ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

19 de Junho de 2003 *

No processo C-249/01,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE, pelo Bundesvergabeamt (Áustria), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Werner Hackermüller

e

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED),

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: J.-P. Puissochet, presidente de secção, R. Schintgen (relator), V. Skouris, F. Macken e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,

advogado-geral: J. Mischo,
secretário: M.-F. Contet, administradora principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação de W. Hackermüller, por P. Schmautzer, Rechtsanwalt,

— em representação da Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) e da Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), por J. Olischar e M. Kratky, Rechtsanwälte,

— em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

— em representação do Governo italiano, por U. Leanza, na qualidade de agente, assistido por M. Fiorilli, avocato dello Stato,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Nolin, na qualidade de agente, assistido por R. Roniger, Rechtsanwalt,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de W. Hackermüller, do Governo austríaco e da Comissão, na audiência de 16 de Janeiro de 2003,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 25 de Fevereiro de 2003,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 25 de Junho de 2001, entrado no Tribunal de Justiça em 28 de Junho seguinte, o Bundesvergabeamt submeteu, nos termos do artigo 234.° CE, duas questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1, a seguir «Directiva 89/665»).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito do litígio que opõe W. Hackermüller, engenheiro-arquitecto, às sociedades Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) e Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (a seguir «recorridas») a propósito da decisão destas últimas de não seleccionar a proposta apresentada por W. Hackermüller no âmbito de um concurso público de serviços.

Enquadramento jurídico

A regulamentação comunitária

3 O artigo 1.°, n.os 1 e 3, da Directiva 89/665 estabelece:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE [...], as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, nomeadamente, no n.° 7 do artigo 2.°, com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito.

[...]

3. Os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. Os Estados-Membros podem em particular exigir que a pessoa que pretenda utilizar tal processo tenha informado previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso.»

4 Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 89/665:

«Os Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.° prevejam os poderes que permitam:

a) Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes;

b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa;

c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.»

A legislação nacional

5 A Directiva 89/665 foi transposta para o direito austríaco pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (lei federal de 1997 sobre a adjudicação de contratos públicos, BGBl. I, 1997/56, a seguir «BVergG»).

6 O § 113 da BVergG determina as competências do Bundesvergabeamt (serviço federal das adjudicações). Este artigo dispõe:

«1. O Bundesvergabeamt é competente para apreciar os processos de recurso que lhe sejam submetidos em conformidade com as disposições do capítulo seguinte.

2. Até à adjudicação e com a finalidade de reparar as infracções a esta lei federal e aos seus regulamentos de execução, o Bundesvergabeamt é competente para:

1) decretar medidas provisórias bem como

2) anular as decisões ilegais tomadas pela entidade adjudicante.

3. Após a adjudicação ou o encerramento do processo de adjudicação, o Bundesvergabeamt é competente para declarar que, em razão de uma violação da presente lei ou dos seus regulamentos de execução, o contrato não foi adjudicado ao proponente que apresentou a proposta mais vantajosa. [...]»

7 O § 115, n.º 1, da BVergG dispõe:

«Uma empresa que afirme ter interesse na celebração de um contrato abrangido por esta lei pode recorrer das decisões tomadas pela entidade adjudicante no

decurso do processo de adjudicação, por violação da lei, na medida em que a referida ilegalidade lhe tenha causado ou ameace causar prejuízo.»

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

8 As recorridas abriram um concurso público para projectos de arquitectura e parâmetros de decisão com vista à contratação de serviços de planeamento geral para a construção da nova Faculdade de Engenharia Mecânica da TU-Wien. A primeira fase do processo decorreu sob a forma de um concurso destinado à «detecção de ideias».

9 Diversos interessados, entre os quais W. Hackermüller e a sociedade Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (a seguir «Lechner»), candidataram-se ao concurso, mediante a apresentação de projectos. No decurso da segunda fase do processo — de negociação —, o Beratungsgremium (comité consultivo) aconselhou o prosseguimento imediato das negociações com a Lechner. Por carta de 10 de Fevereiro de 1999, foi comunicado aos restantes quatro proponentes admitidos a participar nas negociações, entre os quais W. Hackermüller, que o parecer do Beratungsgremium não tinha sido favorável à realização dos seus projectos.

