ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quinta Secção)

20 de Maio de 2010 *

No processo T-258/06,

República Federal da Alemanha, representada por M. Lumma e C. Schulze-Bahr, na qualidade de agentes,

recorrente,

apoiada por:

República Francesa, representada inicialmente por G. de Bergues, em seguida por G. Bergues e J.-C. Gracia, e por último por G. Bergues e J.-S. Pilczer, na qualidade de agentes,

por

República da Áustria, representada por M. Fruhmann, C. Pesendorfer e C. Mayr, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: alemão.

por

República da Polónia, representada inicialmente por E. Ośniecka-Tamecka, em seguida por T. Nowakowski, em seguida por M. Dowgielewicz, em seguida por M. Dowgielewicz e K. Rokicka e K. Zawisza, e por último por M. Szpunar, na qualidade de agentes,

por

Reino dos Países Baixos, representado inicialmente por H. Sevenster, em seguida por C. Wissels e M. de Grave, e por último por C. Wissels, M. Grave e Y. de Vries, na qualidade de agentes,

por

Parlamento Europeu, representado por U. Rösslein e J. Rodrigues, na qualidade de agentes,

por

República Helénica, representada por D. Tsagkaraki e M. Tassopoulou, na qualidade de agentes,

e por

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado inicialmente por Z. Bryanston-Cross, e em seguida por L. Seeboruth, na qualidade de agentes,

intervenientes,

contra

Comissão Europeia, representada por X. Lewis e B. Schima, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objecto um pedido de anulação da Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO 2006, C 179, p. 2),

O TRIBUNAL GERAL (Quinta Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente, M. Prek e V. M. Ciucă (relator), juízes,

secretário: T. Weiler, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 29 de Abril de 2009,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio

1 Em 23 de Junho de 2006, a Comissão das Comunidades Europeias adoptou uma comunicação interpretativa sobre o «direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos "(a seguir "comunicação»). Com efeito, no que diz respeito à adjudicação de contratos públicos, a Comunidade Europeia tinha adoptado, em 2004, a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1), e a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), que estabelecem normas pormenorizadas de

execução, pelas quais se devem reger os procedimentos de adjudicação de contratos com abertura à concorrência (a seguir, designadas globalmente, «directivas contratos públicos»).

2 Contudo, determinados contratos não são abrangidos, ou só o são parcialmente, por estas directivas. Resulta do texto da comunicação que esta abrange os contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas contratos públicos e os contratos que constam do anexo II B da Directiva 2004/18 e do anexo XVII B da Directiva 2004/17, cujo valor excede os limiares para a aplicação das directivas contratos públicos (a seguir «contratos II B»).

3 Além disso, a comunicação recorda que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as regras do mercado interno se aplicam também aos contratos não abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas contratos públicos. Na comunicação, a Comissão explicita a sua interpretação da jurisprudência do Tribunal de Justiça e sugere um determinado número de melhores práticas a fim de ajudar os Estados-Membros a colher todas as vantagens do mercado interno. Contudo, a comunicação precisa que não cria novas normas legislativas.

4 A comunicação recorda os princípios fundamentais aplicáveis à adjudicação de contratos públicos, que derivam directamente das regras do Tratado CE, conforme interpretadas pelo Tribunal de Justiça.

5 A comunicação distingue assim os contratos públicos não relevantes para o mercado interno, aos quais as regras decorrentes do Tratado CE não se aplicam, e os contratos que apresentam uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno, que devem respeitar essas regras. O carácter relevante de cada contrato público para o mercado interno deve ser avaliado caso a caso pelas entidades adjudicantes. Se o exame do contrato público revelar que ele é relevante para o mercado interno, então a adjudicação deve respeitar as regras fundamentais do direito comunitário.

6 O ponto 2 da comunicação diz respeito aos princípios fundamentais para a celebração de contratos com relevância para o mercado interno. A Comissão faz aí referência, fazendo-a decorrer da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a uma obrigação de transparência que consiste em garantir um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos. A Comissão conclui daí, no ponto 2.1.1. da comunicação, que a única forma de respeitar as exigências estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça passa pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível. Além disso, a comunicação propõe, no ponto 2.1.2., um determinado número de meios concretos de publicidade adequados e frequentemente utilizados. A este respeito, refere a Internet, os jornais oficiais nacionais, os diários nacionais especializados na publicação de anúncios de concursos públicos, jornais com cobertura nacional ou regional ou publicações especializadas, as publicações locais e o *Jornal Oficial da União Europeia*/TED [disponível na Internet através da base de dados dos contratos públicos europeus TED (Tenders Electronic Daily)].

7 No que diz respeito à adjudicação dos contratos públicos, a comunicação precisa, no ponto 2.2., que a adjudicação tem de se processar em conformidade com as regras e princípios do Tratado CE, o que implica, designadamente, respeitar os princípios da não discriminação e da transparência. A melhor forma de alcançar um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação, consiste numa descrição não discriminatória do objecto do contrato, na igualdade de acesso para os operadores económicos de todos os Estados-Membros, no reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros comprovativos de qualificações formais, em prazos apropriados, bem como numa abordagem transparente e objectiva.

8 Por último, a comunicação salienta, no ponto 2.3., a importância da protecção judicial que controla a imparcialidade do procedimento.

Tramitação processual

9 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 12 de Setembro de 2006, a República Federal da Alemanha interpôs o presente recurso.

10 Em 19 de Dezembro de 2006, a República Francesa apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 9 de Março de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção. Em 14 de Junho de 2007, a República Francesa apresentou as suas alegações de intervenção.

