CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 24 de Fevereiro de 2000 *

1. No presente processo, a discussão diz respeito à base a ter em conta para calcular o valor de um contrato de empreitada de obras públicas, a fim de determinar se se aplicam as regras comunitárias relativas à celebração de contratos. Concretamente, quando devam celebrar-se contratos de empreitada relativos às redes de distribuição de electricidade e de iluminação pública em diversas localidades situadas numa única zona administrativa, será necessário juntá-los total ou parcialmente para efeitos de aplicação da Directiva 93/38/CEE do Conselho [1] (a seguir «directiva»), sempre que, embora adjudicados por colectividades territoriais distintas, sejam controlados e coordenados por um único organismo instituído por essas colectividades a fim de prestar uma assistência técnica e administrativa, o conteúdo desses contratos seja, em larga medida, idêntico para cada tipo de rede e semelhante entre os diversos tipos, os trabalhos devam ser realizados no mesmo período e todos os anúncios de concurso tenham sido publicados simultaneamente?

As disposições relevantes da directiva

2. A Comissão invoca o incumprimento das obrigações previstas nos artigos 4.°, n.° 2 e 14.°, n.os 1, 10 e 13, bem como nos artigos 21.°, 24.° e 25.° da directiva. Algumas definições dos artigos 1.° e 2.° são igualmente relevantes.

3. O artigo 1.°, ponto 1, define, designadamente, «poderes públicos» como sendo «o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público». Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, a directiva é aplicável às «entidades adjudicantes: a) que sejam poderes públicos... e exerçam uma das actividades definidas no n.° 2...». Essas actividades abrangem o fornecimento ou a exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de electricidade ou a alimentação dessas redes com electricidade.

* Língua original: inglês.

1 — Directiva de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84).

4. O artigo 4.°, n.° 2, dispõe: «As entidades adjudicantes providenciarão para que não haja discriminação entre fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços».

5. O artigo 14.° dispõe o seguinte:

«1. A presente directiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem IVA, seja igual ou superior a:

...

c) 5 000 000 de ecus no caso de contratos de empreitada.

...

10. Para efeitos de aplicação do n.° 1, o valor de um contrato de empreitada deve ser calculado com base no valor total da obra. Entende-se por obra o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou engenharia civil, destinado a desempenhar, por si só, uma função económica e técnica. Sempre que, designadamente, um fornecimento, uma obra ou um serviço seja repartido em vários lotes, o valor de cada lote deve ser tomado em conta no cálculo do valor referido no n.° 1. Se o valor acumulado dos lotes for igual ou superior ao valor referido no n.° 1, as disposições deste aplicar-se-ão a todos os lotes. Contudo, no caso dos contratos de empreitada, as entidades adjudicantes podem derrogar o disposto no n.° 1 relativamente aos lotes cujo valor calculado, sem IVA, seja inferior a 1 000 000 ecus, desde que o montante cumulativo desses lotes não exceda 20% do valor do conjunto dos lotes.

...

13. As entidades adjudicantes não podem subtrair-se à aplicação da presente directiva através da cisão dos contratos ou da utilização de métodos especiais de cálculo do valor dos contratos.»

6. Os artigos 21.°, 24.° e 25.° da directiva constam do título IV, «Processos de celebração de contratos». O artigo 21.°, n.° 1, dispõe que a abertura dos concursos pode ser efectuada através de anúncios elaborados de acordo com um dos anexos da directiva; nos termos do artigo 21.°, n.° 5, estes anúncios devem ser publicados no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. No presente processo, é o anexo XII que é relevante; ele enumera em pormenor as informações a fornecer. Nos termos do artigo 24.°, n.° 1, as entidades adjudicantes que tiverem celebrado um contrato são obrigadas a comunicar à Comissão, no

prazo de dois meses a contar da celebração do contrato, os resultados do processo de adjudicação, igualmente, através de um anúncio elaborado nos termos de um dos anexos (no caso concreto, o anexo XV) e a publicar no *JOCE*, por força do n.º 2 do artigo 24.º Segundo o artigo 25.º, n.º 1, as entidades adjudicantes devem poder provar a data de envio dos dois tipos de anúncios referidos. O artigo 25.º, n.º 5, impede a publicação por qualquer outro meio, antes da data de envio dos anúncios ao Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

Os factos

7. No departamento francês de la Vendée, diversas comunas formaram sindicatos intercomunais, tendo como objecto a gestão das suas redes de distribuição de electricidade [2]. Em 1950, todos esses sindicatos intercomunais e duas comunas, a título individual (a seguir designadas, no seu conjunto, pela expressão «entidades locais»), fundaram um sindicato departamental, a partir daí denominado Syndicat départamental d'électrification de la Vendée ou, abreviadamente, «SYDEV» [3]. As entidades locais não deixaram, por esse facto, de existir, mas a responsabilidade de algumas das suas missões foi transferida para o SYDEV. Resulta dos documentos apresentados pelo Governo francês que as competências do SYDEV eram reguladas durante o período em causa (1994-1995) por um decreto camarário de 3 de Outubro de 1960, embora as disposições relevantes tenham sido posteriormente alteradas (em 1997).

8. Nos termos do artigo 1.º do decreto camarário de 1960, o SYDEV tinha, designadamente, por objecto:

«1. Exercer em comum os direitos que resultam para as autarquias locais dos textos legais e regulamentares relativos à produção, ao transporte, à distribuição e à utilização de energia eléctrica e, nomeadamente, da lei de 8 de Abril de 1946 sobre a nacionalização da electricidade e do gás, bem como de todas as atribuições dos sindicatos e comunas aderentes, relativas ao serviço público de electricidade;

2. Organizar em comum os serviços que lhes incumbem para assegurar o bom

2 — Embora o enquadramento jurídico não tenha sido explicado ao Tribunal de Justiça, nem pela Comissão, nem pelo Governo francês, parece que a situação normal em França, regulada principalmente pelas leis de 15 de Junho de 1906 e de 8 de Abril de 1946, se apresenta do seguinte modo: as colectividades locais são responsáveis pela distribuição de electricidade no respectivo território; para esse efeito, acordam concessões, segundo um caderno de encargos normalizado, à sociedade nacional Électricité de France (EDF), que beneficia nesse país de um quase monopólio na produção e distribuição de electricidade. V., por exemplo, Bergougnoux, J., e Varoquaux, W., «Caractéristiques du service public de l'électricité», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG)*, 1987, Libraires Techniques, Paris, p. 811; Sablière, P., «Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à Électricité de France de la distribuition publique d'électricité», *CJEG*, 1993 p. 1, et Sablière, P., «Le nouveau cahier des charges type de la concession de réseau d'alimentation générale en énergie électrique», *CJEG*, 1995, p. 87.

3 — Este tipo de associação parece constituir a regra em França: v. as conclusões de Madame Devillers, comissária do Governo no processo SIEP c/ État e SDE, cour administrative d'appel de Nantes, 17 de Setembro de 1997, CJEG, 1998, p. 398.

funcionamento e o melhor aproveitamento das respectivas distribuições de electricidade;

3. De uma forma geral, interessar-se e participar, se for caso disso, em qualquer actividade relacionada com a electricidade e a sua utilização no quadro das leis e regulamentos em vigor.»

