CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 20 de Novembro de 2003 [1]

I — Introdução

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre quatro questões prejudiciais relativas à interpretação 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 fornecimentos [2], com a redacção que lhe foi dada 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 (a seguir «Directiva 89/665») [3].

2. Estas questões foram suscitadas num litígio que opõe a Siemens AG Österreich (a seguir «Siemens») e a ARGE Telekom & Partner (a seguir «ARGE Telekom») à Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungträger, na qualidade de entidade adjudicante (a seguir «Hauptverband»).

3. O contexto factual e processual em que as questões prejudiciais foram suscitadas é complexo. Será examinado na secção III *infra* das presentes conclusões. Resulta deste contexto que podem existir dúvidas fundadas quanto à admissibilidade das referidas questões prejudiciais, uma vez que, tendo o litígio no processo principal ficado sem objecto, as mesmas se tornaram total ou parcialmente hipotéticas.

4. A formulação das questões é, em si mesma, complexa, mas oferece, em conjugação com a fundamentação do despacho de reenvio, base suficiente para uma resposta. Assim, na secção III das presentes conclusões, resumir-se-ão as passagens relevantes deste despacho. O Bundesvergabeamt, enquanto órgão jurisdicional de reenvio, pretende saber, em substância, se a aplicação que o legislador austríaco fez da Directiva 89/665 é adequada, tendo em conta as competências (limitadas) de que dispõe este órgão.

1 — Língua original: neerlandês.
2 — JO L 395, p. 33.
3 — JO L 209, p. 1.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

5. O artigo 1.°, n.^{os} 1 e 3, da Directiva 89/665 tem a seguinte redacção:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, 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.»

6. O artigo 2.°, n.^{os} 1, 6, 7 e 8 da Directiva 89/665 prevê:

«1. 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.

[...]

6. Os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato celebrado na sequência da atribuição de um contrato de direito público serão determinados pelo direito nacional. Além disso, excepto se a decisão tiver de ser anulada antes da concessão de indemnizações, os Estados-Membros podem prever que, após a celebração do contrato na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação.

7. Os Estados-Membros garantirão que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser executadas de modo eficaz.

8. Sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado [actual artigo 234.º CE] e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base.

A nomeação dos membros dessa instância independente e a cessação do seu mandato estão sujeitas às mesmas condições do que as aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua inamovibilidade. No mínimo, o presidente dessa instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente tomará as suas decisões na sequência de um processo contraditório e essas decisões produzirão, pelos meios determinados por cada Estado-Membro, efeitos jurídicos coercivos.»

7. O artigo 25.º da Directiva 92/50 tem a seguinte redacção:

«Nos cadernos de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar que o proponente indique na sua proposta qualquer parte do contrato que tencione eventualmente subcontratar com terceiros. Esta indicação não prejudica a questão da responsabilidade do prestador de serviços principal.»

8. Nos termos do artigo 32.° da Directiva 92/50:

«1. A capacidade dos prestadores de serviços para a execução de serviços pode ser apreciada em função das suas qualificações, eficiência, experiência e fiabilidade.

2. A prova da capacidade técnica dos prestadores de serviços pode ser fornecida por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, quantidade e finalidade dos serviços a prestar:

[...]

c) Indicação dos técnicos ou organismos técnicos envolvidos, quer dependam ou não directamente do prestador de serviços, e especialmente dos responsáveis pelo controlo da qualidade;

[...]

h) Indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tenciona subcontratar.

3. A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas quais os elementos de referência que pretende receber.

4. O âmbito das informações referidas no artigo 31.° e nos n.^{os} 1, 2 e 3 do presente artigo deve limitar-se ao objecto do contrato. As entidades adjudicantes devem ter em consideração os interesses legítimos dos prestadores de serviços no que diz respeito à protecção dos segredos técnicos ou comerciais da sua empresa.»

B — *Direito nacional*

9. As Directivas 89/665 e 92/50 foram transpostas para o direito austríaco pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (Lei federal de 1997 relativa à adjudicação de contratos de direito público, BGBl. I, 1997/56, na versão do BGBl. I, 2000/125, a seguir «BVergG»).

10. O § 31 da BVergG diz respeito às prestações efectuadas pelos subcontratantes e tem a seguinte redacção:

«(1) O caderno de encargos deve indicar se é permitido subcontratar. A subcontratação de toda a empreitada não é permitida, excepto no que diz respeito

aos contratos de compra e venda e nos casos em que a subcontratação é feita a empresas ligadas ao adjudicatário. Nas empreitadas de construção, não é permitido subcontratar a parte preponderante das prestações [...]. [...] A entidade adjudicante deve garantir que os subcontratantes do adjudicatário executam eles próprios a esmagadora maioria das partes do contrato que lhes foram transferidas. Em casos excepcionais, a entidade adjudicante pode indicar no caderno de encargos que é possível subcontratar a maior parte da empreitada, desde que o fundamente. Nos restantes casos, a subcontratação de partes do contrato só é permitida se o subcontratante tiver a capacidade necessária para executar a sua parte.

(2) No caderno de encargos, a entidade adjudicante deve solicitar ao proponente que indique na sua proposta a parte do contrato que eventualmente tenciona subcontratar a terceiros. Esta indicação não prejudica a questão da responsabilidade do adjudicatário.»

11. O § 40 da BVergG — Anulação do concurso no decurso do prazo fixado para a apresentação de propostas — prevê:

«(1) Durante o prazo fixado para a apresentação de propostas, o concurso pode ser anulado por razões imperiosas, em especial caso venham a tornar-se conhecidos, antes do termo do prazo fixado para a apresentação de propostas, factos que, se tivessem sido conhecidos mais cedo, teriam determinado a não realização do concurso ou a realização de um concurso substancialmente diferente.

(2) A anulação do concurso deve ser publicada da mesma forma que o concurso.

(3) Os proponentes e os potenciais concorrentes aos quais tenha sido entregue o caderno de encargos devem ser imediatamente informados da anulação e da respectiva fundamentação.»

12. Os §§ 52, 53, 53a, 54, 55 e 56 da BVergG — Avaliação das propostas — têm a seguinte redacção:

«Exclusão de propostas

§ 52. (1) Antes de a entidade adjudicante escolher a proposta que pode

ser objecto de adjudicação deve, com base nos resultados da avaliação, excluir imediatamente as seguintes propostas:

1. propostas de candidatos que não tenham alvará, não disponham das capacidades técnicas, económicas ou financeiras necessárias ou não sejam fiáveis;

[...]

8. propostas que não preencham os requisitos do concurso e propostas deficientes e incompletas, caso estes vícios não tenham sido ou não possam vir a ser sanados, ou propostas parciais, se estas não eram admitidas;

9. propostas de candidatos que tenham feito acordos com outros candidatos, contrários aos bons costumes ou ao princípio da concorrência efectiva, prejudiciais para a entidade adjudicante.

[...]

Escolha da proposta que será objecto de adjudicação; o princípio da melhor proposta

§ 53. O contrato será adjudicado, entre as propostas não excluídas, àquela que for mais vantajosa do ponto de vista técnico e económico, no respeito dos critérios fixados para o concurso. (Princípio da melhor proposta). A decisão de adjudicação deve [...] ser fundamentada por escrito.