11 Em 5 de Janeiro de 2007, a República da Áustria apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 9 de Março de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção. Em 14 de Junho de 2007, a República da Áustria apresentou as suas alegações de intervenção.

12 Em 10 de Janeiro de 2007, a República da Polónia apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 9 de Março de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção. Em 12 de Junho de 2007, a República da Polónia apresentou as suas alegações de intervenção.

13 Em 18 de Janeiro de 2007, o Reino dos Países Baixos apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 9 de Março de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção. Em 13 de Junho de 2007, o Reino dos Países Baixos apresentou as suas alegações de intervenção.

14 Em 22 de Janeiro de 2007, o Parlamento Europeu apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 9 de Março de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa

intervenção. Em 13 de Junho de 2007, o Parlamento apresentou as suas alegações de intervenção.

15 Em 27 de Março de 2007, a República Helénica apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 14 de Maio de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção e autorizou a República Helénica a apresentar as suas observações durante a fase oral, em conformidade com o artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

16 Em 13 de Agosto de 2007, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Por despacho de 8 de Outubro de 2007, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu essa intervenção e autorizou o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte a apresentar as suas observações durante a fase oral, em conformidade com o artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo.

17 A Comissão apresentou as suas observações sobre as alegações de intervenção da República Francesa, da República da Áustria, da República da Polónia, do Reino dos Países Baixos e do Parlamento em 18 de Setembro de 2007. A República Federal da Alemanha não apresentou observações sobre as alegações de intervenção.

18 A composição das Secções do Tribunal Geral foi alterada a partir de 25 de Setembro de 2007, tendo o juiz-relator sido afectado à Quinta Secção, à qual o presente processo foi, consequentemente, atribuído.

19 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Quinta Secção) decidiu dar início à fase oral. Na audiência de 29 de Abril de 2009, foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal. O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte não assistiu à audiência.

Pedidos das partes

20 A República Federal da Alemanha conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a comunicação;

— condenar a Comissão Europeia nas despesas.

21 A República Francesa, a República da Áustria e o Reino dos Países Baixos concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a comunicação;

— condenar a Comissão nas despesas.

22 O Parlamento e a República da Polónia concluem pedindo que o Tribunal se digne anular a comunicação.

23 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso inadmissível;

— condenar a República Federal da Alemanha nas despesas.

Quanto à admissibilidade

A — *Observações preliminares*

24 Sem suscitar formalmente uma excepção de inadmissibilidade, a Comissão contesta a admissibilidade do recurso pelo facto de a comunicação não constituir um acto susceptível de ser objecto de um recurso de anulação. A comunicação é uma comunicação interpretativa, acto que, formalmente, pertence à categoria das recomendações e pareceres, que não são vinculativos à luz do Tratado CE. Consequentemente, a escolha desta forma jurídica leva desde logo a concluir que o acto não se destina a produzir efeitos jurídicos vinculativos. A Comissão precisa que uma comunicação interpretativa tem normalmente por finalidade explicitar os direitos e os deveres decorrentes de disposições do direito comunitário, tendo em conta, se for caso disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Daqui resulta que uma comunicação interpretativa,

por natureza, não é um acto adequado a produzir efeitos jurídicos vinculativos para terceiros susceptível de ser objecto de um recurso de anulação. A Comissão sustenta também que decorre da letra da comunicação que esta não tinha a intenção de fixar regras juridicamente vinculativas, mas que a sua formulação demonstra, pelo contrário, que a comunicação ou reproduz a jurisprudência do Tribunal de Justiça ou indica, através de recomendações não vinculativas, as suas próprias conclusões sobre essa jurisprudência.

25 Convém recordar que, segundo jurisprudência constante, é possível o recurso de anulação de todas as disposições tomadas pelas instituições que se destinem a produzir efeitos jurídicos, quaisquer que sejam a respectiva natureza ou forma (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1997, França/Comissão, C-57/95, Colect., p. I-1627, n.º 7 e jurisprudência referida).

26 No caso em apreço, trata-se de uma comunicação adoptada pela Comissão e integralmente publicada na série C do Jornal Oficial. Como resulta dos autos, este acto tem por objectivo dar a conhecer a tese geral da Comissão quanto à aplicação dos princípios fundamentais relativos à adjudicação dos contratos públicos, que resultam directamente das regras e dos princípios do Tratado CE, nomeadamente os princípios da não discriminação e da transparência, aos contratos públicos não abrangidos, ou apenas parcialmente abrangidos, pelas directivas contratos públicos.

27 Para apreciar se a comunicação tem por objectivo produzir efeitos jurídicos novos relativamente aos que envolve a aplicação dos princípios fundamentais do Tratado CE, há que examinar o seu conteúdo (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 1990, França/Comissão, C-366/88, Colect., p. I-3571, n.º 11; de 13 de Novembro de 1991, França/Comissão, C-303/90, Colect., p. I-5315, n.º 10; e de 20 de Março de 1997, França/Comissão, referido no n.º 25 *supra*, n.º 9).

28 Assim, há que examinar se a comunicação se limita a explicitar as disposições relativas à livre circulação de mercadorias, à liberdade de estabelecimento, à livre prestação de serviços, os princípios da não discriminação, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade e as regras de transparência e de reconhecimento mútuo aplicáveis aos contratos que não são abrangidos ou só o são parcialmente pelas directivas contratos públicos, ou se estabelece obrigações específicas em relação a essas disposições, princípios e regras (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1993, França/Comissão, C-325/91, Colect., p. I-3283, n.º 14, e de 20 de Março de 1997, França/Comissão, referido no n.º 25 *supra*, n.º 13).