9. O artigo 2.° fornece uma lista exemplificativa das actividades a exercer pelo SYDEV com vista à realização desses objectivos. Trata-se, nomeadamente, da representação das colectividades associadas; da organização de estudos administrativos, jurídicos e técnicos; do estabelecimento do inventário geral das necessidades do departamento e a defesa de programas gerais e periódicos dos trabalhos que interessam ao equipamento eléctrico das comunas; da harmonização das tarifas aplicáveis; da celebração de convenções relativas à exploração do serviço público de electricidade com os estabelecimentos públicos concessionários e a execução de medidas técnicas e financeiras.

10. Diferentemente do decreto camarário de 1960, os estatutos do SYDEV de 1997 estabeleceram que o SYDEV deve assegurar, em nome dos seus membros, a direcção da obra, bem como a direcção da execução.

11. Em 21 de Dezembro de 1994, o SYDEV enviou para publicação no *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (a seguir «BOAMP») os anúncios de contratos de empreitadas, dos quais 37 são objecto do presente processo [4]. Os contratos em causa, abrangiam os trabalhos de extensão e de manutenção, a realizar durante um período de três anos, sobre as redes existentes de distribuição de electricidade e/ou de iluminação pública sob a responsabilidade dos membros do SYDEV. O conjunto dos anúncios dos contratos foi publicado no BOAMP de 12 de Janeiro de 1995.

12. Os anúncios que são objecto do presente processo dizem respeito a 20 dos 23 membros do SYDEV; em todos os casos, excepto três, os anúncios em relação a cada membro referem-se a trabalhos de electrificação e de iluminação pública. Em termos numéricos, cobrem, assim, cerca de 80% das redes de distribuição de electricidade e de iluminação pública.

13. No conjunto dos anúncios publicados no BOAMP relativamente aos 37 contratos em causa, o SYDEV foi designado como a «entidade adjudicante» e as propostas deviam ser transmitidas à direcção de trabalhos do SYDEV, na sua morada, indicando, contudo, em cada caso, o nome da entidade local em causa. Em todos os casos, a descrição dos trabalhos a realizar nas redes de distribuição de electricidade era idêntico; «as operações de electrificação, bem como os trabalhos complementa-

4 — Durante toda a fase administrativa do processo e nas suas observações escritas, a Comissão descreveu 36 contratos. O Tribunal de Justiça solicitou esclarecimentos, na medida em que o número de contratos que foi objecto de anúncio no BOAMP foi superior. Em resposta, a Comissão identificou 37 contratos que considera abrangidos pelo processo; o Governo francês não contestou esta definição do âmbito da acção.

res tais como, por exemplo, a engenharia civil da rede telefónica, a engenharia civil da rede de teledistribuição, a rede de sonorização». Em todos os casos, os trabalhos a realizar nas redes de iluminação foram assim descritos: «as operações de iluminação pública, bem como os trabalhos complementares tais como, por exemplo, a rede de sonorização».

14. Na maior parte dos anúncios publicados no BOAMP, o valor estimado de cada contrato individual nos três anos era inferior ao limiar de 5 000 000 ecus (correspondente, na época dos factos, a 33 966 450 FRF) [5], que determina a aplicação da directiva aos contratos de empreitada de obras públicas. Todavia, o seu valor cumulativo atingia 609 000 000 FRF (483 000 000 FRF no que se refere aos contratos de electrificação e 126 000 000 FRF no que se refere aos contratos de iluminação). O valor estimado de um dos contratos de electrificação e de treze contratos de iluminação era inferior ao limiar de 1 000 000 ecus (correspondente, na época dos factos, a 6 793 308 FRF) em relação à derrogação prevista na segunda parte do segundo parágrafo do n.º 10 do artigo 14.º da directiva, não obstante o seu valor estimado cumulativo ser igualmente inferior a 20% do montante total a ter em conta.

15. O valor estimado de cinco contratos de electrificação ultrapassava, contudo, o limiar de 5 000 000 ecus; os anúncios respeitantes a esses contratos, bem como um outro, de valor ligeiramente inferior a esse limiar (30 000 000 FRF), foram enviados para publicação no *JOCE* pelo SYDEV. Embora os pedidos de publicação tenham sido enviados em papel timbrado do SYDEV, os anúncios mencionavam, em primeiro lugar, o nome da entidade local em questão, seguido da indicação de que o SYDEV asseguraria a direcção dos trabalhos. De acordo também com esses anúncios, as candidaturas deviam ser transmitidas ao SYDEV, para a sua morada, indicando em cada caso o nome da entidade local. Os seis anúncios foram publicados no *JOCE* em 6 de Janeiro de 1995 [6], embora as informações transmitidas (idênticas às publicadas no BOAMP) não tenham permitido completar o conjunto das rubricas previstas no anexo XII da directiva. Em todos os casos, o SYDEV foi designado com a entidade adjudicante, menção seguida em todos os casos, excepto num, do nome da entidade local em causa.

16. O processo de adjudicação abrangia três etapas. Numa primeira etapa, resulta das actas dos processos de adjudicação, comunicadas pelo Governo francês, que foi elaborada uma lista restrita de candidatos em função do critério da apresentação de todos os certificados comprovativos do cumprimento dos requisitos administrativos e da capacidade de execução dos trabalhos em questão. Numa segunda etapa, um dos candidatos foi seleccionado, ao que parece, em função do critério da melhor oferta. As ofertas apresentavam-se sob a forma de uma diferença expressa em percentagem em relação à lista de preços proposta, tendo sido aceite a oferta correspondente ao preço mais baixo, em todos os casos em que tenham sido apresentados documentos. Finalmente, o candidato escolhido devia receber o mandato para realizar

5 — V. comunicação publicada pela Comissão em 18 de Dezembro de 1993 (JO C 340, p. 10).

6 — JO 1995, S 3, pp. 211 a 213.

determinadas operações durante o período de três anos.

17. Os anúncios respeitantes à adjudicação de 37 contratos a que se refere o presente processo, incluindo os seis contratos publicados no *JOCE*, foram publicados no BOAMP de 29 de Setembro de 1995, tendo o SYDEV sido designado em cada caso como o «organismo que celebrou o contrato». Nenhum aviso de adjudicação desses contratos foi enviado para publicação no *JOCE*. Em todos os casos, os anúncios revelam que o contrato foi adjudicado a uma empresa com um endereço local. Todavia, alguns dos adjudicatários eram, na realidade, grandes empresas que têm sucursais em todo o território francês: quatro delas foram igualmente adjudicatárias de contratos semelhantes na Dordogne, mencionados pela Comissão na sua petição inicial. Dos 17 casos em que os trabalhos de electrificação e de iluminação deviam ser realizados por uma única e mesma entidade local, em 10 deles foram adjudicados dois contratos ao mesmo concorrente; em três casos, um dos contratos foi objecto de partilha com outro concorrente e, nos quatro casos restantes, cada contrato foi adjudicado a um concorrente diferente. No conjunto, houve 10 adjudicatários em relação aos 37 contratos, oscilando a sua «taxa de sucesso» de um único contrato partilhado a oito contratos propriamente ditos e dois contratos partilhados, e de 6 000 000 FRF a 114 000 000 FRF, mais uma parte de 48 000 000 FRF.