10 Em 29 de Março de 1999, W. Hackermüller interpôs recurso para o Bundesvergabeamt, com fundamento no § 113, n.° 2, da BVergG, tendo por objecto, entre outros, a declaração de nulidade, por um lado, da decisão através da qual o Beratungsgremium e/ou as recorridas haviam considerado que a proposta de outro proponente era a mais vantajosa, tendo recomendado o prosseguimento imediato das negociações com este último, e, por outro, da decisão que determinou a referida escolha, sem observância dos critérios mencionados no aviso de concurso.

11 Por decisão de 31 de Maio de 1999, o Bundesvergabeamt indeferiu, nos termos do § 115, n.º 1, da BVergG, todos os pedidos de Hackermüller, por este carecer de legitimidade para agir, uma vez que a sua proposta devia ter sido excluída na primeira fase do concurso, nos termos do § 52, n.º 1, ponto 8, da BVergG.

12 Como fundamento da sua decisão, o Bundesvergabeamt indicou, desde logo, que decorre do § 115, n.º 1, da BVergG que uma empresa só tem legitimidade para recorrer de uma decisão na medida em que esta lhe cause um prejuízo ou outra desvantagem. Relembrou também que, por força do § 52, n.º 1, ponto 8, da BVergG, a entidade adjudicante deve, antes de escolher a proposta vencedora, excluir imediatamente, com base nos resultados da análise das propostas apresentadas, as que não respeitem as condições do concurso ou que estejam incompletas e erradas, sempre que essas falhas não tenham sido ou não possam ser supridas.

13 Seguidamente, o Bundesvergabeamt salientou que o ponto 1.6.7. do aviso de concurso remete expressamente para o § 36, n.º 4, do Wettbewerbsordnung der Architekten (Código da Concorrência para os Arquitectos, a seguir «WOA»), que estabelece que, verificando-se uma causa de exclusão na acepção do § 8 do WOA, o projecto em causa deve ser excluído. O n.º 1, alínea d), desta última disposição exclui da participação nos concursos de arquitectos, entre outros, os concorrentes que, nos documentos que integram a sua proposta, incluam qualquer indicação que permita identificar o respectivo autor.

14 Finalmente, depois de referir que W. Hackermüller tinha indicado o seu nome na rubrica «organização prevista do planeamento geral», pelo que o seu projecto deveria ter sido excluído por força das disposições conjugadas dos §§ 52, n.º 1, ponto 8, da BVergG e 36, n.º 4, do WOA, o Bundesvergabeamt concluiu que o referido projecto já não podia ser tido em consideração para efeito da adjudicação do contrato e que, consequentemente, uma vez que não podia ter sido lesado por eventuais violações do princípio da proposta mais vantajosa e das regras do processo de negociação, W. Hackermüller carecia de legitimidade para fazer valer em juízo as ilegalidades que invoca no seu recurso.

15 Em 7 de Julho de 1999, W. Hackermüller interpôs para o Verfassungsgerichtshof um recurso de anulação da decisão do Bundesvergabeamt de 31 de Maio de 1999. No seu acórdão de 14 de Março de 2001 (B 1137/99-9), o Verfassungsgerichtshof declarou que, tendo em conta a interpretação lata que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., designadamente, acórdãos de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Colect., p. I-4961, n.° 46, e de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o., C-81/98, Colect., p. I-7671, n.os 34 e 35), deve ser feita da noção de legitimidade para interpor recurso nos termos do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665, é duvidoso que as condições de recurso estabelecidas pelas disposições conjugadas dos §§ 115, n.° 1, e 52, n.° 1, da BVergG possam ser interpretadas no sentido de que pode ser recusado o acesso ao processo de recurso a um concorrente não excluído pela entidade adjudicante, através de uma decisão de indeferimento do seu pedido de protecção jurídica tomada pela instância de recurso, quando verifique, a título liminar, a existência de fundamentos para a exclusão do mesmo proponente. O Verfassungsgerichtshof anulou também a decisão do Bundesvergabeamt de 31 de Maio de 1999, por violação do direito constitucional a um processo perante um órgão jurisdicional legal.