29 Consequentemente, a mera circunstância, como alega a Comissão, de uma comunicação interpretativa não se apresentar, pela sua forma, pela sua natureza ou pela sua letra, como um acto destinado a produzir efeitos jurídicos não é suficiente para concluir que não produz efeitos jurídicos obrigatórios.

30 A República Federal da Alemanha admite, todavia, que existem comunicações da Comissão de carácter não vinculativo que são publicadas. Considera, no entanto, que, no caso em apreço, a publicação da comunicação é uma circunstância que não pode ser ignorada para fins da apreciação dos seus efeitos jurídicos. Com efeito, a publicação é uma condição necessária para a existência de uma regra de direito e a comunicação é concebida para produzir um efeito externo, como uma regra de direito.

31 A este respeito, como foi acima referido, se o exame do conteúdo da comunicação revelar que esta estabelece obrigações específicas ou novas, o recurso deve ser julgado admissível, sem que seja necessário examinar se a comunicação foi objecto de publicação. Em contrapartida, na inexistência dessas obrigações, a simples publicação da comunicação não é suficiente para concluir que esta constitui um acto susceptível de ser objecto de um recurso de anulação.

B — *Quanto ao conteúdo da comunicação*

32 Em apoio do seu recurso, a República Federal da Alemanha, apoiada pelos intervenientes, alega, no essencial, que a comunicação é um acto vinculativo, dado que contém novas regras de adjudicação dos contratos públicos que vão além das obrigações decorrentes do direito comunitário existente e que produzem efeitos jurídicos para os Estados-Membros, o que, consequentemente, determina a incompetência da Comissão quanto à possibilidade de adoptar essas regras.

33 A este respeito, a República Federal da Alemanha e os intervenientes sustentam, no essencial, que, em primeiro lugar, a comunicação estabelece, designadamente no ponto 2.1., relativamente aos contratos públicos de valor inferior aos limiares das directivas contratos públicos e dos contratos II B, uma obrigação de publicidade prévia (*ex ante*) não prevista pelos princípios fundamentais do Tratado CE, tal como interpretados pelo Tribunal de Justiça. Em segundo lugar, a República Federal da Alemanha alega que as obrigações decorrentes do ponto 2.2. da comunicação vão sensivelmente além do que resulta da interpretação dos princípios fundamentais do Tratado CE pelo Tribunal de Justiça. Em terceiro lugar, a República Federal da Alemanha invoca a transposição pura e simples das derrogações que as directivas contratos públicos prevêem para as adjudicações de contratos por ajuste directo para os contratos que estão fora do âmbito de aplicação das directivas contratos públicos, como referido no ponto 2.1.4. da comunicação. Por último, a República Federal da Alemanha alega que resulta um efeito jurídico do ponto 1.3. da comunicação, que prevê que sejam intentados processos por incumprimento ao abrigo do artigo 226.º CE em caso de incumprimento da comunicação. Segundo a República Federal da Alemanha e os intervenientes, todos estes elementos levam a concluir que a comunicação está destinada a produzir efeitos jurídicos.

1. *Quanto à primeira alegação, relativa a uma obrigação de publicidade prévia (ponto 2.2.1. da comunicação)*

a) Argumentos das partes

República Federal da Alemanha

34 A República Federal da Alemanha sustenta que a comunicação prevê, designadamente no ponto 2.1.1., uma obrigação de princípio, a cargo dos Estados-Membros, de publicação prévia de todos os contratos previstos e, portanto, os contratos públicos com um valor inferior aos limiares das directivas contratos públicos e dos contratos II B. Ora, não é possível inferir uma obrigação de publicidade prévia, e, consequentemente, de transparência *ex ante*, da jurisprudência do Tribunal de Justiça em que a comunicação se apoia. Portanto, não decorre uma obrigação *ex ante* dos princípios fundamentais do Tratado CE ou da sua interpretação pelo Tribunal de Justiça.

35 Quanto a este ponto, a República Federal da Alemanha acrescentou, nas suas alegações orais, que, não obstante o facto de determinados acórdãos do Tribunal de Justiça posteriores à adopção da comunicação fazerem referência a uma obrigação de publicidade prévia, esta evolução jurisprudencial não pode fundamentar retroactivamente essa obrigação.

36 Segundo a República Federal da Alemanha, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em que a comunicação se apoia, e, designadamente, os acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745, a seguir «acórdão

Telaustria»), de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287), e de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585), aplica-se unicamente às concessões de serviços, domínio não abrangido pelo âmbito de aplicação da comunicação.

37 Acresce que as concessões de serviços se distinguem dos contratos públicos inferiores aos limiares acima referidos pelo seu interesse económico, que ultrapassa geralmente os limiares europeus e as aproximam assim dos contratos abrangidos pelas directivas contratos públicos. Consequentemente, se a obrigação de transparência pode ser adequada em matéria de concessão de serviços, o mesmo não acontece seguramente com os contratos objecto da comunicação. Segundo a República Federal da Alemanha, é assim impossível transpor directamente para os contratos inferiores aos limiares de aplicação a jurisprudência relativa às concessões de serviços.

