ACÓRDÃO DO TRIBUNAL (Quarta Secção)
20 de Setembro de 1988 *

No processo 31/87,

que tem por objecto um pedido apresentado ao Tribunal, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, pelo Arrondissementsrechtbank de Haia, Sexta Secção, destinado a obter no processo pendente neste órgão jurisdicional entre

Gebroeders Beentjes BV

e

Estado dos Países Baixos

uma decisão prejudicial sobre a interpretação da Directiva 71/305 do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p 5; EE 17 F1 p. 9),

O TRIBUNAL (Quarta Secção),

constituído pelos Srs. G. C. Rodríguez Iglesias, presidente de secção, T. Koopmans e C. N. Kakouris, juízes,

advogado-geral: M. Darmon
secretário: J.-G. Giraud

vistas as observações apresentadas:

— em representação do Governo italiano por P. G. Ferri,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias por R. Wainwright e R. Barents,

* Língua do processo: neerlandês.

visto o relatório para audiência e após a realização desta em 8 de Março de 1988,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 4 de Maio de 1988,

profere o presente

Acórdão

1 Por acórdão de 28 de Janeiro de 1987, que deu entrada no Tribunal em 3 de Fevereiro seguinte, o Arrondissementsrechtbank de Haia submeteu, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, diversas questões prejudiciais relativas à interpretação da Directiva 71/305 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).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Beentjes BV ao Ministério da Agricultura e da Pesca dos Países Baixos a propósito da adjudicação de uma empreitada de obras públicas no âmbito de um emparcelamento.

3 No processo principal, Beentjes, parte recorrente, alegou que a decisão da entidade adjudicante de a preterir, tendo apresentado a proposta mais baixa, a favor de uma empresa que tinha apresentado uma proposta de montante imediatamente superior, foi tomada com violação das disposições da já citada directiva.

4 Foi neste contexto que o Arrondissementsrechtbank suspendeu a instância e solicitou ao Tribunal para se pronunciar, a título prejudicial, sobre as questões seguintes:

«1) Um organismo que apresente as características de uma "comissão local" considerada na Ruilverkavelingswet 1954 (lei neerlandesa de 1954 sobre emparcelamento) tal como vem indicado no ponto 5.3 do presente acórdão, deve ou não ser considerado como "Estado" ou uma das suas "colectividades territoriais" na acepção da directiva do Conselho de 26 de Julho de 1971 (JO L 185, p. 5)?

2) A já citada directiva permite afastar um proponente por razões tais como as referidas no ponto 6.2 do presente acórdão se no anúncio do concurso não indica critérios qualitativos a este propósito (mas se limita a remeter para as condições gerais que contêm uma reserva geral tal como a invoca o Estado no caso em apreço)?

3) Os particulares tal como a Beentjes podem invocar num processo civil como o do caso em apreço, as disposições da já citada directiva, que prevêem quais os casos e condições em que um proponente pode ser preterido por razões qualitativas, quando a legislação nacional na altura da transposição da directiva concedeu ao adjudicador poderes mais extensos de recusa da adjudicação da obra do que os permitidos pela directiva?»

5 No respeitante à segunda questão convém precisar que as considerações referidas no acórdão de reenvio dizem respeito aos motivos pelos quais a proposta de Beentjes foi afastada pelas entidades adjudicantes, que consideraram que Beentjes tinha uma experiência específica insuficiente para o trabalho a executar, que a sua proposta lhes parecia menos aceitável e que não parecia ter capacidade para empregar desempregados de longa duração. Resulta do processo que, enquanto os dois primeiros critérios acima referidos estão previstos no artigo 21.° do Regulamento Uniforme em Matéria de Adjudicação de 21 de Dezembro de 1971 (Uniform Aanbestedingsreglement a seguir designado «UAR»), para que remete o anúncio do concurso ora em litígio, a condição relativa ao emprego dos desempregados de longa duração era explicitamente considerada no referido anúncio.

6 Para mais ampla exposição dos antecedentes do litígio do processo principal, das disposições comunitárias e nacionais em causa, das observações escritas apresentadas ao Tribunal e da tramitação processual remete-se para o relatório para audiência. Estes elementos do processo apenas serão adiante retomados na medida do necessário para a fundamentação da decisão do Tribunal.

Quanto à primeira questão

7 A primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional visa, em substância, saber se a Directiva 71/305 se aplica à adjudicação de empreitadas de obras públicas por um organismo como a comissão local de emparcelamento.