16 Foi neste contexto que o Bundesvergabeamt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665 [...] deve ser interpretado no sentido de que tem legitimidade para interpor recurso qualquer pessoa que tenha interesse em obter a adjudicação de um contrato público?

2) No caso de resposta negativa à primeira questão:

Deve interpretar-se a referida disposição no sentido de que um proponente é lesado ou pode vir a ser lesado — e por isso dispõe do direito de recorrer —

em virtude da ilegalidade por ele invocada — no caso vertente, o facto de a entidade adjudicante ter considerado mais vantajosa a proposta apresentada por outro proponente —, mesmo quando, embora a sua proposta não tenha sido eliminada pela entidade adjudicante, a instância de recurso conclui que a sua proposta deveria obrigatoriamente ter sido eliminada pela referida entidade?»

Quanto à primeira questão

17 A este respeito, basta recordar que, nos termos do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665, os Estados-Membros são obrigados a assegurar que os processos de recurso previstos pela referida directiva sejam acessíveis «pelo menos» a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato público e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou de regras nacionais que transponham este direito.

18 Daqui decorre que esta disposição não obriga os Estados-Membros a tornar esses processos acessíveis a qualquer pessoa que pretenda obter a adjudicação de um contrato público, mas permite aos Estados-Membros exigir, além disso, que a pessoa em causa tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada pela alegada violação.

19 Assim, importa desde já responder à primeira questão no sentido de que o artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665 não se opõe a que os processos de recurso previstos pela referida directiva só sejam acessíveis a pessoas com interesse em obter a adjudicação de um contrato público determinado, na condição de estas pessoas terem sido ou poderem vir a ser lesadas pela violação que invocam.

Quanto à segunda questão

20 Uma vez que a segunda questão foi colocada no caso em que o artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665 deva ser interpretado no sentido de que permite sujeitar o acesso aos processos de recurso previstos pela referida directiva à condição de a alegada violação ter lesado ou poder vir a lesar o recorrente, há que responder-lhe.

21 Atendendo aos factos do processo principal, esta questão deve ser entendida como visando saber se pode ser recusado o acesso aos processos de recurso previstos pela Directiva 89/665 a um proponente que pretenda impugnar a legalidade da decisão da entidade adjudicante que não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, com o fundamento de que a mesma deveria ter sido previamente eliminada pela entidade adjudicante, por outras razões, e que, nesta medida, o referido proponente não foi nem pode vir a ser lesado pela ilegalidade que invoca.

22 A este respeito, importa recordar que, tal como resulta dos seus primeiro e segundo considerandos, a Directiva 89/665 visa reforçar os mecanismos existentes, tanto no plano nacional como comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas. Para esse efeito, o artigo 1.°, n.° 1, da referida directiva impõe aos Estados-Membros a obrigação de garantirem que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível (v., designadamente, acórdãos Alcatel Austria e o., já referido, n.os 33 e 34, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.° 74).

23 Ora, há que reconhecer que a realização completa do objectivo prosseguido pela Directiva 89/665 ficaria comprometida se fosse possível a uma instância responsável pelos processos de recurso previstos por esta directiva recusar o

respectivo acesso a um proponente que tivesse invocado a ilegalidade da decisão pela qual a entidade adjudicante não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, com o fundamento de que a mesma entidade não havia, erradamente, eliminado a referida proposta antes de proceder à selecção da proposta mais vantajosa.

24 Com efeito, não oferece qualquer dúvida que uma decisão pela qual a entidade adjudicante elimina uma proposta, antes mesmo de proceder a essa selecção, constitui uma decisão da qual deve ser possível recorrer nos termos do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665, uma vez que esta disposição é aplicável a todas as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes que estão sujeitas às regras do direito comunitário em matéria de concursos públicos (v., designadamente, acórdãos de 18 de Junho de 2002, HI, C-92/00, Colect., p. I-5553, n.° 37, e de 23 de Janeiro de 2003, Makedoniko Metro e Michaniki, C-57/01, Colect., p. I-1091, n.° 68) e não prevê qualquer restrição em relação à natureza e ao conteúdo das referidas decisões (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Alcatel Austria e o., n.° 35, e HI, n.° 49).