38 Além disso, a República Federal da Alemanha alega que as duas outras decisões referidas na comunicação, que dizem respeito a contratos inferiores aos limiares (despacho do Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 2001, Vestergaard, C-59/00, Colect., p. I-9505, e acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 2005, Comissão/França, C-264/03, Colect., p. I-8831), também não podem fundamentar a obrigação de publicidade prévia. Segundo a República Federal da Alemanha, o Tribunal de Justiça não se pronunciou em nenhuma das decisões sobre uma qualquer obrigação de transparência, tendo-se limitado a declarar aplicável ao caso em apreço o princípio da não discriminação (despacho Vestergaard, já referido, n.os 20 e 24, e acórdão Comissão/França, já referido, n.os 32 e 33). Assim, a obrigação de transparência *ex ante* não pode ser transposta para os contratos visados pela comunicação.

39 Em qualquer caso, a República Federal da Alemanha considera que os contratos públicos inferiores aos limiares têm, de um modo geral, um interesse económico muito reduzido e, portanto, não violam as liberdades fundamentais em causa porque só têm efeitos aleatórios e indirectos sobre essas liberdades (acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 20). Esta afirmação foi confirmada pelas conclusões da advogada-geral E. Sharpston apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão do

Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 2007, Comissão/Finlândia (C-195/04, Colect., pp. I-3351, I-3353, n.os 83 e 85).

40 Acresce que a comunicação vai além do direito vigente relativo aos contratos II B, uma vez que esses contratos apresentam geralmente especificidades locais e têm um potencial reduzido para os contratos transfronteiriços, o que explica o facto de o legislador comunitário os submeter apenas a uma obrigação de transparência *ex post* e não *ex ante*, como a partir de agora impõe a comunicação.

41 Por outro lado, para a República Federal da Alemanha, a obrigação de publicidade prévia da adjudicação dos contratos apenas faz sentido e é eficaz se as suas modalidades servirem o objectivo de abertura dos contratos. Ora, não é esse o caso quando não existe nenhum ou muito poucos concorrentes estrangeiros susceptíveis de terem um interesse potencial nos contratos em questão, como os contratos abrangidos pela comunicação. A este respeito, o Tribunal de Justiça recordou no seu acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, que existem contratos para os quais os efeitos sobre os princípios fundamentais em causa previstos no Tratado CE são demasiado aleatórios e demasiado indirectos para se poder concluir que os mesmos foram eventualmente violados. O ponto 1.3. da comunicação revela que a Comissão está consciente que o reduzido interesse económico de determinados contratos os tornam pouco atractivos aos olhos das empresas estrangeiras, o que justifica a inexistência de obrigação de publicidade prévia nesse caso.

42 Ora, ao estabelecer limiares de aplicação das directivas contratos públicos, o legislador comunitário previu expressamente que abaixo desses valores deve, em princípio, presumir-se que os efeitos no mercado interno são «aleatórios ou indirectos» e assim concluir que não há interesse por parte dos concorrentes estrangeiros. Esta previsão do legislador deve ser respeitada pela Comissão. A República Federal da Alemanha salienta que a advogada-geral E. Sharpston também é desta opinião nas conclusões que apresentou no processo no qual foi proferido o acórdão Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra* (n.os 85 e 96). Além do mais, segundo a República Federal da Alemanha, não se pode razoavelmente exigir às entidades adjudicantes que examinem em

cada caso a relevância de um contrato público para o mercado interno, como prevê o ponto 1.3. da comunicação, mas essas entidades adjudicantes devem, pelo contrário, poder verificar rapidamente quais as obrigações de transparência que lhes incumbem. Na audiência, a República Federal da Alemanha acrescentou que a abordagem concreta e individual prosseguida no ponto 1.3. da comunicação é, designadamente, contrária ao acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2008, SECAP (C-147/06 e C-148/06, Colect., p. I-3565), no qual o Tribunal autorizou uma definição abstracta e geral da relevância de um contrato público para o mercado interno.

43 Também não se pode exigir às entidades adjudicantes que examinem em cada caso se um contrato II B ou um contrato inferior ao limiar é relevante para o mercado interno. Com efeito, o princípio da segurança jurídica exige que as autoridades nacionais possam verificar rapidamente as obrigações de publicidade que lhes são aplicáveis. É este princípio que os limiares fixados e a lista dos contratos II B visam satisfazer.

44 Em seguida, a República Federal da Alemanha considera que a obrigação de publicidade prévia prevista na comunicação vai além da proibição de proceder a discriminações durante o processo de adjudicação dos contratos (privilegiando, por exemplo, os concorrentes alemães relativamente aos concorrentes estrangeiros). Esta obrigação tem como consequência uma obrigação de agir imposta às entidades adjudicantes para permitir e encorajar as propostas transfronteiriças.

45 Segundo a República Federal da Alemanha, a publicidade considerada necessária na comunicação aproxima-se das regras previstas nas directivas contratos públicos e revela-se longa e dispendiosa. Baseando-se nas conclusões da advogada-geral E. Sharpston apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 s*upra*, a República Federal da Alemanha é, assim, da opinião de que incumbe aos Estados-Membros determinar as modalidades do princípio da transparência. Da mesma forma, resulta do n.º 98 das conclusões da advogada-geral

E. Sharpston apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, que a questão de saber em que consiste um nível de publicidade adequado para os contratos de baixo valor é da competência do direito nacional.

