

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
15 de Maio de 2003 *

No processo C-214/00,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por G. Valero Jordana, na qualidade de agente, 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.

que tem por objecto obter a declaração de que, ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nos artigos 1.º e 2.º 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 e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), na redacção que lhe foi dada pela 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), e, em particular, ao não:

- alargar o sistema de recursos garantidos pela referida directiva às decisões tomadas por todas as entidades adjudicantes, tal como definidas no artigo 1.º, alínea b), das Directivas 92/50, 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), incluindo as sociedades de direito privado criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destas ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público,
- permitir a interposição de recursos de todas as decisões das entidades adjudicantes, incluindo os actos preparatórios, no decurso do processo de adjudicação de um contrato de direito público, e ao não
- prever a possibilidade de adopção de qualquer tipo de providências cautelares úteis em relação às decisões das entidades adjudicantes, incluindo as medidas de suspensão de um acto administrativo, eliminando, para o

efeito, qualquer tipo de dificuldades e obstáculos e, em particular, a necessidade de interposição prévia de recurso da decisão da entidade adjudicante,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa directiva,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: R. Schintgen, exercendo funções de presidente da Sexta Secção, V. Skouris (relator), F. Macken, N. Colneric e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,

advogado-geral: P. Léger,
secretário: L. Hewlett, administradora principal,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 14 de Março de 2002,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 13 de Junho de 2002,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por requerimento que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 30 de Maio de 2000, a Comissão das Comunidades Europeias intentou, ao abrigo do artigo 226.º CE, uma acção destinada a obter a declaração de que, ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nos artigos 1.º e 2.º 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 e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), na redacção que lhe foi dada pela 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, a seguir «Directiva 89/665»), e, em particular, ao não:

- alargar o sistema de recursos garantidos pela referida directiva às decisões tomadas por todas as entidades adjudicantes, tal como definidas no artigo 1.º, alínea b), das Directivas 92/50, 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), incluindo as sociedades de direito privado criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destas ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público,

- permitir a interposição de recursos de todas as decisões das entidades adjudicantes, incluindo os actos preparatórios, no decurso do processo de adjudicação de um contrato de direito público, e ao não

- prever a possibilidade de adopção de qualquer tipo de providências cautelares úteis em relação às decisões das entidades adjudicantes, incluindo as medidas de suspensão de um acto administrativo, eliminando, para o efeito, qualquer tipo de dificuldades e obstáculos e, em particular, a necessidade de interposição prévia de recurso da decisão da entidade adjudicante,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa directiva.

Enquadramento jurídico

A legislação comunitária

- 2 Resulta do primeiro e segundo considerandos da Directiva 89/665 que os mecanismos que existiam na data da sua adopção, tanto a nível nacional como a nível comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de contratos de direito público, e em particular das Directivas 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 F3 p. 9), e 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29), nem sempre permitiam garantir o respeito das disposições comunitárias, sobretudo numa fase em que as violações podiam ainda ser corrigidas.

- 3 No terceiro considerando da Directiva 89/665, afirma-se que «a abertura dos contratos de direito público à concorrência comunitária requer um aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação e que convém, para que dessa abertura resultem efeitos concretos, que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito».
- 4 Resulta do quinto considerando desta mesma directiva que, «dada a brevidade dos processos de adjudicação dos contratos de direito público, as instâncias de recurso competentes devem nomeadamente estar habilitadas a tomar medidas provisórias para suspender um processo dessa natureza ou a execução de decisões eventualmente tomadas pela entidade adjudicante» e que «a brevidade dos processos exige um tratamento urgente das violações acima mencionadas».
- 5 O artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Directiva 89/665 dispõe:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, nomeadamente, no n.º 7 do artigo 2.º, com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.

[...]

3. Os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos

a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação [...]»

6 Nos termos do artigo 2.º, n.ºs 1, alínea a), 3 e 4, da Directiva 89/665:

«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;

[...]

3. Os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem.

4. Os Estados-Membros podem prever que, sempre que a instância responsável se debruce sobre a necessidade de tomar medidas provisórias, lhe seja possível tomar em consideração as prováveis consequências de tais medidas para todos os interesses susceptíveis de ser lesados, bem como o interesse público, e decidir não conceder essas medidas sempre que as consequências negativas possam superar as

vantagens. A decisão de recusa de medidas provisórias não prejudicará os outros direitos reclamados pela pessoa que solicita essas medidas.»

- 7 As Directivas 71/305 e 77/62 foram revogadas pelas Directivas 93/37 e 93/36, respectivamente. As referências às directivas revogadas, constantes do primeiro considerando e do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, devem entender-se como feitas às Directivas 93/37 e 93/36.
- 8 Nos termos do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50, cujo teor é substancialmente idêntico ao do artigo 1.º, alínea b), das Directivas 93/36 e 93/37:

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

Considera-se organismo de direito público qualquer organismo:

- criado com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

e

- dotado de personalidade jurídica,

e

- financiado maioritariamente pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou submetido a um controlo de gestão por parte dessas entidades, ou que tenha um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cujos membros são, em mais de 50%, designados pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

[...]»

- 9 O artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, 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), tem a seguinte redacção:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

1. Poderes públicos: o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público.

Considera-se organismo de direito público, qualquer organismo:

— criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com um carácter não industrial ou comercial,

— dotado de personalidade jurídica,

e

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, quer a respectiva gestão esteja submetida ao controlo destas entidades quer os órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público;

2. Empresa pública: qualquer empresa em relação à qual os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, em virtude da propriedade, da participação financeira ou das normas que lhe são aplicáveis. Presume-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação a uma empresa, esses poderes:

— detenham uma participação maioritária no capital subscrito da empresa,

ou

- disponham da maioria dos votos correspondentes às acções emitidas pela empresa, ou
- tenham a possibilidade de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa.»

- ¹⁰ Os recursos interpostos contra decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no quadro da Directiva 93/38 são regulados pela 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), cujo quarto considerando indica que a directiva 89/665 se limita aos procedimentos de celebração dos contratos abrangidos pelas Directivas 71/305 e 77/62.

A legislação nacional

- ¹¹ O âmbito de aplicação pessoal da legislação espanhola em matéria de contratos de direito público está definido no artigo 1.º da Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de Maio de 1995 (BOE n.º 119, de 19 de Maio de 1995, p. 14601 (a seguir «Lei n.º 13/1995»), incluindo toda a Administração

Pública local, quer se trate da Administração do Estado ou das administrações das comunidades autónomas e das autarquias locais. Este artigo dispõe, no seu n.º 3:

«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, 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 por estas últimas, ou cujo órgão de administração, de direcção ou de fiscalização seja composto, em mais de metade, por membros nomeados pelas administrações públicas ou outras entidades de direito público.»

