4. 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 a transpor, nos prazos da directiva, para o direito nacional, quer quando faz uma transposição incorrecta.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo 31/87 *

I — Enquadramento jurídico

1. *Direito comunitário*

A Directiva 71/305 de 26 de Julho de 1971 (EE 17 F1 p. 9) visa assegurar a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas celebradas nos Estados-membros por conta do Estado, das colectividades territoriais e de outras pessoas colectivas de direito público, por uma coordenação dos processos de adjudicação dessas empreitadas, paralelamente à eliminação de restrições.

As questões suscitadas no presente processo dizem respeito à interpretação, por um lado, das disposições da directiva que fixam o âmbito de aplicação *ratione personae*, e, por outro, às disposições relativas aos critérios de selecção qualitativa das empresas bem como aos critérios de adjudicação que constam do título IV, que fixa as disposições comuns sobre a participação.

No respeitante ao âmbito de aplicação da directiva, o artigo 1.° estabelece que são consideradas como entidades adjudicantes, para efeitos do disposto na directiva, o Estado, as colectividades territoriais e as pessoas colectivas de direito público enumeradas no anexo I.

Quanto às condições de acesso das empresas às empreitadas e às condições de adjudicação destas, as disposições que estão em causa nesse processo são as seguintes:

— o artigo 26.°, que dispõe que a demonstração da capacidade técnica do empreiteiro pode ser feita:

«b) pela lista das obras executadas nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados de boa execução relativos às obras mais importantes...»;

* Língua do processo: neerlandês.

— o artigo 29.°, que dispõe:

«1. Os critérios nos quais as entidades adjudicantes se basearão para adjudicar as obras são:

— ou unicamente o preço mais baixo;

— ou, quando a adjudicação se faz à proposta economicamente mais vantajosa, diversos critérios variáveis consoante as obras, por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rendibilidade, o valor técnico.

2. Neste último caso, as entidades adjudicantes mencionarão, no caderno de encargos ou no anúncio do concurso todos os critérios de adjudicação cuja aplicação prevêem, se possível na ordem decrescente da importância que lhes é atribuída...

3. ...

4. O disposto no n.° 1 não é aplicável quando um Estado-membro se baseie noutros critérios para a adjudicação de empreitadas, 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.»

2. *Direito nacional*

A regulamentação nacional pertinente é constituída no essencial por:

— o artigo 51.° da Ruilverkavelingswet 1954 (lei neerlandesa sobre o emparcelamento) que regulamenta a natureza e as funções das comissões locais de emparcelamento;

— o decreto de 6 de Abril de 1973, aprovado para dar execução à Directiva 71/305, e cujo artigo 6.° remete para o regulamento uniforme relativo às adjudicações para as empreitadas submetidas ao concurso público;

— o artigo 21.° do regulamento uniforme em matéria de adjudicação que, em relação à escolha do empreiteiro dispõe:

«1. A entidade adjudicante não é obrigada a adjudicar as obras.

2. Apenas são considerados aptos para obras públicas os proponentes cuja capacidade para executar trabalhos não suscita qualquer dúvida na opinião da entidade adjudicante, quer no plano técnico, quer no plano económico e financeiro ou no da organização.

3. Sem prejuízo das disposições do n.° 2, as obras são adjudicadas ao proponente cuja oferta aparece como a mais aceitável à entidade adjudicante.

4. ...»

II — O litígio no processo principal

A 21 de Junho de 1984, a comissão local de emparcelamento do Waterland procedeu a

uma adjudicação pública no âmbito de uma operação de emparcelamento. O caderno de encargos da adjudicação em causa mencionava que o processo devia estar conforme às disposições do Regulamento Uniforme em Matéria de Adjudicação (Uniform Aanbestedingsreglement, a seguir designado «UAR»). O caderno de encargos não mencionou critérios qualitativos específicos.

A obra não foi adjudicada à empresa que apresentou proposta mais favorável, no caso em apreço Beentjes, mas à que tinha proposto um montante imediatamente superior. A comissão local fundamentou a sua escolha declarando que faltava à empresa Beentjes uma experiência específica para os trabalhos em causa, que a proposta de Beentjes lhe parecia menos aceitável e que Beentjes não tinha capacidade para empregar desempregados de longa duração quando esse ponto era objecto das disposições especiais do caderno de encargos.