18. O Governo francês comunicou as actas do processo de adjudicação dos contratos de electrificação e de iluminação em relação a três das entidades locais, em nome das quais foi publicado um anúncio do contrato no *JOCE* (em relação ao contrato de electrificação). As actas não esclarecem se as empresas «não locais» apresentaram propostas (nenhuma morada foi indicada), mas verifica-se que: i) a apresentação de todas as actas foi efectuada no mesmo formato aparecendo o nome do SYDEV à cabeça; ii) as condições gerais do concurso indicam que «os trabalhos serão realizados no território do Sindicato, sendo a especificação exacta das obras a efectuar comunicada em tempo útil pelo SYDEV ao empreiteiro escolhido»; iii) os membros das comissões que procederam à abertura das propostas e ao seu exame eram diferentes em relação a cada entidade local (estando presente um representante do SYDEV em diversas ocasiões, mas não em todas) e as propostas foram abertas em datas ou horas diferentes; iv) as listas dos concorrentes são semelhantes, embora não idênticas, em relação a três entidades locais e a duas categorias de contratos propostos por cada uma delas; e v) as propostas de cada um dos concorrentes em relação ao mesmo tipo de trabalhos em diferentes comunas nem sempre foram idênticas.

A tramitação processual

19. Em 17 de Janeiro de 1996, tendo sido informada do facto de os procedimentos acima descritos violarem eventualmente o direito comunitário, a Comissão enviou às autoridades francesas uma notificação de

incumprimento alegando a cisão dos lotes em contratos diferentes, a ausência de publicação no *JOCE* de dois terços desses contratos e a utilização de um procedimento inapropriado de concurso. Em 7 de Abril de 1997, na sequência das recusas francesas, a Comissão dirigiu um parecer fundamentado, nos termos do artigo 169.° do Tratado CE (actual artigo 226.° CE), alegando que: i) foi dada uma má informação sobre o volume dos contratos de empreitada de obras públicas, o que produziu um efeito discriminatório em relação a concorrentes comunitários; ii) um programa único de trabalhos foi cindido numa base geográfica e técnica, de forma a evitar a publicação no *JOCE* de um certo número de lotes; iii) foram ignoradas as noções de entidade adjudicante, de associação de entidades adjudicantes, de lotes e de contratos; e que iv) o processo utilizado não é conforme às disposições da directiva.

20. Em 22 de Janeiro de 1998, a Comissão intentou a presente acção pedindo que o Tribunal se digne declarar que, «quando do processo de adjudicação de contratos organizado pelo Syndicat départamental d'électrification de la Vendée em Dezembro de 1994 para a adjudicação de empreitadas de obras de electrificação e de iluminação pública, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/38/CEE, considerados os seus artigo 4.°, n.° 2, 14.°, n.^{os} 1, 10 e 13, bem como os seus artigos 21.°, 24.° e 25.°» A Comissão e a República Francesa apresentaram as respectivas alegações na audiência de 16 de Novembro de 1999.

Análise

Aplicabilidade da directiva

21. Os contratos impugnados foram publicados e adjudicados no início do ano de 1995. Resulta claramente do acórdão do Tribunal de Justiça, proferido no processo Comissão/França (C-311/96) [7], que a República Francesa ainda não tinha transposto a directiva, mas não foi contestado que as autoridades competentes deveriam ter dado cumprimento às suas disposições ou que a Comissão pode intentar uma acção tendo por objecto a falta de aplicação num caso concreto de uma directiva ainda não transposta [8].

As violações alegadas

22. A Comissão invoca, em substância, duas espécies de argumentos. Em primeiro lugar, considera que o SYDEV cindiu em múltiplos contratos de empreitada de dimensão reduzida, com uma base simultaneamente geográfica e técnica, o que constituia apenas um único contrato de empreitada para efeitos da directiva, evitando, assim, em grande parte, a obrigação de publicação no *JOCE*, induzindo em erro os eventuais concorrentes sobre a amplitude real dos trabalhos e dando a entender como

7 — Acórdão de 29 de Maio de 1997 (Colect., p. I-2939).

8 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-431/92, Colect., p. I-2189, n.^{os} 19 a 23).

consideravelmente menos atractivo o envio de propostas por empresas que não fossem locais, em detrimento, nomeadamente, de concorrentes de outros Estados-Membros. Por outro lado, afirma que os anúncios de contratos enviados para publicação no *JOCE* estavam incompletos e nunca tinha sido enviado nenhum anúncio de adjudicação.

Ausência de comunicação de certas informações e de envio de anúncio de adjudicação

23. O Governo francês não contesta, quanto ao mérito, o segundo argumento, relativo ao incumprimento das obrigações decorrentes dos artigos 21.° (no que se refere às informações em falta que deviam constar dos anúncios enviados para o *JOCE*), 24.° e 25.° da directiva[9]. Reconhece que as informações transmitidas estavam incompletas e que, não foi enviado nenhum anúncio de adjudicação. Assim, não contesta que, ao abster-se de fornecer todas as informações exigidos no anexo - XII, no que diz respeito aos cinco concursos publicados no *JOCE* e, ao abster-se de transmitir informações a respeito da adjudicação desses contratos, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 21.°, n.° 1, e 24.°, n.os 1 e 2, da directiva.

24. Todavia, em relação ao reconhecimento da falta de envio de outros anúncios para além dos cinco concursos publicados, considero que não é necessário nem oportuno que o Tribunal de Justiça declare que não foi apresentada prova da data de envio, prevista no artigo 25.°, n.° 1, da directiva. Também não houve violação do artigo 25.°, n.° 5, no que diz respeito aos anúncios enviados, visto que os documentos transmitidos ao Tribunal de Justiça estabelecem que foram enviados no mesmo dia para o *JOCE* e para o *BOAMP*.

Alcance do argumento relativo ao tratamento separado dos contratos

25. A questão principal é a de saber se os contratos deveriam ter sido agregados para efeitos do artigo 14.°, n.° 10, e/ou se o seu tratamento separado constitui uma cisão ilícita, em violação do artigo 14.°, n.° 13, que implica, concretamente, num caso como no outro, uma falta de publicação no *JOCE*, na medida em que esses anúncios deveriam ter sido publicados nos termos do artigo 21.°

26. O Governo francês considera foi correcto tratá-los como contratos separados relativos a trabalhos distintos.

27. A Comissão considera que deveriam ter sido tratados, para efeitos da directiva, como lotes de uma mesma empreitada e não separadamente, quer numa base geo-

9 — V. n.° 6, *supra*.

gráfica (contratos distintos em relação a cada uma das entidades locais), quer numa base técnica (contratos distintos para a electrificação e para a iluminação).

28. As alegações da Comissão abrangem três variantes: as obras de electrificação e de iluminação deveriam ter sido tomadas na sua totalidade ao nível de cada uma das entidades locais, mas não ao nível do departamento; todas as obras de electrificação e todos os trabalhos de iluminação deveriam ter sido considerados como dois conjuntos distintos ao nível do departamento; a totalidade das duas categorias de trabalhos deveria ter sido tratada como um único e mesmo conjunto relativamente a todo o departamento. A outra possibilidade é, bem entendido, a defendida pelo Governo francês.

