

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
CHRISTINE STIX-HACKL  
apresentadas em 1 de Julho de 2004<sup>1</sup>

**I — Introdução**

1. O presente processo diz respeito à questão de saber se os Estados-Membros podem impor às entidades adjudicantes, no âmbito dos processos de adjudicação, que as mesmas apliquem apenas o critério do preço mais baixo.

3. Apesar de a Directiva 93/37 valer, fundamentalmente, no âmbito da adjudicação de empreitadas de obras públicas, o seu artigo 3.º prevê também regras aplicáveis à celebração de contratos de concessão de obras públicas. Além disso, o artigo 3.º contém normas relativas à celebração de contratos pelo concessionário.

**II — Enquadramento jurídico**

4. O artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 93/37 prevê a hipótese de o próprio concessionário ser uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b). Neste caso, o mesmo «fica obrigado, em relação às obras a executar por terceiros, a respeitar o disposto na presente directiva».

**A — Direito comunitário**

2. Os preceitos comunitários aplicáveis estão previstos na Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas<sup>2</sup> (a seguir «Directiva 93/37»).

5. O artigo 3.º, n.º 4, da Directiva 93/37 é relativo à celebração de contratos por concessionários que não sejam entidades adjudicantes. A este respeito, prevê o seguinte:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que os concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes apliquem as regras de publicidade definidas nos n.ºs 4, 6, 7 e 9 a 13 do artigo 11.º e no artigo 16.º, na celebração de

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 199, p. 54, alterada várias vezes.

contratos de empreitada de obras com terceiros sempre que o valor desses contratos for igual ou superior a 5 000 000 de ecus [...]»

6. A regulamentação básica sobre os critérios de adjudicação está contida no artigo 30.º da Directiva 93/37. O respectivo n.º 1 dispõe o seguinte:

1. Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos são os seguintes:

- a) Ou unicamente o preço mais baixo;
- b) Ou, quando a adjudicação se fizer à proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão: por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade e o valor técnico.

**B — Direito nacional**

7. O artigo 21.º da Lei-quadro n.º 109, de 11 de Fevereiro de 1994, em matéria de

empreitadas de obras públicas (a seguir «lei-quadro»), regula, entre outras coisas, os critérios de adjudicação. Na redacção aplicável ao processo principal, o artigo 21.º, n.º 1, prevê que a adjudicação de empreitadas por meio de concurso aberto ou limitado (ou por adjudicação restrita) seja realizada com base no critério do preço mais baixo.

**III — Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais**

8. O Município de Brescia aprovou, através de deliberações de Dezembro de 1989 e Janeiro de 1990, um projecto de construção de um parque de estacionamento subterrâneo na localidade de Fossa Bagni, o respectivo anúncio de concurso para a adjudicação da construção e a concessão da gestão do referido parque e as linhas gerais do contrato de concessão. Posteriormente, em Fevereiro de 1991, o Município de Brescia adjudicou à Sintesi SpA (a seguir «Sintesi») a construção e gestão do referido parque.

9. O texto definitivo da convenção celebrada entre o Município de Brescia e a Sintesi impunha a esta última a obrigação de adjudicar a execução da obra por concurso limitado, a abrir a nível europeu, de acordo com a regulamentação em matéria de empreitadas de obras públicas.

10. Através de anúncio publicado em 22 de Abril de 1999, a Sintesi abriu um concurso em cujos termos a adjudicação deveria ter lugar de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, a avaliar com base no preço, no valor técnico e no tempo necessário para a realização das obras.

11. Após a fase de pré-selecção, a Sintesi transmitiu às empresas pré-qualificadas a carta de convite para a apresentação de propostas, juntando em anexo a documentação do concurso. A seu pedido, foi concedida à Ingg. Provera e Carrasi SpA (a seguir «Provera»), empresa também convidada a concorrer, uma prorrogação do prazo para apresentação da proposta. Todavia, a Provera comunicou posteriormente à Sintesi que não participaria no concurso, invocando a sua ilegalidade. A Provera não interpôs, porém, qualquer recurso dos posteriores actos de adjudicação.

