CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 7 de Fevereiro de 2002 [1]

I — Introdução

1. No presente processo de decisão prejudicial, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália) (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») pretende saber se pode ignorar o carácter irrevogável de um anúncio de abertura de concurso de contrato público de fornecimento, não impugnado no prazo previsto no direito nacional, para, não obstante, poder ter em conta, num recurso interposto (posteriormente) por um concorrente contra a sua exclusão da adjudicação do contrato, a violação do direito comunitário por uma cláusula do anúncio de abertura do concurso. Trata-se, em concreto, da prova da capacidade de um concorrente de acordo com o artigo 22.° da Directiva 93/36/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento [2] (a seguir «Directiva 93/36»). O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o princípio nacional da não aplicação de actos administrativos contrários à lei (artigo 5.° da Lei n.° 2248, de 20 de Março de 1865) se aplica às cláusulas do anúncio de abertura do concurso contrárias ao direito comunitário. O órgão jurisdicional de reenvio — pretende saber, além disso, se este princípio também resulta do artigo 6.° UE, conjugado com o direito a um processo justo e à efectiva tutela jurisdicional, previstos nos artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A análise do presente pedido de decisão prejudicial implica, além disso, a interpretação da Directiva 89/665/CEE 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 de fornecimentos [3] (a seguir «Directiva 89/665»).

II — Factos e tramitação processual

2. No processo principal, a sociedade Santex SpA (a seguir «recorrente») interpôs um recurso contra a Unità Socio Sanitaria Locale n.° 42 di Pavia (a seguir «recorrida») por ter sido excluída de um processo de adjudicação de um contrato público de fornecimento. A recorrente contesta a decisão de adjudicação, assim como o anúncio de concurso, que inclui, segundo esta, uma condição de participação contrária ao direito comunitário.

1 — Língua original: alemão.

2 — Directiva do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 199, p. 1).

3 — Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 (JO L 395, p. 33).

3. Segundo o pedido de decisão prejudicial, a recorrida publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em 23 de Outubro de 1996, um anúncio de abertura de concurso para o «fornecimento directo a domicílio de produtos absorventes para incontinência», num montante anual presumível de 1 067 372 000 ITL. O anúncio de concurso continha desde logo uma cláusula segundo a qual apenas seriam consideradas as empresas que demonstrassem ter tido, nos últimos três anos, para serviços idênticos ao do objecto do concurso, um volume de negócios global igual, pelo menos, ao triplo do montante presumível anual do contrato.

4. A recorrente, por carta de 25 de Novembro de 1996, assinalou ao director da comissão de adjudicação competente da recorrida, que a cláusula do referido concurso constituía uma restrição ilegal da concorrência. Uma vez que as instituições sanitárias locais (aziende sanitarie locali) só muito recentemente tinham instituído este tipo de prestação, a referida cláusula levou à exclusão de numerosos concorrentes, entre os quais a recorrente, não obstante, no último ano, ter realizado um volume de negócios equivalente ao dobro do montante presumível anual do contrato.

5. Por conseguinte, a comissão de adjudicação da recorrida adiou a abertura dos envelopes e pediu às sociedades em questão que lhe enviassem documentação pormenorizada, sustentando que a cláusula controvertida podia interpretar-se no sentido de se referir ao volume de negócios global das empresas participantes e que, por isso, o fornecimento de produtos idênticos aos que são objecto da empreitada constituía não um requisito da admissão ao concurso, mas tinha sido exclusivamente utilizado para efeitos da avaliação da qualidade [4].

6. Desta interpretação discordou a sociedade Sca Mölnlycke SpA (a seguir «Mölnlycke», que era titular do contrato de fornecimento de produtos semelhantes para o período precedente. Por carta dirigida à recorrida, exigiu o absoluto respeito da cláusula do anúncio de concurso objecto do litígio.

7. A recorrida pediu, por conseguinte, às empresas participantes que complementassem a documentação já enviada com a declaração do volume de negócios referente aos fornecimentos de produtos idênticos, enumerando os estabelecimentos de saúde aos quais tinham sido fornecidos.

8. O processo de adjudicação terminou tendo a recorrente e duas outras sociedades sido excluídas e o contrato sido adjudicado à sociedade Mölnlycke.

9. Sustentando que, se tivesse sido admitida teria obtido a adjudicação, a recorrente impugnou tanto a sua exclusão do concurso e a subsequente adjudicação do

4 — Acta n.º 1 da comissão de adjudicação, de 12 de Dezembro de 1996.

contrato como o anúncio de concurso, por violação da lei e desvio de poder.

10. A recorrida e a sociedade Mölnlycke, que interveio no processo, alegam que o recurso de anulação do anúncio de concurso é tardio e pedem, portanto, que seja negado provimento ao recurso.

11. O órgão jurisdicional de reenvio deferiu o pedido acessório de suspensão das decisões impugnadas com fundamento em violação dos princípios comunitários em matéria de concorrência. Ao fixar como critério um nível de volume de negócios determinado, o anúncio de concurso limita, de maneira injusta e excessiva a participação das empresas concorrentes. Mesmo que a impugnação do anúncio de concurso devesse ser considerada tardia, a aplicação da cláusula do anúncio de concurso deveria ser na mesma excluída por ser contrária ao direito comunitário.

12. Esta decisão foi anulada pela Quinta Secção do Consiglio di Stato, por decisão de 29 de Agosto de 1997, não fundamentada nem de facto nem de direito.

13. Uma vez concluída a providência cautelar, a recorrida, que tinha entretanto prorrogado o fornecimento precedentemente assegurado pela empresa Mölnlycke, celebrou com esta contrato definitivo para o período seguinte.

14. Ora, no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio apresentou ao Tribunal um pedido de decisão prejudicial no sentido de saber se o artigo 22.° da Directiva 93/36 ou o artigo 6.°, n.° 2, UE e os artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais devem ser interpretados no sentido de que as cláusulas do anúncio de concurso contrárias ao direito comunitário não devem ser aplicadas, mesmo que não tenham sido impugnadas nos prazos previstos pelo direito processual nacional.

15. Os Governos italiano, francês e austríaco, assim como a Comissão, intervieram na fase escrita do processo no Tribunal de Justiça.

III — Pedido de decisão prejudicial

16. Nos motivos do pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio dá por assente que o anúncio de concurso contém disposições contrárias ao direito comunitário e às correspondentes normas

de transposição para o direito interno [5]. Em especial, o requisito de admissibilidade, que implica a prestação nos últimos três anos de um serviço idêntico ao que consta do concurso, de montante igual ao triplo do montante aí determinado revela-se contrário ao princípio da proporcionalidade e da não discriminação entre as empresas participantes. Todavia, nos termos do direito processual nacional, o órgão jurisdicional de reenvio tem de decidir primeiro quanto à excepção da impugnação tardia do anúncio de concurso.

17. Tal excepção assenta no facto de as próprias condições do anúncio de concurso não permitirem à recorrente a sua participação. Estas condições afectavam imediata e directamente o seu interesse em participar no concurso e deviam por isso ter sido impugnadas no prazo de 60 dias a contar da data em que a recorrente delas tomou conhecimento, de acordo com o artigo 36.° do regio decreto n.° 1054, de 26 de Junho de 1924 [6].

18. O órgão jurisdicional de reenvio considera, todavia, que é necessário, nos processos de adjudicação de contratos públicos, proteger os direitos e interesses dos concorrentes, quer no âmbito da aplicação do direito comunitário, quer no da legislação interna. Por esta razão, não devem ser aplicadas as cláusulas do anúncio de concurso quando consideradas indevidamente restritivas do critério da máxima participação em concursos públicos.

19. Para este fim tem-se recorrido constantemente a dois princípios jurídicos: por um lado, à inserção automática das normas imperativas nas disposições do anúncio de concurso, por analogia com o artigo 1339.° do codice civile italiano [7], o que não parece praticável no presente caso, e, por outro, ao princípio da não aplicação previsto no artigo 5.° da legge n.° 2248, de 20 de Março de 1865, anexo E, ainda em vigor [8].

