CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 19 de Março de 1998 *

A — Introdução

1. No presente processo por incumprimento, trata-se da interpretação das Directivas 89/440/CEE e 93/37/CEE [1] relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, no que respeita à construção de um edifício para o Vlaamse Raad. A empreitada de obras para o edifício do parlamento regional foi predominantemente adjudicada pela via do processo por negociação e o lote 4 através de um concurso limitado. A Comissão vê nisso uma violação das obrigações de publicação de anúncio e de processo de adjudicação decorrentes das directivas.

2. O Governo belga é, pelo contrário, de opinião que o parlamento regional, como órgão legislativo, poderia não estar vinculado às decisões do ministro competente, segundo a ordem jurídica do Estado-Membro, para a adjudicação de contratos de direito público. Por isso, O Vlaamse Raad poderia com legitimidade ter omitido a observância das disposições de direito comunitário em matéria de publicidade para a atribuição de empreitadas de obras públicas.

3. A Comissão pede que o Tribunal se digne:

— declarar que ao não ter feito publicar anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, tanto para o projecto global como para cada um dos lotes relativos à construção do edifício do Vlaamse Raad, e ao não ter aplicado os processos de adjudicação, tal como previstos pelas Directivas 89/440 e 93/37 e, mais especialmente, ao ter adjudicado o lote 4 por negociação sem justificação, o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessas directivas e, mais precisamente, dos artigos 7.° e 11.° da Directiva 93/37;

— condenar o demandado nas despesas.

* Língua original: alemão.

1 — V. 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; EE 17 F1 p. 9), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE (JO L 210, p. 1), recentemente codificada pela Directiva 93/37/CEE 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) (a seguir «directiva»).

4. O Governo belga contesta sem formular qualquer pedido concreto.

5. Voltarei a falar das alegações das partes no quadro da tomada de posição.

B — Tomada de posição

6. A *Comissão* defende o ponto de vista de que o Vlaamse Raad é, sem dúvida, uma «entidade adjudicante» na acepção da directiva. A directiva deve por isso ser aplicável ao projecto de construção indicado. Com a adjudicação da empreitada por negociação, o Vlaamse Raad violou a directiva.

7. O *Governo belga* contesta a diferentes níveis. Neste caso existe uma concordância real dos diferentes fundamentos de defesa quanto ao argumento que consiste na independência da entidade adjudicante devido à sua natureza de órgão legislativo.

Ao processo de adjudicação, que teve lugar por volta do fim do ano de 1996, princípio de 1997, deve ser aplicável a lei de 14 de Julho de 1976 [2]. Esta lei parte do princípio de que apenas o poder executivo está vinculado às disposições relativas à adjudicação. Na verdade, em 24 de Dezembro de 1993 [3], foi adoptada uma nova lei cuja entrada em vigor foi todavia adiada por não terem sido adoptados os necessários regulamentos de execução [4]. Neste contexto, foi discutida, a nível nacional e em contacto com a Comissão, a problemática da posição jurídico-constitucional particular dos órgãos legislativos, significativa no presente litígio, sem que se tivesse podido chegar a uma solução do problema, satisfatória para todas as partes. O Governo belga é de opinião que a Comissão não prestou então o apoio necessário, pelo que a propositura da presente acção é descabida. O momento do processo contra o Governo belga também foi particularmente desfavorável, uma vez que os factos se enquadram no contexto temporal da atribuição de autonomia constitucional às regiões, uma fase de mudança radical acompanhada de incertezas jurídicas.

Em todo o caso, deve conceder-se ao Vlaamse Raad — ou seja, ao parlamento flamengo, como entretanto se passou a chamar

2 — Lei relativa aos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimentos e de serviços.

3 — Lei relativa aos contratos de direito público e a certos contratos de empreitada, de fornecimentos e de serviços (*Moniteur belge*, 22 de Janeiro de 1994, p. 1308).