- 12 A sexta adenda a esta lei, que tem por epígrafe «Princípios de contratação no sector público», tem a seguinte redacção:

«As sociedades comerciais em cujo capital 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.»

- 13 Importa referir que, depois de esta acção ter sido interposta, o Reino de Espanha adoptou, através do Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (decreto-lei real que aprova o texto codificado da lei sobre os contratos de direito público), de 16 de Junho de 2000 (BOE n.º 148, de 21 de Junho de 2000, p. 21775), uma nova versão codificada da lei acima referida, que se limita, no entanto, a reunir e reordenar as normas anteriores, sem modificar o seu teor.
- 14 Em matéria de reclamação e recurso hierárquico, o artigo 107.º da Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (lei sobre o regime jurídico das administrações públicas e sobre o procedimento administrativo comum), de 26 de Novembro de 1992, na redacção que lhe foi dada pela Ley 4/1999, de 13 de Janeiro de 1999 (BOE n.º 12, de 14 de Janeiro de 1999, p. 1739, a seguir «Lei n.º 30/1992»), estabelece que são susceptíveis de recurso directo «os actos preparatórios que decidam, directa ou indirectamente, sobre o fundo da questão, determinem a impossibilidade de prosseguimento do processo ou a impossibilidade de se defender, ou que causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos».
- 15 No que respeita ao recurso contencioso, o artigo 25.º, n.º 1, da Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lei dos tribunais administrativos), de 13 de Julho de 1998 (BOE n.º 167, de 14 de Julho de 1998, p. 23516, a seguir «Lei n.º 29/1998»), exprime-se em termos idênticos aos da Lei n.º 30/1992, prevendo que:

«O recurso contencioso administrativo é admissível em relação às normas de carácter geral e aos actos expressos ou tácitos da Administração Pública que esgotem a via administrativa, quer se trate de actos definitivos ou preparatórios, caso estes últimos decidam directa ou indirectamente sobre o fundo da questão, determinem a impossibilidade de prosseguimento do processo ou a impossibilidade de se defender, ou causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos.»

- 16 O artigo 111.º da Lei n.º 30/1992, que tem por epígrafe «Suspensão da execução», dispõe:

«1. Salvo disposição em contrário, a interposição do recurso não suspende a execução do acto impugnado.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, a instância à qual tenha sido submetido o recurso pode, depois de proceder à comparação, devidamente fundamentada, entre o prejuízo que causaria ao interesse público ou a terceiros a suspensão da execução e o prejuízo que resultaria para o recorrente da eficácia imediata do acto recorrido, suspender, oficiosamente ou a pedido do recorrente, a execução do acto impugnado, quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias:

- a) A execução possa causar prejuízos impossíveis de reparar ou dificilmente reparáveis.
- b) A impugnação tenha por fundamento uma das causas de nulidade absoluta [...]

[...]

3. A execução do acto impugnado considerar-se-á suspensa decorridos trinta dias após a data do registo da apresentação do pedido de suspensão na instância competente para sobre ele decidir, se esta não tiver proferido decisão expressa sobre esse pedido.»

- 17 Consta do preâmbulo da Lei n.º 29/1998 que, «[t]endo em conta a experiência adquirida nestes últimos anos e a importância crescente assumida pelo objecto do recurso contencioso, a suspensão da disposição ou do acto impugnados já não pode ser a única medida cautelar possível» e que, «[p]or isso, a lei passou a prever a possibilidade de ser decretada qualquer medida cautelar, incluindo medidas *de facere*».
- 18 Segundo o artigo 129.º, n.º 1, da Lei n.º 29/1998:

«Os interessados podem requerer, em qualquer fase do processo, quaisquer providências adequadas a garantir a execução da sentença.»

- 19 O artigo 136.º desta mesma lei dispõe:

«1. Nos casos previstos nos artigos 29.º e 30.º, a providência cautelar será decretada, a menos que se comprove que não se verificam as situações previstas nesses artigos ou que a medida perturbe gravemente os interesses gerais ou os interesses de terceiros, que o juiz deverá ponderar de forma circunstanciada.

2. Nos casos referidos no número anterior, as providências poderão igualmente ser requeridas antes da instauração do processo principal, seguindo os termos do processo previstos no artigo precedente. Nesse caso, o interessado deverá pedir a sua confirmação no processo principal, que deverá ser instaurado no prazo imprerível de dez dias a contar da notificação da adopção das providências cautelares [...]

Caso não seja instaurado o processo principal, as providências decretadas caducam automaticamente, devendo o requerente indemnizar os danos e prejuízos causados pela providência cautelar.»

- 20 Acresce que os artigos 29.º e 30.º da Lei n.º 29/1998 se referem, em primeiro lugar, aos casos em que a Administração está obrigada, por força de uma disposição legal, de um contrato ou de um acto, a realizar uma prestação concreta a favor de uma ou várias pessoas determinadas, em segundo lugar, aos casos em que a Administração não executa os seus actos definitivos, e, em terceiro lugar, aos casos de facto consumado.

A fase pré-contenciosa

- 21 Por carta de 18 de Dezembro de 1991, o Governo espanhol comunicou à Comissão os textos legais então em vigor, que, do seu ponto de vista, asseguravam a transposição da Directiva 89/665 no direito nacional, a saber, a Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lei dos tribunais administrativos), de 27 de Dezembro de 1956, a Ley de Procedimiento Administrativo (Código de Processo Administrativo), de 18 de Julho de 1958, a Ley de Contratos del Estado (lei sobre os contratos de direito público) e a Constituição espanhola.
- 22 Em 21 de Junho de 1994, os serviços da Comissão transmitiram ao Representante Permanente da Espanha junto da União Europeia as suas primeiras observações sobre o conteúdo das medidas nacionais de transposição.
- 23 A resposta das autoridades espanholas, em 13 de Setembro de 1994, foi considerada insuficiente pela Comissão, que, por conseguinte, enviou, em 29 de Maio de 1996, ao Governo espanhol uma notificação de incumprimento, indicando, primeiro, que o âmbito de aplicação das medidas nacionais não

coincidia com o da Directiva 89/665, em segundo lugar, que, por força dessas medidas, os actos ditos «preparatórios» só poderiam ser objecto de recurso directo em casos excepcionais, e, em terceiro lugar, que essas medidas só admitiam a possibilidade de se suspender um acto administrativo se fosse interposto recurso contra este.