A empresa Beentjes atacou judicialmente o Estado neerlandês invocando nomeadamente o facto de a comissão local não ter cumprido as disposições da Directiva 71/305 do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas. Sustentou que a comissão local é juridicamente equiparável a um órgão do poder central e que, de qualquer forma, o Estado é responsável pelos actos de tal comissão. Esta deveria portanto ter aplicado as disposições da Directiva 71/305, aplicável à adjudicação em causa com base no decreto de 6 de Abril de 1973, relativo à regulamentação da adjudicação de empreitadas de obras públicas. Ora nenhum dos fundamentos alegados pela comissão local para adjudicar a obra à Beentjes está em conformidade com as normas relativas aos critérios de adjudicação de obras públicas estabelecidas pela directiva, normas que a empresa considera estar no direito de invocar perante o órgão jurisdicional nacional.

O Estado neerlandês opôs-se ao pedido da Beentjes argumentando que a comissão local não pode ser considerada como fazendo parte do Estado, e que de qualquer modo, uma adjudicação feita nos termos do procedimento previsto no regulamento uniforme preenche as condições estabelecidas na Directiva 71/305. Em especial, o n.° 2 do artigo 21.° do UAR, que dispõe que apenas sejam tomados em consideração «os proponentes cuja aptidão para executar as obras não suscite qualquer dúvida na opinião da entidade adjudicante, quer no plano técnico, quer económico ou financeiro ou no da organização» sempre foi considerado compatível com a directiva.

III — Questões prejudiciais

Considerando que a solução do litígio está ligada à interpretação da Directiva 71/305, o Arrondissementsrechtbank de Haia suspendeu a instância e ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CEE colocou ao Tribunal as seguintes questões prejudiciais:

«1) Um organismo que apresente as características de uma "comissão local" considerado 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 de 26 de Julho de 1971 (JO L 185, p. 5)?

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

3) Os particulares tais como a Beentjes podem invocar, num processo civil como o do caso em apreço, disposições da já citada directiva, que prevêem quais os casos e condições em que um proponente pode ser excluído da adjudicação 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?»

A fim de esclarecer o Tribunal, a jurisdição de reenvio refere que a execução do emparcelamento está confiada a uma comissão local designada pelo conselho provincial da província em causa, que uma comissão local se compõe, em princípio, de um máximo de cinco elementos, que o Estado garante o respeito das obrigações decorrentes de actos jurídicos da comissão local, que esta é obrigada a aplicar uma instrução dada por uma comissão central criada por decreto real e cujos membros são designados pela Coroa, e que a comissão local é desprovida da personalidade jurídica própria.

IV — Tramitação no Tribunal

O acórdão de reenvio foi registado na Secretaria do Tribunal em 3 de Fevereiro de 1987.

Nos termos do artigo 20.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CEE, foram apresentadas observações escritas em representação da Comissão das Comunidades Europeias por Richard Wainwright, consultor jurídico, e René Barents, membro do seu Serviço Jurídico, e em representação do Governo italiano por Pier Giorgio Ferri, avvocato dello Stato.

Com base no relatório do juiz relator e ouvido o advogado-geral, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução prévia.

V — Resumo das observações escritas apresentadas perante o Tribunal

1. *Quanto à primeira questão*

O Governo italiano abstém-se de tomar posição quanto à primeira questão, uma vez que entende que se trata de um problema de interpretação estritamente limitado à aplicação da directiva na ordem jurídica neerlandesa.

A Comissão considera que, contrariamente ao que sustentou o Estado neerlandês no processo principal baseando-se num acórdão proferido em 1984 pelo Hoge Raad, deve responder-se afirmativamente à primeira questão.

Para chegar a esta conclusão a Comissão baseia-se em primeiro lugar nas disposições do Tratado relativas ao direito de estabele-

cimento e à livre prestação de serviços cujo objectivo exige que a noção de Estado abarque igualmente os organismos que, embora não pertencentes à administração, são, no respeitante à sua composição e funcionamento, totalmente dependentes do Estado tanto no plano da organização como no plano financeiro.

Em segundo lugar, a Comissão baseia-se no acórdão do Tribunal de 24 de Novembro de 1982 (Comissão/Irlanda, 249/81, Recueil, p. 4005), no qual o Tribunal considerou que a Irlanda era responsável pelas medidas contrárias ao artigo 30.° do Tratado tomadas por um organismo de direito privado, mas controlado maioritariamente pelo Estado; este raciocínio deve ser igualmente válido para as disposições relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

Por fim a Comissão elenca um determinado número de características da comissão local que sugerem que o seu vínculo com o Estado é bem mais estreito do que no caso do já citado acórdão, a saber: o estatuto legal da comissão local que a diferencia de um organismo de direito privado, a nomeação dos seus membros pelo conselho provincial da região, a dependência total em relação ao funcionamento da comissão central nomeada pela Coroa, bem como o facto de os trabalhos atribuídos pela comissão local serem financiados pelos poderes públicos e o respeito das suas obrigações ser garantido pelo Estado.