Publicação da decisão de adjudicação

§ 53a. (1) A entidade adjudicante deve comunicar imediatamente por escrito ou por fax [...] aos restantes proponentes a que proponente o contrato será adjudicado. Tendo em conta o disposto no n.º 4, esta comunicação pode dar a conhecer aos proponentes não escolhidos todos os motivos que levaram à recusa das suas propostas.

(2) A adjudicação não pode ser efectuada durante um período de espera de duas semanas após a

publicação da decisão de adjudicação a que se refere o n.º 1, sob pena de nulidade [...]. Caso se opte pelo processo acelerado, o período de espera é reduzido a uma semana.

(3) No prazo de uma semana ou, caso se opte pelo processo acelerado nos termos do § 69, no prazo de três dias após a publicação da decisão de adjudicação, os proponentes afastados podem pedir por escrito para serem informados das razões pelas quais a sua proposta não foi retida, bem como das características e das vantagens da proposta escolhida.

(4) Logo que receba o pedido — desde que o mesmo tenha sido apresentado tempestivamente — e pelo menos três dias antes do fim do período de espera, a entidade adjudicante deve comunicar aos proponentes afastados o nome do proponente escolhido, bem como o montante pelo qual o contrato foi adjudicado. Os proponentes afastados devem igualmente ser informados das características e vantagens da proposta escolhida, na medida em que a divulgação destes dados não viole o interesse público ou os interesses comerciais legítimos das empresas nem ponha em causa a concorrência livre e leal.

(5) Se um proponente afastado considerar que a decisão de adjudicação tomada pela entidade adjudicante viola o disposto na presente lei e que, nessa medida, lhe pode causar prejuízo, deve informar imediatamente a entidade adjudicante, de forma que possa provar-se, da sua intenção de interpor recurso, indicando as razões.

Adjudicação e convenção de execução

§ 54. (1) No decurso do prazo de adjudicação, a relação contratual surge no momento em que o proponente receba a confirmação escrita de aceitação da sua proposta. Se o prazo de adjudicação não for respeitado ou se o contrato não respeitar a proposta, a relação contratual surge apenas com a declaração escrita do proponente de que aceita o contrato. Deve ser dado ao proponente um prazo adequado para efectuar esta declaração.

(2) [...]

Anulação do concurso depois de expirar o prazo para apresentação de propostas

§ 55. (1) Depois de expirar o prazo para apresentação de propostas, o concurso deverá ser anulado quando existam razões imperiosas.

(2) O concurso pode ser anulado quando, depois da exclusão das propostas nos termos do § 52, apenas subsistir uma proposta.

(3) O concurso considera-se anulado quando não tenha sido apresentada qualquer proposta ou quando tenha sido apresentada apenas uma proposta.

(4) Os concorrentes são imediatamente informados da anulação do concurso, com a indicação dos motivos.

(5) A anulação do concurso deve ser publicada da mesma forma que o concurso.

Encerramento do processo de concurso

§ 56. (1) O processo de concurso termina com a celebração da convenção de fornecimento ou com a anulação do concurso.

(2) Todo o proponente a quem não seja adjudicado o contrato deve ser disso informado imediatamente após o encerramento do processo. [...]»

13. O § 113 da BVergG enuncia os poderes do Bundesvergabeamt. Esta disposição tem a seguinte redacção:

«(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 fazer cessar 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 decisões ilegais tomadas pela entidade adjudicante.

(3) Após a adjudicação ou o encerramento do processo de concurso, o Bundesvergabeamt pode verificar se, em razão de uma violação da presente lei ou dos seus regulamentos de execução, o contrato não foi adjudicado ao concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa. Num processo deste tipo, o Bundesvergabeamt é, além disso, competente para declarar, a pedido da entidade adjudicante, se um candidato ou um concorrente excluído teria tido possibilidades reais de obter a adjudicação do contrato no quadro da aplicação conforme da presente lei federal e dos seus regulamentos de execução.»

14. O § 117, n.os 1 e 3, da BVergG prevê:

«(1) O Bundesvergabeamt anulará, através de decisão administrativa e tendo em conta o parecer da comissão de conciliação emitido nesse processo, uma decisão da entidade adjudicante tomada no âmbito de um processo de adjudicação de contrato, quando essa decisão

1. for contrária às disposições da presente lei federal ou dos seus regulamentos de execução, e

2. for determinante para o desfecho do processo de adjudicação.

[...]

(3) Após a adjudicação do contrato, o Bundesvergabeamt, respeitando as condições do n.º 1, verificará unicamente se a ilegalidade invocada é ou não real.»

15. De acordo com o § 122, n.º 1, da BVergG, «[e]m caso de violação culposa da presente lei federal ou dos seus regulamentos de execução pelos órgãos de uma entidade adjudicante, um proponente a quem não tenha sido adjudicado o contrato tem o direito de exigir à entidade adjudicante a cujos órgãos essa conduta é imputável a indemnização das despesas

em que incorreu ao elaborar a sua proposta e dos outros custos que suportou ao participar no processo de adjudicação».

16. Nos termos do § 125, n.º 2, da BVergG, um pedido de indemnização, que deve ser introduzido nos tribunais cíveis, só é admissível se tiver havido uma declaração prévia do Bundesvergabeamt, nos termos do § 113, n.º 3. Esta declaração é vinculativa para o tribunal cível, chamado a decidir do pedido de indemnização, bem como para as partes na instância no Bundesvergabeamt.

17. O § 5 da Verwaltungsvollstreckungsgesetz (lei relativa às vias administrativas de execução coerciva) determina:

«(1) A instância de execução pode impor o cumprimento da obrigação de consentir, omitir ou praticar um acto que, pela sua natureza, não possa ser realizado por terceiro, mediante a aplicação ao interessado de multa ou pena de prisão.

(2) A execução deve iniciar-se com a cominação da aplicação da referida sanção em caso de infracção ou de atraso. O meio coercivo aplica-se logo que a primeira infracção seja cometida ou tenha decorrido o prazo fixado para a prática do acto. Em caso de reincidência ou de novo atraso, será cominada a aplicação de um meio coercivo mais grave. A aplicação do meio coercivo cessa no momento do cumprimento da obrigação.

(3) Os meios coercivos não podem ser superiores, em cada caso individual, a 10 000 ATS, tratando-se de multa, e a quatro semanas, tratando-se de pena de prisão.

(4) A execução através do meio coercivo multa pode igualmente ser utilizada contra pessoas colectivas, sociedades de pessoas e sociedades comerciais, com excepção dos organismos públicos.»

18. O § 879 do Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (Código Civil austríaco) tem a seguinte redacção:

«(1) É nulo o contrato que viole uma proibição legal ou os bons costumes.

(2) Em especial, são nulos os seguintes contratos:

[...]»

III — Matéria de facto e tramitação processual

A — *Matéria de facto e tramitação nas instâncias nacionais*

19. Em 21 de Setembro de 1999, a Hauptverband anunciou, no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* a sua intenção de abrir um concurso em duas fases. O concurso visava a adjudicação de um contrato para a concepção, realização e programação de um sistema de processamento electrónico de dados em cartões protegidos por um *chip* electrónico integrado, incluindo o fornecimento, inicialização, personalização, distribuição e eliminação dos cartões, bem como o fornecimento, instalação e manutenção dos aparelhos terminais em todo o território austríaco e, por último, o apoio na gestão do sistema de processamento electrónico de dados, o apoio de um centro de chamadas na gestão dos cartões e outros serviços necessários ao funcionamento do sistema.