- 24 Na sua resposta, datada de 9 de Outubro de 1996, o Governo espanhol alegou, a propósito do primeiro aspecto, que a Lei n.º 13/1995 continha uma transcrição literal da noção de «organismo de direito público» constante das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37. Quanto aos dois outros aspectos, recordou os casos em que um acto preparatório pode ser objecto de recurso directo e insistiu no imperativo legal de interposição prévia de um recurso para se poder suspender um acto.
- 25 Na sequência da reunião que se realizou durante o mês de Outubro de 1997 entre as autoridades espanholas competentes e os serviços da Comissão, as primeiras enviaram à segunda uma nova carta, datada de 30 de Janeiro de 1998, na qual reiteravam integralmente as opiniões defendidas na sua resposta de 9 de Outubro de 1996.
- 26 Numa reunião realizada em Outubro de 1998 e numa carta de 14 de Janeiro de 1999, as autoridades espanholas confirmaram a sua posição tanto acerca do âmbito de aplicação como das medidas provisórias. Relativamente aos actos recorríveis, remeteram para a Lei n.º 29/1998, que tinha alterado parcialmente o regime aplicável aos actos preparatórios.
- 27 Finalmente, em 2 de Fevereiro de 1999, as autoridades espanholas comunicaram oficialmente à Comissão as Leis n.ºs 29/1998 e 4/1999. Depois de analisar estes novos diplomas, a Comissão concluiu que o Reino de Espanha não tinha posto termo ao incumprimento da Directiva 89/665 e enviou-lhe, em 25 de Agosto de 1999, um parecer fundamentado, convidando-o a adoptar as medidas necessárias para lhe dar cumprimento no prazo de dois meses a contar da notificação.

- 28 O Governo espanhol respondeu a este parecer fundamentado por carta de 8 de Novembro de 1999, contestando a análise da Comissão.
- 29 Foi nestas circunstâncias que a Comissão decidiu intentar a presente acção.

Quanto ao mérito

Quanto à transposição do âmbito de aplicação pessoal da Directiva 89/665

Argumentos das partes

- 30 A Comissão começa por recordar que, quando transpõem directivas comunitárias em direito nacional, os Estados-Membros estão obrigados a respeitar o sentido dos termos e dos conceitos que nelas figuram, a fim de garantir a uniformidade de interpretação e de aplicação dos textos legislativos comunitários nos diferentes Estados-Membros. Por conseguinte, as autoridades espanholas estavam obrigadas a dar à expressão «organismos de direito público», utilizada nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, o sentido que tem em direito comunitário.
- 31 A Comissão sublinha a este propósito que estas directivas não fazem qualquer referência ao regime jurídico, de direito público ou privado, ao abrigo do qual os organismos de direito público foram constituídos, nem à forma jurídica adoptada, interessando-se antes por outros critérios, entre os quais o fim para cuja prossecução esses organismos foram constituídos. Alega, em especial, que a

interpretação funcional do conceito de «entidade adjudicante» e, portanto, de «organismo de direito público», seguida pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, implica que este último conceito engloba as sociedades comerciais sob controlo público, evidentemente, desde que preencham os requisitos a que se refere o artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das mencionadas directivas, sendo irrelevante a forma jurídica das entidades em causa.

- 32 Ora, a Comissão sustenta que se a letra do artigo 1.º da Lei n.º 13/1995 retoma quase literalmente a das disposições correspondentes das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, contém, no entanto, uma diferença substancial porque exclui do âmbito de aplicação da lei as entidades de direito privado. Com efeito, a Lei n.º 13/1995 aditaria uma condição prévia ligada ao modo de constituição das entidades em causa, não prevista pela legislação comunitária, ou seja, que a entidade seja de direito público.
- 33 A Comissão considera que a exclusão efectuada pelo artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 13/1995 é confirmada pela sexta adenda desta mesma lei, cuja única razão de ser reside no facto de os contratos a que se refere ficarem, sem ela, totalmente excluídos do âmbito de aplicação da lei.
- 34 Excluídas do âmbito de aplicação pessoal da legislação espanhola em matéria de contratos de direito público, as entidades de direito privado também não caberiam na esfera de aplicação das normas que regem os procedimentos de adjudicação de contratos de direito público e, portanto, no regime de recurso em matéria de contratos de direito público. Esta exclusão seria, pois, contrária às disposições das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 que definem o respectivo âmbito de aplicação, bem como ao disposto na Directiva 89/665, porque impediria o accionamento das garantias processuais previstas nesta última directiva. A Comissão conclui daí que a Directiva 89/665 não foi correctamente transposta na ordem jurídica espanhola, porque esta não garante as mesmas possibilidades de recurso que a directiva prevê para a globalidade do seu âmbito de aplicação pessoal.

- 35 O Governo espanhol sustenta, a título principal, que esta alegação é manifestamente infundada. Observa que, embora a Comissão o acuse de ter violado a Directiva 89/665, não faz qualquer alusão a esta, mas ao âmbito de aplicação pessoal de outras directivas, isto é, as directivas substantivas relativas à adjudicação de contratos de direito público. Daí deduz que, na realidade, o que a Comissão põe em causa neste caso é a transposição do artigo 1.º das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 e não a transposição da Directiva 89/665 cuja violação invoca.
- 36 Com efeito, por um lado, a Directiva 89/665 não conteria regras de regulação dos procedimentos de adjudicação dos contratos de direito público e não definiria, portanto, o âmbito de aplicação pessoal dessas regras processuais constantes das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37. Por outro lado, só se aplicaria numa fase posterior, visto que exige que os Estados-Membros organizem processos de recurso eficazes e rápidos em caso de infracção às regras ditadas pelas directivas que regulam os procedimentos de adjudicação de contratos de direito público. Por isso, segundo o Governo espanhol, se o Tribunal de Justiça julgasse procedente este fundamento, deveria verificar, nesse caso, se a transposição da Directiva 89/665 foi correcta, quando esta nem sequer regula a matéria que a Comissão considera incorrectamente transposta. Para o Governo espanhol, a Comissão devia ter intentado uma acção diferente para poder apreciar se o Reino de Espanha transpôs correctamente as Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, que, estas sim, contêm elementos e regras concretas que delimitam o respectivo âmbito de aplicação pessoal.
- 37 A título subsidiário, o Governo espanhol alega que o âmbito de aplicação pessoal das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 foi correctamente transposto.
- 38 Sublinha que a interpretação do conceito «organismo de direito público» não é uniforme nos diferentes Estados-Membros e que não é, por isso, possível encontrar uma solução definitiva com carácter geral. Sustenta que, assim sendo, para apurar se um organismo satisfaz ou não os requisitos para caber no âmbito de aplicação pessoal das directivas em causa, tem de se proceder a uma análise detalhada caso a caso.

