CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CLAUS GULMANN

apresentadas em 30 de Junho de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. A partir de 1987, a Comissão procedeu, em colaboração com as autoridades espanholas, a um exame da legislação espanhola em matéria de adjudicação de contratos pelas autoridades públicas, a fim de verificar se se encontrava em conformidade com o direito comunitário. Aquele exame conduziu ao presente processo, a que a Comissão deu início através de notificação de incumprimento de 19 de Dezembro de 1990 e no quadro do qual pede a declaração de que cerca de trinta disposições espanholas são contrárias ao direito comunitário, mais precisamente, aos artigos 30.° e 59.° do Tratado CEE, bem como à Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (a seguir «Directiva 71/305») [1] e à Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de fornecimento de direito público (a seguir «Directiva 77/62») [2]. O processo respeita à versão original das directivas, isto é, sem as modificações substanciais decididas pelo Conselho em 1989 quanto à Directiva 71/305 [3], e em 1988 quanto à Directiva 77/62 [4], que só deviam ser transpostas para direito espanhol até 1 de Março de 1992.

2. As regras espanholas em causa constam, em primeiro lugar, da lei sobre os contratos do Estado (Ley de Contratos del Estado, a seguir «LCE»), e do regulamento geral sobre a contratação do Estado (Reglamento General de Contratación del Estado, a seguir «RGCE»). A LCE e o RGCE contêm as regras gerais aplicáveis à adjudicação de contratos públicos, quer de empreitadas de obras públicas e de fornecimentos, quer de serviços, e têm por destinatárias as entidades públicas de adjudicação, quer centrais quer descentralizadas. O litígio incide também sobre outras normas nacionais susceptíveis de ter incidência sobre as empreitadas e compras públicas [5].

3. No seu pedido, a Comissão repartiu em cinco grupos principais as normas espanholas que entende contrárias ao direito comunitário. Tais grupos são os seguintes:

— normas que constituem uma exclusão do campo de aplicação da legislação sobre contratos de direito público,

* Língua original: dinamarquês.

1 — JO 1971, L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9.

2 — JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29.

3 — Directiva 89/440/CEE de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1). A Directiva 71/305 foi modificada em último lugar pela Directiva 93/4/CEE de 8 de Fevereiro de 1993 (JO L 38, p. 21).

4 — Directiva 88/295/CEE de 22 de Março de 1988 (JO L 127, p. 1).

5 — Trata-se, nomeadamente, do Decreto real legislativo n.° 781/1986, de 18 de Abril de 1986, relativo ao regime local, da lei de 24 de Novembro de 1939, relativa à organização e à protecção da indústria nacional, e do Decreto real n.° 946/1978, de 14 de Abril de 1978, relativo a um processo de avaliação e controlo das prestações farmacêuticas.

— normas que permitem celebrar contratos por ajuste directo,

— normas relativas às regras de participação nos concursos públicos e aos critérios de selecção qualitativa,

— normas em matéria técnica,

— normas sobre critérios de adjudicação de contratos.

4. O presente processo não incide sobre a não transposição para direito espanhol das duas importantes directivas iniciais de harmonização das legislações nacionais em matéria de adjudicação de empreitadas de obras públicas e de contratos de fornecimento de direito público. A LCE e o RGCE foram modificados em 1986, a fim de adaptar as suas disposições às directivas comunitárias [6]. Em contrapartida, o exame minucioso do direito espanhol pela Comissão revelou, no entender desta, a existência em certos pontos de imperfeições na transposição.

Em meu entender, há certas acusações em relação às quais a Comissão não teria, provavelmente, proposto uma acção por incumprimento separada, e há um certo número de pontos em relação aos quais o Governo espanhol manteve o pedido de a acção ser julgada improcedente, o que não teria provavelmente feito se outros pontos não fossem realmente objecto de litígio entre as partes.

O decorrer da exposição mostrará que o presente processo se explica pelo facto de as parte estarem em desacordo sobre certos pontos quanto à interpretação das disposições de direito comunitário aplicáveis e, no que diz respeito a outros pontos, quanto ao teor e aos efeitos do direito espanhol.

As minhas conclusões têm necessariamente que tratar as várias acusações uma a uma. Devido à natureza das diversas acusações, esta análise será muito técnica e nem sempre de acesso fácil.

5. Dado que a Comissão afirmou em diversas ocasiões que a regulamentação espanhola em questão cria insegurança jurídica e, assim, não satisfaz as exigências da transposição correcta de directivas para direito nacional, tais como foram formuladas pelo Tribunal de Justiça, pode ser útil, a título preliminar, recordar em que consistem as exigências gerais que podem ser retiradas da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta questão.

O Tribunal de Justiça determinou:

— «... que os Estados-membros têm o dever de assegurar plenamente, e de maneira precisa, a aplicação das disposições de qualquer directiva» [7],

— que «... os princípios da segurança jurídica e da protecção dos particulares exigem que, nos domínios abrangidos pelo direito comunitário, as normas jurídicas dos Estados-membros sejam formuladas

6 — V., respectivamente, o Decreto real legislativo n.° 931/1986, de 2 de Maio de 1986, e o Decreto real n.° 2528/1986, de 28 de Novembro de 1986.

7 — V., entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1980, Comissão/Itália (91/79, Recueil, p. 1099, n.° 6).

de maneira inequívoca que permita aos interessados conhecer os seus direitos e deveres de forma clara e precisa e aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar o seu respeito» [8],

— «... que a transposição para o direito interno de uma directiva não exige necessariamente uma repetição formal e textual das suas disposições numa disposição expressa e explícita e que se pode dar cumprimento à transposição com um contexto jurídico geral, desde que este assegure efectivamente a plena aplicação da directiva de um modo suficientemente claro e preciso» [9].

e

— que as disposições nacionais que, com base em directivas, derrogarem proibições contidas nas mesmas directivas, devem respeitar escrupulosamente os limites e as condições fixados em matéria de derrogação nas directivas [10].

Disposições que constituem uma exclusão do campo de aplicação da legislação sobre contratos de direito público

a) *O artigo 2.°, n.° 3, da LCE e o artigo 2.°, n.° 3, do RGCE*

6. Estas disposições — a do RGCE limita-se a reproduzir a da LCE — excluem certos contratos da legislação relativa aos contratos de direito público, e são do seguinte teor:

«Sem prejuízo do disposto no artigo precedente, a presente lei não se aplica aos seguintes contratos e actos jurídicos da administração:

...

3. As operações que a administração realize com particulares em relação a bens ou direitos cujo comércio se encontra regulamentado ('mediatización') por disposições legais, ou a produtos controlados ('intervenidos'), sujeitos a monopólio ('estancados') ou proibidos ('prohibidos').»

7. A Comissão afirmou

— que esta disposição é tão geral e a sua redacção tão pouco clara que tal cria insegurança jurídica, sendo este facto, só por si, constitutivo de uma transposição incompleta da Directiva 77/62 e

8 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Espanha (C-119/89, Colect., p. I-641, n.° 10). V. também, entre outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1988, Comissão/Itália (257/86, Colect., p. 3249, n.° 12), de 23 de Maio de 1985, Comissão/Alemanha (29/84, Recueil, p. 1661, n.° 23), de 30 de Janeiro de 1985, Comissão/Dinamarca (143/83, Recueil, p. 427, n.° 10), e de 6 de Maio de 1980, Comissão/Bélgica (102/79, Recueil, p. 3645, n.° 11).

9 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1990, Comissão/Países Baixos (C-339/87, Colect., p. I-851, n.° 6). V. também, entre outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1987, Comissão/Bélgica (247/85, Colect., p. 3029, n.° 9), e de 2 de Dezembro de 1986, Comissão/Bélgica (239/85, Colect., p. 3645, n.° 7).

10 — V., nomeadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1987, Comissão/Bélgica (247/85, Colect., p. 3029, n.os 28 e 34), de 27 de Abril de 1988, Comissão/França (252/85, Colect., p. 2243, n.° 11), e de 15 de Março de 1990, Comissão/Países Baixos (C-339/87, Colect., p. I-851, n.os 15 e 28).

— que, por outro lado, a norma de exclusão é contrária à directiva pois esta última aplica-se, em princípio, a todos os contratos de fornecimento de direito público, a menos que tenham sido expressamente excluídos, e porque a norma espanhola autoriza exclusões em relação ao campo de aplicação da regulamentação que não estão compreendidas na lista das exclusões constante da directiva.

8. O Governo espanhol afirmou

— que a disposição em causa é uma norma remissiva, que só produz efeitos jurídicos concretos se existirem outras disposições legislativas que regulamentem, na acepção daquele preceito, o comércio de mercadorias, ou que disponham que determinados produtos sejam controlados, submetidos a um monopólio ou proibidos,

— que os casos concretos excluídos do campo de aplicação da regulamentação por referência a esta disposição são justificados, em última análise, por outras disposições comunitárias, em particular pelos artigos 36.°, 90.° n.° 2, e 223.° do Tratado, e

— que o elemento essencial das leis para que a disposição remete e que submetem a comercialização de certos produtos a restrições é o de atribuir «direitos particulares ou exclusivos de carácter público», se bem que os poderes públicos só possam celebrar contratos de fornecimentos relativos aos produtos em questão com um só fornecedor. Em apoio da sua tese de que a disposição é, em consequência, compatível com a Directiva 77/62, o Governo espanhol invoca o n.° 1, alínea b), do artigo 6.° da directiva, nos termos do qual podem ser celebrados contratos por ajuste directo «quanto a produtos cujo fabrico ou entrega, devido à sua especificidade técnica, artística ou por razões relativas à protecção de direitos exclusivos, não possam ser confiadas senão a um fornecedor determinado».

9. Permitam-me indicar desde já que me parece claro dever o Tribunal de Justiça declarar que a disposição em causa é contrária ao direito comunitário.

A meus olhos, não há quaisquer dúvidas de que a disposição está longe de satisfazer as exigências de clareza e precisão que, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, devem ser satisfeitas pelas normas nacionais que transpõem directivas comunitárias.

Entendo que o Governo espanhol, no decurso do processo, não chegou a efectuar as precisões necessárias sobre o campo de aplicação da disposição em causa e que, por outro lado, não conseguiu demonstrar que a disposição se baseava de modo geral em direito comunitário, ainda que interpretada restritivamente.

10. O estado do direito espanhol é tão pouco claro e a norma em causa tão difícil de compreender que não me parece que o Tribunal de Justiça se deva debruçar sobre a questão de saber se aquela norma incide sobre contratos que possam licitamente, em

direito comunitário, ser excluídos do campo de aplicação da regulamentação.

O Governo espanhol tem o dever de ter uma legislação suficientemente clara. O teor da norma em causa não permite ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a questão de saber se o campo de aplicação daquela é conforme com o direito comunitário. O presente processo não constitui, portanto, o quadro idóneo para precisar em que medida a Directiva 77/62 permite derrogações às suas próprias regras.

11. Em meu entender, basta, quanto aos argumentos do Governo espanhol, indicar o seguinte:

12. O governo afirma, evidentemente com razão, que a norma em causa só produz efeitos se houver, segundo uma das regras naquela previstas, disposições aplicáveis ao comércio dos produtos em questão. Como indicou a Comissão, tal não implica, contudo, que a disposição seja desprovida de alcance próprio. Com efeito, se existirem leis que regulamentem o comércio de mercadorias de uma das maneiras indicadas, a disposição em litígio tem por consequência jurídica directa que os contratos públicos relativos àqueles produtos deixem de estar sujeitos às regras da LCE e do RGCE. A disposição é assim mais do que uma simples disposição formal remissiva, dado que fixa ela própria os critérios das exclusões do campo de aplicação da regulamentação que podem ser efectuadas.