29. Entre os 37 anúncios que são objecto do presente processo, cinco tinham um valor estimado superior a 5 000 000 ecus; esses cinco anúncios e outro (todos respeitantes a contratos de electrificação) foram efectivamente publicados no *JOCE* e 14 anúncios (todos, excepto um, respeitavam a contratos de iluminação) representavam montantes inferiores a 1 000 000 ecus.

30. Se os contratos de electrificação e de iluminação tivessem sido agregados ao nível de cada entidade local, considerada separadamente (se a separação fosse justificada numa base geográfica, mas não técnica), o valor só teria ultrapassado o limiar de 5 000 000 ecus num único caso — em relação ao qual foi publicado um anúncio no *JOCE* para o contrato de electrificação (30 000 000 FRF), ao passo que o valor do contrato de iluminação era inferior a 1 000 000 ecus e a 20% do valor do conjunto, em relação à entidade local em questão. Assim, se se verificasse que a separação dos contratos entre as diferentes entidades locais era justificada, mas não a separação entre os trabalhos de electrificação e os trabalhos de iluminação, o incumprimento limitar-se-ia à falta de publicação dos concursos relativamente aos trabalhos de iluminação nas cinco entidades locais restantes, em relação às quais os anúncios dos contratos de electrificação foram publicados e em relação aos quais o valor dos contratos de iluminação ultrapassava 1 000 000 ecus.

31. Se, além disso, todos os contratos do departamento fossem agregados por categoria (se a separação fosse justificada numa base técnica, mas não geográfica), ambas as categorias ultrapassariam largamente o limiar de 5 000 000 ecus. Apenas um contrato de electrificação (de um montante de 6 000 000 FRF) estaria assim isento da obrigação de publicação, sendo de um valor inferior ao limiar de 1 000 000 ecus e a 20% do valor total dos contratos de electrificação. Os contratos de electrificação cujo valor é inferior ao limiar totalizam mais de 20% do valor total dos contratos de electrificação, mas seis deles podiam beneficiar de uma isenção até essa percentagem ser atingida (em relação a um montante de 25 000 000 FRF). Assim, se a separação fosse justificada numa base técnica, mas não geográfica, o incumprimento abrangeria doze contratos de electrificação e doze contratos de iluminação.

32. Finalmente, se todos os contratos de ambas as categorias fossem agregados em relação ao departamento (se a separação não fosse justificada nem sobre uma base técnica nem sobre uma base geográfica), os catorze contratos de um montante inferior ao limiar de 1 000 000 ecus estariam isentos da obrigação de publicação visto que não atingiriam os 20% do valor total. O incumprimento reportar-se-ia assim a doze contratos de electrificação, mas apenas a cinco contratos de iluminação.

33. É, portanto, necessário examinar os dois tipos de separação visto que cada uma das três abordagens possíveis em relação à agregação teria efeitos diferentes.

Artigo 14.°, n.° 10, e artigo 14.°, n.° 13: agregação e cisão

34. Recorde-se que o artigo 14.°, n.° 1, dispõe que a directiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado seja igual ou superior a 5 000 000 ecus.

Segundo o artigo 14.°, n.° 10, quando a obra é repartida em vários lotes, o valor de cada lote deve ser tomado em conta no cálculo do valor total do obra, para efeitos do artigo 14.°, n.° 1. O artigo 14.°, n.° 13, dispõe que as entidades adjudicantes não podem substrair-se à aplicação da directiva através da cisão dos contratos.

35. Poderia considerar-se que essas disposições dos n.^{os} 10 e 13 do artigo 14.° exprimem a mesma regra em termos diferentes. Eu considero, ao contrário, que devem ser distinguidas.

36. O artigo 14.°, n.° 10, apresenta critérios puramente objectivos, com base nos quais a aplicabilidade da directiva pode ser determinante. A noção de «obra» é definida e, é o valor total dessa obra, obtida, se for caso disso, somando o valor de cada lote resultante da eventual divisão da obra, que determina a obrigação de sujeição às disposições da directiva.

37. O artigo 14.°, n.° 13, introduz, por sua vez, um elemento subjectivo. Refere o facto de «substrair-se» à aplicação da directiva através de certos meios, concretamente, cindindo os contratos ou utilizando regras especiais de cálculo do valor dos contratos. Essa redacção implica um grau de intenção na conduta seguida. Subtrair-se, tal como os conceitos equivalentes utilizados nas outras versões linguísticas, pressupõe uma conduta deliberada, mais do que uma evasiva fortuita. A cisão dos contratos, tal como a utilização de regras especiais de cálculo, necessitam de uma certa intenção por parte da pessoa que assim procede.

38. Todavia, é igualmente verdade que o artigo 14.°, n.° 13, da Directiva 93/38 parece contrastar com a disposição correspondente (artigo 6.°, n.° 4) da Directiva

93/37/CEE [10], adoptada no mesmo dia, que dispõe: «As obras e os contratos não podem ser cindidos *com o propósito* de os subtrair à aplicação da presente directiva» (sublinhado por mim). Considero, contudo, que a diferença não é significativa; o alcance é idêntico e nada indica que o legislador visava excluir o elemento intencional da proibição. Se fosse esse o caso, teria certamente sido escolhida uma redacção mais neutra. A este respeito, refira-se que o «Guia sobre as regras aplicáveis aos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas» da Comissão, comunicado em resposta a um pedido do Tribunal de Justiça, enuncia, a respeito da proibição prevista pela Directiva 93/37 que «ela visa qualquer forma de funcionamento que não é justificada por razões objectivas e cuja única finalidade é escapar às regras da directiva».

39. Entendo, portanto, que, na ausência de intenção, não poderá verificar-se uma violação do artigo 14.°, n.° 13.

40. Acresce que, o artigo 14.°, n.° 13, proíbe a «cisão» dos contratos. Esta noção acentua não apenas o elemento intencional, mas pressupõe igualmente a existência de um contrato que normalmente seria considerado um único e mesmo contrato, mas que — anormalmente — foi dividido em vários contratos distintos.

41. Terá a Comissão verificado que os contratos em causa deviam normalmente ter sido tratados como um único e mesmo contrato pelas entidades em causa, mas que deliberadamente foram divididos com o propósito de os subtrair à aplicação da directiva?

42. Considero que não.

43. Ao contrário, não foi apresentado qualquer elemento de prova de que a prática do SYDEV ou das diversas entidades locais tenha sido de qualquer forma diferente nos contratos em causa no presente processo, em relação a outros casos. Os documentos apresentados pelo Governo francês são consistentes com a sua afirmação, segundo a qual o procedimento seguido foi o que é normal em Vendée e, a Comissão não apresentou qualquer elemento de prova em sentido contrário. Na audiência, o Governo francês não deixou de observar que, se tivesse havido qualquer vontade de se subtrair à aplicação da directiva, teria sido feito um esforço para o fazer de forma mais discreta.

44. A este respeito, as referências da Comissão às práticas seguidas em dois outros departamentos não têm qualquer relevância especial, uma vez que não foi estabelecida uma prática geral, aplicada

10 — Directiva do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

sistematicamente em França [11]. O facto de o bom senso poder confirmar que as operações de electrificação e de iluminação pública estão estreitamente ligadas, como pretende a Comissão — ponto que examinarei de forma mais circunstanciada a respeito do artigo 14.°, n.° 10 —, é, contudo, irrelevante, excepto para estabelecer que essas operações foram deliberadamente cindidas, contrariando essa abordagem. E a aparência de bom senso é frequentemente um guia enganador.

