CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
JÁN MAZÁK
apresentadas em 22 de Setembro de 2009 [1]

1. Através da presente acção, intentada nos termos do artigo 226.º CE, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao aprovar e manter em vigor os artigos 73.º e 74.º-IV do Código dos contratos públicos (Code des marchés publics) [2] (a seguir «disposições em litígio»), e dado que essas disposições prevêem um procedimento de adjudicação dos chamados contratos de definição [3] que permite a uma entidade adjudicante adjudicar um contrato de execução subsequente (um contrato de empreitada de obras públicas, ou um contrato público de serviços ou de fornecimento) a um dos titulares dos contratos de definição iniciais sem abertura de novo concurso ou, quando muito, por concurso limitado a esses titulares, a República Francesa violou as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2.º, 28.º e 31.º da Directiva 2004/18/CE [4].

I — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

2. O artigo 2.º da Directiva dispõe, sob a epígrafe «Princípios de adjudicação dos contratos», que «[a]s entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente».

3. O artigo 28.º da Directiva, intitulado «Utilização de concursos públicos, concursos limitados, procedimentos por negociação e diálogo concorrencial», dispõe:

«Para celebrarem os seus contratos públicos, as entidades adjudicantes aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da presente directiva.

1 — Língua original: inglês.

2 — Código dos contratos públicos, adoptado pelo Decreto n.º 2006-975 de 1 de Agosto de 2006 (Jornal Oficial da República Francesa n.º 179 de 4 de Agosto, p. 11627) e que entrou em vigor em 1 de Setembro de 2006 (a seguir «CMP 2006»).

3 — Trata-se de contratos públicos destinados a estabelecer os parâmetros, incluindo o objectivo, de um contrato de empreitada de obras públicas ou de um contrato público de fornecimento ou de serviços, sendo também designados «concursos de concepção» ou «contratos de definição de projecto». Observe-se que só está aqui em questão um procedimento relativo a vários contratos de definição — aplicável aos casos em que estão reunidas as condições previstas no artigo 73.º, n.º 3, do CMP 2006 — e não um procedimento de adjudicação de um único contrato de definição.

4 — Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114; a seguir «Directiva» ou «Directiva 2004/18»).

Devem celebrar esses contratos públicos recorrendo a concursos públicos ou limitados. Nas circunstâncias específicas expressamente previstas no artigo 29.º, as entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos públicos mediante diálogo concorrencial. Nos casos e nas circunstâncias específicas expressamente previstas nos artigos 30.º e 31.º, podem recorrer a um procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso.»

4. Os Estados-Membros deviam pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Directiva até 31 de Janeiro de 2006.

B — *Direito nacional*

5. O CMP 2006, que entrou em vigor em 1 de Setembro de 2006, dispõe, nomeadamente, o seguinte:

«Artigo 73.º

Se a entidade adjudicante não puder especificar os objectivos e as prestações a que o contrato deve responder, as técnicas a utilizar e os recursos humanos e materiais exigidos, poderá recorrer a contratos de definição.

O objectivo destes contratos é explorar as possibilidades e condições de celebração posterior de um contrato, se necessário através da elaboração de um modelo ou de um mostrador. Permitem igualmente estimar o nível de preço das prestações e as modalidades da sua determinação, e prever as diferentes fases de execução das prestações.

No âmbito de um procedimento único, as prestações de execução subsequentes a vários contratos de definição com o mesmo objecto e adjudicados simultaneamente serão adjudicadas após abertura de um concurso limitado aos titulares dos contratos de definição, em conformidade com as seguintes disposições:

1.º O anúncio de concurso público define o objecto dos contratos de definição adjudicados simultaneamente e o objecto do contrato de execução posterior;

2.º O anúncio de concurso público define os critérios de selecção das candidaturas.