- 39 Este governo realça a este propósito, por um lado, que a expressão «organismo de direito público» utilizada pelas referidas directivas se refere a uma entidade de direito público e que, na ordem jurídica espanhola, as expressões «entidade de direito público» e «organismo de direito público» são utilizadas indistintamente.
- 40 Por outro lado, sustenta que, nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, o conceito de «organismo de direito público» não abrange as sociedades comerciais sob controlo público e que o facto de a Directiva 93/38 efectuar uma distinção entre este conceito, que é idêntico nas quatro directivas, e o conceito de «empresa pública», cuja definição corresponde à de «sociedade comercial pública», demonstra que se trata de dois conceitos distintos.
- 41 O Governo espanhol defende ainda que, para delimitar o conceito de «organismo de direito público», se deve, antes de mais, precisar o carácter comercial ou industrial das «necessidades de interesse geral». Sublinha neste contexto que, na ordem jurídica espanhola, as sociedades comerciais públicas têm, em princípio, por missão responder a necessidades de interesse geral, o que explicaria o facto de estarem sujeitas a controlo público. Essas necessidades teriam, no entanto, carácter comercial ou industrial, porque, se assim não fosse, não constituiriam objecto de uma sociedade comercial.
- 42 Com efeito, segundo o Governo espanhol, é difícil contestar o carácter comercial ou industrial das sociedades comerciais ou industriais ou das necessidades a que estas respondem, dado que, qualquer que seja o ponto de vista, têm esse carácter. Refere, a este propósito, a sua forma jurídica, que é de tipo privado, o regime jurídico aplicável às suas actividades, que é o regime comercial, o facto de estas sociedades terem sempre por objecto uma actividade comercial, e a sua finalidade, que é um fim lucrativo alheio ao interesse geral prosseguido pelas associações, fundações e organismos de direito público e que não afecta nunca os interesses privados dos sócios.

- 43 Respondendo aos argumentos do Governo espanhol sobre o carácter manifestamente infundado da sua primeira acusação, a Comissão alega que a Directiva 89/665 define, ela própria, no seu artigo 1.º, n.º 1, o seu âmbito de aplicação por referência ao das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37. Acrescenta que, para definir o âmbito de aplicação da Directiva 89/665, o legislador comunitário poderia ter optado por retomar nesta as disposições necessárias das três outras directivas. O facto de não ter assim procedido e de ter utilizado outra técnica para não sobrecarregar inutilmente a Directiva 89/665 não pode ser invocado como argumento para impedir o Tribunal de Justiça de fiscalizar a transposição desta directiva na ordem jurídica espanhola.
- 44 A respeito da alegada distinção efectuada pela Directiva 93/38 entre os conceitos de «organismo de direito público» e de «empresa pública», a Comissão explica que esta directiva não explicita o conceito de organismo de direito público, definido do mesmo modo nas quatro directivas em causa, mas que estende o âmbito de aplicação das normas comunitárias em matéria de contratos de direito público a certos sectores (água, energia, transportes e telecomunicações) excluídos das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, a fim de englobar certas entidades que têm uma actividade importante nesses sectores, ou seja, as empresas públicas e as que beneficiam de direitos exclusivos ou especiais concedidos pelas autoridades. Conviria ainda ter presente que o conceito de empresa pública sempre foi diferente do de organismo de direito público, visto que os organismos de direito público são criados para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral destituídas de carácter industrial ou comercial, ao passo que as empresas públicas exercem a sua actividade com vista à satisfação de necessidades de carácter industrial ou comercial.
- 45 Finalmente, a respeito da tese do Governo espanhol sobre a necessidade de se proceder a uma análise caso a caso a fim de verificar se um organismo reúne ou não os requisitos de sujeição às Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, a Comissão sustenta que não se pode excluir *a priori*, como faz a legislação espanhola, um grupo inteiro de organismos, quer dizer, as entidades de direito privado que satisfazem os três requisitos enunciados nestas directivas, do âmbito de aplicação da Directiva 89/665, ainda que esta exclusão seja sujeita a uma apreciação caso a caso.

- 46 Esta interpretação seria aliás conforme à economia das normas em causa. Segundo a Comissão, se o legislador comunitário tivesse pretendido ligar a inexistência de carácter industrial ou comercial ao regime jurídico do organismo e não ao interesse prosseguido por este, a expressão «com um carácter não industrial ou comercial» não teria sido inserida como predicativo das necessidades a satisfazer, mas logo a seguir a organismo, qualificando directamente este.

Apreciação do Tribunal

- 47 Não foi contestado que, segundo o disposto no artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 13/1995, conjugado com a sexta adenda a esta mesma lei, os organismos públicos com um estatuto de direito privado — categoria constituída na ordem jurídica espanhola pelas sociedades comerciais sob controlo público — estão excluídos do âmbito de aplicação pessoal da legislação espanhola sobre procedimentos de adjudicação de contratos de direito público e, portanto, do regime de recurso em matéria de contratos de direito público.
- 48 De onde se deduz que, para apurar se esta exclusão constitui uma transposição correcta do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, importa verificar se o conceito de «entidade adjudicante» constante deste artigo engloba unicamente os organismos que se regem por normas de direito público, como sustenta o Governo espanhol, ou se podem caber neste conceito igualmente organismos com um estatuto de direito privado.
- 49 Recorde-se que, como resulta do primeiro e segundo considerandos da Directiva 89/665, esta visa reforçar os mecanismos existentes, tanto a nível nacional como a nível comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas em matéria de adjudicação de contratos de direito público de serviços, de fornecimento e de obras públicas, em particular, numa fase em que as violações ainda podem ser reparadas. Para este efeito, o artigo 1.º, n.º 1, da dita directiva impõe aos

Estados-Membros a obrigação de garantir a possibilidade de se recorrer eficazmente e de modo tão rápido quanto possível das decisões ilegais das entidades adjudicantes tomadas no quadro dos procedimentos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos no âmbito de aplicação das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37.