20. Em 22 de Fevereiro de 2000, a Hauptverband decidiu convidar cinco grupos de candidatos a apresentarem propostas e excluir o sexto candidato. No ponto 1.9 do formulário de candidatura, de 21 de Setembro de 1999, bem como no ponto 1.8 do «convite à apresentação de propostas», de 15 de Março de 2000, a admissibilidade da subcontratação era regulada nos seguintes termos: «a subcontratação de partes do contrato apenas é autorizada até ao limite máximo de 30% das prestações e desde que o proponente ou grupo de proponentes se reservem as prestações características do contrato em matéria de gestão do projecto, concepção do sistema, desenvolvimento, realização, fornecimento e gestão dos componentes centrais do sistema global específicos do projecto, fornecimento e gestão do ciclo de vida dos cartões e desenvolvimento e fornecimento dos aparelhos.»

21. Segundo o despacho de reenvio, a entidade adjudicante considerou que esta disposição foi concebida como um critério de selecção, com o objectivo de garantir uma prestação de serviços sem falhas técnicas. Com efeito, a responsabilidade pessoal do fornecedor de cartões funciona como um incentivo a uma prestação de serviços sem falhas. Assim se garante à entidade adjudicante a possibilidade de exercer uma influência efectiva.

22. Contudo, o fornecedor de cartões Austria Card pertencia a três dos quatro

agrupamentos que efectivamente apresentaram propostas (entre os quais a Siemens e a ARGE Telekom). O único agrupamento de candidatos que não contava com a participação da Austria Card era constituído pelas empresas EDS/ORGA.

23. Pela carta de 18 de Dezembro de 2000, a Hauptverband, na qualidade de entidade adjudicante, comunicou a três agrupamentos de proponentes, nos termos do § 53a da BVergG, que tencionava adjudicar o contrato à EDS/ORGA.

24. Os três agrupamentos de proponentes afastados da adjudicação pediram uma arbitragem da Bundesvergabekontrollkommission (comissão federal de controlo das empreitadas). A BKK recusou a arbitragem num caso e nos dois outros casos tentou, em vão, chegar a um acordo amigável. Seguidamente, os três agrupamentos de proponentes afastados da adjudicação recorreram para o Bundesvergabeamt (gabinete federal das empreitadas). Solicitaram ao Bundesvergabeamt, antes de mais, a anulação da decisão da entidade adjudicante que adjudicava o contrato ao agrupamento de proponentes EDS/ORGA. A título subsidiário, pediram que a Hauptverband fosse intimada a anular o concurso.

25. Por decisão de 19 de Março de 2001, o Bundesvergabeamt (oitava secção) indeferiu todos os pedidos, por falta de legitimidade das recorrentes. Fundou a sua decisão no entendimento de que as propostas das recorrentes deviam ter sido excluídas pela entidade adjudicante ao abrigo do § 52.°, n.° 1, ponto 9, da BVergG, porque a Austria Card pertencia aos três agrupamentos de proponentes em causa. A troca de informações assim possibilitada, bem como as negociações que a Austria Card tivera necessariamente de efectuar com os três consórcios sobre os termos das propostas deviam qualificar-se como acordos entre concorrentes contrários ao princípio da livre concorrência.

26. Resulta dos documentos processuais que esta decisão do Bundesvergabeamt veio a ser revogada por acórdão do Verfassungsgerichtshof de 12 de Junho de 2001, por violação do direito constitucional dos três agrupamentos a um processo perante um órgão jurisdicional legal, visto que o Bundesvergabeamt, antes de proferir a sua decisão, devia ter colocado ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial com vista a saber se um proponente cuja proposta não seja excluída pela entidade adjudicante pode ver-se privado do seu direito a um processo perante o órgão jurisdicional nacional competente.

27. A 28 e 29 de Março de 2001, respectivamente, a Debis, terceiro agrupamento a não beneficiar da adjudicação, e a ARGE Telekom voltaram a recorrer para o Bundesvergabeamt. Solicitaram que a decisão

da Hauptverband de não anular o concurso fosse anulada e apresentaram um pedido de medidas provisórias destinado a proibir a entidade adjudicante de proceder à adjudicação, pelo menos, no período de dois meses a contar da apresentação do pedido (Debis) ou até o Bundesvergabeamt proferir decisão (ARGE Telekom).

28. Na sequência destes pedidos, o Bundesvergabeamt, por despacho de 5 de Abril de 2001, proibiu provisoriamente a adjudicação até 20 de Abril de 2001.

29. Nos seus pedidos, a Debis e a ARGE Telekom invocaram argumentos relacionados quer com o direito nacional quer com o direito comunitário em apoio da sua tese da ilegalidade do concurso. Em seu entender, o concurso devia ser anulado, pois resultava da decisão do Bundesvergabeamt de 19 de Março de 2001 que apenas subsistia uma empresa à qual o contrato podia ser adjudicado. Com efeito, se as propostas da Siemens, da ARGE Telekom e da Debis podiam ser excluídas nos termos do § 52, n.º 1, da BVergG, por violação do princípio da concorrência leal, o concurso tinha de ser anulado por força do disposto no § 52, n.os 2 e 3, da BVergG, pois restava um único proponente (EDS/ORGA). Além disso, o concurso era contrário ao direito comunitário, na medida em que no ponto 1.8 do convite à apresentação de propostas de 15 de Março de 2000 fora fixado um critério de selecção ilegal. Este critério excluía a subcontrataçãode partes das prestações correspondentes a mais de 30% do contrato global e, em todo o caso, das prestações típicas do contrato, especialmente o fornecimento dos cartões e a gestão do seu ciclo de vida. As recorrentes viram-se assim impelidas a incluir a Austria Card como participante no consórcio por elas formado. Sem o disposto no ponto 1.8 das cláusulas do concurso, as recorrentes teriam podido recorrer a um subcontratante. Em seu entender, esta cláusula viola o direito comunitário. A Debis e a ARGE Telekom remetem para o acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 1999, Holst Italia[4]. Dele se depreende que deve ser permitido confiar a terceiros a execução da prestação que é objecto do concurso.

30. Por decisão de 20 de Abril de 2001, o Bundesvergabeamt (nona secção) julgou procedentes os recursos da Debis e da ARGE Telekom e, nos termos do § 113, n.º 2, ponto 2, da BVergG, anulou a decisão da Hauptverband que recusava a anulação do concurso. O Bundesvergabeamt fundou a sua decisão na necessidade de anular o concurso por este conter uma cláusula substancialmente ilegal. A proibição da subcontratação decretada pela Hauptverband violara, nomeadamente, o direito comunitário do proponente a recorrer a um subcontratante para justificar as suas capacidades, com a interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Holst Italia[5].

4 — C-176/98, Colect., p. I-8607.

5 — Já referido na nota 4.