Estes critérios tomam em conta as capacidades e as competências exigidas aos candidatos tanto para os contratos de definição como para o contrato de execução subsequente;

3.º O anúncio de concurso público define os critérios de selecção das propostas dos contratos de definição adjudicados simultaneamente e os critérios de selecção das propostas do contrato de execução subsequente;

4.º O montante das prestações a comparar com os limites mínimos toma em conta o montante dos estudos de definição e o montante estimado do contrato de execução;

5.º O número de contratos de definição adjudicados simultaneamente no âmbito do presente procedimento não pode ser inferior a três, na condição de haver um número suficiente de candidatos.

O contrato ou contrato-quadro é adjudicado pela comissão de concursos no que respeita às autarquias locais ou regionais, ou após parecer da comissão de concursos no que respeita ao Estado, aos estabelecimentos públicos de saúde e aos estabelecimentos públicos sociais ou médico-sociais.»

«Artigo 74.º

IV. No âmbito de um procedimento único, o contrato ou o contrato-quadro de gestão de obra subsequente a vários contratos de definição com o mesmo objecto e adjudicados simultaneamente pode ser adjudicado após reabertura do concurso limitada aos titulares dos contratos de definição, nas condições previstas no terceiro parágrafo do artigo 73.º»

II — Tramitação processual

6. Em 18 de Outubro de 2004, a Comissão enviou à República Francesa uma primeira notificação para cumprir e, em 12 de Dezembro de 2006, enviou-lhe uma notificação adicional. Não tendo ficado satisfeita com as respostas da República Francesa, a Comissão emitiu um parecer fundamentado em 27 de Junho de 2007. Considerando que o incumprimento se mantinha e não tendo ficado satisfeita com as respostas recebidas, a Comissão decidiu intentar a presente acção. Ambas as partes apresentaram observações orais na audiência, realizada em 10 de Junho de 2009.

III — Apreciação

A — *Principais argumentos das partes*

7. A Comissão sustenta que a França permite a adjudicação de contratos por mútuo acordo, ou com concorrência restrita, em situações não previstas pela directiva. Na opinião da Comissão, é impossível, por definição, que o objecto e os critérios de adjudicação de um contrato público sejam conhecidos num momento em que o projecto ainda não foi definido e em que os contratos de definição ainda não foram executados. O contrato de definição e o contrato de execução são dois tipos completamente diferentes de contratos públicos, que não podem ser adjudicados através de um procedimento único. Segundo a Comissão, o procedimento de adjudicação dos contratos de definição não se insere no diálogo concorrencial nem nos acordos-quadro, na acepção dos artigo 29.º e 32.º da directiva, e não pode ser analisado como um derivado do diálogo concorrencial.

8. O Governo francês sustenta que as disposições controvertidas não são contrárias à directiva, que é uma mera directiva de coordenação. Na sua opinião, é possível determinar o objecto e os critérios do contrato de execução subsequente a partir da abertura dos contratos de definição. O Governo francês sustenta, além disso, que a directiva previu dois procedimentos com características análogas às do procedimento francês para a adjudicação de contratos de definição — os acordos-quadro e o diálogo concorrencial. O próprio legislador comunitário instituiu, portanto, procedimentos complexos em que os concursos públicos são abertos em duas fases, sem ser, porém, exaustivo.

B — *Análise*

1. Observações gerais

9. A Comissão alega que, ao estabelecer uma distinção entre contratos de definição e contratos de execução e ao permitir, em certas circunstâncias, a adjudicação destes últimos a um dos titulares dos contratos de definição iniciais, sem reabrir novamente o concurso ou, pelo menos, abrindo-o apenas a tais titulares, a legislação francesa viola os princípios fundamentais da igualdade e da transparência inerentes à directiva. Cabe aqui observar que o argumento relativo ao facto de os contratos de definição não serem sujeitos a concurso afigura-se respeitar à redacção do CMP 2004 [5]. Consequentemente, considerarei o argumento da Comissão relativo às disposições controvertidas — ou seja, o CMP 2006, que se destinava a transpor a directiva para o direito nacional — no sentido de que tais disposições permitem a abertura de concursos para contratos de execução limitados apenas aos titulares dos contratos de definição iniciais, em situações não previstas pela directiva.