20. Tendo em conta estes princípios, o Consiglio di Stato declarou que, de uma maneira geral, o juiz administrativo pode, tal como o órgão jurisdicional comum no direito civil, não aplicar uma norma regulamentar contrária a uma norma hierarquicamente superior e que viola um direito subjectivo. O Consiglio di Stato considerou, no entanto, que este princípio não é aplicável ao presente concurso para adjudicação de contratos públicos, por falta de um direito subjectivo. Consequentemente, o anúncio de concurso deveria ter sido impugnado no prazo de 60 dias, passado o qual as cláusulas do anúncio de concurso são aplicadas imperativamente.

5 — O órgão jurisdicional de reenvio considera que há violação tanto do artigo 22.° da Directiva 93/36 como do artigo 3.°, n.° 1, alínea c), do decreto legislativo n.° 358, de 24 de Julho de 1992.

6 — Regio decreto n.° 1054, de 6 de Junho de 1924, que consolida as leis relativas ao Consiglio di Stato, também aplicável aos tribunais regionais administrativos por força do artigo 19.° da legge n.° 1034, de 6 de Dezembro de 1971.

7 — «As cláusulas e os preços dos bens ou serviços impostos pela lei fazem parte, por direito, do contrato, se necessário, em substituição de cláusulas irregulares fixadas pelas partes.»

8 — «As autoridades [judiciárias] aplicam os actos administrativos e as normas regulamentares gerais e locais quando conformes com a lei.»

21. O direito italiano opera uma distinção entre os interesses legítimos, que exigem sempre a impugnação tempestiva da decisão lesiva, e os direitos subjectivos, tuteláveis através do instrumento legal da não aplicabilidade. Esta distinção, normal no direito interno, não parece aceitável no plano do direito comunitário.

22. O órgão jurisdicional de reenvio remete para o acórdão Simmenthal [9], no qual o Tribunal decidiu que um tribunal chamado a aplicar normas de direito comunitário deve garantir a plena eficácia dessas normas e, se for caso disso, deixar de aplicar qualquer norma da legislação interna que contrarie as normas comunitárias, sem ter necessidade de solicitar ou esperar pela sua revogação prévia.

23. Além disso, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, há que averiguar, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça nos processos Van Schijndel e Van Veen [10] e Eco Swiss [11], se não foi demasiado difícil, ou mesmo impossível, aplicar o direito comunitário, atenta a evolução especial do procedimento administrativo que conduziu à adjudicação do fornecimento em causa, e se, deste modo, a eficácia da salvaguarda dos direitos atribuídos pelas normas do direito comunitário foi prejudicada.

24. Pela sua atitude inicial, aparentemente favorável a uma interpretação restritiva ou a uma alteração da cláusula controvertida, a recorrida levou a recorrente a crer que não era necessário impugnar o anúncio de concurso. Através do seu comportamento, a recorrida criou uma situação objectiva de insegurança jurídica. Devem, por isso, aplicar-se aqui os princípios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Peterbroeck [12].

25. No caso em apreço, subsiste um interesse público na declaração da eventual ilegalidade da exclusão contestada, e isto, por um lado, na perspectiva do primado efectivo do direito comunitário e, por outro, devido ao interesse da administração pública na abertura do concurso à máxima participação possível, enquanto instrumento de escolha do produto qualitativamente melhor e ao preço mais vantajoso.

26. O órgão jurisdicional nacional pode intervir oficiosamente. O Tribunal de Justiça declarou no processo Océano Grupo Editorial e Salvat Editores [13] que, no caso de cláusulas abusivas constantes de contratos celebrados com consumidores, o juiz nacional, ao apreciar a admissibilidade da acção que lhe é submetida, pode apreciar oficiosamente a ilegalidade das cláusulas contratuais em causa.

9 — Acórdão de 9 de Março de 1978 (106/77, Colect., p. 243).

10 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995 (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705).

11 — Acórdão de 1 de Junho de 1999 (C-126/97, Colect., p. I-3055).

12 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995 (C-312/93, Colect., p. I-4599).

13 — Acórdão de 27 de Junho de 2000 (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941).

27. A solução que resulta do acórdão Eco Swiss [14], segundo o qual o direito comunitário não deve ser aplicado oficiosamente no caso de violação de legislação processual interna, não é aplicável à situação de facto e de direito do caso em apreço.

28. O órgão jurisdicional de reenvio submete ao Tribunal de Justiça, para decisão a título prejudicial, as seguintes questões:

«1) O artigo 22.° da Directiva 93/36/CEE, de 14 de Junho de 1993, deve interpretar-se no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a tutelar os direitos dos cidadãos da União lesados por actos praticados com violação do direito comunitário, em especial mediante recurso ao instituto da não aplicação previsto no artigo 5.° da lei nacional, de 20 de Março de 1865, n.° 2248, incluindo quanto a cláusulas do anúncio de concurso contrárias ao direito comunitário mas não impugnadas nos curtos prazos de caducidade previstos pelo direito processual nacional, aplicando, oficiosamente, o direito comunitário sempre que se verifique que, por um lado, a sua aplicação foi gravemente impedida ou de qualquer modo dificultada, e por outro, se verifique um interesse público de matriz comunitária ou nacional que justifique aquela aplicação?

2) Se à mesma conclusão leva o artigo 6.°, n.° 2, do Tratado [15] que, ao reconhecer o respeito, pela União, dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, fez seu o princípio da efectividade da tutela jurisdicional estabelecido nos artigos 6.° e 13.° da mesma Convenção?»

IV — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

29. O artigo 22.° da Directiva 93/36 (relativa às adjudicações) prevê o seguinte:

«1. Regra geral, a prova da capacidade financeira e económica do fornecedor pode ser feita por um ou mais dos elementos seguintes:

[...]

14 — Acórdão já referido na nota 11.

15 — Nota do autor: trata-se do Tratado da União Europeia.

c) Declaração do fornecedor relativa ao volume de negócios global da empresa e ao seu volume de negócios relativamente ao fornecimento a que o contrato diz respeito no decurso dos três últimos exercícios financeiros.

2. As entidades adjudicantes devem especificar no anúncio ou no convite para a apresentação de propostas qual o elemento ou elementos de referência que escolheram e aqueles que pretendem obter para além dos referidos no n.º 1.

3. Se, por razões justificadas, o fornecedor não puder apresentar as referências pedidas pela entidade adjudicante, pode provar a sua capacidade económica e financeira por qualquer outro documento considerado adequado pela entidade adjudicante.»

30. São igualmente relevantes os artigos 1.º, n.ºs 1 e 3, assim como o 2.º, n.º 1, alínea b), e 6.º da Directiva 89/665 (directiva recursos ou meios de impugnação); estes determinam o seguinte:

«*Artigo 1.º*

1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE e 77/62/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.º 7 do artigo 2.º, com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.

2. [...]

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.»

«*Artigo 2.º*

1. Os Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recur-

sos 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.° 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.

[...]»

«*Artigo 3.°*

1. A Comissão pode invocar o processo previsto no presente artigo sempre que, antes da celebração de um contrato, considerar que houve infracção clara e manifesta das disposições comunitárias em matéria de contratos de direito público no decorrer de um processo de adjudicação de contrato abrangido pelo campo de aplicação das Directivas 71/305/CEE e 77/62/CEE.

[...]»

B — *Direito italiano*

31. O artigo 13.° do decreto legislativo n.° 358, de 24 de Julho de 1992, intitulado «Texto unificador das normas relativas aos concursos públicos de fornecimento e que transpõem as Directivas 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE», transpõe o artigo 22.° da Directiva 93/36, e dispõe o seguinte:

«*Artigo 13.°*

1. A prova da capacidade financeira e económica das empresas concorrentes pode ser feita por um ou outro dos documentos seguintes:

[...]

c) Declaração do concorrente relativa ao volume de negócios global da empresa e ao volume de negócios relativamente ao fornecimento a que o contrato diz respeito, realizado pela empresa no decurso dos três últimos exercícios financeiros.