31. Apesar desta decisão, em 23 de Abril de 2001, a Hauptverband decidiu adjudicar sem demora a empreitada à EDS/ORGA, pelo que o contrato foi celebrado. As medidas provisórias decretadas no despacho de 5 de Abril de 2001 expiraram em 20 de Abril de 2001 e não foram prorrogadas, apesar de ter sido feito um pedido nesse sentido. A decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001 contém apenas uma alusão, de difícil compreensão, à «anulação de uma decisão que recusa a anulação». Com base nisto, a Hauptverband entendeu que não fora decidido de modo juridicamente vinculativo que a sua decisão de adjudicar o contrato ao concorrente que apresentara a proposta mais vantajosa era inválida ou tinha sido anulada.

32. Além disso, a Hauptverband decidiu impugnar a decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001 no Verfassungsgerichtshof. Resulta das peças processuais que o Verfassungsgerichtshof indeferiu primeiro o pedido de suspensão da decisão do Bundesvergabeamt, por despacho de 22 de Maio de 2001, e só depois, por acórdão de 2 de Março de 2002, revogou aquela decisão.

33. Em 30 de Abril de 2001, a Siemens interpôs recurso de anulação no Bundesvergabeamt de várias decisões da Hauptverband relacionadas com a decisão de adjudicar o contrato à EDS/ORGA. A Siemens considera que a anulação da decisão da Hauptverband de não anular o concurso publicado em 1999 determina a ilegalidade da decisão de adjudicação da Hauptverband, uma vez que esta se refere a um segundo concurso não publicado. Paralelamente, apresentou um pedido de medidas provisórias. Em 11 de Maio de 2001, o Bundesvergabeamt indeferiu este pedido e reservou para final a decisão sobre os restantes pedidos.

34. Em 17 de Maio de 2001, a ARGE Telekom requereu igualmente a adopção de medidas provisórias e a anulação de várias decisões que a Hauptverband adoptara no contexto da sua decisão de não anular o concurso.

35. Em 18 de Maio de 2001, a Siemens voltou a apresentar um pedido de medidas provisórias e a requerer a anulação das decisões da Hauptverband de não anular o processo de concurso, de adjudicar o contrato à EDS/ORGA, de enviar à EDS/ /ORGA uma carta de adjudicação e de, assim, celebrar o contrato sem que a decisão de adjudicação tivesse sido validamente publicada.

36. Por decisão de 9 de Julho de 2001, o Bundesvergabeamt indeferiu os pedidos de medidas provisórias da ARGE Telekom e da Siemens e reservou a final a decisão sobre os restantes pedidos.

37. O Bundesvergabeamt (nona secção) entendeu que a apreciação dos pedidos da Siemens, de 30 de Abril e de 18 de Maio de 2001, e do pedido da ARGE Telekom, de 17 de Maio de 2001, exigiam uma interpretação mais precisa de algumas disposições da Directiva 89/665. Daí que, por despacho de 11 de Julho de 2001, tenha colocado as questões prejudiciais a seguir enunciadas.

B — *Questões prejudiciais e esclarecimentos sobre as mesmas*

«1) Devem as disposições da Directiva 89/665/CEE, em especial o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), lido, se necessário, em conjugação com o artigo 2.°, n.° 7, ser interpretadas no sentido de que a decisão das instâncias nacionais responsáveis pelos processos de recurso na acepção do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665/CEE que anula a decisão da entidade adjudicante que recusa a anulação do concurso, tem por efeito jurídico, quando o ordenamento jurídico interno não ofereça nenhuma base jurídica que permita a execução eficaz e coerciva, contra a entidade adjudicante, da decisão das referidas instâncias, pôr imediatamente termo ao processo de concurso em questão, sem que a entidade adjudicante deva praticar, ela própria, qualquer outro acto?

2) Resulta das disposições da Directiva 89/665/CEE, em especial do artigo 2.°, n.° 7, lido, se necessário, em conjugação com as disposições da Directiva 92/50/CEE, designadamente dos seus artigos 25.° e 32.°, n.° 2, alínea c), ou de qualquer outra disposição de direito comunitário, sobretudo à luz do efeito útil que preside à interpretação do direito comunitário, que uma cláusula dum concurso que, ao proibir a subcontratação de elementos essenciais da prestação, em violação da jurisprudência do Tribunal de Justiça (designadamente do acórdão de 2 de Dezembro de 1999, Holst Italia contra Commune di Calgiari, C-176/98), impede que o proponente demonstre, através de um contrato celebrado com o subcontratante, que tem efectivamente à sua disposição os meios de terceiros, privando-o assim do direito de invocar os meios de terceiros para provar a sua capacidade ou para demonstrar que tem efectivamente à sua disposição os meios de terceiros, é de tal modo contrária ao direito comunitário que um contrato concluído na sequência de tal concurso deve considerar-se inválido, em especial quando a ordem jurídica interna já contenha disposições que prevêem a invalidade dos contratos contrários à lei?

3) Resulta das disposições da Directiva 89/665/CEE, em especial do artigo 2.°, n.° 7, ou de outras disposições de direito comunitário, designadamente à luz do princípio do efeito útil que preside à interpretação do direito comunitário, que um contrato contrário à decisão de uma instância nacional de recurso, na acepção do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665/CEE, que anule a decisão da entidade adjudicante de recusa da anulação do processo de concurso é inválido, sobretudo quando a ordem jurídica interna já contenha disposições que prevêem a invalidade dos contratos contrários aos bons costumes ou à lei e, por outro lado, a ordem jurídica interna não ofereça nenhuma base jurídica que permita a execução eficaz e coerciva, contra a entidade adjudicante, da decisão da instância de recurso?

4) a) Devem as disposições da Directiva 89/665/CEE, em especial o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), lido, se necessário, em conjugação com o artigo 2.°, n.° 7, ser interpretadas no sentido de que, quando o ordenamento jurídico interno não ofereça nenhuma base jurídica que permita a execução eficaz e coerciva, contra a entidade adjudicante, da decisão das instâncias de recurso, estas, por aplicação directa do artigo 2.°, n.° 1, alínea b), lido, se necessário, em conjugação com o artigo 2.°, n.° 7, têm o poder de obrigar as entidades adjudicantes, no âmbito de uma injunção susceptível de execução coerciva, a anularem a decisão ilegal, apesar de, em processos relativos a recursos dos proponentes na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665/CEE, a ordem jurídica interna apenas permitir às instâncias de recurso anular as decisões das entidades adjudicantes, não sendo a decisão de anulação susceptível de execução coerciva?

4) b) Caso seja dada resposta afirmativa à questão 4 a), as instâncias de recurso são competentes, por força do artigo 2.°, n.° 7, da Directiva 89/665/CEE, lido, se necessário em conjugação com o qualquer outra disposição de direito comunitário, para, em execução da injunção, cominarem a aplicação de multas que o juiz considere equitativas à entidade adjudicante ou a aplicação de multas e de penas de prisão aos membros dos órgãos directivos das entidades adjudicantes ou aplicarem estas sanções, quando a entidade adjudicante ou os membros dos seus órgãos directivos não cumpram as injunções das instâncias de recurso?»

38. No despacho de reenvio, o Bundesvergabeamt esclareceu em pormenor as questões prejudiciais aqui reproduzidas. Os elementos essenciais podem resumir-se da forma que se segue.