- 50 Como a Directiva 89/665 se aplica aos recursos interpostos contra decisões das entidades adjudicantes às quais se apliquem as Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, o seu âmbito de aplicação pessoal coincide necessariamente com o destas últimas directivas.
- 51 De onde se conclui que, para verificar se a legislação espanhola adoptada para dar cumprimento ao artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 garante uma transposição correcta do conceito de «entidade adjudicante» constante deste artigo, teremos de nos referir à definição deste conceito e, mais precisamente, à de «organismo de direito público» utilizada, em termos substancialmente idênticos, no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37.
- 52 O Tribunal de Justiça já esclareceu, a propósito do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, que, para poder ser qualificada como organismo de direito público para efeitos deste artigo, uma entidade deve satisfazer os três requisitos cumulativos aí enunciados, ou seja, deve ser um organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, dotado de personalidade jurídica e estreitamente dependente do Estado, de autarquias locais ou de outros organismos de direito público (acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o., C-44/96, Colect., p. I-73, n.ºs 20 e 21).
- 53 Acresce que o Tribunal de Justiça tem declarado reiteradamente que, à luz do duplo objectivo de abertura à concorrência e de transparência prosseguido pelas directivas para coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos de

direito público, o conceito de «organismo de direito público» deve ser objecto de uma interpretação funcional (v., designadamente, acórdãos de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França, C-237/99, Colect., p. I-939, n.ºs 41 a 43, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.ºs 51 a 53). O Tribunal de Justiça precisou igualmente que, à luz deste duplo objectivo, o conceito de «organismo de direito público» deve ser entendido em sentido amplo (acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Colect., p. I-1931, n.º 43).

- 54 Foi nesta perspectiva que, para resolver a questão da qualificação eventual como organismos de direito público de diversas entidades de direito privado, o Tribunal de Justiça se limitou, seguindo uma jurisprudência constante, a verificar unicamente se estas entidades reuniam as três condições cumulativas enunciadas no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, considerando que o modo de constituição da entidade em causa era, para o efeito, indiferente (v., neste sentido, entre outros, acórdãos Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, n.ºs 6 e 29; de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding, C-360/96, Colect., p. I-6821, n.ºs 61 e 62; e Comissão/França, já referido, n.ºs 50 e 60).
- 55 Resulta dos princípios assim destacados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que o estatuto de direito privado de uma entidade não constitui um critério apto para excluir a sua qualificação como entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 e, portanto, do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665.
- 56 Sublinhe-se, além disso, que o efeito útil tanto das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 como da Directiva 89/665 não ficaria plenamente salvaguardado se a aplicação destas directivas a uma entidade que preenchesse os três requisitos já referidos pudesse ser afastada pelo mero facto de a sua forma e o seu regime jurídico serem, nos termos do direito nacional a que estivesse sujeita, de direito privado.

- 57 À luz do que precede, não se pode interpretar o conceito de «organismo de direito público», constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, no sentido de que os Estados-Membros podem excluir, à partida, as sociedades comerciais sob controlo público do âmbito de aplicação pessoal destas directivas e, portanto, da Directiva 89/665.
- 58 Por outro lado, não se pode sustentar que esta conclusão equivaleria a ignorar o carácter industrial ou comercial das necessidades de interesse geral cuja satisfação é assegurada por essas sociedades, uma vez que este aspecto é necessariamente tido em conta para determinar se a entidade em causa satisfaz ou não o requisito enunciado no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro travessão, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37.
- 59 Esta conclusão também não é infirmada pela falta de referência expressa, nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, à categoria específica de «empresas públicas» utilizada, no entanto, na Directiva 93/38. Basta recordar a este respeito que os recursos interpostos contra decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no quadro da Directiva 93/38 se regulam pela Directiva 92/13 e não pela Directiva 89/665.
- 60 Resulta, assim, do que precede que, ao excluir, à partida, do âmbito de aplicação pessoal da Directiva 89/665 as sociedades de direito privado, a legislação espanhola em causa neste caso não faz uma transposição correcta do conceito de «entidade adjudicante» constante do artigo 1.º, n.º 1, da referida directiva, tal como este se encontra definido no artigo 1.º, alínea b), das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37.
- 61 Procede, pois, o primeiro fundamento invocado pela Comissão.

Quanto à transposição do âmbito de aplicação material da Directiva 89/665

Argumentos das partes

- 62 A Comissão alega que o âmbito de aplicação material da Directiva 89/665 foi indevidamente reduzido, dado que as disposições legais espanholas em matéria de recursos, ou seja, os artigos 107.º da Lei n.º 30/1992 e 25.º, n.º 1, da Lei n.º 29/1998, excluem a possibilidade de impugnação de certas decisões ilegais tomadas pelas entidades adjudicantes. Mais precisamente, limitariam a possibilidade de se interpor recurso dos actos preparatórios, isto é, dos actos administrativos que não põem termo ao procedimento administrativo. Ora, como teria sido confirmado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671), esta directiva não prevê qualquer excepção quanto a esse aspecto.
- 63 Em apoio da sua tese, a Comissão invoca os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.ºs 1, alínea b), e 8, da Directiva 89/665, dos quais resultaria que qualquer medida alegadamente ilegal deve poder ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível.
- 64 A Comissão realça que a primeira parte da frase («qualquer medida alegadamente ilegal») deve ser entendida no sentido de que se refere a qualquer tipo de actos alegadamente ilegais e não unicamente aos actos definitivos. Por outro lado, a segunda parte da frase («recursos eficazes e [...] tão rápidos quanto possível») obrigaria a concluir que a possibilidade de recorrer de actos preparatórios é uma das melhores técnicas para garantir a eficácia e a rapidez dos recursos, porque aguardar a conclusão do procedimento de adjudicação é o melhor meio de diminuir, ou mesmo de destruir, a eficácia e a rapidez dos recursos impostos pela Directiva 89/665.

- 65 A título de exemplo, a Comissão cita um acórdão do Tribunal Supremo (Espanha), de 28 de Novembro de 1994, sobre um caso de processo negocial, no qual o órgão jurisdicional espanhol entendeu que a decisão de uma entidade adjudicante, de pedir às empresas que tinham apresentado propostas que fornecessem documentos complementares para regularizarem a sua situação, não era recorrível, uma vez que a legalidade dessa decisão só poderia ser contestada no quadro do processo de revisão do acto definitivo que pusesse termo ao processo negocial. O facto de qualificar como acto preparatório o pedido de apresentação de documentos teria assim como consequência que este só poderia ser impugnado se a empresa em causa fosse excluída do processo devido à não apresentação dos documentos complementares exigidos. Ora, a Comissão entende que esta empresa, mesmo não sendo excluída do processo, poderia, apesar disso, ficar numa posição de fraqueza em relação às outras empresas candidatas, devendo, por isso, poder recorrer contra o pedido de apresentação de documentos complementares.
- 66 O Governo espanhol refuta esta acusação, alegando que a Comissão não comprovou o incumprimento. Com efeito, ter-se-ia limitado a exigir a supressão da distinção entre os actos definitivos e os actos preparatórios, sem citar qualquer exemplo que permita comprovar que esta distinção tende efectivamente a frustrar a finalidade prosseguida pela Directiva 89/665 e, portanto, sem demonstrar que a legislação espanhola poderia impedir esta directiva de atingir o seu objectivo.
- 67 O Governo espanhol alega que a posição da Comissão se baseia em desconhecimento do conceito de acto preparatório. Considera que um acto preparatório não implica, por definição, prejuízo para o interessado, preparando quando muito uma decisão definitiva que lhe poderá ser favorável ou desfavorável. Um acto preparatório não implicaria, portanto, uma tomada de posição, mas faria parte de um procedimento instaurado com vista à tomada de uma decisão. O Governo espanhol explica, a este respeito, que se um acto que se apresente como um acto preparatório implicar por si só uma tomada de posição, deixa de ser um acto preparatório propriamente dito e pode ser objecto de recurso.