2. As entidades públicas adjudicantes devem especificar no anúncio ou no convite para a apresentação de propostas, os documentos que devem ser fornecidos, de entre os mencionados no n.° 1, bem como os elementos de referência que eventualmente devam ser fornecidos. [...]

3. Se o fornecedor, por razões justificadas, não puder apresentar as referências solicitadas, pode provar a sua capacidade económica e financeira por qualquer outro documento considerado adequado pela entidade adjudicante.»

32. Além disso, o artigo 36.°, n.° 1, do regio decreto n.° 1054, de 26 de Junho de 1924, que consolida as leis relativas ao Consiglio di Stato, extensivas aos tribunais administrativos por força do artigo 19.° da Lei n.° 1034, de 6 de Dezembro de 1971 (a seguir «artigo 36.° da Lei de 26 de Junho de 1924»), é aplicável ao caso em apreço. Este artigo dispõe o seguinte:

«*Artigo 36.°*

1. Fora dos casos em que os prazos são fixados por leis especiais relativas aos recursos, o prazo para interposição de recurso contencioso para o Consiglio di Stato competente em matéria jurisdicional é de 60 dias a contar da data em que a decisão administrativa foi notificada nas formas e nas modalidades fixadas por regulamento, ou a contar da data em que os interessados dela têm conhecimento [...].»

33. Finalmente, é de referir o artigo 5.° da legge n.° 2248, de 20 de Março de 1865:

«*Artigo 5.°*

As autoridades judiciárias aplicam os actos administrativos e as normas regulamentares gerais e locais quando conformes com a lei.»

V — **Observações das partes**

34. O Governo italiano afirma que o órgão jurisdicional de reenvio parte do princípio de que as disposições comunitárias têm efeito directo e de que a protecção da ordem jurídica comunitária exige, portanto, que o juiz nacional assegure a aplicação eficaz dessas disposições, independentemente da observância das normas processuais nacionais.

35. Mas o Consiglio di Stato italiano julgou recentemente, por acórdão, de 7 de Abril de 1998 no qual confirmava a sua jurisprudência em matéria de concursos, que um acto que prejudique o direito de participação de um concorrente num concurso, pode ser impugnado no prazo ordinário de 60 dias. Se este prazo for ultrapassado, o acto administrativo não pode deixar de ser aplicado. O acto administrativo torna-se irrecorrível, qualquer recurso dele interposto é considerado inadmissível, tal como ser rejeitado qualquer fundamento relativo à ilegalidade desse acto.

36. O carácter definitivo do acto administrativo constitui a sanção para a passividade da pessoa que se considera lesada nos seus direitos e reforça a confiança na legalidade dos actos da administração. A irrecorribilidade dos actos administrativos é uma exigência do princípio de segurança jurídica, tal como os institutos jurídicos da prescrição e do caso julgado. Se o anúncio de concurso continuasse a ser susceptível de recurso, a confiança legítima dos concorrentes e os seus interesses económicos seriam prejudicados.

37. A solução do litígio não depende tanto da natureza jurídica do artigo 22.° da Directiva 93/36, mas antes da questão de saber se são legítimas as exigências do anúncio de concurso relativas à capacidade financeira e económica dos concorrentes. O Governo italiano considera estas exigências indubitavelmente legítimas. Considera, de resto, que o artigo 22.° da directiva não é directamente aplicável.

38. Tendo em conta o dever geral de os Estados-Membros assegurarem o cumprimento do direito comunitário, previsto no artigo 10.° CE, que incumbe igualmente aos tribunais nacionais, coloca-se a questão da articulação deste princípio com os princípios das normas processuais nacionais.

39. O Governo italiano remete para a jurisprudência assente do Tribunal segundo a qual, na falta de normas comunitárias nessa matéria, é ao direito nacional de cada Estado-Membro que compete assegurar as modalidades processuais de recursos destinados a assegurar a protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pelas normas de direito comunitário com efeito directo. Essas modalidades não podem, no entanto, ser menos favoráveis do que as dos recursos análogos de direito interno e não devem impossibilitar ou tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

40. O direito italiano prevê que o prazo para recorrer dos actos administrativos é de 60 dias. Qualquer violação quer do direito interno quer do direito comunitário, pode levar à anulação do acto administrativo. Não há, portanto, qualquer discriminação, nem qualquer obstáculo à aplicação do direito comunitário. Se se autorizasse o juiz, em caso de violação duma norma de direito comunitário directamente aplicável, a ignorar o direito processual nacional, isso levaria a uma discriminação injustificada entre normas análogas de direito interno.

41. O princípio da tutela efectiva dos direitos, previsto nos artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, deve aplicar-se apenas aos actos de direito comunitário e aos actos de direito interno que se desviam do direito comunitário; não se pode aplicar em detrimento das normas processuais dos Estados-Membros.

42. O Governo italiano sugere que se responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

Desde que nenhuma razão objectiva justifique um tratamento distinto do ponto de vista processual, nos pedidos fundados, por um lado, em normas comunitárias directamente aplicáveis, e em normas internas com o mesmo conteúdo por outro, não é possível deixar de aplicar as regras processuais internas do Estado-Membro, que visam a tutela jurisdicional dos direitos alegadamente violados.

43. O Governo austríaco defende que a primeira questão prejudicial visa saber se o direito comunitário em vigor em matéria de processos de adjudicação de contratos públicos, obsta à aplicação das regras de caducidade do direito interno. O quadro jurídico é determinado pela Directiva 89/665, relativa aos recursos em matéria de adjudicação dos contratos públicos de fornecimentos e de obras.

44. A República da Áustria considera legítimo sujeitar a prazos a interposição de recursos na instância de fiscalização competente em matéria de processos de adjudicação, desde que não sejam contornadas as finalidades da directiva relativa aos recursos nem violados os princípios da eficácia e da igualdade de tratamento decorrentes do Tratado. A própria directiva não contém nenhuma norma que regule detalhadamente a organização das instâncias de recurso e os procedimentos a observar nessas instâncias. A organização dos procedimentos é, por isso, da competência dos Estados-Membros.

45. O prazo de 60 dias, aqui em discussão, para recorrer dos actos administrativos, também não prejudica a protecção dos direitos dos outros candidatos e concorrentes. Muito pelo contrário, é do interesse de todos os candidatos e concorrentes, assim como do interesse geral no bom funcionamento da administração, e até mesmo dos recorrentes, assegurar que decisões ilegais, desde o momento em que são conhecidas pelos interessados, sejam o mais rapidamente denunciadas e afastadas.

46. A República da Áustria propõe, portanto, que se responda à questão prejudicial da seguinte maneira:

A Directiva 89/665 não obsta a uma regulamentação nacional que, uma vez conhecida uma violação das normas de adjudicação, fixe um prazo para interposição de um recurso de uma decisão concreta da entidade adjudicante, findo o qual a decisão deixa de poder ser impugnada no âmbito do processo de adjudicação. O prazo previsto não deve ser fixado de tal forma que torne praticamente impossível ou excessivamente difícil a interposição ou a tramitação do recurso. Pode prever-se que, logo que seja conhecida uma violação das regras do concurso, os interessados devem invocar quaisquer irregularidades no prazo previsto para o efeito, sob pena de caducidade.

47. O Governo francês interpreta a primeira questão no sentido de que se destina a saber se o tribunal nacional é obrigado a apreciar oficiosamente a compatibilidade de um acto de direito interno com uma disposição de direito comunitário nos casos em que o acto não foi impugnado no prazo previsto pelas normas processuais nacionais. O Governo francês propõe que a esta questão seja dada resposta negativa.