39. Relativamente à questão 1, o Bundesvergabeamt observa nomeadamente que, nos termos do § 113, n.º 2, ponto 2, da BVergG, as suas decisões não comportam qualquer obrigação para a entidade adjudicante susceptível de ser executada a pedido do recorrente que obtenha ganho de causa. Neste aspecto, as competências do Bundesvergabeamt diferem das competências atribuídas a instâncias nacionais análogas no domínio, por exemplo, do direito comercial, do direito da construção e do direito das águas. Estas últimas podem proferir decisões susceptíveis de execução coerciva directa. Isto implica que a posição jurídica dos interessados é bastante mais fraca no direito relativo aos concursos públicos do que noutras áreas do direito. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se este efeito que decorre da legislação nacional é compatível com as exigências do direito comunitário, tal como estão consagradas, designadamente, no artigo 2.º, n.º 7, da Directiva 89/665.

40. Na questão 2, o Bundesvergabeamt sublinha que, na sua decisão de 20 de Abril de 2001, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, partiu do pressuposto de que qualquer proponente tem direito a fazer referência à capacidade dos seus subcontratantes para provar a sua própria capacidade, desde que esteja em condições de demonstrar que pode efectivamente dispor dos meios destes. Assim, o Bundesvergabeamt considera que é legítimo partir do princípio de que uma cláusula do concurso que exclua, à partida, na maioria dos casos, a subcontratação é contrária ao direito comunitário e que, por conseguinte, um concurso que contenha semelhante cláusula não pode prosseguir, devendo ser anulado.

É certo que o direito comunitário em matéria de concursos públicos não contém normas que fixem expressamente até que ponto adjudicações ilegais acarretam a invalidade dos contratos celebrados com base nas mesmas. Por conseguinte, a questão relativa à validade do contrato pode entender-se como uma questão do direito interno.

Contudo, semelhante resultado não seria satisfatório à luz do princípio do efeito útil do direito comunitário. Com efeito, uma entidade adjudicante que não cumpra as normas de direito comunitário nem acate decisões da instância de recurso pode inviabilizar a realização dos objectivos do direito comunitário, sem ter de recear a menor sanção quando, como no caso em apreço, a ordem jurídica interna não possa garantir a execução coerciva das decisões da instância de recurso.

Neste contexto, o Bundesvergabeamt considera importante apurar se o contrato celebrado com base num processo de concurso onde foram violadas disposições de direito comunitário deve ser considerado ilegal ou contrário aos bons costumes e, portanto, inválido à luz do direito civil.

41. Nas duas primeiras questões, o Bundesvergabeamt observa ainda que, mesmo que o contrato celebrado tivesse de ser considerado inválido, continuaria a ser competente para anular decisões da entidade adjudicante [e, em todo o caso, para tomar outras medidas, se o Tribunal de Justiça desse uma resposta afirmativa às questões 4 a) e 4 b)], pois a invalidade da celebração do contrato implica que também a adjudicação seja inválida. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio é, por conseguinte, necessário interpretar o direito comunitário de modo a apurar qual a competência do órgão jurisdicional nacional na determinação da validade da adjudicação e do contrato celebrado com base na mesma.

42. Na questão 3, o Bundesvergabeamt afirma que, ao celebrar o contrato, a Hauptverband, na qualidade de entidade adjudicante, não só violou as normas materiais de direito comunitário relativas à adjudicação de empreitadas públicas, como afastou intencionalmente a decisão da instância nacional de recurso na acepção do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665. Esta conduta deve considerar-se contrária aos bons costumes, com as consequências que daí advêm para a validade do contrato.

43. Nas questões 4 a) e 4 b), o Bundesvergabeamt esclarece que as disposições nacionais não garantem uma execução eficaz das decisões das instâncias de recurso, pois o direito interno não prevê a execução coerciva da anulação de uma decisão da entidade adjudicante. Embora o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665 deixe aos Estados-Membros uma ampla faculdade de escolha das competências que atribuem às instâncias de recurso, o órgão jurisdicional de reenvio entende que, quando isso ponha em causa o efeito útil das disposições comunitárias em matéria de contratação pública, deve considerar-se a possibilidade de uma aplicação directa das competências previstas na directiva relativamente à instância de recurso. Neste contexto, o Bundesvergabeamt questiona-se sobre se os meios coercivos de natureza administrativa previstos no direito interno são suficientes para impor um razoável cumprimento do direito comunitário.

IV — Tramitação no Tribunal de Justiça

44. No despacho de reenvio, o Bundesvergabeamt requereu ao Tribunal de Justiça

que examinasse as questões prejudiciais por ele apresentadas em tramitação acelerada, nos termos do artigo 104.°-A do Regulamento de Processo. Uma tramitação acelerada pode evitar que a entidade adjudicante iluda a aplicação do direito comunitário, tal como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça, através de factos consumados. Se as questões colocadas receberem resposta afirmativa, uma decisão rápida pode evitar graves prejuízos, pois no momento em que o despacho de reenvio foi proferido o contrato entre a Hauptverband e a EDS/ /ORGA ainda não se encontrava em fase de execução.

45. Por despacho de 13 de Setembro de 2001, o presidente do Tribunal de Justiça indeferiu este requerimento, com o fundamento de que os factos apurados pelo órgão jurisdicional de reenvio não denotavam especial urgência na resposta às questões.

46. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça a 9 de Agosto de 2001. A ARGE Telekom, a Hauptverband, a EDS/ORGA, o Governo austríaco e a Comissão apresentaram observações escritas, nos termos do artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça. Na audiência de 18 de Setembro de 2003, a Hauptverband, o Governo austríaco e a Comissão esclareceram as suas posições.

V — Apreciação

A — *Observações prévias*

47. Os antecedentes do despacho de reenvio, tratados em pormenor nos n.^{os} 19 a 37 das presentes conclusões, bem como os esclarecimentos prestados pelo órgão jurisdicional de reenvio sobre as suas questões prejudiciais, sugerem algumas observações prévias.

48. A partir do momento em que a Hauptverband, enquanto entidade adjudicante, comunicou aos restantes candidatos ao concurso, nos termos do § 53 da BVergG, que tencionava adjudicar o contrato à EDS/ARGO, três agrupamentos interpuseram recurso no Bundesvergabeamt:

1. Numa primeira série de recursos, as recorrentes no processo principal pediram a anulação da decisão da Hauptverband de adjudicar o contrato à EDS/ARGO e a anulação do concurso. Não tiveram êxito, já que os seus

pedidos foram declarados inadmissíveis, por decisão de 19 de Março de 2001.

2. Numa segunda série de recursos, os candidatos afastados pediram ao Bundesvergabeamt, designadamente, que anulasse a decisão — tácita — da Hauptverband, enquanto entidade adjudicante, de não anular o concurso. Foram obrigados a seguir esta via por já não ser possível, conforme a Hauptverband e o Governo austríaco sublinharam nas suas observações escritas e alegações orais, impugnar uma segunda vez a própria decisão de adjudicação no Bundesvergabeamt. Os candidatos foram bem sucedidos com este segundo pedido. Graças à medida provisória de 5 de Abril de 2001, a Hauptverband foi proibida de proceder à adjudicação até 20 de Abril de 2001. Em seguida, por decisão de 20 de Abril de 2001, o Bundesvergabeamt anulou a decisão tácita que recusava a anulação do concurso. Contudo, esta decisão não impediu que o contrato entre a entidade adjudicante e a EDS/ORGA viesse a ser celebrado alguns dias mais tarde.