12. Em 10 de Maio de 2000, identificada a proposta economicamente mais vantajosa, procedeu-se à adjudicação da empreitada. Em Dezembro de 2000, a Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici proferiu um despacho contrário à referida adjudicação, com fundamento de que, no sistema da lei-quadro, a adjudicação só pode ser efectuada segundo o critério do preço mais baixo, só sendo possível recorrer ao critério da proposta economicamente mais vantajosa nos casos de concessão da construção e gestão de obras públicas.

13. A Sintesi interpôs recurso da referida decisão para o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, invocando, entre outros fundamentos, violação do artigo 3.º, bem como dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 241, de 7 de Agosto de 1990, e infracção à lei por desrespeito do n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 93/37.

14. O Tribunale considerou decisivo apenas o fundamento de recurso relativo ao artigo 30.º da Directiva 93/37, havendo que determinar o alcance do poder discricionário reconhecido pelo referido artigo à entidade adjudicante. A não aplicação da regulamentação nacional só se justifica à luz do artigo 81.º CE. As entidades adjudicantes têm a possibilidade de adjudicar a empreitada com base num ou noutra dos critérios referidos. O princípio da concorrência só é válido para a escolha do tipo de processo de adjudicação e não para a escolha do respectivo critério.

15. O Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia suspendeu, assim, a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37, de 14 de Junho de 1993, ao deixar às entidades adjudicantes singulares a opção pelo critério de adjudicação, do preço mais baixo ou pelo da proposta economicamente mais vantajosa, constitui uma correcta aplicação do princípio da livre concorrência já consagrado no artigo 85.º do Tratado CE (actual

artigo 81.º CE) do Tratado, o qual exige que qualquer proposta para concursos abertos no interior do mercado único seja avaliada de forma a não ser impedida, restringida ou falseada a comparação entre as propostas?

relativos à admissibilidade dos pedidos prejudiciais desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça.

- 2) Em consequência, o artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37, de 14 de Junho de 1993, obsta a que o artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 109, de 11 de Junho de 1994, impeça, na adjudicação de empreitadas de obras públicas por concurso aberto ou limitado, a opção por parte das entidades adjudicantes pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa, impondo, de um modo geral, unicamente o do preço mais baixo?»

17. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para que as questões prejudiciais sejam admissíveis, é necessário que o órgão jurisdicional de reenvio defina o quadro factual e jurídico em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões <sup>3</sup>.

18. Todavia, embora o despacho de reenvio em análise não contenha uma exposição exaustiva da situação de direito e de facto, as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio afiguram-se suficientemente detalhadas e as questões referidas a aspectos técnicos precisos, de modo a permitir que o Tribunal de Justiça dê uma resposta útil. À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal é suficiente para preencher os requisitos da admissibilidade <sup>4</sup>.

#### IV — Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

16. Em primeiro lugar, há que analisar o argumento segundo o qual nem as disposições jurídicas nem a matéria de facto foram correctamente apresentadas, tendo as questões prejudiciais carácter meramente teórico. A este respeito, remete-se para os princípios

19. Constitui um outro critério de admissibilidade das questões prejudiciais o de que as

3 — Acórdão de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Colect., p. I-393, n.º 6), e despachos do Tribunal de Justiça de 19 de Março de 1993, Banchemo (C-157/92, Colect., p. I-1085, n.º 4), de 9 de Agosto de 1994, La Pyramide (C-378/93, Colect., p. I-3999, n.º 14), de 23 de Março de 1995, Saddik (C-458/93, Colect., p. I-511, n.º 12), e de 28 de Junho de 2000, Laguillaumie (C-116/00, Colect., p. I-4979, n.º 15).