13. Como assinalei, a tentativa do Governo espanhol de precisar o campo de aplicação daquela disposição não foi coroada de sucesso. A Comissão indicou que os contratos sobre medicamentos, selos do Correio, papel selado, tabaco, energia eléctrica e gás não estão sujeitos à regulamentação sobre contratos públicos, por força daquela norma. Na tréplica, o Governo espanhol tentou, em certa medida, explicar qual das formas de regulamentação referidas na norma em questão afectava os produtos referidos, mas procurou, por outro lado, sustentar, essencialmente, que os tipos de regulamentação em questão são, por natureza, de molde a só poder existir um único fornecedor.

É difícil de compreender como é possível interpretar a disposição no sentido de ter um campo de aplicação tão restrito como sustenta o Governo espanhol e não é evidente que todos os exemplos concretos de contratos excluídos citados estejam compreendidos na disposição interpretada por aquela forma.

14. Em contrapartida, não é difícil verificar que a norma em litígio, na sua redacção actual, não pode, em termos gerais, ser compatível com a Directiva 77/62.

O n.° 1 do artigo 2.° da directiva dispõe que «a adjudicação de fornecimentos pelas entidades adjudicantes é feita de acordo com os processos de adjudicação nacionais adaptados à presente directiva.» Resulta do nono considerando da directiva que «importa

prever os casos excepcionais nos quais as medidas de coordenação dos processos não podem ter aplicação, mas... que importa igualmente limitar expressamente esses casos». A directiva deve ser interpretada no sentido de que prevê de maneira exaustiva as excepções gerais ao dever dos Estados-membros de proceder à adjudicação dos contratos de fornecimento de direito público em conformidade com as suas regras. Estas exclusões gerais do campo de aplicação da directiva encontram-se previstas no n.º 2 do artigo 2.º e no artigo 3.º da directiva [11]. É claro que a disposição espanhola em causa não está, em termos gerais, compreendida naquelas excepções, o que o Governo espanhol, aliás, não sustenta.

15. O argumento do Governo espanhol relativamente aos artigos 36.º, 90.º, n.º 2 e 223.º do Tratado não é convincente. Como afirmou a Comissão, as regulamentações especiais aplicáveis ao comércio de produtos, que são compatíveis com o direito comunitário por aplicação das já referidas normas do Tratado, devem, evidentemente, ser respeitadas na adjudicação de contratos de fornecimento de direito público. Mas tal não basta para justificar que as regras de adjudicação de contratos pelos poderes públicos sejam, de maneira geral, inaplicáveis. No que respeita, mais especialmente, aos produtos cujo comércio é proibido, pode parecer à primeira vista que, como sustenta o Governo espanhol, a disposição não é contrária à directiva. Se o comércio de determinado produto é proibido, não será possível celebrar contratos de fornecimento relativamente a esse produto, não sendo portanto necessária a aplicação das regras da directiva. Ainda que a questão seja, provavelmente, desprovida de incidência prática, não é possível, de qualquer modo, negligenciar o facto de que se os poderes públicos devessem, apesar da proibição, celebrar contratos de fornecimentos relativamente ao produto em questão, tal deveria, em princípio, ser feito no respeito das normas da directiva. Assim, uma excepção geral daquele teor não é compatível com a directiva.

16. Não é mais convincente o argumento do Governo espanhol relativamente ao n.º 1, alínea b), do artigo 6.º da directiva. Em primeiro lugar, estou de acordo com o ponto de vista da Comissão de que resulta do n.º 3 do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 6.º que os contratos objecto da disposição citada não se encontram excluídos do campo de aplicação da directiva, devendo pelo contrário ser celebrados por ajuste directo, o que implica a aplicação do disposto no artigo 7.º da directiva, relativo às regras comuns no domínio técnico. Em segundo lugar, tenho que subscrever o ponto de vista da Comissão de que a norma em causa não é compatível com o n.º 1, alínea b), do artigo 6.º da directiva, pois não enuncia expressamente condições similares às de que a regra da directiva exige o respeito.

17. Pelas razões indicadas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 2.º, n.º 3, da LCE e o artigo 2.º, n.º 3, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 77/62.

11 — O n.º 2 do artigo 2.º da directiva determina que esta não se aplica à adjudicação de fornecimentos por organismos que gerem serviços de transporte ou por serviços de produção, de transporte e de distribuição de água, de energia e das telecomunicações. O artigo 3.º respeita à adjudicação de contratos efectuada nos termos de acordos internacionais, etc.

b) *O artigo 2.°, n.° 8, da LCE e o artigo 2.°, n.° 8, do RGCE*

18. Estas normas (a do RGCE limita-se a reproduzir a da LCE) excluem da legislação sobre os contratos públicos «os contratos em relação aos quais a lei preveja uma excepção expressa».

19. A Comissão afirma que se trata de uma norma que prevê uma excepção de carácter geral que, enquanto tal, é contrária às duas directivas comunitárias aplicáveis. A Comissão sustentou que as autoridades espanholas não precisaram quais as leis ou tipos de contratos de direito público objecto daquela norma. Salientou, por outro lado, que todas as excepções previstas em termos exaustivos na directiva são também expressamente excluídas por outras disposições da LCE e do RGCE, embora aquela norma abre a porta a outras excepções não permitidas pelas directivas. Neste contexto, a Comissão afirmou que a norma cria insegurança jurídica, contrária ao direito comunitário. Sublinhou a este respeito que «se o Tribunal de Justiça exigiu que a delimitação dos critérios de exclusão seja clara e compatível com os previstos na directiva, é totalmente impossível admitir uma regra de exclusão que não fixa nenhum critério».

20. Associo-me neste aspecto ao ponto de vista do Governo espanhol de que uma norma remissiva deste tipo não é contrária ao direito comunitário. Os Estados-membros dispõem de um certo poder discricionário em matéria de transposição de directivas para direito nacional e a técnica legislativa empregue pelas autoridades espanholas não pode ser considerada em si contrária ao direito comunitário. A disposição tem por objecto chamar a atenção sobre o facto de poder haver outras excepções ao campo de aplicação da lei, além das que resultam da própria lei, e exigir que sejam fixadas em texto legal. Esta disposição distingue-se da que tratei acima por ter um conteúdo neutro e puramente formal, na medida em que existe uma relação clara e nítida entre a norma remissiva e as leis para que remete, devendo estas últimas necessariamente conter uma disposição expressa que afaste a aplicação da LCE e do RGCE. Por outro lado, não pode ser aceite o argumento da Comissão de que todas as excepções com fundamento na directiva se encontram previstas em outras disposições da LCE e do RGCE, e de que a possibilidade de proceder a outras exclusões, engendrada pela norma em causa, cria, em consequência, insegurança jurídica. Com efeito, a norma remissiva não é supérflua. Tal deve-se ao facto de, como a própria Comissão salientou, a LCE incidir igualmente sobre contratos de direito público não abrangidos pelas directivas e em relação aos quais estas não excluem, portanto, a possibilidade de excepções suplementares.

21. Pelas razões indicadas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 2.°, n.° 8, da LCE e o artigo 2.°, n.° 8, do RGCE são compatíveis com as duas directivas comunitárias.

c) *O artigo 29.°-A, n.° 1, pontos 1 e 3, da LCE, e o artigo 93.°-B, pontos 1 e 3, do RGCE*

22. Estas disposições (a norma do RGCE limita-se a reproduzir a da LCE) dispensam do dever, enunciado no artigo 12.° da Directiva 71/305, de publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* dos concursos

«1° Relativos a instalações industriais de natureza mecânica, eléctrica e energética, salvo a parte dessas instalações respeitante à técnica da construção imobiliária.

...

3° Relativos a trabalhos de escavação, abertura de poços, dragagem e evacuação do entulho, efectuados para extracção de matérias minerais (indústrias extractivas).»

23. A Comissão afirma *que* estes mercados entram no campo de aplicação da Directiva 71/305, *que* a directiva indica de forma exaustiva o que pode ser excluído do seu campo de aplicação e *que* é contrário à directiva excluir os referidos contratos.

24. O Governo espanhol nega que estes contratos caibam no campo de aplicação da directiva. Esta aplica-se aos contratos de empreitadas de obras públicas e esta noção é definida na alínea a) do seu artigo 1.° como os contratos «que têm por objecto uma das actividades mencionadas no artigo 2.° da directiva do Conselho de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio dos contratos de empreitada de obras públicas e à adjudicação de obras públicas por intermédio de agências ou de sucursais» (a seguir «Directiva 71/304»). Esta foi aprovada ao mesmo tempo que a Directiva 71/305 e era uma das directivas de liberalização aprovadas naquela época, ou seja, que impunha aos Estados-membros o dever de suprimir as restrições à livre prestação de serviços no domínio mencionado.

O teor do artigo 2.° da directiva era o seguinte:

«1. As disposições da presente directiva aplicam-se às actividades não assalariadas que constam do anexo I do programa geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, classe 40. Estas actividades correspondem às enumeradas na classe 40 da 'Nomenclatura das indústrias estabelecidas nas Comunidades Europeias (NICE)'; são reproduzidas no anexo à presente directiva.

A directiva não se aplica:

a) às instalações industriais de natureza mecânica, eléctrica e energética, excepto à parte dessas instalações relacionada com a técnica de construção imobiliária;

b) ...

c) aos trabalhos de escavação, de abertura de poços, de dragagem e de evacuação do entulho, efectuados para extracção de minerais (indústrias extractivas).»

25. Verifica-se que as disposições espanholas em causa reproduzem fielmente o disposto no artigo 2.°, n.° 2, alíneas a) e c), da directiva.

Dado que a Directiva 71/305 define os contratos a que se aplica como os contratos que têm por objecto as actividades referidas no artigo 2.° da Directiva 71/304 e que o artigo 2.° exclui expressamente os dois tipos de actividades excluídos pelas disposições espanholas em causa, parece, à primeira vista, que a opinião do Governo espanhol é procedente.

26. Contudo, a Comissão afirmou, a este respeito, que a remissão constante da alínea a) do artigo 1.° da Directiva 71/305 deve ser considerada como referindo-se exclusivamente ao n.° 1 do artigo 2.° da Directiva 71/304, que define, segundo a Comissão, o campo de aplicação da directiva, mas não ao n.° 2 daquele artigo, que enumera o que é excluído daquele campo de aplicação. A Comissão avançou um certo número de argumentos em apoio deste entendimento, nomeadamente *que* a Directiva 71/304 se refere ao princípio fundamental da livre prestação de serviços enunciado no artigo 59.° do Tratado, *que* o facto de o artigo 59.° se ter tornado directamente aplicável após o período de transição priva o n.° 2 do artigo 2.° da Directiva 71/304 de qualquer efeito útil, *que* é inconcebível que uma directiva que reafirma o princípio da supressão das restrições à livre prestação de serviços limite o campo de aplicação de uma directiva de harmonização das legislações que define em termos exaustivos os contratos públicos sujeitos ao seu regime e *que* as restrições à livre prestação de serviços que a disposição possa ter implicado devem, de qualquer forma, ser compatíveis com os artigos 59.° e segs. do Tratado.