46 Quanto a este ponto, a República Federal da Alemanha precisou, na audiência, que contestava, nomeadamente, a obrigação das entidades adjudicantes escolherem o meio mais adequado para assegurar a publicidade dos seus contratos, tal como prevista no primeiro parágrafo do ponto 2.1.2. da comunicação. Ao referir-se a cada entidade adjudicante, a Comissão prossegue uma abordagem concreta e individual, que não decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A este respeito, a República Federal da Alemanha acrescentou que não contestava o elenco indicativo das formas de publicidade adequada enunciado no ponto 2.1.2. da comunicação.

47 Deste modo, a República Federal da Alemanha considera que os contratos abrangidos pela comunicação não estão precisamente submetidos a nenhuma obrigação geral de transparência decorrente do direito comunitário. A obrigação de publicidade prévia resultante da comunicação vai, assim, sensivelmente além do que decorre da interpretação dos princípios fundamentais do Tratado CE feita pelo Tribunal de Justiça.

Intervenientes

48 Segundo a República Francesa, há que examinar se a comunicação se limita a explicitar as regras e os princípios do Tratado CE relativos à adjudicação de contratos públicos ou se estabelece novas obrigações relativamente a essas regras e a esses princípios. Ora, a comunicação acresce ao direito existente.

49 A este respeito, a República Francesa alega nomeadamente que, no despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, o Tribunal de Justiça não impôs nenhuma obrigação geral de assegurar uma publicidade adequada no que diz respeito aos contratos inferiores aos limiares, mas que o referido despacho diz respeito à aplicação do princípio da não discriminação e não à obrigação de transparência. O Tribunal de Justiça considerou no n.º 20 do despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, que, ainda que determinados contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE, e seguidamente concluiu que o artigo 28.º CE se opõe a que uma entidade adjudicante insira, no caderno de encargos relativo a um contrato, uma cláusula que exija, para execução do contrato, a utilização de um produto de marca determinada, sem acrescentar a menção «ou equivalente» (despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 24).

50 Essa obrigação geral de publicidade adequada no que diz respeito aos contratos inferiores aos limiares também não decorre do acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*. Com efeito no n.º 32 desse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, apesar de certos contratos estarem excluídos do âmbito de aplicação das directivas comunitárias no domínio dos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebram estão, todavia, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE e o princípio da não discriminação, em razão da nacionalidade em particular. Mas, segundo o Tribunal de Justiça, daqui apenas resulta que a disposição francesa controvertida constitui um entrave à livre prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE, na medida em que tem por resultado reservar a missão de representação do dono da obra por delegação a uma lista taxativa de pessoas colectivas de direito francês (acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*, n.º 68).

51 Além disso, a República Francesa considera que, se, no acórdão Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, o Tribunal de Justiça se referiu a uma obrigação de publicidade adequada, é porque se tratava de uma concessão com um grande valor económico. Esta conclusão é confirmada pelo acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, que, *a contrario*, dizia respeito a um contrato de concessão com um muito reduzido interesse económico.

52 Em todo o caso, a República Francesa alega que, se se devesse considerar que da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta uma obrigação de publicidade adequada, de qualquer forma esta não poderia consistir numa obrigação de publicidade prévia como impõe a comunicação no ponto 2.1.1.

53 Além disso, a República Francesa sustenta que decorre das conclusões dos advogados-gerais E. Sharpston apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, e N. Fennelly apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão Telaustria, referido no n.º 36 s*upra* (Colect., p. I-10747), que a obrigação de transparência não implica uma obrigação de publicidade prévia, como prevê o ponto 2.1.2. da comunicação.

54 No que diz respeito aos contratos II B, a República Francesa considera que a escolha do Conselho em não os submeter a uma obrigação de publicidade prévia é esclarecida no décimo oitavo e décimo nono considerandos da Directiva 2004/18. Daí decorre que os contratos II B não estão sujeitos à aplicação integral da directiva, isto é, em especial, a uma obrigação de publicidade prévia, mas são objecto de uma vigilância cujo mecanismo deve permitir aos interessados ter acesso às informações na matéria.

55 A República Francesa considera assim que, na Directiva 2004/18, o Conselho decidiu claramente submeter, em matéria de publicidade, os contratos II B a um regime específico e completo que constitui um regime de adjudicação mais simples.

56 A República da Áustria considera também que a comunicação é um acto que produz efeitos jurídicos pelo facto de ter introduzido uma obrigação geral de publicação *ex ante* que não resulta do Tratado CE nem da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

57 A este respeito, a República da Áustria acrescenta à argumentação da República Federal da Alemanha que as conclusões apresentadas, respectivamente, pelas

advogadas-gerais C. Stix-Hackl e E. Sharpston nos processos nos quais foram proferidos os acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, Colect., pp. I-9777, I-9780), e Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, revelam que a situação jurídica é vaga e controversa relativamente à aplicação da obrigação de transparência às adjudicações de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente abrangidos, pelas directivas contratos públicos. Enquanto a advogada-geral C. Stix-Hackl concluiu que a adjudicação de contratos de serviços não prioritários implica a publicação de um anúncio, pelo menos em regra, a advogada-geral E. Sharpston não reconhece a existência de uma obrigação geral de transparência *ex ante* para os contratos cujo valor é inferior aos limiares. No momento da adopção da comunicação, o Tribunal de Justiça ainda não tinha julgado estes dois processos. Consequentemente, quando a Comissão, na sua comunicação, impõe uma obrigação de publicidade prévia a todas as adjudicações de contratos deste tipo (isto é, tanto para os serviços não prioritários como para os contratos de valor reduzido), cria novos efeitos jurídicos.