4 — Acórdão de 3 de Março de 1994, Vaneetveld (C-316/93, Colect., p. I-763, n.º 13), e despachos do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1996, Banco de Fomento e Exterior (C-326/95, Colect., p. I-1385, n.º 8), e de 30 de Junho de 1997, Banco de Fomento e Exterior (C-66/97, Colect., p. I-3757, n.º 9).

informações fornecidas nas decisões de reenvio não sirvam apenas para permitir ao Tribunal de Justiça dar respostas úteis, mas também para dar aos governos dos Estados-Membros, bem como às demais partes interessadas, a possibilidade de apresentarem observações nos termos do artigo 20.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Considerando que, nos termos desta disposição, apenas as decisões de reenvio são notificadas aos interessados, o Tribunal de Justiça deve salvaguardar a referida possibilidade<sup>5</sup>.

20. Ora, no caso em apreço, a quantidade e o conteúdo das observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça mostram que este requisito foi satisfeito.

21. Por fim, o despacho de reenvio também obedece à exigência de que o órgão jurisdicional nacional esclareça, com precisão, as razões pelas quais tem dúvidas quanto à interpretação do direito comunitário e considera necessário submeter as questões prejudiciais à apreciação do Tribunal de Justiça<sup>6</sup>.

22. Cumpre, assim, analisar o argumento, invocado por algumas das partes no processo, de que a segunda questão prejudicial tem por objecto a interpretação do direito nacional e a sua compatibilidade com o artigo 30.º da Directiva 93/37.

23. A este respeito, sublinhe-se que, na fundamentação do despacho de reenvio, se refere a compatibilidade do «artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 109, de 11 de Fevereiro de 1994, com o artigo 81.º CE e segs.», ao passo que a segunda questão prejudicial trata da admissibilidade desta disposição do direito nacional à luz do artigo 30.º da Directiva 93/37.

24. Considerando que não compete ao Tribunal de Justiça apreciar, no âmbito do processo de reenvio prejudicial, a compatibilidade do direito nacional com o direito comunitário, a segunda questão prejudicial é inadmissível na medida em que tem por objecto essa compatibilidade. No entanto, a questão em causa é admissível na parte que respeita à interpretação do direito comunitário, como é o caso do artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37. Por conseguinte, a admissibilidade da segunda questão prejudicial está dependente da reformulação expressa no sentido indicado.

5 — Acórdão de 1 de Abril de 1982, Holdijk (141/81 a 143/81, Recueil, p. 1299, n.º 6), e despachos Saddik (já referido na nota 3), n.º 13, e Laguillaumie (já referido na nota 3), n.º 24.

6 — Despachos do Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 1996, Itália Testa (C-101/96, Colect., p. I-3081, n.º 6), de 8 de Julho de 1998, Agostini (C-9/98, Colect., p. I-4261, n.º 6), e Laguillaumie (já referido na nota 3), n.º 16.

**V — Quanto às questões prejudiciais**

para uma interpretação do artigo 30.º da Directiva 93/37 conforme ao direito primário, ou seja, com base no princípio da concorrência.

25. A fim de fornecer ao órgão jurisdicional nacional indicações úteis, há que tratar conjuntamente as duas questões prejudiciais.

*A — Directivas relativas aos processos de adjudicação e princípio da concorrência em geral*

26. Não parece necessário analisar separadamente o artigo 81.º CE, referido na primeira questão prejudicial, na medida em que se deve considerar aplicável ao presente processo o artigo 30.º da Directiva 93/37 e não o artigo 81.º CE. Apesar de existirem, certamente, casos nos quais sejam de aplicar à adjudicação as regras da concorrência, não resulta da própria questão prejudicial nem das restantes declarações do tribunal de reenvio que no processo principal se trate de uma aplicação autónoma do artigo 81.º CE. A apreciação da compatibilidade da actuação do legislador nacional com o artigo 81.º CE é, independentemente de razões de direito processual, impedida por razões de direito material, na medida em que o referido preceito tem por destinatário as empresas.