5 — Código dos contratos públicos aprovado pelo Decreto n.º 2004-15 de 7 de Janeiro de 2004 (Jornal Oficial da República Francesa n.º 6, de 8 de Janeiro de 2004, p. 703; a seguir «CMP 2004»), entretanto substituído pelo CMP 2006.

2. Quanto à natureza exaustiva do artigo 28.º da directiva

10. Nos seus articulados, as partes discutiram amplamente, a este respeito, a questão de saber se a lista de procedimentos de adjudicação de contratos públicos, contida no artigo 28.º da directiva, é ou não de natureza exaustiva, dado que não prevê, manifestamente, os contratos de definição.

11. Quanto a este aspecto, o Governo francês alega que, tendo em conta o seu terceiro considerando e o artigo 28.º, a directiva não pretendeu abolir todos os procedimentos específicos nacionais. Invocando o acórdão do Tribunal de Justiça no processo CEI e o. [6], relativo à Directiva 71/305/CEE [7], o Governo francês alega que «os Estados-Membros permanecem livres para manter ou promulgar normas substantivas ou processuais em matéria de empreitadas […] públicas, desde que respeitem todas as disposições pertinentes de direito comunitário e, designadamente, as proibições que decorrem de princípios consagrados no Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços» [8].

12. Com efeito, resulta claramente da sua epígrafe e dos seus segundo e terceiro considerandos que o objectivo da directiva é a coordenação dos procedimentos nacionais para a adjudicação de contratos públicos. Consequentemente, não estabelece um conjunto uniforme e exaustivo de normas comunitárias nesta matéria. Assim, no âmbito das normas comuns nela contidas, os Estados-Membros continuam a ser livres de adoptar normas substantivas e processuais em matéria de contratos públicos, desde que respeitem todas as disposições pertinentes de direito comunitário. Todavia, o facto de a directiva não ter alcançado a total harmonização das normas que regem os procedimentos de adjudicação de contratos públicos não significa que algumas das suas disposições não devam ser entendidas no sentido de que regem exaustivamente certos aspectos.

13. Em primeiro lugar, basta observar que o Governo francês não pode invocar a jurisprudência decorrente do acórdão CEI e o. dado que o artigo 28.º da Directiva 2004/18 é substancialmente diferente do artigo 2.º da Directiva 71/305 — o legislador comunitário complementou o artigo 28.º da directiva com um segundo parágrafo, completamente novo, que desempenha um papel decisivo para o caso em apreço.

14. Em segundo lugar, há vários factores que sugerem de modo convincente que os procedimentos indicados no artigo 28.º da Directiva devem ser considerados enumerados exaustivamente. De um modo geral, a redacção deste parágrafo não apresenta nenhuma das características que podem ser observadas no que normalmente se chama uma lista aberta. Pelo contrário, este parágrafo enumera não só os dois procedimentos comuns como também

6 — Acórdão de 9 de Julho de 1987 (27/86 a 29/86, Colect., p. 3347).

7 — Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9).

8 — Acórdão CEI e o., já referido na nota 6, n.º 15. V. também o acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635, n.º 20). O Governo francês alega que esta jurisprudência pode ser aplicada à Directiva 2004/18, designadamente porque o segundo considerando da Directiva 71/305 passou a ser o terceiro considerando da Directiva 2004/18 e o artigo 2.º da Directiva 71/305 passou a ser o artigo 28.º da Directiva 2004/18.

dois procedimentos excepcionais, não deixando margem para qualquer complemento interpretativo da lista de procedimentos. A directiva, no seu conjunto, também não contém qualquer disposição que permita tal complemento.

15. Tal como explicarei adiante, o procedimento de adjudicação dos contratos de definição é manifestamente diferente dos procedimentos estabelecidos na directiva e não pode ser equiparado a qualquer disposição da directiva. Com efeito, o Governo francês reconheceu explicitamente na contestação e na tréplica que os contratos de definição não foram previstos pela directiva.