3. Seguiu-se uma terceira série de recursos, em que os candidatos não escolhidos reclamaram, essencialmente, a anulação das decisões que a Hauptverband adoptou após ter seleccionado a EDS/ORGA como «melhor proponente», ou seja, em inobservância da decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001, donde resultava a necessidade de anular o concurso. Foi no quadro desta terceira séria de recursos que o Bundesvergabeamt colocou as questões prejudiciais em apreço. Do despacho de reenvio depreende-se que as recorrentes no presente processo baseiam os seus pedidos em duas afirmações:

— a decisão de adjudicação de 18 de Dezembro de 2000 é inválida *ab initio*, por não ter sido ainda concedida a necessária autorização do denominado comité dos cartões munidos de *chip*;

— todas as decisões que levaram à conclusão do contrato entre a Hauptverband e a EDS/ORGA são nulas, por terem sido adoptadas no quadro de um processo de concurso inválido.

49. É pacífico que entre a Hauptverband e a EDS/ARGO foi celebrado um contrato que encerrou a segunda fase do processo de concurso. Segundo o direito austríaco, só os tribunais cíveis têm competência para exa-

minar a validade deste contrato e decidir sobre uma eventual indemnização.

50. Do teor das questões colocadas, em conjugação com os extensos esclarecimentos prestados, depreende-se que o Bundesvergabeamt tem dúvidas sobre se as competências que lhe são atribuídas são suficientes para assegurar uma aplicação eficaz da Directiva 89/665, já que um processo de concurso, a seu ver contrário ao direito comunitário, acabou por culminar na adjudicação e celebração de um contrato importante.

51. Na medida em que estes antecedentes das questões levaram o órgão jurisdicional de reenvio a pôr em causa, nas suas questões, umas vezes implícita outras vezes explicitamente, a própria compatibilidade do sistema legislativo do direito austríaco em matéria de empreitadas com a Directiva 89/665, o referido órgão jurisdicional extravasou o âmbito dos pedidos de decisão prejudicial fixado pelo artigo 234.° CE, que restringe a cooperação entre os órgãos jurisdicionais e o Tribunal de Justiça a uma interpretação do direito comunitário orientada para a resolução do litígio no processo principal.

52. Por conseguinte, há que apurar se a resposta do Tribunal de Justiça às questões prejudiciais que lhe são colocadas pode ser útil para a resolução do litígio no processo principal.

53. Também por este motivo, cumpre examinar, em primeiro lugar, a admissibilidade das referidas questões.

B — *Admissibilidade*

54. Nas suas observações escritas e alegações orais, a Hauptverband, o Governo austríaco e a Comissão sustentaram, ainda que por motivos completamente diferentes, a inadmissibilidade das questões prejudiciais.

55. A Comissão exprime dúvidas quanto ao carácter jurisdicional do órgão de reenvio, pelo facto de o próprio ter reconhecido, no despacho de reenvio, que a sua decisão não comporta «qualquer obrigação para a entidade adjudicante susceptível de ser executada». Nestas condições, a Comissão interroga-se sobre a admissibilidade das questões apresentadas pelo Bundesvergabeamt face à jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente os acórdãos Victoria Film [6] e Salzmann [7], segundo os quais os órgãos jurisdicionais nacionais só têm a faculdade de reenvio prevista pelo artigo 234.° CE se neles se encontrar pendente um litígio e forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão com as características de uma decisão jurisdicional.

6 — Acórdão de 12 de Novembro de 1998 (C-134/97, Colect., p. I-7023, n.° 14).

7 — Acórdão de 14 de Junho de 2001 (C-178/99, Colect., p. I-4421, n.° 14).

56. O Governo austríaco entende que as questão são inadmissíveis por terem sido formuladas de modo ininteligível para quem não conheça o direito formal e material austríaco em matéria de concursos públicos. Na sua opinião, deve poder exigir-se ao órgão jurisdicional de reenvio que formule as questões prejudiciais que têm por objecto aspectos complexos e fundamentais da economia do sistema jurídico nacional de modo a torná-las claras e perceptíveis também para aqueles que não estão familiarizados com o referido ordenamento jurídico nacional.

57. A Hauptverband estima que as questões colocadas são inadmissíveis por o despacho de reenvio conter uma descrição incompleta dos factos do processo principal. No caso em apreço, o despacho diz respeito não a um, mas a três processos principais diferentes. Além disso, o Bundesvergabeamt não fez referência, no seu despacho de reenvio, aos processos pendentes no Verfassungsgerichtshof e no Handelsgericht Wien.

58. Acresce que o Bundesvergabeamt não tem competência para formular questões prejudiciais, uma vez que, a partir do momento em que proferiu a sua decisão de 19 de Março de 2001, a decisão de adjudicação deixou de poder ser aí impugnada. Assim, o Bundesvergabeamt já não tem competência para apreciar a validade desta decisão, nem das decisões que a Hauptverband tomou em seguida. Por último, o Bundesvergabeamt não tem qualquer competência para apreciar a validade ou invalidade de um contrato de direito civil celebrado no termo de um processo de concurso.

59. Por último, o Governo austríaco e a Hauptverband chamaram a atenção, na audiência, para as consequências do acórdão do Verfassungsgerichtshof de 2 de Março de 2003 a nível da admissibilidade do pedido de decisão prejudicial. Este acórdão revoga a decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001. O Verfassungsgerichtshof considera que é logicamente impossível anular uma decisão quando esta impõe que nada se faça. Por conseguinte, o pedido apresentado nesse sentido pelo consórcio de proponentes que foi afastado da adjudicação devia ter sido declarado inadmissível. O Bundesvergabeamt, ao apreciar o mérito da causa, com base num pedido de declaração de inadmissibilidade, arrogou-se uma competência que não lhe havia sido atribuída. O direito da Hauptverband a um processo perante um órgão jurisdicional legal foi assim violado.

60. O Governo austríaco e a Hauptverband sustentam que este acórdão do Verfassungsgerichtshof faz com que as questões colocadas ao Tribunal de Justiça percam a sua relevância para o litígio no processo principal, pelo menos parcialmente, na medida em que digam implícita ou explicitamente respeito à decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001, tornando-se assim hipotéticas. À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, estas

questões são, pois, inadmissíveis. Isto é válido, pelo menos, em relação à questão 1 e, possivelmente, também em relação às questões 3, 4 a) e 4 b).

61. Quanto ao primeiro argumento aduzido pela Comissão contra a admissibilidade das questões, a resposta pode ser breve. Muito recentemente, no acórdão GAT [8], o Tribunal de Justiça declarou expressamente que as decisões do Bundesvergabeamt possuem uma natureza jurisdicional e que o Tribunal de Justiça é, por isso, competente para responder às questões colocadas por esta instância. A este propósito, o Tribunal de Justiça referiu que resulta do § 125, n.º 2, da BVergG que uma declaração do Bundesvergabeamt nos termos do § 113, n.º 3, da BVergG não só constitui uma condição de admissibilidade de qualquer pedido de indemnização apresentado nos tribunais cíveis com fundamento na violação culposa da referida disposição, como vincula quer as partes do processo no Bundesvergabeamt quer o tribunal cível chamado a decidir. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões colocadas pelo Bundesvergabeamt.