27. Parece-me difícil seguir a argumentação da Comissão. A alínea a) do artigo 1.° da Directiva 71/305 refere-se expressamente a «uma das actividades mencionadas no artigo 2.°» da Directiva 71/304 e não pode ser objecto de dúvida, em meu entender, que a finalidade era, pelo menos inicialmente, que as actividades mencionadas no n.° 2 do artigo 2.° escapassem também ao campo de aplicação dos deveres de coordenação dos processos nacionais aplicáveis à adjudicação de empreitadas de obras públicas impostos aos Estados-membros pela Directiva 71/305.

Por outro lado, o cerne da argumentação da Comissão parece ser que o facto de o Tribunal de Justiça ter julgado, após a adopção das duas directivas, que o *dever de liberalização* era, após o termo do período de transição, uma consequência directa do artigo 59.° do Tratado e que a Directiva 71/304 perdia assim o seu âmbito próprio implica que a aplicação dos *deveres de coordenação* resultantes da Directiva 71/305 foi estendida aos contratos referidos no artigo 2.°, n.° 2, alíneas a) e c), da Directiva 71/304.

A Comissão não adiantou argumentos susceptíveis de me convencer de que tal conclusão se imponha. À partida, havia razões

para isentar os mercados em questão, quer do dever de liberalização quer dos deveres de coordenação. Aquelas razões não foram expressamente indicadas, não sendo portanto possível afirmar com certeza em que medida o cumprimento do dever de liberalização implica terem igualmente desaparecido as razões que levaram o Conselho a decidir que os deveres de coordenação não se aplicam aos contratos em questão. Em meu entender, é certo que a conclusão defendida pela Comissão não é necessária, nem a mais natural. A proibição de discriminações em função da nacionalidade e de quaisquer outras restrições à livre prestação de serviços que não sejam justificadas e sejam desproporcionadas, proclamada pelo Tratado, aplica-se, em princípio, em todos os domínios. Em contrapartida, compete ao Conselho decidir em que medida é necessário completar o dever de liberalização que resulta directamente do Tratado através de regras que imponham aos Estados-membros que coordenem as suas regras nacionais que não infrinjam a proibição constante do Tratado. Compete também ao Conselho, portanto, determinar o campo de aplicação daquelas regras de harmonização.

Em 1971, o Conselho determinou o campo de aplicação da Directiva 71/305 remetendo para o artigo 2.° da Directiva 71/304. Esta delimitação não foi modificada pela aplicabilidade directa, verificada posteriormente, da norma de proibição constante do artigo 59.° do Tratado.

28. Pode verificar-se, em contrapartida, que em 1989, ao aprovar as modificações já referidas da Directiva 71/305, o Conselho alterou a alínea a) do artigo 1.°, de modo que os contratos de empreitadas de obras públicas passaram a ser definidos, naquela mesma disposição, como contratos que têm por objecto a execução das obras relativas a uma das actividades referidas no Anexo II da directiva. O Anexo II corresponde à classe 50 da «Nomenclatura geral das actividades económicas das Comunidades Europeias» (NACE), que corresponde no essencial à classe 40 da NICE, referida no n.° 1 do artigo 2.° da Directiva 71/304.

29. Em meu entender, seria errado que o Tribunal de Justiça acolhesse o ponto de vista da Comissão de que a regulamentação espanhola, que tem por objecto a transposição da directiva na sua redacção inicial, não pode licitamente excluir do seu campo de aplicação os contratos enumerados no n.° 2, alíneas a) e c), do artigo 2.° da Directiva 71/304.

30. A Comissão indicou, por outro lado, que a regulamentação espanhola em causa se limita a prever a dispensa do dever de publicar o anúncio do concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* não abrindo a directiva tal possibilidade. Parece-me difícil de compreender porque deveria em si ser contrário à directiva aplicar algumas das suas normas a contratos não previstos naquela. Se os contratos em questão não são referidos na directiva, os Estados-membros podem, em princípio, regulamentar eles próprios os processos de concurso, e dificilmente se lhes poderá censurar optarem pela aplicação de certas disposições da directiva, apesar de a tal não serem obrigados pelo direito comunitário.

31. Pelas razões indicadas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o n.° 1, pontos 1 e 3, do artigo 29.°-A da LCE e os

pontos 1 e 3 do artigo 93.°-B do RGCE são compatíveis com a Directiva 71/305.

Disposições que permitem celebrar contratos por ajuste directo

32. A Comissão sustentou que um certo número das disposições espanholas que autorizam a celebração de contratos por ajuste directo são contrárias às duas directivas. A Comissão indica que as directivas contêm uma lista exaustiva dos casos em que é possível o recurso à contratação por ajuste directo, e que resulta do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em 10 de Março de 1987, no processo 199/85, Comissão/Itália [12], que as normas em causa devem ser interpretadas restritivamente.

O Governo espanhol afirmou que um certo número das disposições em causa que permitem a celebração de contratos por ajuste directo será modificado no âmbito de uma modificação da LCE que se encontra prevista. A Comissão observa que supõe que as novas disposições constituirão uma transposição correcta das duas directivas, mas sustentou as suas conclusões por as novas normas espanholas não terem ainda sido adoptadas e ainda não terem entrado em vigor.

33. O Governo espanhol, que não contestou que as regras espanholas em causa derrogam, pelo menos em certos pontos, as normas da directiva, afirmou em termos gerais que, ao examinar uma disposição legal, é necessário começar por esgotar todas as possibilidades razoáveis de a interpretar em conformidade com a regra de direito comunitário com que é confrontada e só declarar a sua incompatibilidade com a norma de direito comunitário se for impossível ou de uma complexidade desproporcionada a interpretação conforme.

34. Este ponto de vista não é defensável. É certo que as autoridades e os tribunais nacionais têm o dever, em direito comunitário, de interpretar as regras nacionais de maneira a que respeitem, em toda a medida do possível, o direito comunitário [13].

Mas tal não significa que, no quadro de uma acção por incumprimento, o Tribunal de Justiça só possa declarar a incompatibilidade das disposições nacionais com o direito comunitário se se revelar impossível interpretar aquelas disposições de forma a que elas sejam compatíveis com as regras de direito comunitário. Como resulta do exame da jurisprudência do Tribunal de Justiça a que procedi acima [14], o princípio da segurança jurídica exige que as regras de direito dos Estados-membros sejam formuladas de maneira não equívoca que permita aos particulares e às empresas conhecer os seus direitos e deveres de forma clara e precisa e aos tribunais nacionais assegurar o seu respeito. Daí resulta que o Tribunal de Justiça deve declarar incompatíveis com o direito comunitário, em função do princípio da segurança jurídica, as disposições nacionais que não assegurem efectivamente a plena aplicação das regras da directiva de forma suficientemente clara e precisa. Estes critérios de transposição

12 — Colect., p. 1039.

13 — V. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.° 26), e de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.° 8).

14 — V. n.° 5.

correcta de directivas não se encontram satisfeitos pela simples razão de que devia ser possível interpretar as disposições nacionais em questão de maneira a que pudessem ser aplicadas em conformidade com o direito comunitário.

35. Por outro lado, o Governo espanhol afirmou que não é possível retirar do acórdão proferido no processo 199/85, invocado pela Comissão, e que respeitava a uma aplicação concreta das regras relativas aos contratos por ajusto directo, princípios de interpretação útil para o presente caso, que respeita à legalidade de regras abstractas.

36. Este ponto de vista é igualmente pouco defensável. No acórdão em questão, o Tribunal de Justiça declarou em relação às alíneas b) e d) do artigo 9.° da Directiva 71/305 que «estas disposições, que autorizam derrogações às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector das empreitadas de obras públicas, devem ser objecto de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efectivamente reunidas as circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se» [15]. Daí decorre, em meu entender, que a enumeração pelas directivas de casos em que podem ser celebrados contratos por ajuste directo deve ser considerada exaustiva, e, por outro lado, que é necessário, ao transpor tais disposições derrogatórias para direito nacional, exigir um respeito muito estrito dos limites e das condições fixados nas disposições em questão das directivas.

15 — V. n.° 14.

a) *Artigo 37.°, n.° 1, ponto 1, e artigo 87.°, n.° 4, ponto 1, da LCE; artigo 117.°, n.° 1, ponto 1, e 247.°, n.° 4, ponto 1, do RGCE*

37. O artigo 37.°, n.° 1, ponto 1, da LCE, reproduzido no artigo 117.°, n.° 1, ponto 1, do RGCE, dispõe que em matéria de contratos de empreitada de obras públicas podem ser celebrados contratos por ajuste directo «em relação a trabalhos nos quais não seja possível a colocação a concurso ou àqueles em que não convenha, por razões técnicas ou excepcionais, a colocação a concurso». Encontra-se uma disposição de teor análogo, quanto aos contratos de fornecimentos, no artigo 87.°, n.° 4, ponto 1, da LCE, onde, todavia, foi acrescentado: «... como quando o contrato respeita a produtos protegidos por licenças ou direitos de autor ou que constituem modelos de utilidade ou de obras artísticas ou a coisas que só têm um produtor ou possuidor.» Esta disposição é reproduzida no artigo 247.°, n.° 4, ponto 1, do RGCE.

38. A Comissão afirmou que a Directiva 71/305 e a Directiva 77/62 não autorizam o recurso à contratação por ajuste directo nos casos referidos nas disposições em causa. Salientou a este respeito, nomeadamente, que aquelas disposições deixam às entidades adjudicantes a faculdade de determinar de maneira discricionária se estão presentes circunstâncias tais que não é possível ou não convém, por razões excepcionais, dar preferência à colocação a concurso.

39. O Governo espanhol afirmou que as disposições em causa não conferem às autoridades um poder discricionário de apreciação e que estão sob a alçada da alínea b) do artigo 9.° da Directiva 71/305 e da alínea b) do artigo 6.° da Directiva 77/62.

40. A alínea b) do artigo 9.° da Directiva 71/305 dispõe que as entidades adjudicantes podem celebrar contratos por ajuste directo «quanto a obras cuja execução, por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, só possam ser confiadas a um determinado empreiteiro». Parece-me claro que o artigo 37.°, n.° 1, ponto 1, da LCE, está conforme com esta disposição. Pode acontecer que, como sustenta o Governo espanhol, a formulação «não é possível (ou não convém) dar preferência à colocação a concurso» deva ser considerada como correspondendo na sua essência à condição prevista na directiva, segundo a qual a execução das obras «só pode ser confiada a um determinado empreiteiro». Contudo, em primeiro lugar, a referência na disposição a «razões técnicas ou excepcionais» só respeita à sua segunda parte, que visa os casos em que não convém dar preferência à colocação a concurso, o que implica que a primeira parte parece autorizar de maneira geral as entidades adjudicantes a celebrar contratos por ajuste directo invocando o facto de que «não é possível dar preferência à colocação a concurso». Em segundo lugar, a referência na disposição a razões «excepcionais» deve ser considerada demasiado lata e indeterminada, em relação aos «motivos artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos» exigidos pela directiva.

41. O texto da alínea b) do artigo 6.° da Directiva 77/62 é, essencialmente, idêntico ao da alínea b) do artigo 9.° da Directiva 71/305. É certo que, como afirma o Governo espanhol, na segunda parte do n.° 4, ponto 1, do artigo 87.° do RGCE é feita referência a critérios que parecem corresponder amplamente aos utilizados na alínea b) do artigo 6.° da Directiva 77/62. Todavia, a primeira parte da disposição, que respeita a casos em que «é impossível ou inoportuno suscitar a concorrência ao nível da oferta», só está ligada à segunda por um «como», o que mostra, em minha opinião, que a segunda parte só tem valor de exemplo e que a disposição pode, em consequência, permitir a celebração de contratos por ajuste directo por razões diversas das aí mencionadas. Tal não é compatível com a directiva, que é exaustiva a este respeito.

42. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 37.°, n.° 1, ponto 1, da LCE e o artigo 117.°, n.° 1, ponto 1, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 71/305, e que o artigo 87.°, n.° 4, ponto 1, da LCE e o artigo 247.°, n.° 4, ponto 1, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 77/62.

b) *Artigo 37.°, n.° 1, ponto 2, e artigo 87.°, n.° 4, ponto 2, da LCE; artigo 117.°, n.° 1, ponto 2, e artigo 247.°, n.° 4, ponto 2, do RGCE*

43. O artigo 37.°, n.° 1, ponto 2, da LCE, que é reproduzido no artigo 117.°, n.° 1, ponto 2, do RGCE, dispõe, no que respeita

às empreitadas de obras públicas, que podem ser celebrados contratos por ajuste directo nos «casos de urgência reconhecida, resultante de necessidades prementes que impõem uma execução imediata, impossível de realizar no quadro do processo de urgência regulamentado no artigo 26.° da presente lei e depois de acordo da entidade adjudicante» [16]. Encontra-se uma disposição análoga no artigo 87.°, n.° 4, ponto 2, da LCE, em matéria de contratos de fornecimentos, reproduzida no artigo 247.°, n.° 4, ponto 2, do RGCE.

44. O problema que se coloca é o de saber se estas normas são conformes com a alínea d) do artigo 9.° da Directiva 71/305 e a alínea d) do artigo 6.° da Directiva 77/62. Estas duas disposições, que são do mesmo teor, dispõem que as entidades adjudicantes podem adjudicar os contratos públicos em questão sem aplicar as disposições das directivas (à excepção das regras do domínio técnico) «na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes» não seja compatível com os prazos exigidos por outros processos [17].

45. O Governo espanhol contestou o fundamento da Comissão segundo o qual a formulação das disposições espanholas em causa é mais ampla do que o previsto nas directivas. O governo afirmou que as regras espanholas contêm as três condições fixadas nas directivas. Quanto à noção de *urgência imperiosa*, o governo afirmou que as noções de «necesidades apremiantes» e de «urgencia imperiosa» têm, em princípio, o mesmo significado, fazendo as duas referência a necessidades a que se deve fazer face sem a mínima demora. Quanto à condição relativa a *eventos imprevisíveis para as entidades adjudicantes*, o governo afirma que resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol que a natureza imprevisível dos eventos é um elemento indispensável da noção de urgência, pelo que não é necessário precisar esta condição de modo explícito. Finalmente, a condição relativa ao facto de os eventos em questão *não serem compatíveis com os prazos exigidos por outros procedimentos* está expressamente prevista na regulamentação espanhola.

46. À primeira vista, penso que a regulamentação espanhola fixa condições que correspondem mais ou menos à *urgência imperiosa* exigida pelas directivas. É certo que, como salienta a Comissão, as disposições espanholas se referem a «necessidades prementes», o que em si não é inteiramente equivalente ao carácter imperioso, mas não se pode esquecer que estas «necessidades prementes» são qualificadas pelas disposições espanholas como necessidades «que exigem uma execução imediata». Uma condição segundo a qual a urgência deve resultar de necessidades prementes que exigem uma intervenção imediata parece-me ter o mesmo significado restritivo

16 — Em espanhol, o texto da disposição é o seguinte: «Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el articulo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación» (sublinhado meu).

17 — Em espanhol, a redacção da alínea d) do artigo 9.° da Directiva 71/305 é a seguinte: «En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatibile con los plazos requeridos por otros procedimientos» (sublinhado meu). A alínea d) do artigo 6.° da Directiva 77/62 é do mesmo teor.

que a exigência das directivas de que a urgência tenha carácter imperioso.

Não é, todavia, necessário, em meu entender, aprofundar esta questão. Com efeito, parece-me manifesto que as normas espanholas não satisfazem as condições aplicáveis das directivas na medida em que estas exigem a presença de *eventos imprevisíveis para as entidades adjudicantes*. Não é contestado que as regras espanholas não contém expressamente qualquer preceito com este teor, e é incontestável que aquela é uma condição distinta e importante para a aplicação da disposição [18]. Em meu entender, o facto de, como o governo indicou, o Tribunal Constitucional espanhol ter declarado em dois acórdãos que «a noção de urgência se encontra ligada à necessidade de resolver uma situação que, *por razões difíceis de prever*, exige uma intervenção imediata», não garante de forma suficientemente segura o respeito da condição da directiva de os eventos serem *imprevisíveis para as entidades adjudicantes*.

47. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 37.°, n.° 1, ponto 2, da LCE e o artigo 117.°, n.° 1, ponto 2, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 71/305, e que o artigo 87.°, n.° 4, ponto 2, da LCE e o artigo 247.°, n.° 4, ponto 2, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 77/62.

18 — V. a este respeito o acórdão de 18 de Março de 1992, Comissão/Espanha (C-24/91, Colect., p. I-1989), no qual o Tribunal de Justiça declarou, no n.° 13, que as condições de aplicação da alínea d) do artigo 9.° da Directiva 71/305 são cumulativas.

c) *Artigo 37.°, n.° 1, ponto 7, e artigo 87.°, n.° 4, ponto 5, da LCE; artigo 117.°, n.° 1, ponto 7, e artigo 247.°, n.° 4, ponto 5, do RGCE*

48. O artigo 37.°, n.° 1, ponto 7, da LCE, que é reproduzido no artigo 117.°, n.° 1, ponto 7, do RGCE, determina, em relação às empreitadas de obras públicas, que podem ser celebrados contratos por ajuste directo «caso o adjudicatário não reúna as condições necessárias para formalizar o contrato 'formalización', desde que o processo de ajuste directo seja conforme às condições fundamentais e que o preço não seja superior aos que foram apresentados a concurso». Quanto aos contratos de fornecimentos, encontra-se uma norma de teor análogo no artigo 87.°, n.° 4, ponto 5, da LCE, onde foi, contudo, acrescentado: «... a menos que a administração decida lançar um novo concurso com condições a definir caso a caso.» Esta disposição foi reproduzida no artigo 247.°, n.° 4, ponto 5, do RGCE.

49. O Governo espanhol explicou que a legislação do seu país faz uma distinção entre «adjudicación» ou atribuição do contrato e «formalización» que permite a sua execução e que as disposições em litígio têm «por origem a situação particular em que a administração se pode encontrar quando, após uma adjudicação, se encontra vinculada por um contrato perfeito que produz plenos efeitos mas que não é executável porque o adjudicatário, por razões que lhe são imputáveis, impede a realização do contrato».

50. A Comissão afirma que as Directivas 71/305 e 77/62 não contêm disposições com aquele teor e que as normas espanholas são, em consequência, contrárias àquelas directivas. A Comissão sustentou que o problema colocado pela situação considerada naquelas disposições, na qual o contrato não pode ser executado por razões imputáveis ao adjudicatário, deve em princípio ser resolvido pela abertura de novo processo pela entidade adjudicante. Em tal situação, aquela entidade tem a possibilidade de celebrar contratos por ajuste directo, mas é preciso verificar em cada caso se se encontram reunidas as condições para o recurso a este fundamento de derrogação.

51. O Governo espanhol afirmou que a situação considerada nas normas espanholas se caracteriza pela urgência imperiosa resultante de eventos imprevisíveis referida na alínea d) do artigo 9.° da Directiva 71/305 e na alínea d) do artigo 6.° da Directiva 77/62, e que pode justificar a celebração de contratos por ajuste directo [19].

O Governo espanhol afirmou, por outro lado, que as normas espanholas fixam limites muito apertados e que não constam das disposições das directivas, a saber, que as condições de base do anúncio inicial de concurso sejam respeitadas e que a adjudicação final não seja efectuada a preços superiores aos que figuram na candidatura inicialmente escolhida. Acresce que o processo de adjudicação de contratos por ajuste directo previsto no n.° 2 do artigo 37.° da LCE pressupõe negociações com, pelo menos, três empresas.

19 — O Governo espanhol acrescentou que, se normalmente a recuperação dos prazos de execução já expirados não pode ser obtida por recurso aos processos ordinários, a possibilidade de tal recurso está expressamente prevista no n.° 4, ponto 5, do artigo 87.° da LCE.

Por estas razões, o governo afirmou que as disposições em causa contêm uma solução que é mais «vantajosa» do que os tipos de solução preconizados pela Comissão.

O governo afirma, finalmente, que as disposições em causa respeitam a uma situação muito próxima do caso visado na alínea a) do artigo 9.° da Directiva 71/305, que o Governo espanhol descreve como «o do processo infrutífero que não conduz a qualquer adjudicação» e que há tanto mais razões para admitir a celebração de contratos por ajuste directo em situações daquele género, quanto ela é ainda mais grave, dado que «se parte de uma fase mais avançada do processo».

52. A opinião da Comissão sobre este aspecto merece a minha total adesão. Não é possível declarar de maneira geral que os casos presentes sejam contemplados nas disposições relativas à urgência. A questão de saber se há urgência em situações deste tipo deve, como sustentou a Comissão, ser apreciada em cada caso concreto.

Não pode ser determinante, a este respeito, o facto de o direito espanhol prever condições mais estritas em relação ao processo de celebração de contratos por ajuste directo em si. Também não pode ser determinante o facto de a alínea a) do artigo 9.° da Directiva 71/305 autorizar a celebração de contratos por aquela forma caso não tenha sido possível, no seguimento de anúncio de concurso, obter propostas aceitáveis. Esta situação difere da do caso em apreciação, no qual

parece possível, como sustentou a Comissão, adjudicar o contrato ao candidato classificado em segundo lugar, por exemplo, ou em que não há, de qualquer forma, razões concretas para crer que novo processo de adjudicação não conduza a ofertas aceitáveis [20].

53. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 37.°, n.° 1, ponto 7, da LCE e o artigo 117.°, n.° 1, ponto 7, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 71/305, e que o artigo 87.°, n.° 4, ponto 5, da LCE e o artigo 247.°, n.° 4, ponto 5, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 77/62.

d) *Artigo 37.°, n.° 1, ponto 8, da LCE e artigo 117.°, n.° 1, ponto 8, do RGCE*

54. O artigo 37.°, n.° 1, ponto 8, da LCE, reproduzido no artigo 117.°, n.° 1, ponto 8, do RGCE, dispõe que, em matéria de empreitadas de obras públicas, podem ser celebrados contratos por ajuste directo «em relação a obras destinadas a completar a execução de obras cujos contratos foram resolvidos nas condições já indicadas no ponto anterior, sem prejuízo da aplicação eventual das disposições da n.° 2 do presente artigo (urgência).»

55. A Comissão afirmou que esta disposição é incompatível com a Directiva 71/305 e remeteu, a este respeito, para os argumentos apresentados a respeito do ponto anterior.

56. O Governo espanhol limitou-se a afirmar que esta disposição não se podia basear numa justificação tão clara como a hipótese antecedente e que a disposição seria suprimida no âmbito da modificação prevista da LCE.

57. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 37.°, n.° 1, ponto 8, da LCE e o artigo 117.°, n.° 1, ponto 8, do RGCE são incompatíveis com a Directiva 71/305.

e) *Artigo 120.°, n.° 1, pontos 1, 2 e 6 do decreto legislativo sobre o regime local*

58. A Comissão indicou que o artigo 120.°, n.° 1, pontos 1, 2 e 6 do Decreto legislativo n.° 781/1986 sobre o regime local enumera casos nos quais é permitido celebrar contratos por ajuste directo análogos às disposições acima abordadas da LCE e do RGCE e afirma que, em consequência, estas normas também são contrárias às directivas.