8 Resulta do processo que a comissão local de emparcelamento é um organismo desprovido de personalidade jurídica própria cuja tarefa e composição está regulamentada por lei e cujos membros são designados pela delegação provincial da região respectiva. A comissão local está obrigada a aplicar uma instrução dada por uma comissão central criada por decreto real e cujos membros são designados pela Coroa. O respeito das obrigações decorrentes de actos jurídicos da Comissão são garantidos pelo Estado, que financia as obras públicas cuja adjudicação pertence à comissão local em causa.

9 Cabe lembrar que a Directiva 71/305 tem por objectivo a coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas concluídas nos Estados-membros por conta do Estado, das colectividades territoriais e de outras pessoas colectivas de direito público.

10 Nos termos do artigo 1.° alínea b) da directiva, são de considerar como entidades adjudicantes o Estado, as colectividades territoriais e as pessoas colectivas de direito público enumeradas na lista do anexo I.

11 A noção de Estado, na acepção desta disposição, deve ter uma interpretação funcional. O objectivo da directiva, que pretende a realização efectiva da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas, seria de facto comprometido se a aplicação do regime da directiva devesse ser excluído pelo facto de um contrato de empreitada de obras públicas ter sido adjudicado por um organismo que, tendo sido criado para executar tarefas que lhe foram conferidas por lei, não se integra formalmente na administração do Estado.

12 Por conseguinte, um organismo como o do caso em apreço, cuja composição e funções estão previstas por lei e que depende dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, pela garantia das obrigações decorrentes dos seus actos e pelo financiamento dos contratos de empreitada de obras públicas que está encarregado de adjudicar, deve ser considerado como parte integrante do Estado na acepção da já citada disposição mesmo que nele se não integre formalmente.

13 Cabe responder à primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional que a Directiva 71/305 se aplica às adjudicações de empreitadas de obras públicas feitas por organismos como a comissão local de emparcelamento.

Quanto à segunda questão

14 A segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional pretende, por um lado, saber se a Directiva 71/305 se opõe à exclusão de um proponente pelas razões seguintes:

— falta de experiência específica para o trabalho a executar;

— proposta que não parece ser a mais aceitável à entidade adjudicante;

— incapacidade do empreiteiro empregar desempregados de longa duração.

Por outro lado, visa precisar as exigências de publicidade prévias impostas pela directiva para o uso destes critérios no caso de eles deverem ser considerados compatíveis com a directiva.

15 No sistema da directiva, e nomeadamente do título IV (disposições comuns sobre a participação), a verificação da aptidão dos empreiteiros para executar as obras a adjudicar e a adjudicação das obras são duas operações diferentes no âmbito da adjudicação de uma empreitada de obras públicas. De facto, o artigo 20.° da directiva prevê que a adjudicação da empreitada se faça depois de verificada a aptidão dos empreiteiros.

16 Mesmo se a directiva, que pretende a coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas, respeitando, na medida do possível, os processos e as práticas em vigor em cada um dos Estados-membros (segundo considerando) não exclui que a verificação da aptidão dos proponentes e a adjudicação das obras possam ter lugar simultaneamente, as duas operações são reguladas por normas diferentes.

17 O já citado artigo 20.° prevê que a verificação da aptidão dos empreiteiros seja feita por entidades adjudicantes de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica mencionados nos artigos 25.° a 28.° O objectivo desses artigos não é delimitar a competência dos Estados-membros para fixar o nível de capacidade económica, financeira e técnica requerido com vista à participação nas diferentes empreitadas de obras públicas, mas determinar quais as referências demonstrativas ou os meios de prova que podem ser fornecidos para demonstrar a capacidade financeira, económica e técnica dos empreiteiros (ver acórdão de 9 de Julho de 1987, CEI e Bellini, 27 a 29/86, Colect., p. 3347). Contudo, resulta dessas disposições que as entidades adjudicantes não podem efectuar a verificação da aptidão dos empreiteiros a não ser com base em critérios assentes na sua capacidade económica, financeira e técnica.

18 No que respeita aos critérios de adjudicação das obras, o n.° 1 do artigo 29.° prevê que as entidades adjudicantes se baseiem ou unicamente no preço mais baixo, ou, quando a adjudicação se faz à proposta economicamente mais vantajosa, em diversos critérios variáveis consoante as obras, por exemplo: o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rendibilidade, o valor técnico.