62. Na minha opinião, a segunda objecção à admissibilidade, levantada pelo Governo austríaco, tão-pouco pode ser acolhida. Do extenso despacho de reenvio e dos esclarecimentos aí contidos consegue perceber-se o que a instância de reenvio pretende saber com as questões que coloca, ainda que *prima facie* a formulação das mesmas nem sempre seja clara. Além disso, com esta objecção, que diz sobretudo respeito ao direito nacional, o Governo austríaco parece ignorar que o processo previsto no artigo 234.º CE não tem por objecto a interpretação e a validade do direito nacional, mas sim do direito comunitário, mais concretamente, neste caso, a interpretação de algumas disposições das Directivas 89/665 e 92/50 [9].

63. A terceira objecção, suscitada pela Hauptverband, contra a admissibilidade das questões colocadas parece mais convincente, em parte à luz do que foi dito anteriormente, nos n.os 48 a 53. É certo que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se o despacho de reenvio está em conformidade com o direito formal e material nacional [10] e é a ele que incumbe o apuramento [11] e a apreciação [12] dos factos relevantes, mas esta competência não é ilimitada. Se do

8 — Acórdão de 19 de Junho de 2003 (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.os 25 a 29).

9 — V., entre outros, acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Inzirillo (63/76, Recueil, p. 2057, n.º 6, Colect., p. 839).

10 — V., entre outros, acórdãos de 16 de Março de 1978, Oehlslager (104/77, Recueil, p. 2293, n.º 4, Colect., p. 791), e de 28 de Janeiro de 1999, Wilkens (C-181/96, Colect., p. I-399, n.º 33).

11 — V., entre outros, acórdãos de 5 de Outubro de 1999, Lirussi e Bizzarro (C-175/98 e C-177/98, Colect., p. I-6881, n.os 37 e 38), de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 18), e de 30 de Setembro de 2003, Inspire Art (C-167/01, Colect., p. I-10155, n.º 43).

12 — V., entre outros, acórdãos de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 14), e Canal Satélite Digital (referido na nota 11, n.º 43).

despacho de reenvio, dos autos e das observações escritas e alegações resultar que a resposta às questões colocadas é manifestamente irrelevante para a resolução do litígio no processo principal, possuindo assim uma natureza hipotética, ainda segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça [13], estas questões não devem ser apreciadas.

64. Assim, à luz do exposto, é necessário apurar se as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio são relevantes para a resolução do litígio no processo principal.

65. Conforme já foi observado, nos n.os 48 a 51 das presentes conclusões, a Hauptverband celebrou um contrato com a EDS/ /ORGA, não dando seguimento à decisão do Bundesvergabeamt que anulava a decisão — tácita — da Hauptverband de não anular o concurso. No processo principal, as recorrentes alegam agora que todas as decisões da Hauptverband que, em última análise, conduziram à celebração do contrato são nulas, por terem sido adoptadas no âmbito de um processo de concurso inválido.

66. Sabendo-se agora que, nos termos do direito austríaco, a apreciação da validade do contrato celebrado a 23 de Abril de 2002 entre a Hauptverband e a EDS/ /ORGA é da competência dos tribunais cíveis e não do Bundesvergabeamt, a resposta às questões colocadas não pode, em princípio, contribuir para a resolução do litígio no processo principal.

67. Segundo a legislação austríaca, o tribunal cível é a instância competente para apreciar os contratos concluídos após a adjudicação de uma empreitada. Por força desta legislação, em conformidade com o disposto no artigo 2.°, n.° 6, da Directiva 89/665, os poderes do referido órgão jurisdicional são limitados à concessão de uma indemnização a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação de uma disposição do concurso.

68. Uma vez que parece estar assente que, na situação subjacente ao processo principal, a decisão de adjudicação da entidade adjudicante não foi anulada pelo Bundesvergabeamt e que, em execução da mesma, foram celebrados um ou mais contratos em consequência da adjudicação da empreitada, deve concluir-se que só os tribunais cíveis são competentes para apreciar os contratos resultantes do concurso em apreço.

69. À luz do exposto, deve entender-se que as questões colocadas pelo Bundesvergabeamt, que essencialmente se traduzem em saber se as competências que lhe são

13 — V., entre outros, acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, Foglia/Novello (244/80, Recueil, p. 3045, n.° 21), de 21 de Março de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Colect., p. I-3193, n.° 26), e Inspire Art (referido na nota 11, n.° 47).

atribuídas pela BVergG respeitam os critérios mínimos fixados pelo artigo 2.°, n.° 7, da Directiva 89/665, são puramente hipotéticas.

70. A natureza hipotética das questões está, de resto, igualmente patente no respectivo conteúdo. Conforme já foi observado no n.° 51, vistas no seu conjunto, as questões prejudiciais encerram um convite ao Tribunal de Justiça para que faça uma fiscalização global do sistema de protecção jurídica integrado no regime nacional das empreitadas à luz do direito comunitário aplicável, com uma referência muito longínqua à controvérsia jurídica efectivamente em causa no processo principal. Deste modo, o órgão jurisdicional de reenvio não se dá conta de que o processo do artigo 234.° CE confere ao Tribunal de Justiça a tarefa de contribuir para a administração da justiça nos Estados-Membros e não a de formular pareceres jurídicos sobre questões gerais ou hipotéticas [14].

71. O último elemento a ter em conta na apreciação da admissibilidade das questões colocadas diz respeito às consequências da decisão do Verfassungsgerichtshof de 2 de Março de 2002.

72. Segundo o despacho de reenvio, o Bundesvergabeamt colocou as questões prejudiciais, sobretudo, porque a sua decisão de 20 de Abril de 2001, que anulava a decisão — tácita — da entidade adjudicante de não anular o concurso, não era susceptível de execução à luz do direito austríaco. Isto está bem patente na letra das questões 1, 3, 4 a) e 4 b). Uma vez que o Verfassungsgerichtshof veio a revogar a decisão de 20 de Abril de 2001, precisamente por o Bundesvergabeamt não ter competência para adoptar semelhante decisão, as questões directamente relacionadas com esta decisão ficaram sem base. Assim, ainda que se prescinda dos argumentos anteriormente referidos que apontam no mesmo sentido, as questões tornaram-se puramente hipotéticas.

73. Embora a questão 2 não vise directamente a decisão de 20 de Abril de 2001, entendo que também ela é influenciada por aquela decisão do Verfassungsgerichtshof. Com efeito, a fundamentação da decisão — revogada — de 20 de Abril de 2001 assentava, essencialmente, no pressuposto de que o concurso público era inválido, por integrar uma cláusula contrária ao direito comunitário, conforme o Tribunal de Justiça decidira no processo Holst Italia [15].

14 — Acórdão Inspire Art (já referido na nota 11, n.° 45).

15 — Já referido na nota 4.

Este pressuposto é fulcral na questão 2. Independentemente de se justificar ou não, o Tribunal de Justiça não tem de se pronunciar sobre ele, uma vez que faz parte de uma decisão do Bundesvergabeamt que perdeu qualquer relevância para o processo principal.