28. Diversas partes no processo sublinharam, de diferentes formas, o significado da concorrência nas directivas relativas aos processos de adjudicação. Importa, a este respeito, recordar, como fez a Comissão, que a Directiva 93/37 não se destina a dar execução ao artigo 81.º CE.

27. Também não se trata no presente processo da validade do artigo 30.º da Directiva 93/37, nem da sua apreciação com base no artigo 81.º CE. Esta disposição pode, eventualmente, servir como critério

29. No que se refere ao significado do princípio da livre concorrência ou princípio da concorrência no sentido das directivas relativas à adjudicação, importa, além disso, analisar os respectivos fundamentos jurídicos. As três directivas clássicas relativas à adjudicação de contratos públicos de serviços, de fornecimentos e de empreitadas de obras públicas baseiam-se no artigo 57.º, n.º 2, e no artigo 66.º do Tratado CE (actuais artigos 47.º, n.º 2, e 55.º CE) e no artigo 100.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 95.º CE), ou nas três disposições.

30. Estes fundamentos jurídicos estão relacionados com as liberdades fundamentais, isto é, com o mercado comum, embora não se refiram expressamente à concorrência.

31. No entanto, as três directivas clássicas relativas aos processos de adjudicação — e não apenas estas — fazem referência à concorrência sob outra perspectiva. Assim, nos respectivos preâmbulos<sup>7</sup>, apresenta-se expressamente como objectivo o desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos. O Tribunal de Justiça já confirmou por diversas vezes que o objectivo das referidas directivas é assegurar essa concorrência<sup>8</sup>.

32. De acordo com jurisprudência assente<sup>9</sup>, as referidas directivas, bem como, em geral, o direito comunitário<sup>10</sup>, destinam-se, em pri-

meiro lugar, a impedir práticas que conduzem a uma restrição da concorrência e, em segundo lugar, a assegurar a abertura dos mercados em causa à concorrência, ou seja, a garantir o livre acesso àqueles mercados, em especial, de empresas provenientes de outros Estados-Membros.

33. Assim, o princípio da concorrência constitui um dos princípios fundamentais da legislação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos.

34. O referido princípio serve diversas finalidades de protecção. Em primeiro lugar, o princípio da concorrência visa as relações entre as empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes. Pretende-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento.

35. Em segundo lugar, o princípio da concorrência diz respeito à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas, em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com uma posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante e à apreciação deste comportamento à luz do artigo 82.º CE<sup>11</sup>.

7 — Vigésimo considerando 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), décimo quarto considerando 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), e décimo considerando da Directiva 93/37.

8 — V. acórdãos de 20 de Setembro de 1988, *Beentjes* (31/87, Colect., p. 4635, n.º 21), de 22 de Junho de 1993, *Comissão/Dinamarca* (C-243/89, Colect., p. I-3353, n.º 33); de 16 de Setembro de 1999, *Fraccaso e Leitschutz* (C-27/98, Colect., p. I-5697, n.º 26); de 17 de Setembro de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 81), e de 12 de Dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.* (C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 89).

9 — Acórdãos de 12 de Julho de 2001, *Ordine degli Architetti e o.* (C-399/98, Colect., p. I-5409, n.º 75); de 27 de Novembro de 2001, *Lombardini* (C-285/99 e C-286/99, Colect., p. I-9233, n.º 35); de 18 de Junho de 2002, *HI* (C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 44); de 14 de Novembro de 2002, *Felix Svoboda* (C-411/00, Colect., p. I-10567, n.º 33), *Universale-Bau e o.* (já referido na nota 8), n.º 89, e de 15 de Maio de 2003, *Comissão/Espanha* (C-214/00, Colect., p. I-4667, n.º 53).

10 — Acórdão de 7 de Dezembro de 2000, *Teleaustria e Telefondress* (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 62).