48. O Governo francês remete também para a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo Peterbroeck [16], e conclui que o prazo de impugnação de 60 dias, como o que é previsto em Itália para a

16 — Acórdão já referido na nota 12, n.º 12.

impugnação de actos administrativos, não torna praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos atribuídos pela ordem jurídica comunitária.

49. As regras de caducidade permitem aplicar o princípio de segurança jurídica em relação a todas as partes, ao enquadrar juridicamente e limitar no tempo a possibilidade de recurso. A segurança jurídica faz parte dos princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária. São normas de ordem pública que devem ser respeitados pelo juiz e pelas partes.

50. Dado que o órgão jurisdicional de reenvio é de opinião que, no caso presente, a atitude adoptada pela entidade adjudicante, depois da publicação do anúncio de concurso, contribuiu para a inadmissibilidade do recurso interposto pela recorrente, o Governo francês remete para o acórdão Edis[17]. Esta jurisprudência reconhece, é certo, que o comportamento de uma autoridade nacional, conjugado com um prazo, pode levar a que o recorrente seja privado da possibilidade de invocar os seus direitos nos tribunais dos Estados-Membros. No entanto, uma empresa como a recorrente não podia desconhecer a necessidade de, a título preventivo, interpor recurso no prazo fixado, ao mesmo tempo que prosseguia as suas discussões com a entidade adjudicante.

17 — Acórdão de 15 de Setembro de 1998 (C-231/96, Colect., p. I-4951, n.° 48).

51. O Governo francês propõe, portanto, a seguinte resposta às questões prejudiciais:

O direito comunitário não obriga o órgão jurisdicional nacional chamado, no quadro da sua competência, a decidir um litígio, a apreciar oficiosamente a compatibilidade de um acto de direito interno com o direito comunitário quando esse acto não foi impugnado pelo interessado no prazo previsto pelo direito processual nacional.

O artigo 6.°, n.° 2, UE, na medida em que remete para os artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, não impõe qualquer obrigação adicional a este respeito.

52. A Comissão salienta, antes de mais, nas suas observações, que os critérios, mencionados na jurisprudência do Tribunal de Justiça para avaliar sistemas de protecção jurídica dos Estados-Membros, tais como o princípio da proibição de discriminação e a exigência de não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos, só devem ser considerados se o direito comunitário não contiver ele mesmo, directamente ou através de disposições harmonizadas, as normas que devem ser aplicadas no direito dos Estados-Membros. Em matéria de contratos públicos, é a Directiva 89/665, à luz da qual deve ser apreciado o pedido de decisão prejudicial.

53. A Comissão propõe, portanto, que se reformule a questão prejudicial da seguinte maneira:

A Directiva 89/665 deverá ser interpretada no sentido de que os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros são obrigados a proteger os cidadãos da União lesados por actos adoptados em violação da Directiva 93/36, utilizando a possibilidade de não aplicar as cláusulas do anúncio de concurso contrárias ao direito comunitário, mas que não foram impugnadas nos prazos previstos no direito processual nacional, para aplicar oficiosamente o direito comunitário em cada fase do processo de adjudicação, incluindo o da decisão de adjudicação.

54. Tendo em conta que a Directiva 89/665 prevê a obrigação de os Estados-Membros velarem no sentido de as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes poderem ser impugnadas por meios jurídicos rápidos e eficazes, que possibilitem a anulação de decisões ilegais, independentemente de ter sido ou não impugnada uma decisão precedente no devido prazo, é necessário verificar se a decisão de adjudicação e a decisão de exclusão são «decisões» na acepção da mencionada directiva.

55. A lista de decisões ilegais susceptíveis de recurso mencionada no artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665 é apenas exemplificativa e de maneira nenhuma taxativa. Relativamente à decisão de adjudicação, a Comissão remete para o acórdão Alcatel Austria [18], no qual se decidiu que a decisão de adjudicação é uma decisão na acepção da Directiva 89/665.

56. No que respeita à decisão de exclusão, a Comissão constata que a entidade adjudicante responde, com este acto, ao pedido da empresa de participar no processo de adjudicação. A entidade adjudicante refere-se às cláusulas gerais e especiais do anúncio de concurso e pronuncia-se sobre a sua interpretação. Este passo constitui uma decisão nova e autónoma. No caso de o anúncio de concurso violar as normas comunitárias a entidade adjudicante é mesmo obrigada a aplicar directamente o direito comunitário e tomar uma decisão legal.

57. Consequentemente, a decisão de exclusão é uma decisão na acepção da Directiva 89/665, que deve poder ser objecto de um recurso de anulação rápido e eficaz, sem que seja necessário ter em conta um anúncio de concurso ilegal, o qual não deve ser aplicado.

58. No presente caso, a entidade adjudicante deu, além disso, a entender num

18 — Acórdão de 28 de Outubro de 1999 (C-81/98, Colect., p. I-7671).

primeiro momento que as disposições controvertidas do anúncio de concurso devem ser vistas como um critério de adjudicação e não como um critério de selecção, fazendo uma interpretação do anúncio de concurso conforme com o direito comunitário, aplicando-o directamente.

59. Os trabalhos preparatórios da Directiva 89/665 confirmam a interpretação anteriormente preconizada. A proposta originária da Comissão previa o seguinte: «Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias a fim de garantir em qualquer estádio do processo de adjudicação de um contrato por entidades públicas, a possibilidade de recursos administrativos e/ou jurisdicionais eficazes» [19]. Durante os trabalhos preparatórios do Conselho, a expressão «em qualquer estádio do processo» — foi suprimida sem explicação, enquanto que a delegação italiana pediu que a expressão «as decisões» fosse substituída por «todas as decisões». Este pedido foi depois retirado devido a uma declaração comum relativa ao artigo 1.°, que foi incluída na acta. Esta declaração comum dispõe em termos análogos: o Conselho e a Comissão esclarecem que, para efeitos da presente directiva, qualquer pessoa excluída da participação num processo de adjudicação de um contrato público devido a uma alegada violação, é uma pessoa que tem ou teve interesse na adjudicação de um contrato público e cujos direitos foram ou podem vir a ser lesados.

19 — JO 1987, C 230, p. 6.

60. A Comissão propõe que à questão prejudicial seja dada a seguinte resposta:

A Directiva 89/665 impõe ao órgão jurisdicional nacional competente a obrigação de garantir a protecção dos cidadãos da União que foram prejudicados por actos administrativos adoptados em violação da Directiva 93/36, utilizando a possibilidade de não aplicar as cláusulas do anúncio de abertura do concurso contrárias ao direito comunitário, mas que não foram impugnadas nos prazos previstos no direito processual nacional, para aplicar oficiosamente o direito comunitário em cada fase do processo de adjudicação, incluindo o da decisão de adjudicação.

VI — Apreciação

61. Se o pedido de decisão prejudicial for lido no contexto do pedido de decisão prejudicial, verifica-se claramente que, na realidade, o órgão jurisdicional de reenvio não pede, contrariamente ao que indica a primeira questão, uma interpretação do artigo 22.° da Directiva 93/36. O órgão jurisdicional de reenvio parece convencido da ilegalidade da cláusula controvertida do anúncio de abertura do concurso e considera-a contrária tanto ao artigo 22.° da Directiva 93/36 como o artigo 3.°, n.° 1,

alínea c), do decreto n.º 358, de 24 de Julho de 1992, que transpõe a disposição comunitária para o direito nacional.

62. O Governo italiano deu a entender que considera a cláusula controvertida conforme com as normas aplicáveis. Mas, se se admitisse que a referida cláusula não era contrária ao direito comunitário, a questão adicional colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de saber se, no presente caso, e, eventualmente, em que condições, esta cláusula pode ser ignorada, não faria sentido. Deve, então, admitir-se, tal como o órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta o objectivo posterior da análise do pedido de decisão prejudicial, que a cláusula objecto de litígio é ilegal tanto do ponto de vista do direito comunitário como do ponto de vista das normas de transposição nacionais.