59. Tal não foi contestado pelo Governo espanhol e o Tribunal de Justiça pode, consequentemente, dar provimento aos pedidos da Comissão sobre este ponto.

60. As partes divergem, em contrapartida, sobre as consequências desta incompatibilidade. O Governo espanhol afirmou que não

20 — Finalmente, não pode ser atribuída importância determinante ao facto de o n.° 4, ponto 5, do artigo 87.° da LCE permitir o recurso aos processos ordinários, pois trata-se de uma competência discricionária das entidades adjudicantes e não de um dever que nasça quando as condições ligadas à urgência se não encontram reunidas no caso concreto.

seria necessário modificar o decreto legislativo sobre o regime local, dado que a celebração de contratos por ajuste directo pelas autarquias locais é directamente regulada pelas disposições aplicáveis da LCE e do RGCE. O Governo espanhol indicou a este respeito que, nos termos da primeira disposição final dos decretos reais aprovados para adaptar a LCE e o RGCE às directivas, as disposições destes diplomas serviriam de legislação de base.

61. Segundo um princípio assente, no acórdão a proferir o Tribunal de Justiça só pode declarar que as disposições em questão são contrárias às obrigações que incumbem à Espanha por força do direito comunitário, após o que competirá a este Estado tirar as consequências necessárias da declaração.

Pode, contudo, ser útil mencionar que a revogação das regras em causa seria a solução mais conforme às exigências do direito comunitário. Se as regras não forem revogadas, existirá, em direito nacional, uma possibilidade de aplicação errónea da legislação e a insegurança jurídica que tal provocará será, em si, contrária ao direito comunitário.

62. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 120.°, n.° 1, pontos 1, 2 e 6 do decreto legislativo sobre o regime local é incompatível com a Directiva 71/305 e a Directiva 77/62.

Disposições relativas às regras de participação e aos critérios de selecção qualitativa

63. A Comissão apresentou pedidos de declaração de que uma série de disposições espanholas relativas à participação nos concursos e aos critérios de selecção qualitativa são contrárias às regras comunitárias. Parece-nos adequado, a título preliminar, expor brevemente as regras aplicáveis das duas directivas, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça neste domínio.

Resulta do artigo 20.° da Directiva 71/305 e do artigo 17.° da Directiva 77/62 que a celebração de contratos públicos se opera em duas fases. De início, procede-se a uma selecção dos empreiteiros ou fornecedores que possuam as qualificações requeridas para participar na adjudicação. Esta verificação da aptidão dos candidatos implica que se examine se devem ser excluídos da participação no mercado devido à sua própria situação, nomeadamente por razões ligadas a insolvência ou falta de honorabilidade. Por outro lado, procede-se a um exame da capacidade económica, financeira e técnica dos candidatos. Depois de efectuada a selecção dos que podem participar na adjudicação, esta será efectuada de acordo com os critérios fixados no artigo 29.° da Directiva 71/305 e no artigo 25.° da Directiva 77/62, ou seja, em princípio, quer com base no preço mais baixo, quer com base na oferta economicamente mais vantajosa.

64. As regras relativas à selecção qualitativa dos candidatos encontram-se nos artigos 23.° a 28.° da Directiva 71/305 e 20.° a 24.° da

Directiva 77/62, que são, no essencial, paralelos.

O artigo 23.° da Directiva 71/305 e o artigo 20.° da Directiva 77/62 contêm uma lista das circunstâncias respeitantes à *honorabilidade* e à *solvência* dos candidatos que podem justificar a exclusão da sua participação no concurso. Aqueles preceitos contêm igualmente uma lista dos documentos e certificados de que as entidades adjudicantes podem pedir a apresentação, como prova de que os operadores não se encontram numa das situações enumeradas. O artigo 24.° da Directiva 71/305 e o artigo 21.° da Directiva 77/62 dispõem que qualquer empreiteiro que queira participar num concurso de obras públicas pode ser convidado a provar a sua inscrição no *registo profissional* do país em que se encontra estabelecido. O artigo 25.° da Directiva 71/305 e o artigo 22.° da Directiva 77/62 prevêem os modos de demonstração pelos candidatos da sua *capacidade financeira e económica*. O artigo 26.° da Directiva 71/305 e o artigo 23.° da Directiva 77/62 prevêem os modos de demonstração pelos candidatos da sua *capacidade técnica*. O artigo 27.° da Directiva 71/305 e o artigo 24.° da Directiva 77/62 dispõem que as entidades adjudicantes podem convidar os candidatos a *completar ou explicitar* os certificados ou documentos apresentados, mas que tal deve ter lugar dentro dos limites, respectivamente, dos artigos 23.° a 26.° da Directiva 71/305 e 20.° a 23.° da Directiva 77/62. O artigo 28.° da Directiva 71/305, finalmente, contém regras relativas à inscrição nas *listas oficiais de empreiteiros aprovados* existentes em certos Estados-membros e prevê, nomeadamente, em que medida a inscrição em tal lista pode ser utilizada pelos empreiteiros como meio de prova alternativo para demonstrar que satisfazem os critérios qualitativos referidos nos artigos 23.° a 26.° da directiva.

65. O Tribunal de Justiça proferiu dois acórdãos que contêm elementos essenciais de interpretação para efeitos de aplicação destas disposições. Trata-se dos acórdãos de 10 de Fevereiro de 1982 no processo 76/81, Transporoute [21] e de 20 de Setembro de 1988 no processo 31/87, Beentjes [22]. A interpretação do Tribunal de Justiça respeitava às disposições aplicáveis da Directiva 71/305, mas deveria poder aplicar-se por analogia às disposições correspondentes da Directiva 77/62. Pode deduzir-se daqueles acórdãos

— que as entidades adjudicantes só podem verificar a aptidão profissional dos candidatos não excluídos por alguma razão relativa à sua própria situação com base em critérios assentes na sua capacidade económica, financeira e técnica [23], e

— que a enumeração feita pelas directivas das referências que podem ser exigidas

21 — Recueil, p. 417.

22 — Colect., p. 4635.

23 — V. o n.° 17 do acórdão Beentjes, no qual o Tribunal de Justiça declarou o seguinte: «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... 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*» (sublinhado meu).

como prova de que os candidatos satisfazem as condições de honorabilidade, etc. e da capacidade técnica é exaustiva, enquanto nada se opõe a que as entidades adjudicantes exijam a apresentação de provas diferentes das mencionadas nas directivas para demonstrar que os candidatos possuem a capacidade económica e financeira requerida [24].

66. As entidades adjudicantes conservam a faculdade de subordinar a celebração de contratos públicos a condições diversas das relativas à verificação da aptidão dos empreiteiros com base na sua capacidade económica, financeira ou técnica, ou relativos aos critérios de adjudicação do contrato em causa. No acórdão Beentjes, o Tribunal de Justiça declarou que cláusulas contratuais suplementares não são, em si, incompatíveis com a Directiva 71/305 [25]. Todavia, o Tribunal de Justiça também declarou que tais cláusulas contratuais, para serem compatíveis com a directiva, devem 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 e, por outro lado, a sua aplicação deve ter lugar no respeito de todas as normas processuais da directiva, nomeadamente das regras de publicidade dela constantes [26].

67. É neste contexto que devem ser apreciadas as conclusões da Comissão relativas ao desrespeito das regras de participação e dos critérios de selecção qualitativa definidos nas directivas.

24 — O Tribunal de Justiça declarou, no n.º 9 do acórdão Transporoute, o seguinte: «... o artigo 27.º precisa que a entidade adjudicante só pode convidar o empreiteiro a completar os certificados e documentos apresentados nos limites fixados nos artigos 23.º e 26.º da directiva, que *só autoriza* os Estados-membros *a pedir referências diferentes das expressamente enunciadas na directiva no quadro da apreciação da capacidade económica e financeira das empresas* referidas no artigo 25.º da directiva» (sublinhado meu).
Este processo colocava a questão de saber se era compatível com as regras da directiva exigir que a empresa possuísse uma autorização de estabelecimento governamental do Estado-membro em que a adjudicação tinha sido feita. O Tribunal de Justiça declarou, no n.º 10: «Como a autorização de estabelecimento em causa... não tem por objectivo demonstrar a capacidade financeira e económica das empresas, mas a qualificação profissional e a honorabilidade dos seus dirigentes, constitui... *um meio de prova estranho aos limitativamente autorizados pela directiva*» (sublinhado meu).
Com base nestas considerações, o Tribunal de Justiça concluiu o seguinte: «A Directiva 71/305 do Conselho deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que um Estado-membro exija a candidatos estabelecidos noutros Estados-membros que façam prova de satisfazerem os critérios enunciados nos artigos 23.º a 26.º daquela directiva e relativos à sua honorabilidade e à sua qualificação profissional por meios diferentes dos enunciados naqueles preceitos, tais como uma autorização de estabelecimento.»
A tese de que as directivas não contêm uma enumeração exaustiva dos documentos que podem ser exigidos como prova da capacidade económica e financeira dos candidatos é creditada pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1987, Bellini (27/86 a 29/86, Colect., p. 3347, n.os 10, 11 e 17).

25 — O Tribunal de Justiça chegou a este resultado, nomeadamente, com fundamento em 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...» (n.º 20).

26 — V. os n.os 28 a 31 do acórdão Beentjes. V., por outro lado, a propósito desta prática, a comunicação da Comissão de 22 de Setembro de 1989, intitulada «Aquisições públicas — Aspectos regionais e sociais» (JO C 311, p. 7, n.os 43 a 64).
V. também o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Junho de 1992, Comissão/Itália (C-360/89, Colect., p. I-3401), respeitante a uma disposição da legislação italiana segundo a qual, na selecção dos candidatos convidados a concorrer pela entidade adjudicante, em aplicação das regras relativas aos concursos limitados (v. o artigo 22.º da Directiva 71/305), era necessário «dar-se a preferência às associações temporárias de empresas e consórcios em que participem empresas que exercem a sua actividade principal na região em que são realizadas as obras». O Tribunal de Justiça limitou-se a declarar que se tratava de um critério de selecção não mencionado nos artigos 23.º a 26.º da directiva sendo, por consequência, contrário ao artigo 22.º daquela. Ainda que o Tribunal de Justiça não tenha levado a análise para além do exame da questão de saber se o critério em questão era compatível com a directiva, à luz dos princípios consagrados no acórdão Beentjes, não parece que este acórdão possa constituir uma alteração da orientação jurisprudencial.

a) *Artigos 24.°, n.° 1, ponto 1, e 25.°, n.° 1, pontos 1 e 3 do RGCE*

68. O n.° 1, ponto 1, do artigo 24.° do RGCE dispõe o seguinte:

«Para a celebração de contratos com a administração, as empresas estrangeiras devem satisfazer, além das condições previstas no artigo 23.° do presente regulamento, as seguintes condições:

1° Ter plena capacidade para celebrar contratos e contrair obrigações, em conformidade com a legislação do seu país.»

O n.° 1, pontos 1 e 3, do RGCE dispõe o seguinte:

«A personalidade das empresas é demonstrada perante a administração da seguinte forma:

1° Se a empresa for uma pessoa colectiva, através da apresentação do acto constitutivo ou modificativo, devidamente inscrito no registo comercial. Para os empresários em nome individual é obrigatória a apresentação do documento nacional de identidade ou do documento que, eventualmente, o substitua regulamentarmente.

...