- 68 O Governo espanhol acrescenta que as disposições do direito espanhol relativas à possibilidade de impugnar os actos preparatórios citados pela Comissão não são específicas à adjudicação dos contratos de direito público, aplicando-se igualmente a todos os processos. Este governo sublinha que esta técnica, que procura evitar que os procedimentos sejam paralisados por reclamações e recursos sucessivos interpostos na fase dos actos preparatórios que ainda não afectam definitivamente os direitos dos interessados, está não só profundamente enraizada na ordem jurídica espanhola mas é igualmente comum a todas as ordens jurídicas dos Estados-Membros.
- 69 Referindo-se, nomeadamente, ao acórdão de 18 de Março de 1997, *Guérin automobiles/Comissão* (C-282/95 P, Colect., p. I-1503), o Governo espanhol sublinha que esta ideia é aliás retomada na própria jurisprudência comunitária. O Tribunal de Justiça também teria decidido que o carácter preparatório do acto contra o qual o recurso é interposto é um dos fundamentos de inadmissibilidade do recurso de anulação e que se trata de um fundamento que o Tribunal de Justiça pode apreciar oficiosamente (acórdão de 14 de Fevereiro de 1989, *Bossi/Comissão*, 346/87, Colect., p. 303).
- 70 Tomando como exemplo a matéria dos auxílios de Estado, o Governo espanhol recorda ainda que nem as disposições do Tratado relativas aos auxílios de Estado nem o Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 83, p. 1), prevêm expressamente que os actos meramente interlocutórios que não produzem efeitos definitivos para os interessados não são susceptíveis de um recurso distinto. Ora, em princípio, não seria admissível qualquer recurso contra a decisão da Comissão de instaurar o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, sem prejuízo dos fundamentos que possam ser invocados contra esta decisão, que é um acto preparatório, no momento de interpor recurso contra a decisão final. O Governo espanhol conclui, pois, que não havia qualquer motivo para incluir na Directiva 89/665 esta distinção elementar que permite a todos os sistemas de recurso hierárquico ou contencioso funcionar.
- 71 Este governo sustenta, além disso, que a Comissão não avançou o mínimo argumento capaz de demonstrar que os critérios aplicados pelo Tribunal Supremo

no acórdão por ela citado são contrários à Directiva 89/665. Neste acórdão, o Tribunal Supremo teria explicado que o pedido de apresentação de documentos complementares era um acto preparatório, porque não punha termo ao concurso, sendo um mero acto prévio à decisão de adjudicação. O Governo espanhol precisa ainda que a adjudicação final do contrato foi contestada porque a empresa adjudicatária não tinha apresentado os documentos exigidos pela Administração. Ora, segundo esta, a documentação em falta não era essencial e a sua falta era um vício reparável. O Governo espanhol acrescenta que, num processo negocial, que não é público e no qual não existe uma fase de exclusão, só o acto definitivo de adjudicação é pertinente para efeitos de um eventual recurso, devido à própria natureza do processo, não havendo, pois, razão para distinguir entre actos preparatórios e actos definitivos.

72 A Comissão retorque que o argumento do Governo espanhol a propósito da impossibilidade de interpor recurso contra os actos preparatórios que seria uma técnica profundamente enraizada na ordem jurídica espanhola e comum a todas as ordens jurídicas dos Estados-Membros é inadmissível, por pretender interpretar os termos de uma directiva utilizando os direitos nacionais. Ora, o âmbito de aplicação material dos recursos a que se refere a Directiva 89/665 seria determinado pela própria directiva e não pelas disposições nacionais. Caso contrário, a directiva não seria aplicada de modo uniforme nos diferentes Estados-Membros, o que poderia privar de efeito a harmonização pretendida a nível comunitário.

73 A respeito dos argumentos do Governo espanhol baseados na jurisprudência comunitária sobre a contestação das decisões da Comissão proferidas em matéria de direito da concorrência e de auxílios de Estado, a Comissão sublinha que se trata de acórdãos e de disposições sem qualquer relação com a Directiva 89/665 e que não podem, portanto, ser utilizados para justificar a conformidade da ordem jurídica espanhola com esta directiva. A este propósito, insiste no facto de uma ordem jurídica englobar uma pluralidade de regras que resolvem de modo diferente os problemas que se colocam consoante o sector regulado e que a unidade da ordem jurídica não pode levar à sua uniformização nem a que a vontade do intérprete suplante a vontade do legislador.

Apreciação do Tribunal

- 74 Recorde-se liminarmente que, nos termos das disposições conjugadas do artigo 107.º da Lei n.º 30/1992 e do artigo 25.º, n.º 1, da Lei n.º 29/1998, os actos preparatórios só são susceptíveis de recurso hierárquico e de recurso contencioso se resolverem, de modo directo ou indirecto, o fundo da questão, impossibilitarem o prosseguimento do procedimento ou a defesa ou se causarem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos.
- 75 Não foi contestado que estas disposições têm, assim, por efeito excluir do âmbito de aplicação material da Directiva 89/665 os actos preparatórios, salvo se estes satisfizerem algum dos critérios acima mencionados.
- 76 Como a Directiva 89/665 não define expressamente o alcance do conceito de «decisões tomadas pelas entidades adjudicantes» constante do seu artigo 1.º, n.º 1, a questão de saber se os actos preparatórios que não satisfazem nenhum dos critérios acima descritos constituem decisões em relação às quais os Estados-Membros devem garantir a possibilidade de recurso para efeitos da referida directiva deve ser apreciada à luz da finalidade desta e assegurando que o seu efeito útil não seja afectado.
- 77 Recorde-se a este propósito que, nos termos do sexto considerando e do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, esta visa assegurar que, em todos os Estados-Membros, procedimentos apropriados permitam a anulação das decisões ilegais tomadas pelas entidades adjudicantes em violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem este direito e a indemnização das pessoas lesadas por essa violação.

