurso ou apresentar uma proposta, quando essa entidade dispõe de todos os elementos para tomar a referida decisão, retira a esta empresa a possibilidade de invocar as regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos administrativos contra a entidade adjudicante, durante um período que depende unicamente da discricionariedade desta última e que se pode estender, eventualmente, até ao momento em que as violações já não podem ser corrigidas.
- 45 Uma situação deste tipo pode prejudicar o efeito útil das Directivas 89/665 e 92/13 e é susceptível de conduzir a um adiamento injustificado da possibilidade de os interessados exercerem os direitos que lhes são conferidos pelo direito comunitário. Além disso, é contrária ao objectivo das Directivas 89/665 e 92/13, que consiste em proteger os concorrentes face à entidade adjudicante.

- 46 Assim, há que responder à terceira questão submetida nos processos C-21/03 e C-34/03 que a Directiva 89/665, mais especialmente os seus artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, bem como a Directiva 92/13, mais especialmente os seus artigos 1.º e 2.º, se opõem a que a entidade adjudicante possa 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, por esse motivo, de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.

Quanto às despesas

- 47 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas para apresentar observações, para além das das referidas partes, não são reembolsáveis.

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

- 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, alterada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, mais 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, alterada pela Directiva 97/52, mais 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, alterada pela Directiva 97/52, mais especialmente o seu artigo 6.º, n.º 6, bem como 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, alterada pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, mais especialmente o seu artigo 4.º, n.º 2, opõem-se a uma norma, como a prevista no artigo 26.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 10 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos públicos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, e no artigo 32.º do Decreto real de 25 de Março de 1999, que altera o Decreto real de 8 de Janeiro de 1996, relativo aos contratos públicos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços e às concessões de obras públicas, nos termos da qual uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estudo ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços não está 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.

- 2) 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 de fornecimentos, mais especialmente os seus artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, bem como 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, mais especialmente os seus artigos 1.º e 2.º, opõem-se a que a entidade adjudicante possa 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 afirmar não beneficiar, por esse motivo, de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência.

Assinaturas.