16. Os procedimentos previstos pela directiva são os seguintes. Tal como resulta claramente do segundo parágrafo do artigo 28.º da directiva, o legislador comunitário estabeleceu dois procedimentos que devem, regra geral, ser seguidos pelas entidades adjudicantes. Trata-se dos concursos públicos e dos concursos limitados, que podem ser designados procedimentos comuns ou normais. Seguidamente, o diálogo concorrencial pode ser considerado um procedimento especial ou excepcional cuja aplicação e condições são especificadas no artigo 29.º da directiva [9]. Do mesmo modo, o procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso, pode ser considerado de natureza especial ou excepcional, sendo as suas condições especificadas nos artigos 30.º e 31.º da directiva [10].

17. Todavia, o Governo francês alega que existem, de facto, certos procedimentos de adjudicação específicos previstos pela directiva no capítulo V, intitulado «Procedimentos», que não são mencionados no artigo 28.º da directiva. O Governo francês refere-se aos acordos-quadro, aos sistemas de aquisição dinâmicos e aos contratos de empreitada de obras públicas: regras particulares respeitantes à construção de habitações sociais. Estes procedimentos estão previstos, respectivamente, nos artigos 32.º, 33.º e 34.º

18. Observe-se, a este respeito, em primeiro lugar, que os acordos-quadro e os sistemas de aquisição dinâmicos constituem formas específicas de contratos ou variações de procedimentos existentes. Não são novas formas distintas de procedimentos de adjudicação de contratos públicos que são, enquanto tais, previstos no artigo 28.º da directiva. Além disso, resulta da redacção dos artigos 32.º, n.º 2, e 33.º, n.º 2, da directiva que as entidades adjudicantes são obrigadas a seguir as regras processuais referidas no artigo 28.º da directiva. Em segundo lugar, no que toca às regras sobre a construção de habitações sociais, a

9 — Cf. Trepte, P., Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide, 2.ª edição, Oxford 2007, p. 427, nota 187.

10 — Esta leitura é corroborada pelos trabalhos preparatórios da directiva. A proposta da Directiva explicava, para justificar a redacção do artigo 28.º da directiva, que «é aditado um novo n.º 2 que explicita o princípio segundo o qual os processos de direito comum são os concursos públicos e os concursos limitados. O novo n.º 3 [que acabou por vir a ser integrado no n.º 2] precisa a excepção de que as entidades adjudicantes só podem recorrer a um processo por negociação nos casos e nas condições específicas expressamente previstas nos artigos 29.º, 30.º e 31.º».

epígrafe do artigo 34.º demonstra claramente que o mesmo respeita a «regras particulares» e não a regras processuais, enquanto tais. Pelo contrário, constitui uma excepção às disposições relativas ao procedimento geral. Com efeito, a própria existência do artigo 34.º da directiva e das regras particulares nele estabelecidas abonaria a favor da tese segundo a qual a lista de procedimentos de adjudicação constante do capítulo V da directiva deve ser considerada exaustiva.

19. Pode também observar-se de passagem, neste contexto, que, nas suas alegações, o Governo francês defende também as vantagens e a razão de ser do procedimento de adjudicação de contratos de definição, particularmente no que respeita a contratos complexos em que as entidades adjudicantes «não [possam] especificar os objectivos e as prestações a que o contrato deve responder, as técnicas a utilizar e os recursos […] exigidos» [11]. Resulta dos trabalhos preparatórios da directiva que o legislador comunitário estava ciente destes problemas [12]. Consequentemente, o legislador comunitário incluiu, entre os procedimentos de adjudicação de contratos públicos, um novo procedimento, sob a forma do diálogo concorrencial, mas não decidiu incluir o procedimento de adjudicação de contratos de definição [13].

11 — V. artigo 73.º do CMP 2006.

12 — A proposta de directiva indicava, na p. 6, que «nos contratos particularmente complexos […] os adquirentes têm perfeito conhecimento das necessidades do sector, mas ignoram antecipadamente a melhor solução técnica para as satisfazer. Nestes casos, portanto, é necessário proceder à discussão do contrato e a uma negociação entre adquirentes e fornecedores. Ora, os processos de direito comum consagrados nas directivas relativas aos 'sectores clássicos' […] prevêem apenas uma pequena margem, bastante curta, para discussão durante o processo de adjudicação, pelo que são considerados demasiado rígidos para responder a este tipo de situação».