11 — No caso de a entidade adjudicante não dever ser qualificada como empresa na acepção do direito da concorrência, haverá que ter em conta a aplicação do regime jurídico da concorrência em conjugação com o disposto no artigo 10.º CE.

36. Em terceiro lugar, o princípio da concorrência tem por objectivo proteger a concorrência do ponto de vista institucional.

37. O princípio da concorrência tem expressão em disposições concretas das directivas relativas aos processos de adjudicação. Trata-se, desde logo, das disposições sobre os tipos de processos de adjudicação admissíveis e a respectiva tramitação, em especial dos prazos que devem ser respeitados nas diferentes fases do processo, bem como da proibição de negociações posteriores<sup>12</sup>.

38. Constituem, além disso, manifestações concretas do princípio da concorrência os preceitos sobre o caderno de encargos, principalmente as especificações técnicas, os preceitos acerca da aptidão dos empreiteiros, bem como os relativos aos critérios de adjudicação, que estão em causa no presente processo.

39. A fim de assegurar a concorrência, é necessário um padrão mínimo de transparência. As directivas relativas aos proces-

sos de adjudicação prevêem a este respeito uma série de obrigações em matéria de publicidade. Também a obrigação da entidade adjudicante de fixar previamente os critérios de adjudicação e de os respeitar se destina a garantir a efectiva concorrência. Em contrapartida, em certos casos, é também necessário, para assegurar a concorrência, que certas informações referentes a uma das empresas não sejam divulgadas a outras<sup>13</sup>.

40. Finalmente, assume também relevância em matéria de concorrência a participação num processo de adjudicação das empresas que tenham tomado parte na fase de preparação desse mesmo processo<sup>14</sup>.

#### B — Critérios de adjudicação e concorrência

41. Em relação à incidência que os dois critérios de adjudicação podem ter no plano da livre concorrência, é de referir que estes, previstos no artigo 30.º, n.º 1, da Directiva

12 — V. acórdãos Ordine degli Architetti e o. (já referido na nota 9), n.º 75, e Lombardini (já referido na nota 9), n.º 35.

13 — Artigo 16.º, n.º 5, da Directiva 92/50, artigo 9.º, n.º 3, da Directiva 93/36, e artigo 11.º, n.º 5, da Directiva 93/37.

14 — Décimo considerando da Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas (JO L 328 p. 1).

93/37 e nas disposições paralelas das outras directivas relativas a processos de adjudicação, visam assegurar uma concorrência efectiva<sup>15</sup>.

42. A apreciação do ponto de vista da concorrência do efeito dos dois critérios de adjudicação sobre o processo principal não é objecto do reenvio prejudicial, na medida em que constitui aplicação das disposições comunitárias a um caso concreto.

43. A avaliação em termos gerais dos critérios referidos, no sentido de averiguar se o critério do preço mais baixo tem, em geral, efeitos mais favoráveis em matéria de concorrência do que o critério da proposta economicamente mais vantajosa, não pode ser objecto de um exame jurídico num processo de reenvio prejudicial. Não se pode ignorar que o critério da proposta economicamente mais vantajosa permite não apenas uma concorrência ao nível de preços, mas também uma concorrência em relação a outros factores, isto é, uma concorrência de condições. Assim, a apreciação da incidência que um determinado critério poderá ter no plano da livre concorrência deve ter lugar com recurso às circunstâncias concretas, em particular atendendo ao mercado em causa, sendo, por isso, da competência do órgão jurisdicional nacional.

44. A este respeito, o órgão jurisdicional nacional deve ter em atenção as seguintes considerações: o que é decisivo para a incidência que os critérios de adjudicação podem ter em matéria de concorrência é, principalmente, que sejam aplicados a todas as empresas critérios iguais e objectivos<sup>16</sup>. Em relação ao critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, deve ter-se em conta a configuração concreta que assume o processo de adjudicação em causa, isto é, os factores individuais a ter em conta para avaliar qual a proposta economicamente mais vantajosa. Estes critérios, à semelhança dos critérios para avaliação da aptidão do proponente, devem ter sempre como base o direito primário. Desta categoria fazem parte, evidentemente, as regras da concorrência.