4 — *Arrêté d'exécution.*

— que este é um órgão do poder legislativo que é independente de acordo com a concepção da democracia dominante nos Estados-Membros e subjacente ao Tratado de Maastricht. A directiva permite reconhecer, por seu lado, a existência de domínios em que não tem qualquer aplicação, como demonstra o seu artigo 4.°

8. A Comissão objecta a isto que problemas internos da ordem jurídica dos Estados-Membros não são susceptíveis de os desvincular da obrigação de respeitar o direito comunitário. De resto, um parlamento também é obrigado a respeitar o direito comunitário.

9. No artigo 7.° da Directiva 93/37 são estabelecidas as condições para a realização de um «concurso público» [5], de um «concurso limitado» [6] ou ainda de um «processo por negociação» [7]. Assim, no artigo 7.°, n.° 2, são definidas as condições para um processo por negociação com publicação de um anúncio de concurso e, no artigo 7.°, n.° 3, para um processo por negociação sem publicação de anúncio. No artigo 7.°, n.° 4, lê-se o seguinte: «Nos restantes casos, as entidades adjudicantes adjudicarão as suas empreitadas recorrendo a um concurso público ou a um concurso limitado.»

10. Uma vez que o projecto de construção em questão não preenche qualquer dos elementos da previsão que justifica o processo por negociação sem publicação prévia, deviam ser observadas as disposições relativas ao anúncio em conformidade com o disposto no artigo 11.° da directiva, na medida em que o Vlaamse Raad deve considerar-se uma *entidade adjudicante* na acepção da directiva. A directiva define, no artigo 1.°, como entidades adjudicantes, «o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público...».

11. Segundo a concepção clássica do direito público, o Estado é composto pelos três poderes, legislativo, executivo e judicial. Num plano abstracto, os órgãos dos três poderes estão vinculados pelo direito comunitário. Tal foi reconhecido, com carácter geral, pelo Tribunal de Justiça no processo Von Colson e Kamann, em que se lê: «Deve contudo esclarecer-se que a obrigação dos Estados-Membros, decorrente de uma directiva, de atingir o resultado previsto por esta, bem como o seu dever, decorrente do artigo 5.° do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas para assegurar o cumprimento dessa obrigação, impõe-se a *todas as autoridades* dos Estados-Membros, *incluindo*, no quadro das suas competências, *as autoridades jurisdicionais*» [8]. O efeito vinculativo de uma directiva para os tribunais foi assim positivamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça.

5 — V. artigo 1.°, alínea c), da directiva.
6 — V. artigo 1.°, alínea f), da directiva.
7 — V. artigo 1.°, alínea g), da directiva.

8 — V. acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.° 26).

12. A questão da vinculação da administração pelas disposições de direito comunitário relativas aos contratos de direito público foi objecto do processo Fratelli Costanzo [9]. Aí o Tribunal de Justiça declarou que as obrigações que resultam das disposições de uma directiva, «se impõem a todas as autoridades dos Estados-Membros» [10]. O Tribunal de Justiça continua dizendo que, em todos os casos descritos mais de perto, em que os particulares podem invocar as disposições de uma directiva, «todos os órgãos da administração, incluindo as entidades descentralizadas, tais como as comunas, têm o dever de aplicar aquelas disposições» [11]. A vinculação das autoridades estatais deve, neste contexto, também ser reconhecida positivamente.

13. A questão pode, portanto, ser apenas a de saber se o poder legislativo está vinculado às directivas comunitárias. Esta questão é, em princípio, de responder afirmativamente, pois a ordem de legislar contida numa directiva dirige-se sempre directamente a um órgão legislativo. Na área dos contratos de direito público, para além deste ponto de vista abstracto, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo Beentjes [12], a «noção de Estado... deve ter uma interpretação funcional» [13]. Na jurisprudência sobre os contratos de direito público surgida até agora, a questão de saber se uma entidade adjudicante de empreitadas de obras é uma entidade adjudicante na acepção da directiva foi posta sempre de forma diferente da que é posta no presente processo. Trata-se principalmente de casos de autoridades e organismos subordinados que não observaram as disposições de adjudicação [14].