13 — Uma das razões para esta opção poderia ser o facto de não ter sido considerada necessária a inclusão dos contratos de definição por o procedimento ser de natureza semelhante ao do novo procedimento do diálogo concorrencial — transposto para a legislação francesa através do artigo 67.º do CMP 2006 como um procedimento completamente independente — que parece responder aos mesmos problemas.

20. Além disso, o Governo francês tenta também defender a sua posição alegando que os contratos de definição devem ser considerados análogos a dois procedimentos previstos na directiva — o acordo-quadro e o diálogo concorrencial. No que respeita ao primeiro, a sua abertura à concorrência pode ser dividida em duas fases, sendo a última fase aberta à concorrência mas limitada aos titulares do primeiro contrato e permitindo a especificação adicional dos termos do segundo contrato. Quanto ao diálogo concorrencial, o procedimento para a adjudicação de contratos de definição permite a uma entidade adjudicante determinar as condições de um contrato cujos critérios de selecção foram estabelecidos. Assim, segundo o Governo francês, o legislador comunitário instituiu procedimentos complexos em que os contratos são abertos à concorrência em duas fases, sem ser, porém, exaustivo.

21. Esta argumentação não merece acolhimento. Basta observar que o Governo francês não nega que o procedimento de adjudicação dos contratos de definição não se insere no diálogo concorrencial nem nos acordos-quadro, na acepção dos artigos 29.º e 32.º da directiva. O diálogo concorrencial e os acordos-quadro constituem formas de contratos sujeitas a disposições específicas. Reconhecendo a sua especificidade, o legislador comunitário estabeleceu regras que asseguram o respeito dos princípios previstos no artigo 2.º da directiva.

22. No caso de a lista do artigo 28.º da directiva vir a ser considerada exaustiva, o Governo francês sustenta, a título subsidiário, que o procedimento de adjudicação dos

contratos de definição deve ser analisado como um derivado do procedimento do diálogo concorrencial. Afigura-se que o Governo francês apresentou este argumento subsidiário pela primeira vez na fase da contestação perante o Tribunal de Justiça. Anteriormente, este Governo defendeu a tese oposta, afirmando que os contratos de definição não se inseriam no diálogo concorrencial e não estavam previstos na directiva. Com efeito, nessas observações eram apontadas numerosas diferenças entre os dois procedimentos. Em qualquer caso, considero que este argumento não é útil para a posição do Governo francês. Basta observar que os dois procedimentos diferem quanto a aspectos importantes, designadamente porque o diálogo concorrencial é um procedimento para a adjudicação de um único contrato, ao passo que o procedimento de adjudicação dos contratos de definição visa a adjudicação de dois contratos, em que o segundo é adjudicado depois de ser aberto um concurso limitado aos titulares do contrato inicial.

3. Tratamento dos operadores económicos em pé de igualdade, de forma não discriminatória e transparente

23. Em qualquer caso, ainda que se aceitasse a possibilidade, em certas condições, de ajustar os procedimentos enumerados no artigo 28.º da directiva, tendo em conta a natureza e o funcionamento do procedimento de adjudicação dos contratos de definição, há que observar que este procedimento não só não pode ser classificado no âmbito do artigo 28.º da directiva como é contrário aos princípios referidos no segundo considerando e no artigo 2.º da directiva [14].

24. Ao contrário do que o Governo francês alega, a Comissão tem razão, na minha opinião, ao sustentar que é, por definição, praticamente impossível que o objecto e os critérios de adjudicação de um contrato público (contrato de execução) sejam conhecidos precisamente no momento em que o projecto não foi ainda definido e em que os contratos de definição ainda não foram executados. Os contratos de definição e o contrato de execução são dois tipos completamente diferentes de contratos públicos, o que, ao que parece, nunca foi negado pelo Governo francês. Cada um tem o seu objecto e os seus critérios de adjudicação e, por essa razão, ambos os contratos devem respeitar as disposições da directiva, não podendo ser adjudicados através de um procedimento único. Por outras palavras, uma vez que o contrato de execução tem o seu próprio objecto e os seus próprios critérios de adjudicação, deve ser aberto à concorrência e não limitado apenas aos titulares dos contratos de definição iniciais.