63. O órgão jurisdicional de reenvio, para se pronunciar sobre o litígio nele pendente, é agora confrontado com o problema de ele próprio considerar ilegal a cláusula que levou à exclusão da recorrente do processo de concurso, e de a mesma ter deixado de poder ser impugnável por força das normas de direito processual nacional [20]. Por outro lado, pode deduzir-se da exposição do Governo italiano que, não só não é admissível um recurso tardio do acto administrativo, como também devem ser rejeitados todos os fundamentos relativos à ilegalidade do acto administrativo e que são invocados noutra acção. Isto significa que também não é possível a apreciação, a título incidental, do acto administrativo controvertido num recurso administrativo contencioso ulterior.

64. Na audiência, as questões do juiz-relator suscitaram um debate que resultou nas seguintes conclusões: a apreciação, a título incidental, de um acto administrativo pretensamente ilegal não é, em princípio, estranha ao direito italiano. Num litígio de direito civil, no qual se discute um pedido de indemnização com base num acto administrativo ilegal, a apreciação a título incidental é inteiramente possível. Apenas nos recursos administrativos contenciosos, nos quais o interesse público na manutenção do acto deve prevalecer, não se pode invocar a sua ilegalidade.

65. Ora, por sua vez, o órgão jurisdicional de reenvio referiu, no pedido de decisão prejudicial, que, para garantir a tutela de direitos subjectivos — em conformidade com a jurisprudência do Consiglio di Stato italiano — o tribunal administrativo pode, tal como os órgãos jurisdicionais ordinários, não aplicar uma disposição regulamentar contrária a uma norma hierarquicamente superior. O órgão jurisdicional de reenvio não tem dúvidas que o mesmo se aplica aos actos administrativos que violem o direito comunitário.

20 — V. o artigo 36.º do regio decreto n.º 1054, de 6 de Junho de 1924, nos termos do qual os actos administrativos devem ser impugnados no prazo de 60 dias a contar da data em que o interessado teve conhecimento do acto, sob pena de se tornarem irrevogáveis.

66. Parece, portanto, que é em função da qualificação da posição jurídica do potencial recorrente — consoante ele pode invocar direitos subjectivos ou «apenas» interesses legítimos — que o direito do Estado-Membro permite a apreciação, a título incidental, de um acto administrativo considerado ilegal.

67. Dado que a posição jurídica do recorrente, resultante da violação do artigo 22.° da Directiva 93/36 e da consequente violação das disposições de transposição, não constitui manifestamente uma situação de violação de «direitos subjectivos» no sentido dado pelo direito italiano, não é possível ao órgão jurisdicional de reenvio tomar em consideração, no âmbito do processo de impugnação da decisão de exclusão, a ilegalidade de que o anúncio de concurso, a seu ver, enferma.

68. Neste contexto, a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio deveria ser entendida — diferentemente do proposto pelas partes no processo no Tribunal de Justiça — no sentido de que visa saber se o artigo 22.° da Directiva 93/36 confere ao concorrente direitos subjectivos. Trata-se de definir a posição jurídica das partes num processo de adjudicação, tal como é descrita no artigo 22.° da Directiva 93/36.

69. Nesta perspectiva, também são relevantes as observações do Governo italiano sobre a natureza jurídica do artigo 22.° da Directiva 93/36, e a sua eventual aplicação directa, pois a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a aplicação directa das disposições das directivas assenta na ideia de que o estatuto jurídico conferido pela directiva ao particular deve ser preservado. Segundo jurisprudência entretanto assente, um particular pode invocar, contra o Estado, disposições incondicionais e suficientemente precisas de uma directiva, desde que elas lhe confiram direitos [21].

70. O artigo 22.° figura no título IV da Directiva 93/36, sob o capítulo 2, «Critérios de selecção qualitativa». Esta disposição indica quais as provas que as entidades adjudicantes podem pedir aos potenciais fornecedores a fim de estes poderem provar a sua capacidade financeira e económica. A directiva prevê as seguintes três alternativas:

«a) Declarações bancárias adequadas;

b) Apresentação dos balanços da empresa ou de extractos desses balanços, sempre que a publicação de balanços seja exigida pela legislação do país onde o fornecedor está estabelecido;

21 — V., sobre este princípio, o acórdão de 19 de Janeiro de 1982, Becker (8/81, Recueil, p. 53, n.° 25).

c) Declaração do fornecedor relativa ao volume de negócios global da empresa e ao seu volume de negócios relativamente ao fornecimento a que o contrato diz respeito no decurso dos três últimos exercícios financeiros.»

71. Resulta do n.º 2 desta norma que podem ser exigidas *outras* provas quer alternativa quer cumulativamente e que a sua enumeração não é exaustiva. Assim, a entidade pública adjudicante deve referir, no anúncio de concurso ou no convite para apresentação de propostas, que *outras* provas devem ser apresentadas, além das referidas no n.º 1. Além disso, o n.º 3 concede aos potenciais fornecedores a liberdade de apresentar qualquer outra prova da sua capacidade financeira e económica, considerada adequada pela entidade pública adjudicante se, por «razões justificadas», o potencial fornecedor não pode apresentar as referências pedidas pela entidade adjudicante.

72. Assim, esta norma oferece efectivamente ao fornecedor potencial garantias quanto às suas possibilidades de participação no processo de adjudicação.

73. Aqui não se trata, todavia, da questão da aplicação directa de normas constantes de directivas, pois é indiscutível que a transposição da disposição aplicável da directiva para o direito do Estado-Membro foi perfeitamente correcta [22]. Os problemas resultantes, no processo principal, da violação desta norma referem-se ao plano da garantia dos direitos.

74. A protecção jurídica face a uma cláusula do anúncio de concurso considerada ilegal pode ser relevante em vários aspectos. Por um lado, pode tratar-se de uma impugnação directa do anúncio de concurso, o que — como já se afirmou — segundo o direito italiano, deve ter lugar no prazo de 60 dias. Mas, por outro lado, a ilegalidade pode prosseguir, possivelmente agravar-se ou, porventura, surgir apenas numa fase do concurso em que o objecto da impugnação já não é o anúncio de concurso enquanto tal mas antes a decisão sobre essa fase do concurso ou a decisão final. No processo principal, é a decisão de exclusão, que afectou directamente o recorrente, que constitui o objecto do recurso de anulação por ele interposto.

75. A questão que se levanta, nestas circunstâncias, é a de saber se e, eventualmente, até que ponto, a ilegalidade inicial do anúncio de concurso pode levar à anulação da decisão ulterior.

76. Em princípio, o regime das vias de recurso dos actos administrativos depende

22 — Pelo menos, ninguém suscitou a questão de uma eventual transposição deficiente da directiva, nem parece que exista alguma, à primeira vista.

das ordens jurídicas dos Estados-Membros. Todavia, se estiver em causa a aplicação do direito comunitário, devem ser tomados em consideração os princípios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça em jurisprudência assente. Trata-se dos princípios da equivalência e da eficácia. Estes princípios, só denominados como tal na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça [23], significam que os processos destinados à salvaguarda dos direitos dos particulares decorrentes do direito comunitário não podem ser menos favoráveis que acções judiciais similares de natureza interna e não podem dificultar excessivamente ou tornar impossível na prática o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária [24].

77. O Tribunal de Justiça afirma repetidamente, em jurisprudência assente [25], que os tribunais nacionais devem, por força dos deveres de cooperação, garantir aos particulares a protecção jurídica resultante do efeito directo do direito comunitário. «*Na falta de regulamentação comunitária na matéria*, compete à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que, para os particulares, decorrem do efeito directo do direito comunitário» [26].

78. Por conseguinte, há que verificar se existe alguma norma comunitária relativa aos factos relevantes do caso em apreço. A Directiva 89/665, 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 de fornecimentos, estabelece requisitos mínimos quanto à protecção jurídica a assegurar. O artigo 1.°, n.° 1, da directiva determina que os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito de contratos públicos, em violação do direito comunitário, possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível. Nos termos do n.° 3 daquela disposição, os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, pelo menos, a qualquer pessoa que tenha interesse ou tenha tido interesse 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.