A Comissão entende, portanto, que um organismo que reúne as características da comissão local de emparcelamento integra a noção de Estado na acepção do artigo 1.°, alínea b) da directiva.

2. *Quanto à segunda questão*

A Comissão e o Governo italiano sustentam que deve dar-se uma resposta negativa à segunda questão colocada pelo tribunal de reenvio.

O Governo italiano sublinha que a verificação da aptidão do empreiteiro e a apreciação da proposta constituem duas operações diferentes, autónomas e sucessivas. Tal resultaria, em sua opinião, do artigo 20.° da directiva, que estabelece que a adjudicação da empreitada se faz «*depois* de verificada a aptidão dos empreiteiros...» A aptidão do concorrente deve, portanto, ser apreciada por decisão anterior e prévia à que respeita à adjudicação das obras em conformidade com os critérios admitidos no artigo 29.° da directiva.

Um processo de adjudicação, como o do caso vertente, onde o juízo desfavorável respeitante ao empreiteiro concorrente foi expresso depois de a sua proposta ter sido considerada como a melhor, não estaria em conformidade com o artigo 20.° da directiva devido ao facto de a aptidão não ter sido verificada previamente à apreciação da proposta. Seria igualmente incompatível com o artigo 29.° da referida directiva na medida em que a adjudicação das obras foi feita com base em critérios subjectivos e não objectivos, os únicos admitidos por este artigo da directiva.

A Comissão, por seu turno, argumenta que, no respeitante aos critérios de selecção qualitativos, quando nenhuma das referências consideradas nos artigos 25.° e 26.° da directiva é exigida no anúncio para apresentação de propostas, um empreiteiro não pode ser excluído com base em considerações que se relacionam com a sua capacidade finan-

ceira, económica ou técnica. Quanto aos critérios de adjudicação das obras, por força do artigo 29.° da directiva, a obra deve ser atribuída ao concorrente que apresentou a proposta com preço mais baixo, salvo se foi indicado expressamente no anúncio para apresentação de proposta que a obra seria adjudicada à proposta economicamente mais vantajosa e se foram fixados nesse anúncio os critérios de determinação de tal proposta.

Decorre do que antecede que, no caso de o anúncio de apresentação de propostas se limitar, para a fixação de critérios de selecção qualitativa ou de critérios de adjudicação de obras, a remeter para uma norma geral do regulamento de adjudicação, a obra deve ser adjudicada ao proponente que apresentou a proposta mais baixa, se nem o anúncio nem os documentos a que ele se refere contiverem precisões relativas às referências exigidas para a selecção qualitativa ou relativos a critérios de adjudicação.

3. *Quanto à terceira questão*

A Comissão e o Governo italiano estão de acordo em que se responda afirmativamente à terceira questão.

O Governo italiano salienta que para decidir se as disposições de uma directiva produzem efeitos de que um particular pode directamente prevalecer-se, é preciso, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal, analisar se essas disposições são, quanto ao seu conteúdo, precisas e incondicionais. Na opinião do Governo italiano, as disposições da Directiva 71/305 têm um valor que ultrapassa a simples harmonização de legislações. De facto, limitanto o carácter discricionário das decisões relativas à participação numa adjudicação e garantindo a sua transparência, essas disposições visam garantir aos operadores económicos da Comunidade o acesso às actividades em condições de igualdade que excluem discriminações abertas ou disfarçadas.

O Governo italiano conclui, por conseguinte, que deve responder-se afirmativamente à terceira questão na medida em que o particular se prevalece das já citadas disposições da Directiva 71/305 para proteger o seu direito de participação na adjudicação que lhe foi negado por aplicação das normas nacionais não conformes com as disposições da directiva.

A Comissão salienta que resulta do acórdão de 10 de Fevereiro de 1982 (Transporoute, 76/81, Recueil, p. 417) que os particulares podem invocar perante o tribunal nacional as disposições da directiva relativas à selecção qualitativa dos proponentes e à adjudicação de empreitadas de obras públicas.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juiz relator