14. Em contrapartida, um parlamento, enquanto detentor do poder público, faz seguramente parte do Estado em sentido funcional. Isto vale naturalmente também, numa estrutura federal, para os parlamentos dos estados federados.

15. A particularidade, no presente caso, reside em que não foi precisamente nas suas primitivas tarefas como legislador que o Vlaamse Raad se confrontou com a Directiva 93/37, mas no quadro da sua actividade administrativa, na forma de acção fiscal. Esta circunstância não é porém susceptível de desvincular este órgão das disposições processuais de direito comunitário sobre a transparência e a publicidade no domínio dos contratos de direito público. Deve antes, por maioria de razão, partir-se do princípio de uma vinculação à directiva quando o órgão legislativo não pode invocar a sua independência originária face à administração — uma vez que não actuou como órgão legislativo.

9 — Acórdão de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839).

10 — V. acórdão Fratelli Costanzo (já referido na nota 9, n.° 30).

11 — V. acórdão Fratelli Costanzo (já referido na nota 9, n.° 31).

12 — Acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635).

13 — V. acórdão Beentjes (já referido na nota 12, n.° 11).

14 — V. os acórdãos Beentjes (já referido na nota 12, n.os 8 e 12); — Comissão local de emparcelamento —; Fratelli Costanzo (já referido na nota 9, n.os 30 e segs — Comuna de Milão —; e de 8 de Março de 1992, Comissão/Espanha (24/91, Colect., p. I-1989) — Universidade Complutense de Madrid. V. também as conclusões do advogado-geral C. O. Lenz nesse processo (Colect., p. I-1995, n.os 9 e segs.).

16. O representante do Governo belga, na audiência, admitiu também que o Vlaamse Raad, na adjudicação da empreitada, não actuou propriamente na sua função de legislador. A liberdade reivindicada baseava-se na particularidade da sua situação jurídico-constitucional. Assim o Governo belga, para justificar o procedimento incriminado, remete para a situação jurídica interna. A lei de 14 de Julho de 1976 apenas vinculou expressamente o executivo às disposições sobre adjudicação.

17. Como a Comissão alega com razão, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, um Estado-Membro não pode invocar a ordem jurídica interna ou uma interpretação da mesma para justificar um comportamento contrário ao disposto no direito comunitário [15]. Na altura própria, foram realmente suscitadas dúvidas quanto à compatibilidade da situação jurídica belga com o direito comunitário. O próprio Governo belga alega que foram corrigidas deficiências da lei de 14 de Julho de 1976 através da lei de 24 de Dezembro de 1993. Houve ainda desacordo em relação ao papel dos órgãos legislativos. Neste contexto, a Comissão não prestou o apoio necessário.

18. É lamentável que a Comissão não tenha dado o apoio esperado pelo Governo belga no processo legislativo. Contudo, pelo menos a partir do início do processo por incumprimento, já não podia existir qualquer dúvida quanto à atitude da Comissão. A notificação de incumprimento que desencadeou o processo data de 28 de Julho de 1994 e o Governo belga respondeu à mesma em 31 de Agosto do mesmo ano. Mais de um ano depois, em 16 de Novembro de 1995, a Comissão dirigiu o parecer fundamentado ao Governo demandado, que lhe respondeu por carta de 15 de Dezembro de 1995. Finalmente, a Comissão propôs a acção em 2 de Outubro de 1996.

19. Os problemas de comunicação indicados pelo Governo belga entre o Vlaamse Raad, a Representação Permanente da Bélgica e a Comissão podem esclarecer, na verdade, a atitude do Vlaamse Raad, mas não são, porém, susceptíveis de a justificar do ponto de vista jurídico. As obrigações de publicidade da directiva são directamente aplicáveis e, nessa medida, são também vinculativas para o Vlaamse Raad.