58 As obrigações impostas às entidades adjudicantes nos pontos 1.3. e 2.1.2. da comunicação são, como a República da Áustria sustentou na audiência, contrárias ao acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*, porque a comunicação não tem em conta a capacidade da entidade adjudicante, como previsto no n.º 32 do dito acórdão.

59 A República da Áustria considera também que o nível de publicidade adequada que permite a abertura do mercado dos serviços à concorrência e o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação, tal como decorrem do acórdão Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, não implica obrigatoriamente uma publicação prévia. Com efeito, decorre dos trabalhos de revisão em curso das directivas sobre os recursos em matéria de contratos públicos (v. documento 2006/0066/COD e os novos artigos 2.º-D a 2.º-F 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 de fornecimentos [JO L 395, p. 33], que aí são propostos) que uma protecção jurisdicional *a posteriori* — sem publicidade prévia do contrato — pode também permitir um controlo efectivo da imparcialidade do processo de adjudicação.

60 Além disso, apesar da falta de simetria perfeita, de facto e de direito, entre o direito dos contratos públicos e o dos auxílios de Estado, a República da Áustria invoca a regra *de minimis* aplicável ao direito dos auxílios de Estado, segundo a qual os auxílios inferiores a determinados limiares não são susceptíveis de afectar sensivelmente as trocas entre os Estados-Membros e não falseiam ou não ameaçam falsear a concorrência. Segundo a República da Áustria, não parece absurdo, quando as duas situações são comparadas, partir do princípio de que os contratos públicos inferiores aos limiares são, para o mercado interno, desprovidos da relevância que justifique a necessidade de uma obrigação de publicidade prévia para os abrir à concorrência. Com efeito, os auxílios beneficiam directamente as empresas, ao passo que os limiares aplicáveis em matéria de contratos públicos são função do valor do contrato, sendo que o ganho (que pode, a este respeito, ser comparado a um auxílio) obtido pela empresa representa, neste caso, uma mera fracção do referido valor.

61 Por último, a República da Áustria apoia-se no décimo nono considerando da Directiva 2004/18 que, na sua opinião, sugere implicitamente que o legislador comunitário não considerou necessário que os contratos de serviços não prioritários (contratos II B) dêem lugar à utilização de todas as possibilidade de crescimento do comércio transfronteiriço. A única razão que pode justificar essa diferença de tratamento é o facto de esses contratos, excluídos da aplicação integral da directiva, não serem considerados suficientemente relevantes à luz do mercado interno de modo a justificarem a utilização de todas as possibilidade de crescimento do comércio transfronteiriço, o que determinaria uma obrigação geral de publicação prévia do anúncio dos contratos.

62 O Reino dos Países Baixos alega que a Comissão faz uma interpretação do direito comunitário que vai além da jurisprudência ao instituir um regime jurídico completo que impõe aos Estados-Membros uma obrigação de transparência prévia para todos os contratos públicos referidos na comunicação, ao passo que o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre esta questão.

63 O Reino dos Países Baixos é também da opinião, referindo-se ao princípio da segurança jurídica, que a questão de saber se a comunicação criou novas obrigações deve ser apreciada com base na jurisprudência conhecida no momento da adopção da comunicação. Ora, decorre da jurisprudência posterior que a comunicação está manifestamente mais avançada em relação à evolução da jurisprudência.

Comissão

64 No que diz respeito ao conteúdo concreto da comunicação e aos elementos de carácter legislativo invocados pela República Federal da Alemanha, a saber, no essencial, a evasão do limiar de aplicação das directivas contratos públicos e a obrigação de publicidade prévia, a Comissão contesta que esses elementos da comunicação fixem novas regras de direito. Em conformidade com o artigo 211.º CE, estes limitam-se a explicitar as disposições e os princípios do Tratado CE, tal como interpretados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

65 A Comissão contesta a alegação da República Federal da Alemanha e dos intervenientes de que a comunicação ultrapassa a decisão do legislador de apenas prever disposições relativas à publicidade para os contratos públicos que atingem determinados limiares. A este respeito, a Comissão alega que, se o legislador só considerou necessário fixar regras pormenorizadas acima dos limiares de aplicação das directivas, é porque entendeu que abaixo dos referidos limiares é suficiente a aplicação das disposições e dos princípios do Tratado CE. Contudo, não quis — nem podia — excluir, através das directivas, a aplicação dessas regras e princípios do Tratado CE aos contratos públicos abaixo do limiar.

66 Isso resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e, em particular, dos acórdãos Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, e Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*. Segundo a Comissão, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, que as entidades adjudicantes que celebram contratos não abrangidos pelas directivas contratos públicos estavam, contudo, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular (acórdão Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, n.º 60). Este raciocínio foi, com efeito, corroborado no n.º 33 do acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*. Da mesma maneira, no acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, o Tribunal de Justiça afirmou que os contratos fora do âmbito de aplicação da directiva, como os contratos de concessões, estão sujeitos às regras gerias do Tratado CE. O legislador europeu teve em conta esta jurisprudência no momento da adopção das directivas contratos públicos no nono considerando da Directiva 2004/17.

67 Segundo a Comissão, o Tribunal de Justiça também deu um conteúdo concreto à obrigação de transparência ao afirmar que as empresas estabelecidas noutro Estado-Membro devem ter acesso, antes da adjudicação de um contrato, às informações adequadas relativas à referida adjudicação, de forma a que, se o desejarem, possam manifestar o seu interesse na sua obtenção (acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 21).

b) Apreciação do Tribunal

68 A República Federal da Alemanha e os intervenientes alegam que o ponto 2.1.1. da comunicação introduz uma obrigação de princípio, a cargo dos Estados-Membros, de publicação prévia de todos os contratos previstos, o que constitui uma nova obrigação relativamente aos princípios do Tratado CE.