79. O concorrente excluído faz parte, indubitavelmente, do conjunto de interessados

23 — Acórdão Edis, já referido na nota 17, n.° 34.

24 — V. os acórdãos referidos no acórdão Peterbroeck, já referido na nota 12, n.° 12, bem como nas observações escritas do Governo italiano, p. 9.

25 — V., entre outros, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.° 5) e Comet (45/76, Colect., p. 835, n.os 12 a 16); de 27 de Fevereiro de 1980, Just (68/79, Recueil, p. 501, n.° 25); de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.° 14); de 25 de Fevereiro de 1988, Bianco e Girard (331/85, 376/85 e 378/85, Colect., p. 1099, n.° 12); de 24 de Março de 1988, Comissão/Itália (104/86, Colect., p. 1799, n.° 7); de 14 de Julho de 1988, Jeunehomme e EGI (123/87 e 330/87, Colect., p. 4517, n.° 17); de 9 de Junho de 1992, Comissão/Espanha (C-96/91, Colect., p. I-3789, n.° 12); de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.° 43); e Peterbroeck, já referido na nota 12, n.° 12.

26 — Acórdão Peterbroeck, já referido na nota 12, n.° 12; o sublinhado é meu.

que podem intentar o processo de recurso. Falta, porém, determinar quais são as decisões que podem ou devem ser objecto de recurso. A directiva não contém uma enumeração taxativa das decisões susceptíveis de recurso. No artigo 2.°, n.° 1, alínea b), dispõe unicamente que:

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

80. Mesmo que, no processo principal, se trate de especificações económicas ou financeiras discriminatórias, há que determinar ainda em que fase do processo de adjudicação devem aquelas ser invocadas. Subsiste, assim, a questão de saber se a decisão de exclusão constitui, por si só, uma decisão susceptível de recurso na acepção da directiva e se podem ser invocadas no âmbito desse recurso, se for caso disso, as especificações económicas ou financeiras discriminatórias.

81. O Tribunal de Justiça devia, no acórdão Alcatel Austria e o.[27], pronunciar-se sobre a questão de saber se a decisão de adjudicação constitui uma decisão na acepção da Directiva 89/665. O Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente a esta questão. Ao examiná-la, o Tribunal de Justiça baseou-se nas diferentes fases do processo de concurso que a Directiva 89/665 tem em conta. «Assim, a Directiva 89/665 faz uma distinção entre a fase anterior à celebração do contrato, a que o artigo 2.°, n.° 1, é aplicável, e a fase posterior à celebração do mesmo, em relação à qual o Estado-Membro pode prever, nos termos do artigo 2.°, n.° 6, segundo parágrafo, que os poderes da instância responsável dos processos de recurso se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa lesada por uma violação» [28].

82. Teoricamente, a decisão de exclusão é inevitavelmente — mesmo que, na prática e do ponto de vista cronológico, o seja apenas por um segundo — anterior à decisão de adjudicação. Nesse sentido, não se compreende, do ponto de vista da tramitação processual, por que razão a decisão de exclusão não é integralmente susceptível de recurso.

83. De acordo com o objectivo da directiva, conforme definido no artigo 1.°, n.° 3, o processo de recurso deve ser acessível, pelo menos, a qualquer pessoa que tenha

27 — Acórdão já referido na nota 18.
28 — N.° 37 do acórdão.

interesse ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato de fornecimento, pelo que a decisão que se pronuncie directamente sobre a participação posterior ou sobre a exclusão do processo de adjudicação do contrato deve ser susceptível de recurso. A decisão de exclusão é igualmente uma decisão na qual a entidade pública adjudicante estabelece as condições de exclusão e aplica-as, autonomamente, a um concorrente. Esta aplicação individualizada de condições anteriormente estabelecidas tem um conteúdo decisório inteiramente autónomo, que deve possibilitar a interposição de recurso [29].

84. Este ponto de vista é confirmado pelos trabalhos preparatórios da directiva, para os quais a Comissão expressamente remeteu, no âmbito do presente processo [30]. A declaração comum finalmente inscrita na acta no protocolo dispõe em sentido análogo: o Conselho e a Comissão esclarecem que, para efeitos da presente directiva, qualquer pessoa excluída da participação num processo de adjudicação de um contrato público devido a uma alegada violação é uma pessoa que tem ou teve interesse na adjudicação de um contrato público e cujos direitos foram ou podem vir a ser lesados.

85. Esta declaração é favorável, tanto no que respeita à legitimidade para interpor recurso como à natureza da decisão impugnável, a uma concepção lata da protecção face às decisões das autoridades adjudicantes.

86. A decisão de exclusão deve, portanto, ser considerada uma decisão da qual é possível interpor recurso. Na medida em que o processo de recurso reveste, a nível interno e no exercício da competência atribuída aos Estados-Membros pelo artigo 1.° da Directiva 89/665, a forma de recurso de anulação, o recurso de anulação da decisão de exclusão deve ser admitido. A inexistência de recurso dos actos processuais anteriores não pode, enquanto tal, obstar à admissibilidade de recurso de anulação da decisão de exclusão.

87. Questão controversa, contudo, é a de saber quais os efeitos que a irrevogabilidade de um acto administrativo praticado numa fase anterior do processo de adjudicação implica no que respeita à procedência do recurso da decisão de exclusão. A irrevogabilidade do anúncio de concurso tem, na verdade, efeitos substantivos análogos aos de uma regra de caducidade, uma vez que — como já se demonstrou anteriormente [31] — os fundamentos do recurso assentes na ilegalidade daquele devem ser rejeitados por inadmissíveis.

29 — V., a favor de um direito de recurso em sentido amplo de todas as decisões proferidas no âmbito de um processo de adjudicação, conclusões do advogado-geral A. Tizzano, de 28 de Junho de 2001, no processo Hospital Ingenieure (C-92/00, acórdão de 18 de Junho de 2002, Colect., p. I-5553, p. I-5556, n.os 21 e segs.); a favor, implicitamente, do recurso de decisões proferidas no âmbito de um processo de adjudicação, na sequência de decisões anteriores, v. conclusões do advogado-geral J. Mischo, de 10 de Junho de 1999, no processo Alcatel Austria e o., já referido na nota 18, n.° 46.

30 — V. n.° 59, *supra*.

31 — V. n.° 63, *supra*.

88. O Tribunal de Justiça já teve, repetidamente, oportunidade de se pronunciar sobre a admissibilidade de regras de caducidade do direito interno invocadas face ao direito comunitário [32]. Em cada uma dessas ocasiões, o Tribunal de Justiça examinou detalhadamente os pressupostos e circunstâncias que excluíam, em cada caso, a possibilidade de invocar o direito comunitário relevante para, à luz deste, se decidir pela admissibilidade ou inadmissibilidade das regras de exclusão. Está, portanto, excluída uma resposta genérica à questão da admissibilidade de uma regra de caducidade.

89. No acórdão Peterbroek [33], já várias vezes referido, o litígio entre esta sociedade e o Governo belga referia-se à taxa do imposto aplicável aos não residentes. O fundamento da violação do direito comunitário foi invocado, pela primeira vez, como fundamento novo na cour d'appel. Segundo a norma de direito interno aplicável, o particular já não podia invocar na cour d'appel um fundamento novo baseado no direito comunitário, depois de esgotado o prazo de sessenta dias a partir da apresentação pelo director das contribuições da cópia autenticada da decisão impugnada [34].

90. No entender do Tribunal de Justiça, o prazo de 60 dias imposto ao particular não é criticável em si [35]. O Tribunal de Justiça considerou, porém, que, em aplicação dos princípios da equivalência e da eficácia, cada caso em que se coloca a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário deve ser analisado tendo em conta a situação dessa disposição no processo, a tramitação deste e as suas particularidades nas várias instâncias nacionais. Nesta perspectiva, há que tomar em consideração, se necessário, os princípios que estão na base do sistema jurisdicional nacional, como o da protecção dos direitos de defesa, o princípio da segurança jurídica e o da correcta tramitação do processo [36].