74. Com base no exposto, concluo que as questões que o Bundesvergabeamt submete ao Tribunal de Justiça no presente processo não são relevantes para a resolução do litígio no processo principal e, consequentemente, devem ser declaradas puramente hipotéticas e inadmissíveis.

C — *Quanto ao mérito*

75. A título meramente subsidiário, para a eventualidade de o Tribunal de Justiça não subscrever a minha conclusão de que todas as questões apresentadas são inadmissíveis, declarando inadmissíveis apenas as questões directamente afectadas pela decisão do Verfassungsgerichtshof de 2 de Março de 2002, a saber, as questões 1, 3, 4 a) e 4 b), examinarei ainda a questão 2.

76. A este propósito, a Comissão observou, a meu ver justificadamente, que é incorrecta a premissa sobre a qual esta questão repousa, a saber, que resulta do acórdão do Tribunal de Justiça Holst Italia [16] que a condição imposta à autorização da subcontratação pelo ponto 1.8 das cláusulas do concurso de 15 de Março de 2000 é contrária ao direito comunitário.

77. Com efeito, a Directiva 92/50, aplicável ao concurso em apreço, não comporta qualquer disposição que permita concluir que não é permitido proibir a subcontratação enquanto tal. Resulta do artigo 25.° da referida directiva que a entidade adjudicante pode pedir ao proponente que indique, na sua proposta, quais as prestações que eventualmente tenciona subcontratar a terceiros. Por outro lado, o artigo 32.°, n.° 2, alínea h), da directiva prevê que a prova da capacidade técnica do prestador de serviços pode ser fornecida, de acordo com a natureza, quantidade e finalidade dos serviços a prestar, designadamente, pela indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tenciona subcontratar.

78. Conforme a Comissão, o Governo austríaco e a Hauptverband observaram, e bem, o juízo sobre a admissibilidade de uma proibição de subcontratação implica que se faça uma distinção entre semelhante proibição na apreciação da idoneidade dos

16 — Já referido na nota 4.

proponentes e uma proibição na execução do contrato previamente adjudicado.

79. A decisão do Tribunal de Justiça no processo Holst Italia [17], invocada pelo Bundesvergabeamt, dizia respeito à fase do concurso de apreciação e selecção.

No n.º 26, deste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, a este propósito: «[r]esulta, tanto do objecto como da letra destas disposições, que uma pessoa não pode ser afastada de um processo de adjudicação de um contrato público de serviços pelo único motivo de entender utilizar, para executar o contrato, meios que não detém a título próprio por pertencerem a uma ou várias entidades dela distintas».

No n.º 31, o Tribunal de Justiça conclui a sua fundamentação da seguinte forma: «[...] a Directiva 92/50 deve ser interpretada no sentido de que permite a um prestador, para provar que satisfaz as condições económicas, financeiras e técnicas de participação num concurso destinado a celebrar um contrato público de serviços, invocar as capacidades de outras entidades, qualquer que seja a natureza jurídica das relações que com elas mantém, na condição de poder provar que tem efectivamente à sua disposição os meios dessas entidades necessários para a execução do contrato [...]».

80. Interpreto esta decisão do seguinte modo: os potenciais candidatos a uma empreitada não podem ser excluídos por não terem, eles próprios, à sua disposição todas as capacidades necessárias à execução do contrato. Semelhante proibição, sobretudo nos contratos maiores e tecnicamente mais complexos, poderia levar a que o círculo de candidatos ficasse, de antemão, fortemente reduzido. O âmbito de aplicação da Directiva 92/50 seria assim posto em causa. Contudo, para ter a certeza de que o contrato adjudicado será adequadamente executado, a entidade adjudicante pode exigir ao proponente que, se vier a recorrer à capacidade de outras entidades, garanta a disponibilização dos meios dessas entidades.

81. Porém, da redacção do ponto 1.8 das cláusulas do contrato, reproduzido no n.º 20 das presentes conclusões, resulta que esta condição diz respeito não à fase do concurso de apreciação e selecção mas à fase em que é celebrado o contrato de execução da empreitada.

82. A proibição ou a limitação de subcontratar nesta fase, através da qual a entidade adjudicante pretende evitar que a execução de partes essenciais do contrato seja confi-

17 — Já referido na nota 4.

ada a entidades cujas capacidades e qualidades não pôde fiscalizar ao longo do concurso, não é contrária à Directiva 92/50. O artigo 25.° desta directiva, segundo a sua própria letra, é expressamente aplicável à fase do concurso de apreciação e selecção. Esta disposição visa garantir à entidade adjudicante a percepção das capacidades das entidades envolvidas, necessária a uma correcta avaliação das propostas apresentadas. Não pode ser utilizada como argumento a favor de uma proibição de subcontratar na fase em que, após a adjudicação, o contrato de execução é celebrado com o proponente seleccionado.

83. Resulta do exposto que a premissa em que assenta a decisão do Bundesvergabeamt de 20 de Abril de 2001, a saber, que o ponto 1.8 das cláusulas do contrato é contrário ao direito comunitário, pelo que todo o processo de concurso tem de ser anulado, é, em si mesma, incorrecta.

84. Embora a instância de reenvio não tenha solicitado, nas suas questões, uma fiscalização da interpretação que fez da decisão do Tribunal de Justiça no processo Holst Italia [18], entendo que dificilmente o Tribunal de Justiça poderá deixar de refutar uma interpretação manifestamente errada da sua jurisprudência, sobretudo quando esta está na base da decisão do órgão jurisdicional de reenvio a que as suas questões prejudiciais se referem e pode, por isso, torná-las hipotéticas.

85. De resto, independentemente da premissa de fundo que está na base da decisão de 20 de Abril de 2001, a validade e a eventual anulação dos contratos já celebrados devem ser apreciadas à luz do direito interno aplicável — partindo do princípio de que foi realizado um concurso que comportava uma cláusula contrária ao direito comunitário ou que o mesmo foi prosseguido ao arrepio de uma decisão sobre essa contradição proferida por uma instância de recurso, na acepção do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665.

86. Esta posição encontra apoio, designadamente, no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Alcatel [19] e nas conclusões apresentadas pelo advogado-geral S. Alber no processo Comissão/Áustria [20].

18 — Já referido na nota 4.

19 — Acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671, n.° 49).

20 — Conclusões apresentadas em 19 de Janeiro de 1999 no processo que veio a culminar no acórdão de 28 de Outubro de 1999 (C-328/96, Colect., p. I-7479, n.° 48).

VI — Conclusão

87. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

— Declare inadmissíveis as questões prejudiciais submetidas ao Tribunal de Justiça pelo Bundesvergabeamt no despacho de reenvio de 11 de Julho de 2001.

— A título subsidiário, declare inadmissíveis as questões 1, 3, 4 a) e 4 b) e responda à questão 2 do seguinte modo:

«Quando se tenha realizado um concurso que comportava uma cláusula contrária ao direito comunitário ou quando a adjudicação do contrato tenha prosseguido ao arrepio de uma decisão sobre essa contradição proferida por uma instância de recurso, na acepção do artigo 2.°, n.° 8, 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 fornecimentos, a validade e a eventual anulação dos contratos já celebrados devem ser apreciadas à luz do direito interno aplicável.»