- 78 Como dispõe o artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, desta mesma directiva, os recursos a que se refere devem ser, por um lado, eficazes e tão rápidos quanto possível e, por outro, acessíveis a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação.
- 79 Importa ter presente, por um lado, que, como já foi dito no n.º 74 do presente acórdão, a legislação espanhola garante aos interessados a possibilidade de recorrerem não apenas contra actos definitivos mas igualmente contra actos preparatórios, sempre que estes últimos resolvam, directa ou indirectamente, o fundo da questão, impossibilitem o prosseguimento do procedimento ou a defesa ou causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos.
- 80 Por outro lado, a Comissão não demonstrou que esta legislação não garante uma protecção jurisdiccional adequada dos particulares lesados por violações das regras pertinentes do direito comunitário ou das regras nacionais de transposição deste.
- 81 Resulta do que precede que o segundo fundamento invocado pela Comissão não merece acolhimento.

Quanto à transposição do sistema de medidas provisórias previsto pela Directiva 89/665

Argumentos das partes

- 82 A Comissão sustenta que as disposições nacionais que transpõem para a ordem jurídica espanhola o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 89/665, ou seja, o

artigo 111.º da Lei n.º 30/1992 e os artigos 129.º a 136.º da Lei n.º 29/1998 não garantem a existência de um processo de urgência, independente de recurso, que tenha como objecto a suspensão do procedimento de adjudicação dos contratos de direito público ou da execução de qualquer decisão adoptada pelas entidades adjudicantes.

- 83 Mais precisamente, a Comissão salienta que, salvo nos casos excepcionais do artigo 136.º, n.º 2, da Lei n.º 29/1998, a legislação espanhola não prevê qualquer possibilidade de adopção de providências cautelares, sem recurso quanto ao fundo. Ora, como decorreria do n.º 11 do acórdão de 19 de Setembro de 1996, Comissão/Grécia (C-236/95, Colect., p. I-4459), todas as providências cautelares devem poder ser decretadas independentemente de qualquer acção prévia.
- 84 A Comissão sublinha, além disso, por um lado, que, no quadro dos recursos hierárquicos, a única medida cautelar que pode ser decretada é a suspensão da execução. Por outro lado, no quadro dos recursos contenciosos administrativos, o juiz competente para ordenar as providências cautelares teria tendência a não adoptar quaisquer medidas para além da suspensão da execução. A Comissão explica que, como resulta da jurisprudência constante do Tribunal Supremo, as providências cautelares não podem incidir sobre o fundo da questão, porque não devem prejudicar o resultado do processo principal. Ora, este princípio da neutralidade das providências cautelares em relação ao fundo do litígio no processo principal teria como consequência que, ao contrário do que impõe o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 89/665, o juiz das medidas provisórias não poderia decretar todas as medidas necessárias para reparar uma violação.
- 85 O Governo espanhol não contesta que tanto as regras do procedimento administrativo como as do contencioso administrativo têm por efeito que a adopção de uma medida cautelar está ligada à interposição prévia de um recurso e que esta não pode, em nenhum caso, ser requerida autonomamente.

- 86 Com efeito, a respeito do artigo 136.º da Lei n.º 29/1998, o Governo espanhol precisa que, se, nos casos aí previstos, as medidas cautelares podem ser requeridas e deferidas antes mesmo da interposição do recurso, este artigo não implica que essas medidas sejam independentes do recurso, dado que o interessado deve necessariamente interpor recurso contra o acto que considera ilegal, no prazo de dez dias a contar da notificação da decisão que ordene as medidas requeridas. O interessado deve então requerer a confirmação dessas medidas e, se não interpuser recurso nesse prazo, as providências cautelares caducam automaticamente.
- 87 No que toca à suspensão por via judicial, o Governo espanhol sublinha que o processo contencioso administrativo não se inicia por uma petição, mas por um mero acto escrito que deve designar o acto impugnado ou denunciar a omissão da Administração, e no qual o interessado pode requerer a suspensão da execução do acto impugnado sem ter de redigir necessariamente uma petição. Este governo explica que, uma vez interposto o recurso, o órgão jurisdicional perante o qual este tenha sido interposto pede à Administração para lhe transmitir o processo administrativo e só depois de o requerente ter tomado posse deste é que se inicia a contagem do prazo para formulação do seu pedido e articulação dos fundamentos do recurso.
- 88 A propósito da falta desta possibilidade no quadro da legislação que regula a suspensão por via administrativa, o Governo espanhol alega que é excepcional que, em matéria de adjudicação de contratos de direito público, seja necessário interpor recurso hierárquico e que, no caso improvável de ser necessário esgotar as vias de recurso hierárquico, o prazo previsto no artigo 111.º, n.º 3, da Lei n.º 30/1992 é extremamente breve. O Governo espanhol considera que esta última disposição consagra um regime particularmente avançado nesta matéria, dado que prevê que, caso a autoridade administrativa não tome uma decisão expressa sobre o pedido de suspensão no prazo de 30 dias, se considera decretada a suspensão.
- 89 A respeito da justificação da obrigação de interpor recurso contra o acto cuja ilegalidade esteja na origem do pedido de suspensão da execução, o Governo espanhol realça que as medidas provisórias a que se refere o artigo 2.º, n.º 1,

alínea a), da Directiva 89/665 se chamam «provisórias» precisamente porque têm por vocação garantir a solução de um litígio, criando uma situação transitória até à resolução definitiva deste, e que a referida directiva parte sempre do pressuposto de que as medidas provisórias são requeridas por quem contesta a validade do acto. Daqui decorreria que a exigência, pela Comissão, de independência absoluta das medidas provisórias não faria sentido, porque, por definição, qualquer medida provisória é uma medida acessória.

- 90 Além disso, tendo em conta que os recursos do contencioso administrativo são interpostos por uma simples carta, seria inconcebível que, numa interpretação teleológica da Directiva 89/665, esse modo de interposição dos recursos pudesse ser considerado um entrave ou um obstáculo, uma vez que o interessado pode requerer e obter a medida provisória pretendida antes de interpor o recurso dirigido contra o acto que considera ilegal.
- 91 O Governo espanhol invoca igualmente os artigos 242.º CE e 243.º CE e o artigo 83.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, dos quais resultaria que, na ordem jurídica comunitária, o pedido de medidas provisórias não é uma forma de acção autónoma, mas antes um pedido acessório do recurso de anulação.
- 92 A respeito da conclusão que a Comissão extrai do acórdão Comissão/Grécia, já referido, o Governo espanhol considera que se a declaração, isolada do seu contexto, do Tribunal de Justiça, no n.º 11 deste acórdão, tivesse a consequência que a Comissão lhe atribui, a Directiva 89/665 imporá que um tribunal poderia ordenar medidas provisórias sem dependência de qualquer pedido. Sustenta, além disso, que, mesmo que a palavra «acção» tenha sido utilizada pelo Tribunal de Justiça num sentido técnico, designando um acto processual, tal não significa que este acórdão confirma a tese da Comissão. Com efeito, as medidas autónomas exigidas por esta implicariam igualmente a instauração de uma acção num órgão jurisdicional. De qualquer modo, este governo constata que, no referido acórdão, o Tribunal de Justiça não teve de se pronunciar quanto ao fundo sobre o alegado incumprimento, uma vez que o Estado demandado tinha reconhecido que não tinha transposto na sua ordem jurídica interna as disposições da Directiva 89/665, no prazo fixado pelo parecer fundamentado.