45. Para que possa existir uma violação do artigo 14.°, n.° 13, será necessário verificar uma intenção de se subtrair às disposições da directiva, eventualmente, com base num afastamento daquilo que, seria a prática sem essa intenção. A Comissão não apresentou qualquer elemento específico de prova nesse sentido e, a meu ver, o conjunto das circunstâncias, que analisarei adiante, não o permite deduzir. Considero, portanto, que o Tribunal de Justiça não deveria declarar, neste processo, que a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 14.°, n.° 13, da directiva.

46. Contudo, o que precede em nada exclui a possibilidade de uma aplicabilidade das disposições da directiva por razões objectivas, em conformidade com o artigo 14.°, n.° 10, e a eventualidade de um incumprimento da República Francesa das obrigações que lhe incumbem por força dessa directiva. O exame desta disposição será, assim, determinante na minha análise.

Identificação da entidade adjudicante

47. É, contudo, necessário examinar previamente uma questão que foi objecto de uma discussão prolongada entre as partes: será pertinente a questão de saber se houve, para efeitos do direito comunitário, uma única entidade adjudicante (SYDEV) ou uma pluralidade de entidades adjudicantes (os membros do SYDEV, as entidades locais)?

48. O Governo francês sustenta, em substância, que não é possível separar a questão da unicidade da obra em causa da unicidade da entidade adjudicante; não pode haver uma única obra na presença de uma pluralidade de entidades adjudicantes distintas. Assim, alegou com convicção que cada uma das entidades locais é uma entidade adjudicante distinta (um dono da obra, na acepção do direito francês), na medida em que o SYDEV não tinha capacidade jurídica na época dos factos para agir de outra forma, senão na qualidade de controlador técnico, gestor e coordenador dos diversos trabalhos (como dono da obra).

49. Depois de parecer querer refutar este argumento, afirmando que o SYDEV era, em todos os casos, a entidade adjudicante

11 — De facto, pode salientar-se que os anúncios de adjudicação de contratos em relação ao departamento da Dordogne, anexos à petição, demonstram na realidade, que, para além do processo a que a Comissão faz referência, foram seguidos processos diferentes simultaneamente nas zonas norte, nordeste e sudoeste do departamento.

real, a Comissão considerou, em resposta a uma pergunta colocada na audiência, que a identificação da entidade adjudicante não era, segundo ela, um elemento determinante para a aplicação do artigo 14.°, n.° 10, da directiva, podendo a obrigação de acumulação aplicar-se, igualmente, aos contratos adjudicados por várias entidades adjudicantes, na condição de se destinarem à realização de uma única e mesma «obra» na acepção dessa disposição.

50. Partilho desta última opinião.

51. A definição de «obra» no artigo 14.°, n.° 10, não faz qualquer referência à identificação da entidade adjudicante e é lógico que a não faça. Como resulta do preâmbulo, das suas disposições e do contexto legislativo resultante de outros textos comunitários relativos à celebração de contratos públicos, o objectivo da directiva é abrir o mercado a uma concorrência à escala comunitária, nos domínios a que é aplicável. Os principais meios utilizados para esse efeito são, a obrigação de recorrer a processos uniformes, de publicar ao nível comunitário anúncios de concurso e de não efectuar discriminação entre os concorrentes. Todavia, isso seria desprovido de utilidade e apenas criaria uma sobrecarga administrativa tão pesada quanto inútil, se essas obrigações se aplicassem a todos os contratos, sem os distinguir segundo o seu valor e a probabilidade de interessarem a potenciais concorrentes noutros Estados-Membros. Os limiares (de 5 000 000 ecus e de 1 000 000 ecus relativamente às empreitadas de obras públicas) destinam-se claramente a responder a este problema. Contudo, a fim de garantir o respeito efectivo desses limiares, existem disposições destinadas a proibir a subtracção deliberada (artigo 14.°, n.° 13) e a afastar o risco da sua não aplicação no caso de divisão de um programa global único de trabalhos, por outros motivos, ainda que legítimos (ao abrigo do artigo 14.°, n.° 10).

52. O objectivo é, assim, o de garantir que empresas de outros Estados-Membros tenham a possibilidade de se candidatar a contratos ou conjuntos de contratos susceptíveis de as interessar por razões objectivas ligadas ao seu valor. O facto de a adjudicação desses contratos ser feita por uma única entidade adjudicante ou por várias é, a este respeito, indiferente. Pode, perfeitamente, haver razões legítimas, de natureza administrativa ou outra, que justificam a adjudicação separada, por entidades diferentes, de elementos de um programa único de trabalhos, mas isso não reduzirá sensivelmente o interesse que o programa no seu conjunto representará provavelmente para uma empresa de outro Estado-Membro, que apresente as qualificações necessárias. Podem imaginar-se, por exemplo, trabalhos a realizar numa estrada que atravesse o território de diversas autarquias locais, cada uma tendo a responsabilidade administrativa sobre uma parte da estrada. O objectivo da directiva não seria atingido se a sua aplicação fosse excluída com o fundamento de que o valor estimado de cada parte atingia apenas 3 000 000 ecus.

53. É verdade que a definição de contrato de empreitada no artigo 1.°, n.° 4, da

directiva estabelece que se trata de um contrato celebrado «entre *uma* das entidades adjudicantes definidas no artigo 2.°» (sublinhado por mim), o que poderia sugerir que, para efeitos do artigo 14.°, cada contrato de empreitada deve ser celebrado por uma entidade distinta. Todavia, o artigo 2.° faz referência às «entidades adjudicantes» no plural, classificando-as em duas categorias principais, ou seja, as que são poderes públicos ou empresas públicas e as que não o são. Assim, parece mais provável que a definição dada pelo artigo 1.°, n.° 4, queira referir-se às entidades adjudicantes de *uma das categorias* mencionadas no artigo 2.° Além disso, como sublinhou a Comissão, a definição de «poderes públicos» abrange as «associações constituídas por uma ou mais dessas entidades», o que significa que não é necessário que uma entidade adjudicante seja um poder público único e que seja o organismo que celebre finalmente o contrato. É igualmente claro que o critério do «valor total da obra» no artigo 14.°, n.° 10, não visa o valor de um único contrato, o que privaria a disposição de qualquer utilidade. Tendo em conta estas considerações, não creio que seja necessário atribuir demasiada importância à utilização do singular no artigo 1.°, n.° 4, para efeitos do artigo 14.°

54. Por conseguinte, considero que, no que se refere a uma eventual violação do artigo 14.°, n.° 10, da directiva, no presente processo, não é necessário apreciar a questão de saber se estamos em presença de um conjunto de entidades adjudicantes distintas ou apenas de uma entidade adjudicante, o SYDEV.

Artigo 14.°, n.° 10: uma única «obra» ou várias?

55. A questão crucial a decidir é a de saber se os contratos adjudicados separadamente para os trabalhos de electrificação e para os trabalhos de iluminação pública em relação a cada entidade local formavam uma única «obra» — ou um determinado número de «obras» mais importantes, combinadas numa base geográfica ou técnica — para efeitos da directiva e, portanto, se deveriam ter sido tratadas conjuntamente.