3° As empresas estrangeiras apresentarão uma tradução oficial dos seus documentos constitutivos em castelhano ou, eventualmente, na língua da comunidade autónoma no território da qual se encontra a sede da entidade adjudicante, bem como um certificado, passado pela Embaixada da Espanha no país em questão, que certifique que a empresa tem capacidade para celebrar contratos ou contrair obrigações, em conformidade com a legislação desse país.»

69. A Comissão afirmou que as referidas exigências de prova não se encontram previstas nas Directivas 71/305 e 77/62 e que, devido ao carácter exaustivo destes diplomas, não podem justificar a exclusão da participação nos concursos dos candidatos que não as satisfaçam. Segundo a Comissão, as entidades adjudicantes têm suficientes possibilidades de verificar se as empresas estrangeiras têm capacidade jurídica e estatuto de pessoa colectiva, na medida em que podem exigir aos candidatos que demonstrem que se encontram inscritos no registo profissional do seu país de origem e, por outro lado, que se não encontram em nenhuma das situações referidas no artigo 23.° da Directiva 71/305 e no artigo 20.° da Directiva 77/62. A Comissão precisou, particularmente na fase oral do processo, que o facto de exigir aos candidatos capacidade jurídica é, em si, compatível com o direito comunitário.

70. O Governo espanhol sustentou *que* uma condição relativa à capacidade jurídica deve logicamente ser exigida previamente às exigências da directiva em matéria de capacidade económica, financeira e técnica, bem como de honorabilidade, *que* aquela exigência é necessária para assegurar que os empresários possam ser responsabilizados e *que* esta exigência não dá origem a qualquer discriminação entre candidatos espanhóis e

estrangeiros. Sublinhou ainda, em complemento ao precedente, que o n.° 1, ponto 1, do artigo 24.° do RGCE não impõe aos candidatos a apresentação de documentos determinados, limitando-se a colocar uma condição jurídica abstracta relativa à capacidade jurídica. De resto, o Governo espanhol entende que as directivas não estabelecem regras suficientes em relação à prova da capacidade jurídica das empresas e do respectivo estatuto de pessoas colectivas, o que justifica as regas contidas no n.° 1, pontos 1 e 3, do artigo 25.° do RGCE [27].

71. Como foi indicado em introdução, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para apreciar a legalidade de critérios de exclusão que tenham por efeito impedir a participação em concursos públicos, é decisivo em primeiro lugar identificar o tipo de condição em causa.

Pode, certamente, discutir-se a questão de saber se uma exigência relativa à capacidade jurídica se encontra compreendida nos critérios objecto das regras das directivas relativas à selecção qualitativa dos candidatos. Em contrapartida, é dificilmente concebível que o objecto desta exigência não seja o de assegurar que se trata de candidatos de boa fé, em condições para cumprir o contrato e tendo, se necessário, capacidade para assumir responsabilidade por incumprimento do contrato. É por esta razão que, em meu entender, nos encontramos perante uma exigência que se deve considerar caber efectivamente no domínio em relação ao qual as directivas entenderam enumerar de modo exaustivo os meios de prova que podem ser exigidos [28].

Estas observações devem ser acompanhadas de uma reserva importante. O direito comunitário não poderia, bem entendido, obstar a que as entidades adjudicantes recusassem a celebração de contratos com empresas desprovidas de personalidade jurídica. Neste sentido, a exigência contida no n.° 1, ponto 1, do artigo 24.° não é ilegal. As directivas opõe-se, em contrapartida, a que seja exigido, em termos gerais, que as empresas tenham demonstrado a sua capacidade jurídica. Para efeitos práticos, é supérfluo colocar exigências específicas em relação à prova da capacidade jurídica dos candidatos, tendo em atenção o facto de que pode ser exigido à empresa que prove estar inscrita no registo profissional do seu país de origem e demonstre não se encontrar em situação de insolvência. Tal exigência em matéria de prova, que não é, segundo as informações que me foram fornecidas, exigida aos candidatos espanhóis,

27 — As partes discutiram a importância que deve ser atribuída ao facto de o artigo 24.° da Directiva 71/305 enumerar apenas os registos profissionais em seis Estados-membros, e o artigo 21.° da Directiva 77/62 em nove Estados-membros. A Comissão indicou que o artigo 24.° da Directiva 71/305 foi completado pelos actos de adesão de 1972, 1979 e 1985, e que o artigo 21.° da Directiva 77/62 pode facilmente ser aplicado por analogia em relação aos outros três Estados-membros. Adiro totalmente ao ponto de vista da Comissão a este respeito, e não me proponho examinar a questão em mais detalhe.

28 — É possível, em meu entender, encontrar no acórdão Transporoute elementos em favor desta interpretação. Naquele acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que a exigência de uma autorização de estabelecimento tinha por finalidade determinar a «qualificação profissional e a honorabilidade (dos) dirigentes» e que, portanto, aquela exigência era contrária à Directiva 71/305, que contém uma enumeração exaustiva dos meios de prova que podem ser exigidos para demonstrar aquelas qualidades. Contudo, o Tribunal de Justiça não explicou de maneira mais precisa porque razão uma autorização de estabelecimento como a que estava em causa era suposta respeitar à honorabilidade dos candidatos. Deduzo que todos os documentos relativos não só à honorabilidade e solvência dos candidatos em sentido estrito, mas à sua capacidade geral para celebrar contratos públicos, devem ser compatíveis com a enumeração exaustiva dos meios de prova no artigo 23.°, em conjugação com o artigo 24.°, relativo à prova de inscrição no registo profissional do país de origem da empresa.

implica encargos para os candidatos estrangeiros que não podem ser razoavelmente justificados pelo objectivo subjacente àquela exigência.

72. A Comissão sustentou, por outro lado, que o disposto no n.° 1, pontos 1 e 3, do artigo 25.°do RGCE, na medida em que se aplica às empreitadas de obras públicas, é contrário ao artigo 59.° do Tratado relativo à livre prestação de serviços.

73. Verificar que as regras espanholas em questão são contrárias ao artigo 59.° apresenta relativamente pouco interesse, a partir do momento em que já foi verificado que são contrárias às regras das directivas. Deveria bastar a verificação do carácter supérfluo dos documentos requeridos, que se vêm juntar aos que podem ser exigidos aos candidatos com base nas directivas, pois tais exigências implicam para os interessados encargos desnecessários. Dito isto, se o Tribunal de Justiça entender que a Espanha também deve ser condenada por violação do artigo 59.° do Tratado, pode facilmente concluir-se que a acusação é fundamentada.

74. Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o artigo 59.° do Tratado implica, nomeadamente, a eliminação de toda e qualquer discriminação do prestador em razão da sua nacionalidade ou com fundamento no facto de se encontrar estabelecido num Estado-membro diferente daquele em que a prestação é efectuada. Regulamentações nacionais não indistintamente aplicáveis às prestações de serviços independentemente da sua origem apenas estarão em conformidade com o direito comunitário se puderem ser abrangidas por uma disposição derrogatória expressa, como o artigo 56.° do Tratado, que incide sobre considerações de ordem pública, segurança pública e saúde pública [29]. Todavia, podem também resultar entraves à livre prestação de serviços da aplicação de regulamentações nacionais, que afectam qualquer pessoa estabelecida no território nacional, a prestadores estabelecidos no território de outro Estado-membro, que devem já satisfazer as exigências da legislação deste Estado. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, tais entraves só são abrangidos pelo artigo 59.° do Tratado se forem justificados por razões imperiosas de interesse geral que não sejam já satisfeitas pelas regras impostas a estes prestadores no Estado-membro em que se encontram estabelecidos e que sejam apropriados e necessários para efeitos de realização do objectivo almejado, o que implica que o mesmo resultado não possa ser obtido por meios menos restritivos [30].

75. As exigências formuladas no n.° 1, pontos 1 e 3, do artigo 25.°, que impõem a apresentação de documentos específicos como condição da celebração de mercados públicos, constituem entraves à livre prestação de serviços. Deve, em meu entender, dar-se razão à Comissão quanto a que, qualquer que seja o objectivo de interesse geral prosseguido, este estaria suficientemente garantido através da possibilidade de exigir a apresentação dos documentos enumerados na Directiva 71/305. Dado que não podem ser consideradas objectivamente necessárias para efeitos da protecção do ou dos interesses que se destinam a salvaguardar, as disposições em

29 — V., por último, o acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Colect., p. I-2239 n.os 13 e 16).

30 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antenne voorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4035, n.os 12 a 15).

causa são incompatíveis com o artigo 59.° do Tratado.

76. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o n.° 1, pontos 1 e 3, do artigo 25.° do RGCE é incompatível quer com as directivas 71/305 e 77/62, quer com o artigo 59.° do Tratado.

b) *Artigo 284.°, n.° 5, do RGCE*

77. O artigo 28.° da Directiva 71/305 incide sobre as listas oficiais de empreiteiros autorizados que se encontram em alguns Estados-membros (sistema denominado da classificação) e determina o uso que os empreiteiros podem fazer dos certificados de classificação para provar que satisfazem alguns dos critérios previstos na directiva para efeitos de selecção.

78. O n.° 5 do artigo 284.° dispõe:

«Para poder invocar as disposições do n.° 3 deste artigo (ou seja, para poder invocar o direito de provar a sua capacidade por meios diferentes da classificação) os empreiteiros não espanhóis dos Estados-membros da Comunidade Económica Europeia devem provar, através de certificado passado pelo Comité Consultivo dos Concursos Públicos, que não se encontram classificados ou que não foram objecto de uma classificação que tenha sido suspensa ou anulada.»

Se bem compreendi as informações de que disponho, esta disposição deve ser entendida no sentido de que em direito espanhol os empreiteiros devem, em princípio, utilizar os certificados de classificação, e de que só podem provar as suas qualificações de outro modo se apresentarem um certificado passado por um organismo espanhol, do qual conste que não se encontram classificados na lista espanhola [31], ou que não foram objecto de classificação que tenha sido suspensa ou anulada.

79. A Comissão afirma que é possível retirar da Directiva 71/305 [32] um direito dos empreiteiros de escolher entre provar as suas classificações através de um certificado de classificação ou de outra forma. A exigência do certificado especial como condição para poder provar a sua qualidade de maneira diferente da apresentação de certificado de classificação é assim, no entender da Comissão, contrária ao sistema da directiva. Por outro lado, a Comissão afirmou que se trata de um entrave injustificado e desproporcionado à livre prestação de serviços, contrário ao artigo 59.° do Tratado.

80. O Governo espanhol afirmou que aquela norma tem por objectivo evitar fraudes no sistema de classificação, consistentes, para as empresas dos outros Estados-membros, em iludir os efeitos da suspensão ou da anulação de classificação anterior através do recurso à

31 — A Comissão considera demonstrado que esta norma impõe a condição de um certificado «negativo» relativo ao facto de o empreiteiro não ter sido classificado na lista dos empreiteiros autorizados *em Espanha*. Esta interpretação da norma não é contestada pelo Governo espanhol.

32 — Na petição, a Comissão tinha sustentado que a norma em causa se aplicava também, nos termos do artigo 109.° da LCE, aos contratos de fornecimentos de direito público. O Governo espanhol indicou, todavia, que as regras de classificação não foram, na realidade, estendidas de modo a englobar também aqueles contratos. Na sequência desta objecção e em resposta a uma questão colocada a este respeito pelo Tribunal de Justiça, a Comissão precisou que não pede que seja declarada a violação dos preceitos da Directiva 77/62 pelas normas do n.° 5 do artigo 284.° do RGCE.

possibilidade de demonstrar a sua capacidade apresentando outros meios de prova. Segundo o governo, trata-se de uma simples formalidade, não difícil de cumprir e que não pode ser considerada desrazoável ou não objectivamente justificada em relação ao objectivo claro e simples de evitar a adjudicação de contratos a empresas que não reúnam as condições económicas, financeiras e técnicas de classificação profissional.