14 — A minha tese parece ser suportada pela doutrina francesa. V., por exemplo, mais recentemente, Monjal, P.-Y., - «Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude», Revue du Droit de l'Union européenne, N.º 4, 2008, pp. 729--738. Quanto a um processo relativo a contratos de definição, v. também, por exemplo, o acórdão do Conseil d'État francês de 3 de Março de 2004, n.º 258 272, Société Mak System.

25. O Tribunal de Justiça declarou no acórdão Comissão/França (Le Mans) [15] que «[o] Governo francês sustenta [...] que a possibilidade, prevista no anúncio [...] de adjudicar o contrato pertencente à segunda fase ao vencedor do concurso de ideias, dispensava a entidade adjudicante da obrigação de publicar um novo anúncio prévio à adjudicação deste contrato». O Tribunal de Justiça declarou seguidamente que «[e]ste argumento não procede. Com efeito, o princípio da igualdade de tratamento entre os diferentes prestadores de serviços [...] e o princípio da transparência daí resultante [...] *exigem que o objecto de cada contrato bem como os critérios da sua adjudicação sejam claramente definidos*» [16].

26. No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça prosseguiu: «[t]al exigência impõe-se uma vez que o objecto de um contrato bem como os critérios escolhidos para a sua adjudicação devem ser considerados elementos decisivos para se determinar qual dos procedimentos previstos pela directiva deve ser seguido e apreciar o respeito das exigências específicas do procedimento escolhido». O Tribunal de Justiça concluiu assim que «no caso vertente, a simples possibilidade de se adjudicar o contrato relativo à segunda fase segundo os critérios previstos para outro contrato, o respeitante à primeira fase, não equivale à sua celebração de acordo com um dos procedimentos previstos na directiva».

15 — Acórdão de 14 de Outubro de 2004 (C-340/02, Colect., p. I-9845, dito «La Chauvinière», n.os 33 a 36 e jurisprudência aí referida).

16 — O itálico é meu.

27. Quanto ao caso ora em apreço, o próprio Governo francês reconheceu, na contestação apresentada perante o Tribunal de Justiça, que no acórdão acima referido «o Tribunal de Justiça emitiu uma decisão negativa num procedimento que é análogo [aos contratos de definição]». Na minha opinião, é manifesto que os contratos de definição não permitem, regra geral, determinar inicialmente, com suficiente precisão, o objecto e os critérios de selecção e de adjudicação do segundo contrato (ou seja, do contrato de execução), de modo a satisfazer os requisitos especificados no acórdão acima referido. Tal deve-se ao facto de o objectivo dos contratos de definição iniciais ser precisamente o de definir o objecto e as condições de adjudicação do contrato de execução subsequente.

28. Consequentemente, o procedimento de adjudicação dos contratos de definição, nos termos das disposições controvertidas, é contrário ao princípio da transparência estabelecido no artigo 2.º da directiva. Este procedimento cria uma situação de insegurança jurídica tanto para as entidades adjudicantes como para os operadores económicos, em razão do risco de contencioso que lhe é inerente.

29. O Governo francês contesta o argumento indicado no n.º 27 supra e alega que o objectivo dos contratos de definição é apenas definir todas as especificações técnicas do contrato subsequente e não o seu objecto. Todavia, basta observar que a própria letra do artigo 73.º do CMP 2006 não permite esta interpretação: o seu segundo parágrafo dispõe que «[o] objectivo destes contratos é explorar

as possibilidades e condições de celebração posterior de um contrato, se necessário através da elaboração de um modelo ou de um mostrador». Além disso, embora se possa dar o caso de, em certas situações, os contratos de definição apenas definirem as especificações técnicas, é indiscutível que o procedimento em questão permite, de facto, que as condições de adjudicação do contrato de execução sejam completadas ou mesmo estabelecidas na totalidade.