56. «Obra» é definida no artigo 14.°, n.° 10, como «o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou engenharia civil, destinado a desempenhar, por si só, uma função económica e técnica». Não se trata de uma definição especialmente precisa e o guia elaborado pela Comissão também não contém indicações específicas. Para retomar a expressão utilizada por um comentador, «a identificação de uma obra única deveria parecer-se com a definição proverbial de elefante: as autoridades adjudicantes reconhecerão quando virem um» [12]. Contudo, no presente processo, o Tribunal de Justiça é levado a fornecer algumas indicações sobre o modo de reconhecer um elefante.

57. Uma primeira possibilidade, é partir da finalidade das regras previstas pela directiva. Como já vimos, esse objectivo é

12 — Brown, A., «Getting to Grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules», *Public Procurement Law Review*, 1993, pp. 69, 72.

principalmente garantir às empresas de toda a Comunidade a possibilidade de poderem concorrer a contratos cujo valor ultrapasse um certo limiar predeterminado, para lá do qual pode ser rentável fazê-lo. Visto que, em vários casos, os contratos de empreitada de electrificação e de iluminação pública foram adjudicados ao mesmo concorrente em diferentes comunas — donde poderá deduzir-se que, em teoria, um único empreiteiro poderia realizar a totalidade dos trabalhos de ambas as categorias em todo o departamento — e que sete dos dez adjudicatários obtiveram contratos de um valor largamente superior a 5 000 000 ecus, pareceria lógico concluir que concorrentes de outros Estados-Membros deveriam ter podido concorrer. A Comissão alegou na audiência que, verifica-se a necessidade de considerar um certo número de contratos como formando uma única e mesma «obra» e de os publicar no *JOCE*, quando os contratos apresentam uma ligação tal entre eles que uma empresa da Comunidade os considera provavelmente como uma mesma operação económica e desejará candidatar-se à realização do conjunto, como sucedeu no presente processo, segundo ela.

58. Considero, contudo, que não é esta a abordagem correcta. O artigo 14.°, n.° 10, faz referência à função económica e técnica, que as operações que são objecto do contrato se destinam a desempenhar, por si só, e não ao interesse que um eventual concorrente poderá ter em ser plenamente informado, embora um dos objectivos gerais da directiva seja a protecção e a promoção desse interesse. Embora as disposições da directiva devam ser interpretadas à luz desses objectivos, o critério aqui utilizado é específico. Devemos olhar para a função económica e técnica, em vez de ao modo como a obra pode ser vista por eventuais concorrentes.

59. Considero que o critério do artigo 14.°, n.° 10, significa que o limite entre os trabalhos que podem ser agregados para efeitos da directiva e aqueles que legitimamente podem ser tratados distintamente, está entre os conjuntos de contratos que, tendo em conta o objectivo que prosseguem, partilham de uma mesma função económica e técnica e, aqueles que não a partilham.

60. A Comissão considera, em substância, que o conjunto dos trabalhos a realizar no presente processo constitui um programa plurianual de electrificação de la Vendée e tem, assim, um função económica e técnica única. Salienta que as descrições dos trabalhos eram idênticos dentro de cada categoria e semelhantes de uma categoria a outra, devendo o conjunto dos trabalhos ser realizado durante um mesmo período, na mesma zona geográfica e administrativa. Segundo ela, a noção de «obra» não pode limitar-se num caso como o presente a uma estrutura ou construção determinada.

61. O Governo francês considera que as operações pontuais de melhoramento e de extensão realizadas em redes independentes

umas das outras não podem ser consideradas como formando uma «obra» única destinada a preencher uma única função económica e técnica. Considera que, na ausência de uma estrutura ou de uma construção determinada, cabe à entidade adjudicante definir as suas necessidades e, assim, identificar a «obra». No presente processo, cada entidade local teria, assim, definido as suas próprias necessidades em relação às respectivas redes, independentemente de qualquer hipotética «obra» global.

62. Nenhuma das partes forneceu ao Tribunal de Justiça uma descrição muito precisa das redes em causa. Todavia, resulta das observações do Governo francês que, neste aspecto, não foram contestadas pela Comissão, que as entidades locais têm a responsabilidade das redes de distribuição de energia eléctrica de baixa tensão, a partir de transformadores que alimentam os consumidores situados no seu território; que essas redes são interconectáveis, e que as redes de iluminação pública, colocadas sob o controlo de cada entidade local, são alimentadas a partir dessas redes de distribuição de electricidade.

— Electrificação e iluminação pública: considerações técnicas

63. A Comissão observa que os trabalhos sobre a rede de sonorização são mencionados na descrição de ambas as categorias de trabalhos (electrificação e iluminação pública) e que ambas as categorias constam de um mesmo anúncio publicado por organismos semelhantes ao SYDEV noutros departamentos franceses (Calvados e Dordogne) em 1995. O Governo francês sublinha, por sua vez, que os trabalhos na rede de distribuição eléctrica dizem respeito, essencialmente, a trabalhos subterrâneos, ao passo que os trabalhos de iluminação pública respeitam, no essencial, a material exterior e, as duas categorias de trabalhos estão abrangidos em rubricas diferentes (respectivamente «engenharia civil» e «instalação») segundo as classificações da NACE, referidas no anexo XI da directiva. Na audiência, evocou o facto de os trabalhos de iluminação pública poderem não estar incluídos no âmbito de aplicação da directiva, visto que essas redes não se referem à produção, à alimentação, ao transporte ou à distribuição de electricidade [13], mas sobretudo ao consumo em benefício do público.

64. Destas considerações, considero que apenas a última é importante. Ainda que não se considere que a iluminação pública esteja inteiramente fora do âmbito de aplicação da directiva, ela coloca o acento na distinção que pode legitimamente fazer-se, em termos de função económica e técnica de destino, entre as duas categorias de redes. Uma rede de distribuição de electricidade destina-se, do ponto de vista técnico, a transportar electricidade de um fornecedor para um consumidor final individual que, de um ponto de vista económico, deve pagar o que consome a esse fornecedor. Uma rede de iluminação pública fornece uma iluminação de locais públicos. É ela própria um consumidor final de electricidade, que recebe através da

13 — V. artigo 2.°, n.° 2, da directiva, referido no n.° 3, *supra*.

rede de distribuição de electricidade. O poder que assegura esse serviço suporta ele próprio o custo — sendo provavelmente reembolsado, junto da população que dele beneficia, por meio de instrumentos como os impostos locais, e não em função da utilidade que cada um daí retira.

65. Assim, parece-nos claro que uma rede de distribuição eléctrica e uma rede de iluminação pública se destinam a preencher funções económicas e técnicas diferentes. Nestes termos, não sou de opinião que os trabalhos de manutenção, de melhoramento e/ou de extensão de ambas as categorias de redes, quer se encontrem ou não na mesma zona, possam ser considerados como constituindo uma única «obra» para efeitos do artigo 14.°, n.° 10, da directiva.