81. Em minha opinião, a Comissão tem razão ao sustentar que os Estados-membros não podem criar restrições ao direito dos empreiteiros de escolher entre os meios de prova aqueles de que se pretendem servir para provar as suas qualificações. A directiva pressupõe a liberdade de escolha [33], e as suas regras relativas aos meios de prova (v. artigos 23.° a 26.°) não contêm qualquer habilitação para a imposição de formalidades como a que é presentemente impugnada. Por outro lado, deve dar-se razão à Comissão quando se trata de um entrave à livre prestação de serviços que não pode ser justificada pelas considerações apresentadas pelo Governo espanhol. Tendo em conta que a exigência aos empreiteiros de que constem da lista oficial do Estado-membro em que a adjudicação [34] tem lugar é incompatível com a Directiva 71/305, não é também possível dar importância ao facto de tal classificação ter sido, em determinado momento, anulada ou suspensa. O único elemento decisivo é que os candidatos possam demonstrar que no momento da apresentação da candidatura possuíam as classificações necessárias. Esta consideração deve ser entendida suficientemente garantida pela possibilidade de exigir aos candidatos que apresentem os certificados e documentos enumerados na Directiva 71/305.

82. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o n.° 5 do artigo 284.° do RGCE é incompatível com a Directiva 71/305 e o artigo 59.° do Tratado.

c) *Artigo 287.°, n.° 2, do RGCE*

83. O n.° 2 do artigo 287.° do RGCE, relativo às condições de classificação dos empreiteiros em Espanha, dispõe o seguinte:

«Para este efeito, serão avaliados, de preferência, os meios pessoais, materiais e financeiros de que as empresas dispõem de modo permanente no território nacional.»

84. A Comissão sustentou que esta disposição é contrária à Directiva 71/305 [35] e ao artigo 59.° do Tratado.

85. O Governo espanhol sustentou que aquele preceito não tem efeitos jurídicos concretos, pois não precisa em que deve consistir a preferência a que se refere e indicou,

33 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1987, Bellini (27/86 a 29/86, Colect., p. 3347, n.os 24 e 25).

34 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Transporoute, n.os 12 e 12.

35 — Na petição, a Comissão tinha sustentado que a disposição em causa se aplicava também, por força dos artigos 320.° e 330.° do RGCE, aos contratos de fornecimento de direito público. Como já foi referido, o Governo espanhol indicou que as regras relativas à classificação não foram estendidas de modo a englobar aqueles contratos. Na sequência desta objecção e em resposta a uma questão colocada a este respeito pelo Tribunal de Justiça, a Comissão precisou que não pede que seja declarada contrária ao disposto na Directiva 77/62 o n.° 2 do artigo 287.° do RGCE.

de resto, por aquela mesma razão, a sua intenção de a suprimir. Por outro lado, o Governo espanhol afirmou que, caso tivesse efeitos jurídicos, a disposição seria justificada pelas alínea c) e d) do artigo 26.° da Directiva 71/305.

86. O n.° 4 do artigo 28.° da Directiva 71/305 dispõe que «para a inscrição dos empreiteiros dos outros Estados-membros... (na) lista (oficial dos empreiteiros autorizados), apenas podem ser exigidas as provas e declarações pedidas aos empreiteiros nacionais e, seja como for, nunca mais do que as previstas nos artigos 23.° a 26.°» Como a Comissão indicou acertadamente, aquelas disposições não permitem exigir aos empreiteiros de outros Estados-membros informações relativamente aos factos mencionados no n.° 2 do artigo 287.° do RGCE. As alíneas c) e d) do artigo 26.° da directiva dispõem que pode ser exigida ao empreiteiro uma declaração que mencione, nomeadamente, os utensílios que utilizará na execução da obra, bem como uma declaração relativa aos efectivos médios anuais da empresa durante os três últimos anos. Todavia, o elemento decisivo para a apreciação da regra em questão é que não se encontra qualquer base na directiva para exigir informações particulares sobre os efectivos, os utensílios e os meios económicos *no território espanhol.* O n.° 2 do artigo 287.° do RGCE é, assim, incompatível com a Directiva 71/305.

87. A Comissão também tem razão ao sustentar que o preceito em causa constitui um entrave à livre prestação de serviços. Esta regra deve ser entendida no sentido de que a circunstância de dada empresa não ter (ou apenas em escassa medida) utensílios, etc., no território espanhol poderia ter importância para efeitos de classificação em Espanha, o que por sua vez poderia ter incidência sobre a possibilidade de o empreiteiro em causa efectuar prestações de serviços em Espanha. Ainda que aquela disposição, formalmente, seja igualmente aplicável a empreiteiros estrangeiros e nacionais, parece-me que se trata de uma norma que na realidade favorece os empreiteiros espanhóis, que têm bastante mais hipóteses de ter efectivos e utensílios no território espanhol [36]. Trata-se assim, por outras palavras, de uma discriminação dissimulada assente na nacionalidade, que não se baseia em nenhuma das considerações que, segundo o Tratado, podem justificar tais normas.

88. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o n.° 2 do artigo 287.° do RGCE é incompatível com a Directiva 71/305 e o artigo 59.° do Tratado.

d) *Artigo 312.°, n.° 2, do RGCE*

89. Esta disposição, que determina a força probatória de certificados e documentos do mesmo tipo passados pelas autoridades de outros Estados-membros em relação a uma série de exigências espanholas em matéria de prova, é, no entender da Comissão, contrária, em certos aspectos, ao n.° 3 do artigo 28.° da Directiva 71/305, que contém regras relativas à força probatória de certificados de classificação passados noutros Estados-membros. Tal não foi contestado pelo Governo espanhol, que assinalou que aquele preceito seria alterado no quadro da modificação prevista da LCE. Pelas razões expos-

36 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Junho de 1992, Comissão/Itália (C-360/89, Colect., p. I-3401, n.os 10, 11 e 12).

tas, proponho ao Tribunal de Justiça que defira os pedidos da Comissão a este respeito.

e) *Artigo 320.°, n.° 3, ponto 5, do RGCE*

90. Esta disposição prevê o modo de demonstração da sua capacidade técnica pelos fornecedores e dispõe, nomeadamente, que esta prova pode ser efectuada através de certificados relativos às mercadorias em causa, passados por institutos ou serviços oficiais espanhóis encarregados do controlo da qualidade. No entender da Comissão, aquele preceito é contrário ao n.° 1, alínea e) do artigo 23.° da Directiva 77/62, segundo o qual se pode, é certo, exigir a apresentação de certificados de qualidade, mas não que estes últimos sejam passados por organismos do Estado da sede das entidades adjudicantes. A Comissão sustentou simultaneamente que esta exigência constitui um entrave à livre circulação de mercadorias, contrário ao artigo 30.° do Tratado. Este ponto não foi contestado pelo Governo espanhol, que afirmou que aquela disposição seria suprimida no quadro da modificação prevista da LCE. Aquele governo limitou-se a argumentar que se trata de uma formulação errada, que poderia ser sanada através de uma interpretação não literal da disposição em causa. Este argumento não pode ser acolhido. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que defira os pedidos da Comissão a este respeito.

f) *Artigo 341.° do RGCE*

91. O artigo 341.° do RGCE dispõe:

«Nos termos da quarta disposição final da LCE, o Governo pode, se o julgar oportuno, dispensar os empreiteiros que tenham obtido determinada classificação do Ministério das Finanças de constituição de garantia provisória nos concursos relativos a empreitadas de obras públicas.»

92. A Comissão indicou que esta faculdade foi utilizada pelo Decreto real n.° 1883/1979, de 1 de Junho de 1979, que autoriza as entidades adjudicantes a incluir nos cadernos de encargos uma cláusula de dispensa, e pelo decreto de 23 de Outubro de 1979, nos termos do qual pode ser incluída uma dispensa nos cadernos de encargos do Ministério das Obras Públicas e do Urbanismo e dos seus organismos autónomos.

93. A Comissão sustentou que o artigo 341.° do RGCE é incompatível com a Directiva 71/305 e o artigo 59.° do Tratado. Afirmou que a possibilidade de concorrer sem estar classificado é um direito dos empreiteiros e que o exercício deste direito não pode ser entravado com base em justificações apresentadas pelas autoridades espanholas. A dispensa de constituição de garantia provisória atribuída aos empreiteiros que tenham obtido classificação constitui uma incitação financeira a ser classificado e tem como efeito limitar, na prática, o direito de concorrer sem estar classificado.

A Comissão indicou, por outro lado, que não vê dificuldades na extensão do benefício da dispensa de garantia provisória aos concorrentes que demonstrem as suas capacidades por forma diferente da classificação. As entidades adjudicantes têm meios suficientes para infligir sanções aos «candidatos irresponsáveis», aplicando, por exemplo, as regras, acima expostas, do n.° 1, alíneas d) e g), do artigo 23.°

94. O Governo espanhol afirmou que as regras espanholas dão aos empresários estrangeiros a possibilidade de constituir os dois tipos de garantia em condições idênticas às aplicáveis às empresas espanholas, para a execução correcta do contrato. As empresas podem assim escolher entre a constituição de uma garantia provisória ou a obtenção de uma classificação provisória no Ministério das Finanças espanhol. Daí resulta que as empresas não espanholas podem, tal como as espanholas, ser dispensadas do dever de constituição de garantia provisória. Em caso de incumprimento do contrato, a entidade adjudicante tem possibilidades de punir a inexecução, quer suspendendo a classificação, quer considerando a caução provisória adquirida. O Governo espanhol afirmou que estes dois modos de garantia se integram ambos na alínea i) do artigo 16.° da Directiva 71/305, que impõe às entidades adjudicantes o dever de incluir nos anúncios de abertura de concurso «as indicações que digam respeito às cauções e a quaisquer outras garantias, seja qual for a sua forma, eventualmente exigidas».

O Governo espanhol observou que as entidades adjudicantes não teriam nenhuma possibilidade de infligir sanções eficazes em caso de inexecução do contrato se a dispensa de constituição de garantia provisória fosse alargada em benefício dos empreiteiros não espanhóis que tenham demonstrado a sua capacidade económica, financeira e técnica por meio diferente da classificação.

95. Como resulta do exposto, o Governo espanhol insistiu na necessidade de assegurar o bom fim dos contratos. Este objectivo será adequadamente tomado em conta pela exigência de uma caução provisória, que se deve entender autorizada pela alínea i) do artigo 16.° da Directiva 71/305. Em meu entender, a exigência de uma classificação no Ministério das Finanças espanhol, em contrapartida, não dará qualquer garantia particular de satisfação dos contratos celebrados. Na opinião do Governo espanhol, aquela garantia residiria na «ameaça» de suspensão de classificação em caso de inexecução dos contratos, com as dificuldades daí resultantes para receber futuramente a atribuição de contratos. Tal «ameaça» de exclusão de futuros concursos, contudo, existe independentemente da questão da classificação na Espanha. Como foi indicado pela Comissão, as alíneas d) e g) do artigo 23.° da directiva dispõem que as entidades adjudicantes podem vedar a participação no concurso a quaisquer empreiteiros «que, em matéria profissional, tenham cometido falta grave comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam apresentar» ou «que se tenham tornado gravemente culpados de falsas declarações ao prestar as informações exigidas nos termos do... capítulo» da directiva relativo aos critérios de selecção qualitativa. Estes preceitos dão às entidades adjudicantes, pelo menos, a possibilidade de um incumprimento deliberado dos contratos celebrados (incluindo em relação aos empreiteiros não espanhóis que tenham demonstrado a sua capacidade económica, financeira e técnica de modo

diferente da classificação), e a existência desta possibilidade engendra, em meu entender, a mesma forma de garantia de execução dos contratos celebrados, ou seja, uma «ameaça» de exclusão de adjudicações futuras, que o Governo espanhol entende provocar através da exigência de classificação.