69 No que diz respeito às regras e princípios do Tratado CE (ponto 1.1. da comunicação) aplicáveis à adjudicação de um contrato público com interesse para o mercado interno, a comunicação prevê no ponto 2.1. os princípios fundamentais aplicáveis em matéria de publicidade. A este respeito, o ponto 2.1.1. intitula-se «Obrigação de assegurar a publicidade adequada», e dispõe o seguinte:

«Segundo o [Tribunal de Justiça], os princípios d[a] igualdade de tratamento e d[a] não discriminação implicam uma obrigação de transparência que consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos.

A obrigação de transparência exige que uma empresa situada noutro Estado-Membro tenha acesso às informações adequadas relativas ao contrato antes de este ser adjudicado, por forma a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato.

No entender da Comissão, a prática de contactar alguns potenciais concorrentes não é suficiente nesta circunstância, mesmo que a entidade adjudicante se dirija a empresas de outros Estados-Membros ou se esforce por atingir todos os fornecedores potenciais. Tal abordagem selectiva não pode excluir a discriminação contra potenciais concorrentes de outros Estados-Membros, em particular os recém-entrados no mercado. O mesmo se passa com todas as formas de publicidade "passiva", em que uma entidade adjudicante se abstém de fazer publicidade activa, mas responde aos pedidos de informação dos candidatos que tiveram conhecimento pelos seus próprios meios do contrato que se pretende adjudicar. Na mesma ordem de ideias, uma simples referência a relatos na imprensa, a debates parlamentares ou políticos, ou a acontecimentos como congressos para efeitos de informação não poderão ser considerados como publicidade adequada.

Por conseguinte, a única forma de respeitar as exigências estabelecidas pelo [Tribunal de Justiça] passa pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível. Esse anúncio deve ser publicado pela entidade adjudicante no intuito de abrir a adjudicação do contrato à concorrência.»

70 Os dois primeiros parágrafos do ponto 2.1.1. da comunicação reproduzem a jurisprudência do Tribunal de Justiça contida nos acórdãos Telaustria, Coname e Parking Brixen, referidos no n.º 36 *supra*, e não são contestados pela República Federal da Alemanha nem por qualquer dos intervenientes. Além disso, o terceiro parágrafo do ponto 2.1.1. da comunicação não foi contestado durante a fase escrita. No último parágrafo do ponto 2.1.1., a comunicação determina a obrigação de garantir uma publicidade adequada através da difusão de uma publicidade suficientemente acessível antes da adjudicação do contrato.

71 A República Federal da Alemanha, apoiada pelos intervenientes, alega, no essencial, que este ponto da comunicação estabelece para os contratos públicos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação uma obrigação de publicidade prévia, que não decorre de forma alguma dos princípios e da jurisprudência do Tribunal de Justiça evocados nesse mesmo ponto. Isso constitui, assim, uma nova obrigação que confere à comunicação em causa o carácter de acto que produz efeitos jurídicos obrigatórios, susceptível de ser objecto de um recurso de anulação.

72 Há, então, que examinar se a comunicação se limita a explicitar essa obrigação, que decorre, para os Estados-Membros, dos princípios fundamentais do Tratado CE, ou se estabelece obrigações novas, como pretendem a República Federal da Alemanha e os intervenientes.

73 A este respeito, importa, antes de mais, observar que os procedimentos específicos e rígidos previstos pelas directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos

de adjudicação de contratos públicos se aplicam unicamente aos contratos cujo valor ultrapassa o limiar previsto expressamente em cada uma das directivas (despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 19, e acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*, n.º 33). Assim, as regras dessas directivas não se aplicam aos contratos públicos cujo valor não atinge os limiares por elas fixados.

74 Contudo, isto não significa que estes últimos contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação do direito comunitário (despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 19). Com efeito, de acordo com jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, no que diz respeito à adjudicação de contratos que, tendo em conta o seu valor, não estão sujeitos aos procedimentos previstos pelas normas comunitárias, as entidades adjudicantes não deixam de ser obrigadas a respeitar as normas fundamentais do Tratado CE em geral (despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 20, e acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*, n.º 32) e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1999, Unitron Scandinavia e 3-S, C-275/98, Colect., p. I-8291, n.º 29; Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, n.º 62; Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 16; Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.º 46; e de 6 Abril de 2006, ANAV, C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 18).

75 De resto, isto é corroborado pelo nono considerando da Directiva 2004/17, nos termos do qual, «[n]o que se refere aos contratos públicos cujo valor é inferior ao montante que desencadeia a aplicação das disposições sobre a coordenação comunitária, convém recordar a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça, segundo a qual são aplicáveis as regras e princípios do Tratado acima referidos[, a saber, o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, o princípio do reconhecimento mútuo, o princípio da proporcionalidade e a obrigação de transparência]», bem como pelo primeiro e segundo considerandos da Directiva 2004/18, que evocam a aplicação desses mesmos princípios à adjudicação de qualquer contrato público celebrado nos Estados-Membros de valor inferior ou superior aos limiares.