91. Depois de examinar as particularidades do processo em causa, o Tribunal de Justiça chegou à conclusão, neste processo, de que o direito comunitário se opõe à aplicação de uma norma processual nacional que proíbe o juiz nacional, a quem é submetido um litígio no âmbito da sua competência, de apreciar oficiosamente a compatibilidade de um acto de direito interno com uma disposição comunitária, quando esta última não tenha sido invocada dentro de um determinado prazo pelo particular [37].

92. Nos processos apensos Van Schijndel e Van Veen [38], discutia-se a aplicabilidade

32 — V., por exemplo, acórdãos Peterbroeck, já referido na nota 12; Van Schijndel e Van Veen, já referido na nota 10; Edis, já referido na nota 17; e Eco Swiss, já referido na nota 11.

33 — Nota 12.

34 — V. n.° 15 do acórdão.

35 — V. n.° 16 do acórdão.

36 — V. n.° 14 do acórdão.

37 — V. n.° 21 e dispositivo do acórdão.

38 — Acórdão já referido na nota 10.

das regras de direito comunitário da concorrência constantes do Tratado num litígio relativo à inscrição obrigatória num regime profissional de pensões. Concretamente, o argumento da violação do direito comunitário foi invocado, pela primeira vez, no âmbito do recurso de cassação no Hoge Raad dos Países Baixos. A natureza do recurso de cassação implica que só podem ser invocadas novas alegações quando versem matéria de direito. Em apoio dos fundamentos do recurso de cassação, os recorrentes tinham invocado factos e circunstâncias que não tinham sido dados como provados pelos órgãos jurisdicionais inferiores [39]. Colocava-se ao órgão jurisdicional de reenvio a questão de saber se podia, oficiosamente, aplicar o direito comunitário.

93. O Tribunal declarou, a este propósito, que: «Uma vez que, por força do direito nacional, os órgãos jurisdicionais devem suscitar oficiosamente os fundamentos de direito que decorrem de uma norma interna vinculativa, que não tenham sido adiantados pelas partes, igual obrigação se impõe relativamente às normas comunitárias vinculativas [...]. O mesmo se passa se o direito nacional conferir ao tribunal a faculdade de aplicar oficiosamente a norma de direito vinculativa» [40]. O Tribunal de Justiça considerou que, no contexto da aplicação dos princípios da equivalência e da eficácia, cada caso «deve ser analisado tendo em conta a posição que essa disposição ocupa no processo, a sua tramitação e as suas especificidades nas diversas instâncias nacionais» [41].

94. O Tribunal de Justiça concluiu que o órgão jurisdicional do Estado-Membro é obrigado a aplicar oficiosamente as normas comunitárias imperativas, da mesma forma que as normas nacionais imperativas. Todavia, tal só se aplica, desde que os tribunais não sejam obrigados «a abandonar o princípio dispositivo a cujo respeito estão obrigados» e a «sai[r] dos limites do litígio como foi circunscrito pelas partes» [42].

95. O processo Edis [43] tinha por objecto o reembolso de montantes indevidamente pagos a título de taxa de concessão contrária ao direito comunitário. A incompatibilidade dessa taxa com o direito comunitário só se tinha revelado na sequência de um acórdão do Tribunal de Justiça [44]. As autoridades opunham ao pedido do concessionário um prazo de caducidade de três anos, aplicável em matéria fiscal. O Tribunal de Justiça declarou que o direito comunitário não obsta a que um Estado-Membro aplique às acções para restituição de imposições cobradas em violação do direito comunitário um prazo nacional de caducidade de três anos, desde que esse prazo de caducidade se aplique de igual modo às acções para restituição dessas imposições que se baseiam no direito comunitário e às que se baseiam no direito interno.

96. No processo Eco Swiss [45] colocava-se, entre outras, a questão de saber se um

39 — V. n.° 11 do acórdão.

40 — V. n.os 13 e 14 do acórdão.

41 — V. n.° 19 do acórdão.

42 — V. dispositivo do acórdão.

43 — Acórdão já referido na nota 17.

44 — Acórdão de 20 de Abril de 1993, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni (C-71/91 e C-178/91, Colect., p. I-1915); v. n.° 5 do acórdão Edis, já referido na nota 17.

45 — Acórdão já referido na nota 11.

tribunal nacional devia afastar uma norma processual nacional segundo a qual uma decisão arbitral adquire, em certas condições, força de caso julgado, a fim de poder aplicar as normas de direito comunitário pertinentes aos factos relevantes [46]. O Tribunal de Justiça respondeu a esta questão pela negativa. No entender do Tribunal de Justiça, o prazo previsto no direito interno para a propositura da acção de anulação não tornava excessivamente difícil ou na prática impossível o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária [47].

97. A fim de extrair da jurisprudência atrás descrita as consequências para o caso ora em apreço, deve partir-se do princípio de que os prazos de caducidade não são, em si, postos em causa. Tal como no acórdão Peterbroek, um prazo de caducidade de 60 dias não é, por si só, susceptível de impugnação. Do ponto de vista do direito comunitário, a aplicação de prazos de caducidade no âmbito de processos de adjudicação de contratos públicos também não é, por si só, criticável. Também me pronunciei neste sentido nas minhas conclusões apresentadas em 8 de Novembro de 2001 no processo Universale-Bau [48].

98. Decorre, porém, da jurisprudência atrás referida [49], que na apreciação da conformidade de normas que fixam prazos de caducidade com o direito comunitário devem ser tomados em consideração os princípios da equivalência e da eficácia, assim como as circunstâncias concretas dos respectivos contextos factuais e normativos [50].

99. No que respeita aos princípios da equivalência e da eficácia, ficou atrás exposto [51] que os mesmos só têm aplicação se não existir nenhuma regulamentação comunitária nessa matéria. Nessa medida, seria necessário, quanto à questão da recorribilidade da decisão de exclusão, fazer referência à Directiva 89/665 relativa aos recursos. Todavia, coloca-se agora a questão da admissibilidade de regras de caducidade no âmbito de processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento. A Directiva 89/665 não contém qualquer norma expressa nessa matéria [52]. Nesta medida, a decisão sobre a admissibilidade de normas de caducidade tem de assentar nos princípios da equivalência e da eficácia.

100. No que respeita ao princípio da equivalência, deve partir-se do princípio, na falta de informações em contrário, de que o prazo de caducidade diz respeito a direitos invocados quer os mesmos assentem no direito nacional quer no direito comunitário.

46 — V. n.º 43 do acórdão.

47 — V. n.º 45 do acórdão.

48 — C-470/99, acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Colect., p. I-11617, p. I-11620, n.º 68.

49 — V. n.os 89 a 96, *supra*.

50 — Acórdãos Peterbroeck, já referido na nota 12, n.os 12 e 14; Van Schijndel e Van Veen, já referido na nota 10, n.os 17 e 19; e Edis, já referido na nota 17, n.º 19.

51 — V. n.os 77 e 78.

52 — V., a este propósito, a minha análise nas conclusões apresentadas no processo Universale-Bau, já referido na nota 48, n.º 69.

101. O princípio da eficácia exige, quanto ao fundo [53], que os processos nacionais não tornem o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário praticamente impossível ou excessivamente difícil. Se a violação do direito comunitário respeita a um acto administrativo anterior, praticado no âmbito de um anúncio de concurso, há que partir do princípio de que o prazo de recurso de 60 dias não obsta à efectiva aplicação do direito comunitário. São favoráveis a este entendimento os imperativos de segurança jurídica e de regularidade da tramitação processual. Estes pressupõem a protecção da confiança dos concorrentes no decurso regular das fases do processo já terminadas.