45. No entanto, a interpretação das regras comunitárias da concorrência pelo Tribunal de Justiça depende também do preenchimento de determinados requisitos. Assim, importa recordar que, segundo jurisprudência assente, «a necessidade de se chegar a uma interpretação de direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional nacional exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões. Estas exigências são particularmente válidas em certos domínios como o da concorrência,

15 — Acórdãos Comissão/Dinamarca (já referido na nota 8), n.º 33, e Concórdia Bus Finland (já referido na nota 8), n.º 81.

16 — V. acórdãos Brentjes' (já referido na nota 8), n.º 27, e Fracasso e Leitschutz (já referido na nota 8), n.º 31.

caracterizados por situações de facto e de direito complexas»<sup>17</sup>.

jurídico das adjudicações e impedir abusos por parte das entidades adjudicantes.

*C — Faculdade de os Estados-Membros estabelecerem um determinado critério de adjudicação*

46. A questão central no presente processo é a de saber se os Estados-Membros podem estabelecer, em geral, para determinados tipos de adjudicações, o critério do preço mais baixo. O reconhecimento desta faculdade aos Estados-Membros restringiria simultaneamente a liberdade da entidade adjudicante, afectada por aquela imposição, de optar por outro critério.

47. Importa recordar, em geral, neste contexto, que, apesar de os Estados-Membros gozarem de uma determinada margem de liberdade no âmbito da transposição das directivas, têm, todavia, que respeitar os limites impostos pelo direito comunitário. Os Estados-Membros estão igualmente vinculados a respeitar estes limites na aplicação de medidas que visem os objectivos comunitários, como, por exemplo, alcançar uma maior transparência no domínio do regime

48. Por conseguinte, há que, em primeiro lugar, apreciar o argumento, invocado por diversas partes, segundo o qual o acto jurídico que deve ser interpretado no presente processo é uma directiva. A este respeito, sublinhe-se que do facto de as directivas relativas aos processos de adjudicação, como outras directivas, terem por destinatários os Estados-Membros, não pode deduzir-se que é concedida aos Estados-Membros a faculdade de fixarem um determinado critério de adjudicação.

49. Além disso, há que analisar o argumento segundo o qual a Directiva 93/37 não prevê um sistema exaustivo de regras comunitárias em matéria de adjudicação de empreitadas de obras públicas. De acordo com esta análise, a faculdade de os Estados-Membros imporem critérios de adjudicação é corroborada pelo facto de a Directiva 93/37, como também as outras directivas relativas aos processos de adjudicação, não prever um sistema exaustivo de regras comunitárias nesta matéria, tendo apenas como objectivo a coordenação dos processos nacionais de adjudicação<sup>18</sup>. Esta conclusão pode ser aceite, embora tendo presente que a Directiva 93/37 regula taxativamente determinadas fases ou aspectos do processo de adjudicação. Este argumento deve antes ser

17 — Acórdãos Telemarscabruzzo e o. (já referidos na nota 3), n.ºs 6 e 7, e de 14 de Julho de 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Colect., p. I-4301, n.ºs 69 e 70 ) e Bettati (C-341/95, Colect., p. I-4355, n.ºs 67 e 68); de 21 de Setembro de 1999, Albany (C-67/96, Colect., p. I-5751, n.º 39), e Brentjens' (C-115/97 a C-117/97, Colect., p. I-6025, n.º 38) e de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o. (C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.º 51).

18 — V., por exemplo, acórdão Lombardini (já referido na nota 9), n.º 33.

relativizado, na medida em que as directivas relativas aos processos de adjudicação harmonizam de forma taxativa determinados aspectos do processo de adjudicação.