25 Assim, se a proposta tiver sido eliminada pela entidade adjudicante numa fase anterior à da selecção da proposta mais vantajosa, o proponente, enquanto pessoa que foi lesada ou pode vir a ser lesada por essa decisão de exclusão da sua proposta, deverá poder impugnar a legalidade desta decisão através dos processos de recurso previstos pela Directiva 89/665.

26 Nestas condições, o facto de uma instância responsável pelos processos de recurso recusar o acesso aos referidos processos a um proponente que se encontre numa situação como a de W. Hackermüller terá por efeito privá-lo não só do seu direito de recurso contra a decisão cuja ilegalidade invoca, mas igualmente do direito de impugnar a procedência do fundamento de exclusão apresentado pela referida instância para lhe negar a qualidade de pessoa que foi ou pode vir a ser lesada pela ilegalidade invocada.

27 Na verdade, quando, para remediar esta situação, é reconhecido ao proponente o direito de contestar a procedência do referido fundamento de exclusão, no âmbito do processo de recurso por ele interposto para impugnar a legalidade da decisão pela qual a entidade adjudicante não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, não pode excluir-se a hipótese de, no termo deste processo, a instância de recurso chegar à conclusão de que a referida proposta deveria efectivamente ter sido previamente eliminada e que o recurso do proponente deve ser julgado improcedente com o fundamento de que, face a essa circunstância, o mesmo não foi ou não pode vir a ser lesado pela violação que invoca.

28 Contudo, não existindo uma decisão de exclusão da proposta do proponente, tomada pela entidade adjudicante na fase adequada do processo de adjudicação, a maneira de proceder descrita no número precedente deve ser considerada a única susceptível de assegurar ao referido proponente o direito de impugnar a procedência do fundamento de exclusão com base no qual a instância responsável pelos procedimentos de recurso pretende concluir que o mesmo não foi ou não pode vir a ser lesado pela decisão cuja ilegalidade invoca e, portanto, de garantir a aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos, em todas as fases do processo de adjudicação.

29 Face às considerações precedentes, há que responder à segunda questão no sentido de que o artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665 se opõe a que seja recusado a um proponente o acesso aos processos de recurso previstos pela referida directiva, para impugnar a legalidade da decisão da entidade adjudicante que não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, com o fundamento de que essa proposta deveria ter sido previamente eliminada pela entidade adjudicante, por outras razões, e que, nesta medida, o mesmo não foi nem pode vir a ser lesado pela ilegalidade que invoca. No âmbito do processo de recurso assim aberto ao referido proponente, este deve poder impugnar a procedência do fundamento de exclusão com base no qual a instância responsável pretende concluir que não foi ou não pode vir a ser lesado pela decisão cuja ilegalidade invoca.

Quanto às despesas

30 As despesas efectuadas pelos Governos austríaco e italiano, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Bundesvergabeamt, por despacho de 25 de Junho de 2001, declara:

1) O artigo 1.°, n.° 3, do Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de

18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, não se opõe a que os processos de recurso previstos pela referida directiva só sejam acessíveis a pessoas com interesse em obter a adjudicação de um contrato público determinado, na condição de estas pessoas terem sido ou poderem vir a ser lesadas pela violação que invocam.

2) O artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665, alterada pela Directiva 92/50, opõe-se a que seja recusado a um proponente o acesso aos processos de recurso previstos pela referida directiva, para impugnar a legalidade da decisão da entidade adjudicante que não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, com o fundamento de que essa proposta deveria ter sido previamente eliminada pela entidade adjudicante, por outras razões, e que, nesta medida, o mesmo não foi nem pode vir a ser lesado pela ilegalidade que invoca. No âmbito do processo de recurso assim aberto ao referido proponente, este deve poder impugnar a procedência do fundamento de exclusão com base no qual a instância responsável pretende concluir que não foi ou não pode vir a ser lesado pela decisão cuja ilegalidade invoca.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 19 de Junho de 2003.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

J.-P. Puissochet