102. A Directiva 89/665, que impõe meios «rápidos» e «eficazes» de recurso das decisões das autoridades adjudicantes [54], também não oferece *a priori* qualquer base de apoio à crítica do prazo para recurso de 60 dias. Por outro lado, já se referiu, a propósito da impugnabilidade de uma decisão de exclusão, que uma decisão posterior ao processo de adjudicação pode ser a concretização de uma decisão anterior, com um conteúdo normativo autónomo.

103. Uma concepção puramente abstracta do prazo de caducidade não corresponde, deste modo, à problemática do presente caso. Pelo contrário, devem-se ter por base as circunstâncias concretas e os trâmites processuais que precederam o recurso de anulação da decisão de exclusão. Na verdade, a cláusula que está na origem do litígio foi publicada no anúncio de concurso. Foi, portanto, dada a conhecer aos interessados no contrato. Já nesta fase, a recorrente tinha dúvidas quanto à legalidade dessa cláusula e, aliás, tinha-as comunicado às autoridades adjudicantes.

104. A entidade adjudicante reagiu às dúvidas suscitadas pela recorrente, adiando a abertura das propostas e solicitando às empresas em causa o envio de documentação justificativa, «[...] sustentando que a mencionada cláusula podia interpretar-se como respeitando à facturação global das empresas participantes e que o fornecimento de produtos idênticos aos pedidos [...] poderia por isso ser tido em conta não já como requisito de admissão ao concurso mas exclusivamente como critério de apreciação da pontuação em matéria de qualidade» [55].

105. A entidade adjudicante deu assim a entender que tomou em consideração as dúvidas da recorrente e deixou supor que aplicaria a cláusula em questão de maneira

53 — V. a jurisprudência relativa a esse ponto, já referida na nota 25.

54 — V. artigo 1.°, n.° 1, da directiva.

55 — Segundo o pedido de decisão prejudicial, que reproduz textualmente a acta n.° 1 da comissão de adjudicação, de 12 de Dezembro de 1996.

conforme com o direito comunitário. Só quando da adopção da decisão de exclusão tomou uma posição definitiva quanto à interpretação a dar às cláusulas do anúncio de concurso. A entidade adjudicante adoptou uma interpretação das cláusulas do anúncio de concurso que as fez parecer — pelo menos aos olhos do órgão jurisdicional nacional competente para conhecer do litígio — ilegais à luz do direito (comunitário).

106. Sublinhe-se que uma interpretação diferente das cláusulas do anúncio de concurso poderia ter obstado à ilegalidade da cláusula *e* que a entidade adjudicante, inicialmente, deu a entender que procederia dessa forma. A recorrente apenas obteve um esclarecimento definitivo quanto à interpretação, em seu entender ilegal, das cláusulas do anúncio de concurso através da decisão de exclusão. Apenas nesta decisão se concretizou uma ilegalidade que, na verdade, estava já latente nas cláusulas do anúncio de concurso.

107. Por conseguinte, pode igualmente defender-se que a recorrente só tomou conhecimento, definitivamente, da ilegalidade das cláusulas do anúncio de concurso através da decisão de exclusão. Esse conhecimento pode ter consequências quanto à data do início da contagem do prazo de 60 dias. Saber se este prazo começa a correr sempre com a publicação do anúncio de concurso ou se, nas referidas circunstâncias, apenas começa a correr a partir do conhecimento da ilegalidade de uma determinada cláusula, é uma questão que, em última análise, deve ser decidida no âmbito do direito processual nacional.

108. Em todo o caso, nesta situação, há que concluir que foi dificultado, de forma excessiva, à recorrente o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário. Não é justo, portanto, que a recorrente já não possa invocar, em recurso judicial interposto da decisão de exclusão, uma violação do direito comunitário que, embora contida nas cláusulas do anúncio de concurso só lesou os seus direitos através da decisão de exclusão.

109. Ora, o Governo francês afirmou que a recorrente podia ter instaurado uma providência cautelar contra as cláusulas do anúncio de concurso, mesmo que estivesse em negociações com a autoridade adjudicante relativamente à cláusula do anúncio de concurso que, no entender da recorrente, era ilegal. Tal seria verdade se a autoridade adjudicante não tivesse reagido às dúvidas manifestadas pela recorrente. Todavia, tendo em conta o modo como a autoridade adjudicante acolheu, num primeiro momento, as suas dúvidas, a recorrente podia legitimamente pensar que as suas preocupações tinham sido ouvidas e, eventualmente, atendidas, pela entidade adjudicante. Também não se deve menosprezar o facto de a recorrente se encontrar numa situação de expectativa na adjudicação do contrato e de não ser oportuno, nessa

situação, comprometer as relações futuras com a entidade adjudicante mediante a interposição de um recurso [56].

110. Também não parece que uma simples providência cautelar caiba no espírito da Directiva 89/665. Com efeito, o artigo 1.°, n.° 3, segunda frase, da directiva dispõe o seguinte: «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.» Esta possibilidade atribuída aos Estados-Membros indica, claramente, que deve ser aberto caminho a uma conciliação amigável antes da interposição do recurso. Em todo o caso, não é do interesse das partes interessadas surpreender a entidade pública adjudicante com a interposição de um recurso.

111. Quanto às consequências desta situação, coloca-se a questão de saber se não estava já suspenso o prazo de 60 dias para o recurso de anulação do anúncio de concurso. Também se pode pensar que, pelo seu comportamento, a entidade adjudicante interrompeu o prazo de recurso, uma vez que, num primeiro momento, atendeu efectivamente às dúvidas da recorrente e pediu, não só à recorrente como também a outros concorrentes interessados, informações mais completas do que as inicialmente exigidas. Uma vez que, na situação concreta, foi dificultado à recorrente, de forma excessiva, o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário, a insistência, em abstracto, no prazo de 60 dias é, de qualquer forma, inconveniente.

112. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio esgotar todas as possibilidades oferecidas pela ordem jurídica interna para tornar aplicáveis as normas comunitárias ao caso concreto. Se não existir nenhuma via menos radical, o órgão jurisdicional de reenvio pode ser obrigado — como já explicou — a recorrer ao instituto jurídico da não aplicação na acepção do artigo 5.° da legge italiana n.° 2248, de 20 de Março de 1865. As consequências jurídicas que possam ulteriormente resultar da eventual anulação da decisão de exclusão são reguladas pela ordem jurídica nacional.

113. Da orientação ora proposta resulta desnecessário analisar a segunda questão formulada pelo órgão jurisdicional de reenvio, na medida em que este, no interesse da correcta aplicação do direito comunitário, tem devidamente em consideração o interesse legítimo do concorrente excluído, uma vez esgotadas todas as possibilidades oferecidas pela ordem jurídica interna.

56 — V., a propósito de uma situação análoga, as conclusões do advogado-geral J. Mischo, apresentadas em 10 de Junho de 1999 no processo Alcatel Austria e o., já referidas na nota 29, n.° 38.

VII — Conclusão

Em conclusão e tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal que responda à questão prejudicial da seguinte forma:

«A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativa à coordenação das disposições legais e administrativas sobre recursos no âmbito dos contratos públicos de fornecimento e de empreitada, deve ser interpretada no sentido de que os órgãos jurisdicionais competentes são obrigados a admitir um recurso rápido e eficaz de todas as decisões do órgão adjudicante, incluindo as decisões de exclusão de uma empresa, independentemente de ter ou não sido impugnada uma decisão anterior, se e na medida em que a autoridade, através do seu comportamento, tornou impossível ou dificultou excessivamente a um cidadão da União Europeia, cujos direitos foram lesados por actos contrários ao direito comunitário, o exercício, nos tribunais, dos direitos àquele conferidos pelo direito comunitário. Cumpre ao juiz nacional decidir, no presente processo, se é necessário recorrer ao instituto jurídico da não aplicação na acepção da legge italiana n.° 2248, de 20 de Março de 1865.»