19 Se a segunda alternativa deixa às entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação das obras que entendam fixar, essa escolha só pode fazer-se entre critérios para identificação da proposta economicamente mais vantajosa. De facto, é apenas a título de excepção que o n.° 4 do mesmo artigo admite que a adjudicação possa ser baseada em critérios de natureza diversa «no âmbito de uma regulamentação que vise beneficiar certos concorrentes de uma preferência a título de auxílio, desde que a regulamentação invocada seja compatível com o Tratado e, designadamente, com os artigos 92.° e seguintes».

20 Deve ainda lembrar-se que a directiva não estabelece uma regulamentação comunitária uniforme e exaustiva, mas que, no quadro das regras comuns que contém, os Estados-membros são livres de manter ou aprovar regras materiais e processuais em matéria de empreitadas de obras públicas, desde que respeitem todas as pertinentes disposições do direito comunitário e nomeadamente as proibições que decorrem dos princípios consagrados pelo Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços (acórdão de 9 de Julho de 1987, já citado).

21 Por fim, com vista a satisfazer o objectivo da directiva de assegurar o desenvolvimento de uma concorrência efectiva no âmbito das empreitadas de obras públicas, os critérios e condições que regulamentam cada concurso devem ser objecto de adequada publicidade por parte das entidades adjudicantes.

22 Para este efeito, o título III da directiva estabelece uma publicidade comunitária dos anúncios de concursos feita pelas entidades adjudicantes dos Estados-membros de modo a dar aos empreiteiros da Comunidade um conhecimento suficiente das prestações a fornecer e das condições adequadas para poderem apreciar se os concursos propostos lhes interessam. Ao mesmo tempo, as informações suplementares relativas aos concursos devem constar, como é de uso entre os Estados-membros, do caderno de encargos respeitante a cada concurso ou noutro documento equivalente (ver os nono e décimo considerandos da directiva).

23 É à luz do que acaba de ser dito que devem ser examinados os diferentes elementos da questão suscitada pelo órgão jurisdicional nacional.

24 A tomada em consideração da experiência específica para o trabalho a executar está baseada na capacidade técnica dos proponentes. Temos de convir portanto que se trata de um critério legítimo de verificação da aptidão dos empreiteiros face aos artigos 20.° e 26.° da directiva.

25 No que respeita à exclusão de um proponente por a sua proposta aparecer como menos aceitável às entidades adjudicantes, resulta do processo que esse critério estava previsto pelo artigo 21.° do regulamento uniforme em matéria de adjudicação de 21 de Dezembro de 1971 (UAR), já citado. De facto, nos termos do n.° 3 do referido artigo «as empreitadas são adjudicadas ao proponente cuja proposta parecer mais favorável à entidade adjudicante».

26 A compatibilidade desta disposição com a directiva depende da sua interpretação no âmbito do direito nacional. De facto ela seria incompatível com o artigo 29.° da directiva na medida em que tivesse como resultado conferir às entidades adjudicantes uma liberdade sem condições de adjudicação das obras em causa a um proponente.

27 Em compensação, ela não é incompatível com a directiva se for interpretada no sentido de conferir às entidades adjudicantes um poder de apreciação que lhes permita comparar as diferentes propostas e escolher a mais vantajosa com base em critérios objectivos tais como os enumerados a título exemplificativo no n.° 2 do artigo 29.° da directiva.

28 No que respeita à exclusão de um proponente pelo facto de não estar em condições de empregar desempregados de longa duração, temos de convir, antes de mais, em que essa condição não tem que ver nem com a verificação da aptidão dos empreiteiros com base na sua capacidade económica, financeira e técnica, nem com os critérios de adjudicação das obras enumerados no artigo 29.° da directiva.

29 Resulta do já citado acórdão de 9 de Julho de 1987 que, para ser compatível com a directiva, tal condição deve respeitar todas as disposições pertinentes de direito comunitário e, nomeadamente, as disposições que decorrem dos princípios consagrados pelo Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços.

30 A exigência de empregar desempregados de longa duração poderia violar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade consagrado no n.° 2 do artigo 7.° do Tratado no caso de se verificar que essa condição apenas poderia ser preenchida pelos proponentes nacionais ou que seria mais dificilmente preenchida por proponentes de outros Estados-membros. Cabe ao juiz nacional verificar, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto, se a exigência dessa condição tem ou não uma incidência discriminatória directa ou indirecta.

