CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MICHAEL B. ELMER

apresentadas em 11 de Maio de 1995 *

1. O presente litígio incide sobre a questão de saber se a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado por não ter dado cumprimento, antes de 3 de Fevereiro de 1993, a duas directivas sobre, respectivamente, os processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público e os processos de adjudicação das empreitadas de obras públicas.

2. A primeira destas directivas é a Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, que altera a Directiva 77/62/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público e que revoga certas disposições da Directiva 80/767/CEE [1] (a seguir «Directiva 88/295»). Nos termos do artigo 20.° desta directiva, os Estados-Membros deviam pôr em vigor as medidas necessárias para dar cumprimento à directiva o mais tardar em 1 de Janeiro de 1989 e informar imediatamente a Comissão desse facto. A directiva foi provisoriamente transposta na República Federal da Alemanha por meio de uma «innerstaatliche Verwaltungsvorschrift» dirigida por carta do ministro federal da Economia de 22 de Dezembro de 1988. O Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — procedeu, além disso, à luz da directiva, a alterações da Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — Teil A (a seguir «VOL/A»), e as disposições alteradas foram publicadas, ao cuidado do ministro federal alemão da Economia, no *Bundesanzeiger*, em 6 de Março de 1990.

3. A segunda directiva é a Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [2] (a seguir «Directiva 89/440»). Nos termos do artigo 3.° desta directiva, os Estados-Membros deveriam pôr em vigor as medidas necessárias para dar cumprimento à directiva o mais tardar um ano após a data da sua notificação e informar imediatamente a Comissão desse facto. A directiva foi notificada aos Estados-Membros em 19 de Julho de 1989, e o prazo de transposição da directiva terminava portanto em 19 de Julho de 1990. O Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen procedeu, à luz da directiva, a uma reformulação da Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (a seguir «VOB/A»), e as disposições alteradas foram

* Língua original: dinamarquês.

1 — JO L 127, p. 1.

2 — JO L 210, p. 1.

publicadas, ao cuidado do Ministério federal do Reordenamento do Território, da Construção e do Urbanismo, no *Bundesanzeiger*, em 19 de Julho de 1990.

4. Por cartas de notificação de incumprimento de 27 de Fevereiro de 1992, a Comissão informou a República Federal da Alemanha que, em sua opinião, não tinham sido tomadas as medidas de transposição necessárias na República Federal no que toca a estas directivas. A VOL/A e a VOB/A deviam, segundo a Comissão, ser consideradas um conjunto de regras puramente privadas, e o facto de a administração ter, através de circulares administrativas, eventualmente recebido a instrução de as aplicar não criava direitos subjectivos em benefício dos particulares, permitindo a estes últimos invocar as regras aí contidas.

A Comissão, através de pareceres fundamentados de 3 de Dezembro de 1992, manteve que as directivas não tinham sido transpostas correctamente em direito alemão e ordenou à República Federal da Alemanha que adoptasse as medidas necessárias para o efeito no prazo de dois meses.

5. Por acção intentada em 3 de Novembro de 1993, a Comissão pediu ao Tribunal de Justiça que este declarasse que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado ao não tomar ou ao não comunicar no prazo fixado no parecer fundamentado todas as medidas necessárias para dar cumprimento às exigências resultantes das Directivas 88/295/CEE e 89/440/CEE. Na audiência, a Comissão precisou que os pedidos destinados a obter a declaração de violação do Tratado dizem apenas respeito à questão das directivas já referidas na República Federal da Alemanha em 3 de Fevereiro de 1993, data do termo do prazo fixado nos pareceres fundamentados. A questão de saber se a entrada em vigor de certas regras em 1 de Janeiro de 1994 implica uma transposição correcta das directivas é objecto de um exame distinto no seio da Comissão e poderá eventualmente dar origem a uma acção por incumprimento distinta.

6. Em apoio dos seus pedidos a Comissão sublinhou que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os Estados-Membros são obrigados a transpor as directivas na legislação nacional de modo que os particulares estejam em condições de conhecer os seus direitos e, eventualmente, de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais [3]. As duas directivas aqui em questão têm precisamente por objectivo colocar os fornecedores e empreiteiros em condições de invocar as regras de adjudicação das directivas relativamente aos adjudicantes públicos e, eventualmente, invocar a violação destas regras perante os órgãos jurisprudicionais nacionais.

3 — V., por exemplo, acórdão de 23 de Maio de 1985, Comissão/Alemanha (29/84, Recueil, p. 1661); acórdão de 9 de Abril de 1987, Comissão/Itália (363/85, Colect., p. 1733).

Uma transposição por meio de circulares é insuficiente para satisfazer estas exigências, dado que os particulares não as podem invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Também não basta integrar as regras da directiva nas VOL/A e VOB/A. Estes instrumentos foram elaborados por comités compostos de representantes de «Gebietskörperschaften», de câmaras de indústria e de federações sindicais. Os poderes que lhes são reconhecidos não têm qualquer base legal, e os conjuntos de regras que deles emanam devem ser qualificadas de regras processuais puramente privadas. A Comissão referiu-se a este respeito ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Comissão/Alemanha [4], relacionado com a implementação da Directiva 80/779/CEE [5] através de uma circular geral «Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft». Nos termos do n.º 20 do acórdão: «... a República Federal da Alemanha não mencionou qualquer jurisprudência nacional que reconheça expressamente a esta norma um efeito directo relativamente a terceiros, para além do seu efeito obrigatório em relação à administração. Sendo assim, não pode dizer-se que os particulares têm a possibilidade de conhecer com segurança a extensão dos seus direitos, de modo a poderem invocá-los, eventualmente, perante os tribunais nacionais, nem que aqueles cujas actividades podem gerar danos ambientais se encontram suficientemente informados da extensão das suas obrigações».