66. Esta conclusão não é posta em causa pelos outros elementos apresentados pela Comissão. O facto de uma rede de sonorização constar de ambos os anúncios de concurso, a título de «trabalhos complementares», não implica uma função económica ou técnica única. Pode suceder que diferentes partes de uma rede de sonorização passem por condutas de distribuição eléctrica e por mastros de iluminação pública, embora os trabalhos sobre uma dessas redes impliquem trabalhos na rede de sonorização, sem afectar as funções económicas ou técnicas das próprias redes. O facto de outras entidades adjudicantes terem escolhido propor um único contrato para os trabalhos em ambas as categorias de redes não permite também responder à questão de princípio de saber se essas actividades de engenharia civil, tomadas no seu conjunto, se destinam a preencher uma mesma função económica e técnica.

67. Assim, não é necessário, no presente processo, apreciar a questão de saber se a iluminação pública se inclui no âmbito de aplicação da directiva, questão que, em qualquer hipótese, não foi suficientemente discutida no Tribunal de Justiça. Todavia, se não for esse o caso, deve então excluir-se claramente a hipótese de conjugar esses trabalhos com os trabalhos de electrificação, para os efeitos da directiva.

68. Concluo que não deviam acumular-se os valores dos contratos de electrificação e de iluminação pública, para efeitos da directiva, quer ao nível de todo o departamento ou ao nível de cada uma das entidades locais. Contudo, a questão de saber se os contratos deviam ter sido agregados ao nível de todo o departamento em cada uma das categorias, considerada separadamente, permanece em aberto.

— Electrificação: considerações técnicas e geográficas

69. Verifica-se [14] que cada uma das entidades locais é responsável pela rede de

14 — V. nota 2 e n.° 62, *supra*.

distribuição de energia eléctrica no seu território, apesar das redes serem interconectadas e a electricidade ser fornecida pela sociedade nacional EDF. A Comissão sublinha a contiguidade geográfica das redes, a simultaneidade dos programas de trabalhos, a identidade das descrições dos trabalhos e a coordenação do conjunto assegurada pelo SYDEV. O Governo francês acentua o facto de cada entidade local ter celebrado um contrato separado em relação à sua própria rede.

70. Concluí [15] que, esta última consideração não era relevante para determinar se havia uma única obra para efeitos da directiva. A presente situação parece, aliás, efectivamente comparável ao exemplo já referido de uma via pública que atravessa o território de várias autarquias locais. Embora, por razões de natureza administrativa, as diversas entidades locais tenham a responsabilidade das redes de distribuição de baixa tensão no seu território, essas redes, interconectáveis, tomadas no seu conjunto, destinam-se a preencher uma única e mesma função económica e técnica: a canalização e a venda aos consumidores de energia eléctrica produzida e fornecida pela EDF.

71. Como observou o Governo francês, é verdade que esta fundamentação poderia aplicar-se ao conjunto da rede francesa de distribuição eléctrica. Contudo, partilho da opinião da Comissão segundo a qual o conceito de obra é, no presente processo, claramente circunscrito por o que se poderá designar de três unidades — de lugar, de tempo e de acção. Todos os contratos de empreitada de electrificação em causa diziam respeito a trabalhos a realizar num mesmo departamento, durante um mesmo período, tendo dado origem à mesma descrição geral e sujeitos a um controlo técnico uniforme. Nada permite concluir que trabalhos da mesma natureza deviam realizar-se no mesmo momento numa zona mais extensa — em departamentos ou regiões limítrofes, ou mesmo na rede nacional no seu todo. Concretamente, é pouco plausível que esses trabalhos tivessem sido deixados sob o controlo do SYDEV. Se, extraordinariamente, tivesse sido esse o caso, poderia defender-se que o conjunto desses trabalhos constituía uma mesma obra para os efeitos da directiva. Nesse caso, considero que a consequência a tirar não é a que o Governo francês tenta impor com a sua fundamentação *ad absurdum*, mas que todos os anúncios de concurso deveriam ter sido comunicados ao *JOCE*.

72. O facto de os contratos dizerem respeito a operações distintas a realizar em momentos e em locais diferentes (durante o mesmo período e na mesma zona geográfica) não significa que não poderiam ser considerados como uma mesma «obra». Se essa fundamentação fosse seguida, cada operação constituiria uma obra distinta, o que o próprio Governo francês não defendeu. Ao contrário, um conjunto de operações a realizar durante um período determinado num conjunto de redes, que partilham uma mesma função económica e técnica deve, por si só, ser considerada como sendo destinada a preencher uma mesma função económica e técnica. A este respeito, recorde-se que o Decreto camará-

15 — V. n.os 51 a 54, *supra*.

rio de 1960 [16] visa «o inventário geral das necessidades do departamento» — uma fórmula que tende a confirmar esta conclusão.

73. Assim, chego à conclusão que o conjunto dos contratos de electrificação em causa constitui uma única e mesma obra, na acepção do artigo 14.°, n.° 10, da directiva. O seu valor devia ter sido acumulado a fim de determinar se os anúncios de concurso deviam ter sido objecto de publicação no *JOCE*. Cinco desses anúncios foram efectivamente publicados; um outro contrato tinha um valor estimado inferior a 1 000 000 ecus e a 20% do total, caindo, assim, na derrogação prevista no segundo parágrafo do artigo 14.°, n.° 10. Em contrapartida, a ausência de publicação do anúncio a respeito dos doze outros contratos, cujo valor foi em cada caso superior a esse limiar e atingiu no total mais de 26 000 000 ecus, constituiu uma infracção à directiva.

74. Essa infracção traduziu-se num incumprimento das obrigações resultantes não apenas do artigo 14.°, n.^{os} 1 e 10, da directiva, quanto aos métodos de cálculo do valor da obra, mas, igualmente, das obrigações resultantes do artigo 21.°, n.^{os} 1 e 5, porque não foram enviados anúncios para publicação no *JOCE*, e do artigo 25.°, n.° 5, porque foram publicados anúncios no *BOAMP*.

16 — Referido no n.° 9, *supra*.

— Iluminação pública: considerações técnicas e geográficas

75. Considero que é mais difícil aplicar a mesma fundamentação aos trabalhos a realizar nas redes de iluminação pública. É, certamente, exacto, que a função económica e técnica de cada rede é a mesma que a de todas as outras, mas não considero por isso que preencham a mesma função.

76. Embora a organização da iluminação pública em Vendée não nos tenha sido apresentada de forma pormenorizada, podemos razoavelmente admitir que as redes são independentes umas das outras, como sustenta o Governo francês. Visto que a iluminação pública é uma actividade de consumo de electricidade, cuja carga financeira pesa sobre cada entidade local que por ela é responsável, qualquer interconexão pareceria desprovida de qualquer utilidade, por oposição à situação da rede eléctrica, que constitui uma infra-estrutura de distribuição com um único fornecedor. Cada rede é provavelmente abastecida a partir de um ramal próprio sobre a rede de distribuição eléctrica, permitindo determinar o consumo de cada uma das entidades locais. Além disso, a iluminação é, em geral, limitada às áreas altas. Quando essas áreas são separadas umas das outras por áreas desprovidas de construção, o que poderia ser o caso típico de um departamento com uma vocação principalmente rural, como Vendée, é pouco provável que as diversas redes sejam contíguas. Por outro

lado, as diversas entidades locais podem adoptar políticas completamente diferentes em matéria de iluminação pública: se alguns procuram propor um serviço tão geral quanto possível, outros querem economizar dinheiro do contribuinte local fornecendo estritamente o mínimo.