Mesmo que os critérios em causa não sejam enquanto tais incompatíveis com a directiva, a sua aplicação deve ter lugar no respeito de todas as normas processuais da directiva e nomeadamente das regras de publicidade dela constantes. Devem portanto interpretar-se essas disposições de modo a precisar as exigências que delas decorrem para os diferentes critérios considerados pelo órgão jurisdicional nacional.

32 Resulta do processo que o critério da experiência específica para o trabalho a realizar e o da proposta mais favorável não foram referidos no caso em apreço nem no caderno de encargos nem nos anúncios de adjudicação, mas que tais critérios decorrem do já citado artigo 21.° do Regulamento Uniforme em Matéria de Adjudicação (UAR), para o qual o anúncio de concurso fazia uma remissão geral. Em compensação, a condição de emprego dos desempregados de longa duração era objecto de disposições particulares do caderno de encargos e estava explicitamente indicada no anúncio do concurso publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias.*

33 No que concerne o critério da experiência específica para o trabalho a realizar, verifica-se que, se o último parágrafo do artigo 26.° da directiva obriga as entidades adjudicantes a indicar no anúncio quais destes elementos de capacidades técnicas do empreiteiro pretendem obter, ele não lhes impõe que façam constar os critérios em que entendem basear-se para a verificação da aptidão dos empreiteiros.

34 Contudo, para que o anúncio possa preencher a sua função de permitir aos empreiteiros da Comunidade apreciar se um concurso lhes interessa é preciso que ele contenha uma indicação, ainda que sumária, das condições particulares requeridas para ser considerado apto a propor-se ao concurso a realizar. Não se pode contudo exigir essa indicação quando se trate, como no caso em apreço, não de uma condição particular de aptidão, mas de um critério que é indissociável da própria noção de verificação da aptidão.

35 No que respeita ao critério da «proposta mais favorável», temos de convir em que, mesmo se tal critério deve ser compatível com a directiva quanto às condições acima referidas, resulta do próprio teor dos n.^{os} 1 e 2 do artigo 29.° da directiva que, quando as entidades adjudicantes não utilizam como único critério para adjudicação das obras o do preço mais baixo, mas se baseiam em diversos critérios por forma a adjudicar a obra à proposta economicamente mais vantajosa, devem indicar esses critérios ou no anúncio do concurso, ou no caderno de encargos. Por conseguinte, a remissão geral para uma disposição da legislação nacional não pode satisfazer esta exigência de publicidade.

36 No que se refere à condição do emprego de desempregados de longa duração, temos de convir em que, tratando-se de uma condição particular suplementar, deve ser mencionada no anúncio de modo que os empreiteiros estejam em condições de ter conhecimento da sua existência.

37 Deve responder-se à segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional que:

— o critério da experiência específica para o trabalho a executar é um critério legítimo de capacidade técnica com vista à verificação da aptidão dos empreiteiros. Quando tal critério resulta de uma disposição da legislação nacional para a qual remete o anúncio do concurso, tal critério não está submetido por força da directiva a exigências particulares de publicidade no anúncio ou no caderno de encargos;

— o critério da «proposta mais favorável» tal como resulta de uma disposição da legislação nacional pode ser compatível com a directiva se exprimir o poder de apreciação reconhecido às entidades adjudicantes com vista a identificar a proposta economicamente mais favorável com base em critérios objectivos e se não contiver qualquer elemento arbitrário de escolha. Resulta dos n.os 1 e 2 do artigo 29.° da directiva que, quando as entidades adjudicantes não utilizam como único critério de adjudicação das obras o preço mais baixo, mas se baseiam em diversos critérios com vista a adjudicar a obra à proposta economicamente mais vantajosa, devem mencionar esses critérios ou no anúncio do concurso ou no caderno de encargos;

— a condição de emprego dos desempregados de longa duração é compatível com a directiva se não tiver incidência discriminatória directa ou indirecta em relação a proponentes de outros Estados-membros da Comunidade. Tal condição particular suplementar deve ser obrigatoriamente mencionada no anúncio do concurso.