93 Quanto à possibilidade de serem decretadas medidas *de facere*, o Governo espanhol refere que, como se pode ver pelo seu preâmbulo e pelo artigo 129.º da Lei n.º 29/1998, esta consagra a possibilidade de se requerer e de se obter qualquer providência cautelar, incluindo medidas *de facere*, e que compete ao juiz da causa determinar quais são as medidas que se impõem em função das circunstâncias do caso. Acrescenta a este propósito que o Tribunal Constitucional (Espanha) considerou que o direito de se obter medidas provisórias é consequência do direito fundamental a uma protecção jurídica efectiva. Mais precisamente, num acórdão de 29 de Abril de 1993, respeitante a um despacho contra o qual tinha sido interposto recurso, porque previa serviços mínimos mais dilatados do que o necessário, este órgão jurisdicional declarou que o artigo 24.º da Constituição espanhola, que consagra o direito a uma protecção jurisdicional efectiva, permitia ao juiz, a título cautelar, reformular qualquer despacho adoptado para garantir serviços mínimos em caso de greve geral.

94 Por último, o Governo espanhol explica que não compreende o argumento da Comissão de que a obrigação de impugnar quanto ao fundo a legalidade de um acto da entidade adjudicante, em simultâneo com a apresentação do pedido de providências cautelares, priva o sistema da sua eficácia, visto que, para este governo, qualquer pedido de medidas provisórias implica uma apreciação de mérito, ainda que esta se limite a uma apreciação *prima facie* da questão.

Apreciação do Tribunal

95 Não foi contestado que, com excepção dos casos a que se refere o artigo 136.º, n.º 2, da Lei n.º 29/1998, a legislação espanhola faz depender o pedido de medidas provisórias da interposição prévia de um recurso quanto ao fundo.

96 Para verificar a conformidade desta legislação com a Directiva 89/665, importa recordar liminarmente que, como se pode ler no quinto considerando da directiva, a brevidade dos processos de adjudicação dos contratos de direito

público exige um tratamento urgente das violações das regras pertinentes do direito comunitário ou das regras nacionais que transpõem este direito ou que viciam esses procedimentos.

- 97 Para este efeito, o artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da referida directiva impõe aos Estados-Membros a obrigação de habilitar as instâncias de recurso 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.
- 98 No acórdão Comissão/Grécia, já referido, no qual se discutia a conformidade com a Directiva 89/665 de uma legislação nacional que, por um lado, limitava a protecção jurisdicional provisória unicamente aos processos para suspensão da execução de um acto administrativo e, por outro, tornava a medida de suspensão dependente da interposição de um recurso de anulação contra o acto impugnado, o Tribunal de Justiça teve oportunidade de precisar o alcance das obrigações decorrentes da referida directiva quanto a este aspecto. O Tribunal de Justiça declarou, em particular, que, por força do artigo 2.º desta directiva, os Estados-Membros são obrigados, mais genericamente, a conferir às suas instâncias de recurso o poder de tomar, independentemente de qualquer acção prévia, quaisquer medidas provisórias, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa (acórdão Comissão/Grécia, já referido, n.º 11).
- 99 Assinale-se a este propósito que se a legislação espanhola prevê a possibilidade de serem decretadas providências cautelares *de facere*, não pode, no entanto, ser vista como um sistema de protecção jurisdicional provisória adequado para reparar eficazmente as infracções eventualmente cometidas pelas entidades

adjudicantes, dado que exige, como regra geral, a interposição prévia de um recurso quanto ao fundo como condição para a adopção de uma providência cautelar contra uma decisão da entidade adjudicante.

100 Esta conclusão não é infirmada pelo facto de, no quadro da suspensão por via judicial, o recurso poder ser interposto por um simples acto escrito e de a petição que inicia a instância de recurso poder ser redigida em momento posterior ao pedido de deferimento da providência cautelar, visto que a exigência de realização prévia dessa formalidade também não pode ser havida como compatível com as prescrições da Directiva 89/665, tal como estas foram precisadas no acórdão Comissão/Grécia, já referido.

101 De onde decorre que o terceiro fundamento da Comissão merece acolhimento.

102 Tendo em conta quanto precede, há que concluir que, ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nos artigos 1.º e 2.º da Directiva 89/665 e, em particular

- ao não alargar o sistema de recursos garantidos por esta directiva às decisões tomadas pelas sociedades de direito privado criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destas, ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, e

- ao fazer depender, regra geral, a possibilidade de adopção de providências cautelares em relação às decisões das entidades adjudicantes da necessidade de interposição prévia de recurso contra a decisão da entidade adjudicante,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da directiva em causa.

103 O recurso não merece acolhimento quanto ao mais.

Quanto às despesas

- 104 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas, se tal tiver sido pedido. Nos termos do mesmo artigo 69.º, n.º 3, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, se cada parte obtiver vencimento parcial. Tendo a Comissão sido vencida quanto a um dos fundamentos, há que condená-la num terço das despesas e o Reino de Espanha nos dois terços restantes.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

decide:

- 1) Ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nos artigos 1.º e 2.º 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 e de fornecimentos, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, e, em particular:

— ao não alargar o sistema de recursos garantidos por esta directiva às decisões tomadas pelas sociedades de direito privado criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destas, ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, e

- ao fazer depender, regra geral, a possibilidade de adopção de providências cautelares em relação às decisões das entidades adjudicantes da necessidade de interposição prévia de recurso contra a decisão da entidade adjudicante,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa directiva.

- 2) O recurso não merece acolhimento quanto ao mais.
- 3) A Comissão das Comunidades Europeias é condenada no pagamento de um terço das despesas e o Reino de Espanha nos dois terços restantes.

Schintgen

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 15 de Maio de 2003.

O secretário

O presidente da Sexta Secção

R. Grass

J.-P. Puissochet