Vê-se nestas condições que a exigência espanhola de classificação no Ministério das Finanças espanhol, enquanto condição da dispensa de constituição de garantia provisória, equivale na prática a impor aos empresários não espanhóis não classificados em Espanha um encargo económico particular [37]. Como indicou a Comissão, a Directiva 71/305, contudo, atribui aos empreiteiros o direito de demonstrar a sua capacidade apresentando os meios de prova referidos nos artigos 23.° a 26.° da Directiva 71/305 ou apresentando certificado de classificação noutro Estado-membro. Não é possível exigir que os empreiteiros se encontrem classificados no Estado-membro em que se desenrola a adjudicação [38]. Assim, não é compatível com a directiva associar encargos económicos à inexistência de classificação em Espanha.

96. Um encargo económico imposto a empreiteiros não espanhóis não classificados em Espanha constitui um entrave à livre prestação de serviços, nos termos do artigo 59.° do Tratado. O argumento do Governo espanhol relativo à necessidade de assegurar o bom fim dos contratos não pode, como afirmei, ser acolhido, e não parece que possam ser adiantadas outras razões de interesse geral para justificar uma regra como aquela.

97. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 341.° do RGCE é incompatível com a Directiva 71/305 e o artigo 59.° do Tratado.

Disposições em matéria técnica

98. A Comissão pediu que o Tribunal de Justiça declarasse que o artigo 244.° do RGCE, que fixa regras relativas a exigências técnicas, é contrário ao artigo 7.° da Directiva 77/62.

99. O n.° 1 do artigo 7.° da directiva dispõe, nomeadamente, que especificações técnicas fixadas no quadro de contratos de direito público podem ser definidas, nomeadamente, por referência a normas apropriadas, e que, neste caso, convém fazer referência, por ordem de preferência, a normas comunitárias, a normas europeias, a normas internacionais, a normas nacionais e, finalmente, a quaisquer outras normas. A Comissão afirmou que as regras relativas à ordem de preferência não foram transpostas pela disposição em causa do RGCE.

100. O Governo espanhol reconheceu que a ordem de preferência fixada no n.° 1 do

37 — No que respeita aos empreiteiros espanhóis, parece que a condição de classificação é obrigatória. Assim, o Governo espanhol assinalou que a condição de classificação é obrigatória em relação aos concursos públicos cujo valor exceda 20 milhões de PTA, e que a possibilidade de demonstrar a capacidade técnica e financeira de modo diferente da classificação não se aplica aos empreiteiros espanhóis. Entendo estas declarações no sentido de que nos mercados que atinjam ou ultrapassem o montante referido só os empreiteiros não espanhóis podem escolher entre ser objecto de classificação e fornecer uma garantia provisória.

38 — V. o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Transporoute, n.os 12 e 13.

artigo 7.° da Directiva 77/62 não foi transposta para a legislação espanhola, que se limita a prever que as especificações técnicas podem ser fixadas por referência a normas nacionais ou internacionais. O governo observa, todavia, que o artigo 7.° foi substancialmente modificado pelo artigo 8.° da Directiva 88/295, e que nestas condições seria inapropriado e desrazoável exigir que a legislação espanhola seja adaptada às disposições da Directiva 77/62, ou que as disposições da Directiva 88/295 sejam transpostas antes do termo do prazo previsto para o efeito. O governo sublinhou, a este respeito, que foi atribuído à Espanha um prazo suplementar para a transposição da Directiva 88/295. Afirma que os pedidos da Comissão nesta matéria não são compatíveis com o dever de facilitar, na medida do possível, o cumprimento pelos Estados-membros das obrigações decorrentes do Tratado, remetendo, a este respeito, para o artigo 5.° do Tratado, bem como para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente para o acórdão de 21 de Março de 1991 no processo C-303/88, Itália/Comissão [39].

101. Os argumentos do Governo espanhol não podem ser acolhidos. O dever de transpor as directivas no prazo previsto para o efeito não é afectado pela circunstância de tais directivas terem sido ulteriormente modificadas e não é possível deduzir do artigo 5.° do Tratado sobre o dever recíproco de cooperação leal entre os Estados-membros e as instituições comunitárias, nem da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a Comissão esteja habilitada a conceder dispensas em relação aos prazos de transposição fixados. Deve assim ter-se por assente que a Espanha não satisfez as obrigações que lhe incumbem nos termos do n.° 1 do artigo 7.° da Directiva 77/62, na medida em que não aplicou a ordem de preferências imposta por aquele preceito dentro do prazo previsto para o efeito na directiva.

102. Por outro lado, a Comissão afirma que o n.° 2 do artigo 244.° do RGCE é contrário ao n.° 2 do artigo 7.° da Directiva 77/62.

O n.° 2 do artigo 244.° dispõe, nomeadamente, o seguinte:

«A menos que tal seja exigido pelo aviso de concurso, as especificações técnicas não mencionam produtos de fabrico ou proveniência determinada ou procedimentos particulares, susceptíveis de favorecer ou eliminar certos concorrentes. Se a entidade adjudicante não puder dar uma descrição do objecto do concurso através de outras especificações suficientemente inteligíveis para os interessados, poderá fazer referência a marcas, licenças ou tipos, desde que tais indicações sejam acompanhadas da menção 'ou equivalente'.»

O n.° 2 do artigo 7.° da Directiva 77/62 é do seguinte teor:

«A menos que tais especificações sejam justificadas pelo objecto do contrato, os Estados-membros devem proibir a introdução, nas cláusulas contratuais relativas a um contrato determinado, de especificações técnicas que mencionem produtos de um fabrico ou de uma proveniência determinadas, ou de processos particulares... É, nomeadamente,

39 — Colect., p. I-1433.

proibida a indicação de marcas, patentes ou tipos, ou de uma origem ou produção determinada; no entanto, tal indicação acompanhada da menção 'ou equivalente' é autorizada se o objecto do contrato não puder ser descrito de outro modo por meio de especificações suficientemente precisas e perfeitamente inteligíveis para todos os interessados.»

103. A Comissão afirmou a este respeito que o n.º 2 do artigo 244.º do RGCE cria a possibilidade de indicar «uma origem ou uma proibição determinada», sem que estas indicações sejam acompanhadas da menção «ou equivalente».

104. O Governo espanhol afirmou que esta disposição cria, por um lado, uma proibição geral, cujo teor é mais ou menos idêntico ao da primeira frase do n.º 2 do artigo 7.º da Directiva 77/62 e, por outro, uma excepção, que difere da disposição correspondente do n.º 2 do artigo 7.º por ser mais restritiva, pois não autoriza, em relação a especificações técnicas, a indicação de uma proveniência ou de uma produção determinada, ainda que tais indicações fossem acompanhadas da menção «ou equivalente».

105. É claro que o n.º 2 do artigo 7.º da directiva proíbe quer a indicação de *proveniência determinada* ou *produção determinada*, quer a indicação de *marcas, licenças ou tipos*. É também claro que todas estas menções podem ser utilizadas, se necessário, em certas condições específicas, se forem acompanhadas dos termos «ou equivalente». O n.º 2 do artigo 244.º do RGCE, pelo contrário, invoca as duas primeiras indicações no primeiro parágrafo, e as três últimas no segundo parágrafo. A disposição torna-se, por este modo, obscura. Se dela for feita uma leitura directa, baseada no seu teor, tem-se a impressão de que é possível indicar uma proveniência ou produção determinada, desde que o objecto do concurso o justifique, sem que seja exigido o acrescento da menção «ou equivalente» e que é possível indicar as marcas, licenças ou tipos, na condição de a entidade adjudicante não poder dar uma descrição do objecto do contrato por meio de outras especificações e que essas menções sejam acompanhadas da menção «ou equivalente». Como referi, o governo espanhol afirma que esta interpretação é errada, dado que aquele preceito não permite de forma alguma indicar a origem das mercadorias ou da sua produção. A interpretação do governo tem provavelmente por efeito colocar a disposição em conformidade com a directiva, mas não é, contudo, suficientemente certa tendo em conta a redacção do preceito, pelo que se deve considerar incerto o estado do direito neste domínio, apesar de tal ser, em si, contrário às exigências do direito comunitário para a transposição correcta das directivas.

106. Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 244.º do RGCE é incompatível com a Directiva 77/62.

Disposições sobre critérios de atribuição de contratos

107. Na petição, a Comissão pediu que fossem declaradas incompatíveis com o direito comunitário a lei de 24 de Novembro de 1939 relativa à organização e à protecção da

indústria nacional, e o artigo 11.° do Decreto real n.° 946/1978, de 14 de Abril de 1978, relativo às prestações farmacêuticas. No decurso da fase oral do processo, o Governo espanhol assinalou que tais disposições tinham sido suprimidas. Nestas condições, a Comissão retirou o pedido.

Quanto às despesas

108. Cheguei acima à conclusão de que a acção deve ser julgada improcedente em relação ao artigo 2.°, n.° 8, e ao artigo 29.°-A, n.° 1, pontos 1 e 3, da LCE, bem como ao artigo 2.°, n.° 8, ao artigo 24.°, n.° 1, ponto 1, e ao artigo 93.°-B, pontos 1 e 3, do RGCE.

Tendo todavia em conta que, em meu entender, devem, no essencial, ser julgados precedentes os pedidos apresentados pela Comissão, proponho ao Tribunal de Justiça que condene a Espanha nas despesas.

Conclusão

Pelas razões expostas, proponho ao Tribunal de Justiça

«que declare que o Reino da Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 30.° e 59.° do Tratado CEE e das Directivas 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de fornecimento de direito público,

— ao manter em vigor certas disposições que constituem uma exclusão do campo de aplicação da legislação sobre os contratos públicos, concretamente, o artigo 2.°, n.° 3, da lei sobre os contratos do Estado, e o artigo 2.°, n.° 3, do regulamento geral sobre a contratação do Estado,

— ao manter em vigor certas disposições que permitem a adjudicação de contratos por ajuste directo, concretamente, o artigo 37.°, n.° 1, pontos 1, 2, 7 e 8, e artigo 87.°, n.° 4, pontos 1, 2 e 5, da lei sobre os contratos do Estado, o artigo 247.°, n.° 4, pontos 1, 2 e 5 do regulamento geral sobre a contratação do Estado, bem como o artigo 120.° do decreto legislativo sobre o regime local,

— ao manter em vigor certas disposições relativas às regras de participação e critérios de selecção qualitativa, concretamente, o artigo 25.°, n.° 1, pontos 1 e 3, o artigo 284.°, n.° 5, o artigo 287.°, n.° 2, o artigo 312.°, n.° 2, artigo 320.°, n.° 3, ponto 5, e o artigo 341.° do regulamento geral sobre a contratação do Estado, e

— ao manter em vigor certas disposições relativas às normas técnicas, concretamente, o artigo 244.° do regulamento geral sobre a contratação do Estado;

considere a acção improcedente quanto ao restante, e

condene o Reino da Espanha nas despesas».