50. Em contrapartida, a admissibilidade da faculdade por parte dos Estados-Membros de fixar em abstracto os critérios de adjudicação é reforçada pelo facto de os sujeitos afectados serem, em geral — excepto determinadas empresas inteiramente privadas, que são abrangidas pelas directivas sectoriais —, entidades adjudicantes, pelo que se deve considerar que integram o respectivo Estado-Membro a que pertencem. Esta última conclusão resulta da definição do conceito de «entidade adjudicante», manifestando-se na possibilidade, reconhecida na jurisprudência<sup>19</sup>, de ser instaurada uma acção por incumprimento, prevista no artigo 226.º CE, quando pratiquem actos que violem o direito comunitário.

51. Assim, nesta perspectiva, mais exactamente, a fixação dos critérios pela entidade adjudicante equivale à sua imposição por parte dos Estados-Membros. A diferença em relação à fixação do critério em causa no processo principal reside, todavia, no facto de esta ter lugar através da lei-quadro, ou seja, de forma geral e abstracta, e ocorrer a outro nível, já que é o próprio legislador e não a entidade adjudicante que a leva a cabo.

52. Em última análise, para a resposta à questão central de saber se os Estados-Membros podem impor, em abstracto, a aplicação de um só critério de adjudicação, há que tomar por base as considerações seguintes.

53. As directivas relativas aos processos de adjudicação prevêm expressamente dois tipos de poderes: os dos Estados-Membros, como, por exemplo, o de definir as regras para a apresentação de propostas<sup>20</sup>, e os das entidades adjudicantes, como, por exemplo, o de recorrer, em determinados casos, ao processo por negociação, o de permitir propostas de alteração ou o de definir uma margem.

54. Em contrapartida, algumas disposições prevêm expressamente obrigações, quer por parte dos Estados-Membros, quer por parte das entidades adjudicantes. Integram-se no último grupo de preceitos referido, entre outros, o artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37, aplicável neste âmbito, [«Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base [...] são os seguintes: a) ou [...] b) ou [...]»], bem como as disposições paralelas das outras directivas relativas aos processos de adjudicação. Consequentemente, apesar de o referido preceito não prever uma faculdade

19 — Acórdãos de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha (C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609), relativo a um município; de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França (C-237/99, Colect., p. I-939), respeitante à construção de habitações sociais, bem como de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Austria (C-328/96, Colect., p. I-7479), e de 17 de Dezembro de 1998, Comissão/Irlanda (C-353/96, Colect., p. I-8565) relativos a sociedades de direito privado.

20 — Artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/50 ou artigo 18.º, n.º 2, da Directiva 93/37, ambos na redacção da Directiva 97/52.

expressa da entidade adjudicante, o princípio de que será de aplicar apenas um dos dois critérios de adjudicação expressamente previstos implica a faculdade da entidade adjudicante de optar por um dos dois critérios.

55. Este poder da entidade adjudicante desaparece na medida em que o Estado-Membro a que pertence limite a possibilidade de opção relativamente aos critérios de adjudicação, impondo, por exemplo, que a entidade adjudicante só aplique em determinados casos o critério do preço mais baixo.

56. Mesmo na hipótese de as entidades adjudicantes não terem um direito subjectivo de opção, coloca-se a questão de saber se os Estados-Membros lhes podem impor um determinado critério.

57. Em primeiro lugar, vai contra esta possibilidade a ausência de uma regulamentação do respectivo poder dos Estados-Membros, quer no artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37, quer nas demais directivas relativas aos processos de adjudicação. No entanto, seria possível deduzir a necessidade dessa regulamentação expressa do facto de as directivas relativas aos processos de adjudicação reconhecerem, com efeito, em geral, a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem limitações ao direito da entidade adjudicante de realizar determinadas opções. Assim, o artigo 23.º, n.º 1, segundo parágrafo,

da Directiva 93/37 e o artigo 28.º, n.º 1, da Directiva 92/50 autorizam os Estados-Membros a impor às entidades adjudicantes que façam constar determinadas indicações do caderno de encargos.