Quanto à terceira questão

38 A terceira questão visa, em substância, saber se as disposições dos artigos 20.°, 26.° e 29.° da Directiva 71/305 podem ser invocados por particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

39 A este propósito cabe lembrar antes de mais que, tal como o Tribunal já entendeu no acórdão de 10 de Abril de 1984 (Von Colson e Kamann, 14/83, Recueil, p. 1891), a obrigação dos Estados-membros, decorrente de uma directiva, de alcançar o resultado previsto por esta, bem como o dever, por força do artigo 5.° do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou particulares adequadas a assegurar a realização dessa obrigação, impõe-se a todas as autoridades dos Estados-membros, incluindo, no âmbito da sua competência, as autoridades jurisdicionais. Daí decorre que ao aplicar o direito nacional e, nomeadamente, as disposições de uma lei nacional especialmente criada com vista à execução da directiva, o órgão jurisdicional nacional deve interpretar o direito nacional à luz do texto e do objectivo da directiva para alcançar o resultado considerado no n.° 3 do artigo 189.° do Tratado.

40 Cabe lembrar seguidamente que, segundo jurisprudência constante do Tribunal (ver em último lugar o acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall, 152/84, Colect., p. 723), em todos os casos em que as disposições de uma directiva aparecem como sendo, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, os particulares podem invocá-las perante o Estado quer quando este se abstem de transpor, nos prazos da directiva, para o direito nacional, quer quando faz uma transposição incorrecta.

41 Cabe examinar se as disposições em causa da já citada Directiva 71/305 aparecem como sendo, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas para serem invocadas por um particular perante o Estado.

42 Tal como o Tribunal já decidiu no acórdão de 10 de Fevereiro de 1982 (Transporoute, 76/81, Recueil, p. 417) a propósito do artigo 29.°, as regras de participação e publicidade da directiva têm por objectivo proteger o proponente do arbítrio da entidade adjudicante.

43 A este propósito, tal como foi exposto no quadro da resposta à segunda questão, as regras em causa prevêem nomeadamente, por um lado, que, para a verificação da aptidão dos empreiteiros, as entidades adjudicantes se baseiam em critérios de capacidade económica, financeira e técnica e que a adjudicação da obra se faz com base ou unicamente no preço mais baixo, ou em diversos critérios relativos à proposta; e, por outro lado, determinam as exigências de publicidade dos critérios

seguidos pelas entidades adjudicantes bem como dos elementos comprovativos que elas pretendem obter. Não sendo necessária nenhuma medida particular de execução para o respeito dessas exigências, as obrigações que daí resultam para os Estados-membros são portanto incondicionais e suficientemente precisas.

44 Deve, portanto, responder-se à terceira questão que as disposições dos artigos 20.°, 26.° e 29.° da Directiva 71/305 podem ser invocadas por um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

Quanto às despesas

45 As despesas efectuadas pela Comissão das Comunidades Europeias e pela República Italiana, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL (Quarta Secção),

pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo Arrondissementsrechtbank de Haia, por acórdão de 28 de Janeiro de 1987, declara:

1) **A Directiva 71/305 aplica-se a empreitadas de obras públicas adjudicadas por um organismo tal como uma comissão local de emparcelamento.**

2) **— O critério da experiência específica para o trabalho a realizar é um critério legítimo de capacidade técnica com vista à verificação da aptidão dos empreiteiros. Quando tal critério resulte de uma disposição da legislação nacional para a qual remete o anúncio do concurso, tal critério não está sujeito, por força da directiva, a exigências particulares de publicidade no anúncio ou no caderno de encargos.**

— **O critério da «proposta mais favorável» tal como resulta de uma disposição da legislação nacional pode ser compatível com a directiva se exprimir o poder de apreciação reconhecido às entidades adjudicantes com vista a identificar a proposta economicamente mais vantajosa com base em critérios objectivos e se não comportar, portanto, qualquer elemento arbitrário de escolha. Resulta dos n.os 1 e 2 do artigo 29.° da directiva que, quando as entidades adjudicantes não utilizam como único critério de adjudicação da obra o preço mais baixo, mas se baseiam em diversos elementos com vista a adjudicar a obra à proposta economicamente mais vantajosa, devem mencionar esses critérios ou no anúncio do concurso, ou no caderno de encargos.**

— **A condição do emprego de desempregados de longa duração é compatível com a directiva se não tiver incidência discriminatória directa ou indirecta perante os proponentes provenientes de outros Estados-membros da Comunidade. Tal condição particular suplementar deve ser obrigatoriamente mencionada no anúncio do concurso.**

3) **As disposições dos artigos 20.°, 26.° e 29.° da Directiva 71/305 podem ser invocadas por um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais.**

Rodríguez Iglesias Koopmans Kakouris

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, a 20 de Setembro de 1988.

O secretário

J.-G. Giraud

O presidente da Quarta Secção

G. C. Rodríguez Iglesias