77. É verdade que as considerações que precedem assentam, em larga medida, em conjecturas quanto às circunstâncias próprias do presente processo. Contudo, o Governo francês sublinhou a independência das redes individuais umas em relação às outras e a Comissão não apresentou elementos de prova em sentido contrário. Não se estabeleceu nenhum factor de unificação económica, como o que resultaria, por exemplo, de um sistema uniforme de impostos locais em todo o departamento, a fim de financiar o custo da iluminação.

78. Por conseguinte, considero que a Comissão não demonstrou a existência de uma mesma função económica e técnica na acepção do artigo 14.°, n.° 10, da directiva e que não era necessário acumular os valores de todos os contratos de iluminação pública para determinar a aplicabilidade da directiva, mesmo admitindo que a iluminação pública está incluída no âmbito de aplicação da directiva.

Artigo 4.°, n.° 2: discriminação entre fornecedores

79. O argumento aqui desenvolvido pela Comissão é que, em substância, ao limitar incorrectamente a publicação no *JOCE* a um conjunto de anúncios de concurso, as autoridades francesas colocaram os candidatos dos outros Estados-Membros numa situação desvantajosa, visto que, esses candidatos, ignorando o valor total dos trabalhos e, em que medida, aquele valor pode interessá-los, decidirão ou não apresentar proposta ou apresentar uma proposta que tenha em conta custos fixos, proporcionalmente mais elevados; apresentarão, assim, uma proposta menos competitiva do que a dos candidatos que adquiriram um melhor conhecimento da dimensão do contrato pela leitura do *BOAMP*. O Governo francês, apesar de se basear, a título principal, na negação de qualquer cisão artificial, nega qualquer discriminação entre concorrentes, que foram todos convidados a exprimir a sua oferta de preço sob a forma de um afastamento expresso em percentagem em relação ao valor estimado de diferentes categorias de trabalhos, com vista à execução posterior de trabalhos concretos a determinar.

80. Visto que o artigo 4.°, n.° 2, proíbe precisamente qualquer discriminação entre «fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços», pode colocar-se a questão de saber se se aplica igualmente à discriminação entre concorrentes, ou, por maioria de razão, a eventuais concorrentes (com efeito, não tivemos conhecimento do envio de qualquer oferta por um empresa de outro Estado-Membro, neste processo).

81. Considero que se aplica igualmente a esse caso. Por um lado, as expressões «fornecedores», «empreiteiros» e «prestadores de serviços» não são definidas na directiva, ao passo que o «proponente» é definido no artigo 1.°, n.° 6, como «o fornecedor, o empreiteiro ou prestador de serviços que apresente uma proposta». A directiva não utiliza, portanto, o termo «empreiteiro» no sentido de adjudicatário, mas no sentido mais amplo daquele que aspira à adjudicação de um contrato.

82. O artigo 4.°, n.° 1, impõe efectivamente às entidades adjudicantes — e é útil notar que o artigo 4.° é a primeira disposição de fundo da directiva, que define, em certa medida, o alcance das disposições seguintes — que respeitem a directiva «para celebrarem os seus contratos... ou organizarem os respectivos concursos». As justaposição das expressões «celebrar» e «organizar» sugere que a expressão «celebrar» deve ser entendida como abrangendo qualquer procedimento e não apenas as etapas finais. Considero que o artigo 4.°, n.° 2, deve ter o mesmo sentido.

83. Além do mais, o Tribunal de Justiça declarou que o princípio da igualdade de tratamento corresponde à essência da primeira directiva comunitária relativa aos contratos de empreitadas de obras públicas [17] e encontrou expressão no artigo 4.°, n.° 2, da Directiva 90/531/CEE [18], antecessor directo do artigo 4.°, n.° 2, da presente directiva e redigido de forma praticamente idêntica. Embora o Tribunal de Justiça tenha descrito o princípio como um tratamento igual entre proponentes, considero que deve igualmente aplicar-se, por sua natureza, àqueles que foram desencorajados de apresentar propostas porque foram colocados em desvantagem.

84. Tendo em conta esta situação e a conclusão a que cheguei a respeito da não acumulação dos contratos de electrificação, considero que a Comissão considerou verificada uma violação do artigo 4.°, n.° 2, da directiva. Não obstante a questão de saber se nesse processo foram atraídos proponentes de outros Estados-Membros — visto que é evidentemente preferível dispor de um estabelecimento local e tendo em conta o risco de ser adjudicada apenas uma parte da totalidade dos trabalhos, pondo assim em causa, eventualmente, os seus cálculos relativos aos custos fixos — não tiveram condições de tomar uma decisão em função de elementos adequados, porque não foi publicada no *JOCE* uma informação completa a respeito do conjunto da «obra», como deveria ter sido. Em contrapartida, os proponentes que consultaram o *BOAMP* que, provavelmente, é em francês, tiveram

17 — Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5), na redacção dada pelo artigo 16.°, n.° 1, da Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1); v. acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/Dinamarca (C-243/89, Colect., p. I-3353, n.° 33).

18 — Directiva do Conselho de 17 de Setembro de 1990, relativa aos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1); v. acórdão de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica (C-87/94, Colect., p. I-2043, n.os 51 e 52).

à sua disposição informações mais completas.

85. Todavia, no que diz respeito aos cinco anúncios de concurso, efectivamente publicados no *JOCE*, as informações publicadas eram idênticas às que foram publicadas no *BOAMP*, embora o facto de não terem sido comunicadas todas as informações exigidas pelo artigo 21.°, n.° 1, da directiva, em conjugação com o anexo II da mesma, não ter implicado discriminação.

Despesas

86. Visto que, em meu entender, a Comissão considerou verificado o incumprimento da directiva por falta de publicação no *JOCE* de todas as condições exigidas a respeito dos contratos de electrificação, mas não demonstrou o incumprimento do artigo 14.°, n.° 13, ou qualquer incumprimento no que se refere aos contratos de iluminação em causa, considero que, nos termos do artigo 69.°, n.° 3, do Regulamento de Processo, há que condenar cada uma das partes a suportar as respectivas despesas.

Conclusões

87. À luz destas considerações, concluo propondo que o Tribunal de Justiça se digne:

1) Declarar que, ao omitir, no processo de adjudicação de contratos organizado pelo Syndicat département d'électrification de la Vendée, em Dezembro de 1994, para a adjudicação de empreitadas de obras de electrificação:

— publicar um anúncio no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* relativamente a doze contratos cujo valor unitário estimado é superior a 1 000 000 ecus, que fazem parte da mesma obra na acepção do

artigo 14.°, n.° 10, da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 4.°, n.° 2, 14.°, n.os 1 e 10, 21.°, n.os 1 e 5, e 25.°, n.° 5, dessa directiva;

— Comunicar todas as informações previstas no anexo XII da directiva 93/38 a respeito dos cinco anúncios publicados no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 21.°, n.° 1, dessa directiva;

— Comunicar as informações a respeito da adjudicação da totalidade dos contratos, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 24.°, n.os 1 e 2, da Directiva 93/38;

2) Negar provimento à acção quanto ao restante;

3) Condenar cada uma das partes a suportar as respectivas despesas.