30. Acresce que o Governo francês insiste que é possível determinar o objecto e os critérios do contrato de execução subsequente a partir do lançamento dos contratos de definição. Segundo este argumento, há muitos casos em que os critérios de selecção das candidaturas ao contrato de execução são suficientemente independentes dos contratos de definição, de modo a serem definidos logo na fase dos contratos de definição. O Governo francês forneceu três exemplos de tais casos nos articulados apresentados ao Tribunal de Justiça.

31. Em qualquer caso, há que observar, em primeiro lugar, que o Governo francês admitiu, na audiência, que surgem, com efeito, problemas — há manifestamente casos em que os contratos de definição não servem apenas para definir especificações técnicas, sendo antes utilizados para completar ou estabelecer as condições de adjudicação do contrato de execução. A Comissão apresentou ao Tribunal de Justiça três exemplos de tais casos. Considero que o Governo francês não conseguiu demonstrar que as disposições em litígio permitam em qualquer momento e em todos os casos assegurar a transparência e a clareza suficientes para que «o objecto [do contrato de execução] bem como os critérios da sua adjudicação sejam claramente definidos» [17]. Em qualquer caso, uma mera definição geral, como o «desenvolvimento urbano do bairro X» — que, ao que parece, é muito frequentemente a única definição possível que pode ser dada na fase de lançamento dos concursos para os contratos de definição –, não satisfaz decerto os requisitos exigidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/França (Le Mans) [18].

32. Por fim, parece-me importante salientar que o procedimento de adjudicação dos contratos de definição assenta num favorecimento. Enquanto a economia geral da directiva visa a protecção da promoção da concorrência entre os operadores económicos, os contratos de definição dirigem-se apenas a um certo tipo de operadores económicos — aqueles, e apenas aqueles, que têm tanto capacidade de concepção como de construção. Pela sua própria natureza, no âmbito do procedimento de adjudicação dos contratos de definição procede-se a esta pré-selecção entre todos os operadores económicos potenciais. Considero que isso é contrário ao espírito das normas comunitárias em matéria de contratos públicos. É manifesto

17 — Acórdão já referido na nota 15, n.º 34.

18 — Acórdão já referido na nota 15. Cf. Arrowsmith, S., The Law of Public and Utilities Procurement, Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 448: «as directivas actuais (…) não contêm uma exigência expressa de especificações precisas em procedimentos abertos ou restritos. Porém, o princípio da transparência pode implicar tal exigência. Por exemplo, não será provavelmente aceitável indicar simplesmente um requisito de um concurso para 'uma escola' sem fornecer indicações claras sobre, por exemplo, o número de alunos e o tipo principal de instalações exigidas. Deve existir uma precisão razoável o mais tardar no momento da abertura do concurso».

que, independentemente do modo pelo qual os contratos de definição evoluam em cada caso específico, a solução prevista pelo procedimento resultará sempre num concurso que é limitado por natureza.

33. Decorre das considerações anteriores que as disposições controvertidas permitem a adjudicação de contratos mediante concurso limitado em situações não previstas pela directiva, sem que possam ser justificadas por qualquer das excepções previstas na directiva.

IV — Despesas

34. O artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo dispõe que a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Francesa e tendo esta sido vencida, deve ser condenada nas despesas.

V — Conclusão

35. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

— declare que a República Francesa violou as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2.º, 28.º e 31.º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, ao aprovar e manter em vigor os artigos 73.º e 74.º-IV do Código dos contratos públicos (Code des marchés publics), aprovado pelo Decreto n.º 2006-975 de 1 de Agosto de 2006, porquanto essas disposições prevêem um procedimento de adjudicação de contratos de definição (contratos públicos destinados a estabelecer os parâmetros, incluindo o objectivo, de um contrato de empreitada de obras públicas ou de um contrato

público de fornecimento ou de serviços) que permite a uma entidade adjudicante adjudicar um contrato de empreitada de obras públicas ou um contrato público de fornecimento ou de serviços a um dos titulares dos contratos de definição iniciais por concurso limitado a esses titulares;

— condene a República Francesa nas despesas.