58. Todavia, não existe relativamente aos critérios de adjudicação uma disposição comparável.

59. Também o facto de todas as directivas relativas aos processos de adjudicação atribuírem igual valor aos dois critérios, equivalência que, de outra forma, seria eliminada, reforça a inexistência de um poder por parte dos Estados-Membros de impor às entidades adjudicantes um só critério de adjudicação.

60. Finalmente, remete-se para a jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>21</sup>, na qual se refere expressamente que a disposição ora aplicável deixa à entidade adjudicante a escolha dos critérios de adjudicação de empreitadas que entenda fixar.

21 — V., por exemplo, acórdãos de 18 de Outubro de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Colect., p. I-7725, n.º 36), e de 19 de Junho de 2003, GAT (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.º 64).

61. Apesar de no contexto em causa se tratar da definição de factores que permitam a identificação da proposta economicamente mais vantajosa, é certamente possível aplicar as referidas conclusões do Tribunal de Justiça à própria escolha dos critérios de adjudicação.

62. Também no domínio da concorrência relevam aspectos que contrariam a existência do poder de os Estados-Membros imporem critérios de adjudicação. Assim, esta fixação dos critérios de adjudicação limita, designadamente, a possibilidade de a entidade adjudicante escolher o critério que no processo concreto de adjudicação é mais adequado para assegurar a livre concorrência. Esta possibilidade desaparecerá se o legislador fixar, em geral, os critérios de adjudicação. Conforme declarado pelo Governo italiano, o artigo 30.º da Directiva 93/37 não faz, precisamente, depender a escolha de um dos dois critérios da verificação de determinadas condições.

63. Por fim, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>22</sup>, há que ter em conta na interpretação da directiva o seu objectivo de facilitar a livre concorrência entre a totalidade dos concorrentes. Assim, a interpretação de uma disposição da referida directiva que se oriente por este objectivo pode ser contrária à faculdade de os Estados-Membros imporem às entidades adjudicantes determinados critérios.

64. A jurisprudência a ter em conta no presente caso consiste no acórdão Lombardini e o., no qual o Tribunal de Justiça declarou o seguinte:

«De onde se conclui que o artigo 30.º, n.º 4, da directiva obsta a uma regulamentação nacional, como a aplicável nos processos principais, que, por um lado, impõe à entidade adjudicante que só tome em consideração, para efeitos de verificação das propostas anormalmente baixas, determinadas justificações taxativamente enumeradas [...] e que, por outro lado, exclui expressamente certos tipos de justificações [...]»<sup>23</sup>.

65. Resulta do referido acórdão que está vedado ao legislador nacional restringir a margem de apreciação da entidade adjudicante de forma não expressamente permitida pela directiva em causa.

66. Após a ponderação dos argumentos apresentados a favor e contra o poder dos Estados-Membros, objecto do presente processo, e que aqui foram desenvolvidos, há que concluir que os argumentos de maior peso são contrários a um tal poder dos Estados-Membros.

22 — Acórdão Lombardini e o. (já referido na nota 9), n.º 84 e segs.

23 — Acórdão Lombardini e o. (já referido na nota 9), n.º 85.

## VI — Conclusão

67. À luz das considerações anteriores, propomos ao Tribunal de Justiça que decida nos seguintes termos:

- «1) O artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que atribui às entidades adjudicantes singulares a possibilidade de optar, para critério de adjudicação, quer pelo critério do preço mais baixo quer pelo da proposta economicamente mais vantajosa. O juiz nacional deve, além disso, interpretar este preceito à luz do princípio da livre concorrência na acepção do artigo 81.º CE.
  
- 2) O artigo 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37 deve ser interpretado no sentido de que o mesmo é contrário a uma regulamentação nacional que, na adjudicação de empreitadas de obras públicas através de concurso público ou limitado, impeça as entidades adjudicantes de optarem pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa, impondo, de um modo geral, unicamente o critério do preço mais baixo.»