Os processos de recurso constantes da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos [6] (a seguir «Directiva 89/665») completam, segundo a Comissão, as possibilidades de os interessados invocarem perante os órgãos jurisdicionais nacionais violações às directivas contratos de direito público e não substituem estas últimas.

7. Na audiência, a República Federal da Alemanha precisou a sua posição quanto ao presente litígio do seguinte modo: é incontestável que a República Federal não informou, no prazo fixado, a Comissão no sentido previsto pelas directivas. No que diz respeito à implementação das directivas, na fase em que a mesma estava na República Federal da Alemanha no termo do prazo fixado no parecer fundamentado, a República Federal da Alemanha também não contesta que circulares gerais internas, tal como as VOL/A e VOB/A, não conferem aos particulares direitos susceptíveis de ser invocados perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Todavia, foi só com a Directiva 89/655 que foram estabelecidas regras quanto ao procedimento a seguir no âmbito dos recursos dirigidos contra infracções às directivas. Resulta do artigo 2.º, n.º 8, desta directiva que os Estados-Membros têm a faculdade de instituir processos de recursos análogos a uma fiscalização jurisdicional. O ponto de vista da Comissão segundo o qual resulta das directivas contratos de direito público que os particulares devem poder invocar violações das

4 — Acórdão de 30 de Maio de 1991 (C-361/88, Colect., p. I-2567).

5 — Directiva do Conselho de 15 de Julho de 1980 relativa a valores-limite e a valores-guia de qualidade do ar para o dióxido de enxofre e as partículas em suspensão (JO L 229, p. 30; EE 15 F2 p. 193).

6 — JO L 395, p. 33.

mesmas nos tribunais é contrário a esta directiva. De resto, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao efeito directo das directivas que os particulares têm a possibilidade de invocar, em relação aos poderes públicos, infracções às regras de adjudicação das directivas, por exemplo, através de uma acção de indemnização.

8. No decurso da instância, as partes examinaram um grande número de questões de pormenor quanto ao modo como as directivas tinham sido transpostas pela VOL/A e a VOB/A.

9. Como introdução, sublinharei que na sua jurisprudência o Tribunal de Justiça declarou que as directivas contratos de direito público conferem aos particulares direitos que estes últimos podem invocar, em certas condições, directamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais, contra o Estado e as entidades adjudicantes — v. acórdãos de 20 de Setembro de 1988, Beentjes [7], e de 22 de Junho de 1989, Costanzo [8].

10. A Directiva 89/665 é de 21 de Dezembro de 1989 e é portanto posterior aos acórdãos já referidos. A argumentação da República Federal da Alemanha quanto à importância desta directiva pressupõe portanto que esta última visava restringir os direitos que esta jurisprudência reconhecia aos particulares em relação às autoridades públicas. Uma análise do conteúdo e dos considerandos da directiva não fornece todavia qualquer elemento a favor de tal suposição. Pelo contrário, daí resulta que esta directiva pretendia reforçar «os mecanismos actualmente existentes, tanto a nível nacional como a nível comunitário... sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas» [9].

11. O artigo 189.°, terceiro parágrafo, do Tratado, relativo à transposição das directivas em direito interno, «não exige necessariamente uma repetição formal e textual das suas disposições por uma disposição legal expressa e específica...». Em função do conteúdo da directiva, pode «ser suficiente um contexto jurídico geral, desde que este assegure efectivamente a plena aplicação da directiva de modo suficientemente claro e preciso, a fim de que, no caso de a directiva se destinar a criar direitos aos particulares, os beneficiários tenham a possibilidade de conhecer a plenitude dos seus direitos e de os invocar, se for caso disso, perante os órgãos jurisdicionais nacionais» [10].

12. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os Estados-Membros não podem subtrair-se às obrigações que lhes são impostas pelo artigo 189.°, terceiro parágrafo, do Tratado, de transpor as directivas em direito

7 — 31/87, Colect., p. 4635.
8 — 103/88, Colect., p. 1839.
9 — V. segundo considerando.
10 — V. acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 3, n.° 7.

interno, remetendo para a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual os particulares têm o direito, em certas condições, de invocar directamente em juízo uma directiva em relação aos poderes públicos [11].

13. É incontestável no caso em apreço que as directivas referidas no pedido da Comissão só foram implementadas, no termo do prazo fixado no parecer fundamentado de 3 de Fevereiro de 1993, na República Federal da Alemanha através de circulares administrativas, e pelas VOL/A e VOB/A, que são disposições de direito privado. É igualmente incontestável no caso em apreço que estas últimas não conferem aos particulares direitos susceptíveis de ser invocados por estes últimos perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

14. Há assim que considerar procedentes os pedidos da Comissão respeitantes à violação do Tratado.

Na fase actual da instância, não há que decidir sobre as questões de pormenor relativas ao modo como as directivas foram implementadas pela VOL/A e a VOB/A.

15. Tendo a República Federal da Alemanha sido vencida, há que, em conformidade com os pedidos da Comissão, condená-la nas despesas da instância.

Conclusão

16. Atendendo às considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que decida o seguinte:

«— Ao não tomar nos prazos fixados todas as medidas necessárias para dar cumprimento às exigências resultantes da Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e da Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, que altera a Directiva 77/62/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos

11 — V. acórdão de 6 de Maio de 1980, Comissão/Bélgica (102/79, Recueil, p. 1473).

de fornecimento de direito público e que revoga certas disposições da Directiva 80/767/CEE, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado.

— A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas.»