20. O representante do Governo belga, na audiência, invocou mais uma vez expressamente as disposições derrogatórias da directiva, em particular o seu artigo 4.°, para esclarecer que haveria realmente domínios em que um Estado podia eximir-se com legitimidade às disposições relativas à adjudicação de contratos de direito público.

15 — V. acórdãos de 9 de Dezembro de 1997, Comissão/França (C-265/95, Colect., p. I-6959, n.os 55 e segs.); de 12 de Julho de 1988, Comissão/Itália (310/86, Colect., p. 3987, n.° 6); e de 12 de Julho de 1988, Comissão/Itália (326/87, Colect., p. 4009, n.° 6).

21. A isto deve contrapor-se que, no caso concreto, o artigo 4.° não oferece qualquer ponto de apoio para a inobservância das obrigações decorrentes da directiva. O artigo 4.°, alínea a), é uma mera excepção referente a áreas em que se remete para determinadas disposições da Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [16]. O artigo 4.°, alínea b), exceptua do âmbito de aplicação da directiva os contratos de empreitada «que sejam declarados secretos ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, nos termos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas em vigor no Estado-Membro em causa, ou quando a protecção dos interesses essenciais do Estado-Membro o exija». O Governo belga não alegou quaisquer factos que permitam fazer intervir a disposição derrogatória, mesmo através da indicação de determinadas disposições legislativas, regulamentares e administrativas que tivessem declarado secreto o contrato de empreitada, e também não invocou medidas particulares de segurança ou a protecção dos interesses essenciais do Estado.

22. As disposições derrogatórias da directiva no domínio dos contratos de direito público, segundo a jurisprudência constante, devem interpretar-se *restritivamente* [17]. A invocação geral do princípio da separação dos poderes, não especificada detalhadamente, não pode portanto ser interpretada como referência à protecção dos interesses essenciais do Estado.

23. Em relação à independência do órgão legislativo Vlaamse Raad, coloca-se, por isso, em todo o caso, ainda a questão da responsabilidade do Estado-Membro no quadro do processo por incumprimento previsto no artigo 169.° do Tratado CE. Também, neste contexto, pode remeter-se para a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que declara que a responsabilidade de um Estado-Membro, segundo o artigo 169.°, existe independentemente de saber qual o órgão estatal que causou a violação através da sua acção ou omissão, mesmo que se trate de um órgão independente de acordo com a Constituição [18].

24. Em conclusão, a acção da Comissão deve ser julgada procedente.

Despesas

Em conformidade com o disposto no artigo 69.°, n.° 2, primeiro parágrafo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que o demandado foi vencido, deve suportar as despesas do processo.

16 — JO L 297, p. 1.

17 — Acórdãos de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colect., p. 1039, n.° 14); de 18 de Maio de 1995, Comissão/Itália (C-57/94, Colect., p. I-1249, n.° 23); e de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha (C-318/94, Colect., p. I-1949, n.° 13); quanto aos efeitos no tempo de uma disposição derrogatória, v. acórdão de 26 de Outubro de 1995, Furlanis (C-143/94, Colect., p. I-3633).

18 — V. acórdãos de 5 de Maio de 1970, Comissão/Bélgica (77/69, Recueil, p. 237, n.° 15, Colect. 1969-1970, p. 335); de 18 de Novembro de 1970, Comissão/Itália (8/70, Recueil, p. 961, n.° 9, Colect. 1969-1970, p. 565); e de 26 de Fevereiro de 1976, Comissão/Itália (52/75, Recueil, p. 277, n.° 14, Colect., p. 131).

C — Conclusão

25. Como consequência das reflexões precedentes, proponho a seguinte decisão:

«1) O Reino da Bélgica violou as suas obrigações decorrentes das Directivas 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, em particular os artigos 7.° e 11.° da Directiva 93/37, na medida em que, no contexto da construção do edifício do Vlaamse Raad não foram observadas as disposições relativas à publicidade e à adjudicação, nem antes da adjudicação do projecto global nem antes da adjudicação de cada um dos lotes.

2) O Reino da Bélgica é condenado nas despesas do processo.»