76 Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade implicam, como o Tribunal de Justiça declarou de forma constante, designadamente, uma obrigação de transparência que permite à autoridade pública concedente certificar-se de que esses princípios são respeitados (acórdãos do Tribunal de Justiça, Unitron Scandinavia e 3-S, referido no n.º 74 *supra*, n.º 31; Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, n.º 61; de 18 de Junho de 2002, HI, C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 45; Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.º 49; e ANAV, referido no n.º 74 *supra*, n.º 21), sendo esta obrigação corroborada pelo nono considerando da Directiva 2004/17 e pelo segundo considerando da Directiva 2004/18. Daqui resulta que os Estados-Membros e as suas entidades adjudicantes devem respeitar esta obrigação de transparência, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça, relativamente à adjudicação de todos os contratos públicos.

77 Seguidamente, o Tribunal de Justiça precisou que esta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação (acórdãos Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, n.º 62; Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.º 49; e ANAV, referido no n.º 74 *supra*, n.º 21).

78 Segundo o Tribunal de Justiça, a obrigação de transparência a cargo das entidades adjudicantes implica, designadamente, exigências que permitam que uma empresa situada no território de um Estado-Membro diferente do que está em causa tenha acesso às informações adequadas relativas ao contrato público em causa antes de este ser adjudicado, de forma a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato público (v., neste sentido, acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 21).

79 Resulta desta jurisprudência que a obrigação de transparência na acepção de uma publicidade adequada inclui então uma forma de publicidade antes da adjudicação do contrato público em causa, por outras palavras, uma publicidade prévia. Por conseguinte, e contrariamente à argumentação da República Federal da Alemanha e dos

intervenientes, a comunicação, ao fazer referência a uma «publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível», não criou uma nova obrigação a cargo dos Estados-Membros, tendo-se limitado a recordar uma obrigação existente decorrente do direito comunitário aplicável aos contratos públicos abrangidos pela comunicação em causa, tal como foi interpretada pelo juiz comunitário.

80 De resto, isto é confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior à publicação da comunicação, como a República Federal da Alemanha reconheceu na audiência. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, por um lado, as obrigações decorrentes do direito primário relativas à igualdade de tratamento e à transparência aplicam-se de pleno direito aos contratos excluídos do âmbito de aplicação das directivas contratos públicos que, não obstante, apresentem um interesse transfronteiriço [v., neste sentido, no que diz respeito à Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1), e a um contrato com um valor abaixo dos limiares da referida directiva, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Colect., p. I-4557, n.º 33; no que diz respeito à Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), e a um contrato II B, acórdão Comissão/Irlanda, referido no n.º 57 *supra*, n.os 30, 31 e 32; e, no que se refere às Directivas 92/50, 93/36, 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), e 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 2008, Comissão/Itália, C-412/04, Colect., p. I-619, n.os 66, 81 e 82]. Por outro lado, segundo o Tribunal de Justiça, uma publicidade *ex post* não pode assegurar uma publicidade adequada na acepção da jurisprudência Telaustria e Coname, referida no n.º 36 *supra*, o que significa que a obrigação de transparência decorrente dos princípios do Tratado CE implica que o anúncio do concurso deve ser objecto de publicação prévia antes da adjudicação (acórdão Comissão/Irlanda, referido no n.º 57 *supra*, n.os 30 e 32).

81 A declaração de que a obrigação de publicidade prévia prevista no ponto 2.1.1. da comunicação não vai além da interpretação dos princípios fundamentais do Tratado

CE feita pelo Tribunal de Justiça não pode ser posta em causa pelos diferentes argumentos da República Federal da Alemanha e dos intervenientes.

82 Em primeiro lugar, a República Federal da Alemanha alega, no essencial, que os acórdãos Telaustria, Coname e Parking Brixen, referidos no n.º 36 *supra*, dizem respeito a contratos públicos relativos a concessões de serviços, as quais, embora não estejam excluídos do âmbito de aplicação das directivas contratos públicos, são, pelo seu valor, comparáveis aos contratos públicos abrangidos pelo âmbito de aplicação das referidas directivas, e que, consequentemente, a jurisprudência resultante desses acórdãos não é aplicável aos contratos públicos abrangidos pela comunicação.

83 A este respeito, importa observar que resulta da jurisprudência, em que a República Federal da Alemanha se apoia para desenvolver a sua argumentação, que o Tribunal de Justiça já declarou, relativamente aos contratos de concessão, que, embora a adjudicação dessa concessão não seja regulada por nenhuma das directivas contratos públicos, ainda assim esses contratos estão sujeitos às regras gerais do Tratado CE (v., neste sentido, acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 16, corroborado pelo acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*, n.º 33). Há também que declarar que, segundo esta jurisprudência, a obrigação de transparência decorre directamente das regras gerais do referido Tratado, nomeadamente, do princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação (acórdãos Telaustria, referido no n.º 36 *supra*, n.º 61, e Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.º 49), e que a referida obrigação de transparência implica ela própria uma obrigação de publicidade prévia (v., neste sentido, acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 21). Em contrapartida, a circunstância de os contratos em questão nestes acórdãos serem, do ponto de vista da sua importância, comparáveis aos contratos públicos a que se aplicam as directivas contratos públicos nunca é evocada nesses acórdãos para justificar a obrigação de uma publicidade adequada e, nomeadamente, prévia. Daqui resulta que, contrariamente ao que a República Federal da Alemanha sustenta, esta jurisprudência pode ser transposta para os contratos públicos abrangidos pela comunicação aos quais se aplicam também, como já foi referido, o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência que dele decorre.

84 A título exaustivo, há que salientar que isto é, de resto, corroborado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior à publicação da comunicação. Com efeito, no n.º 33 do acórdão Medipac-Kazantzidis, referido no n.º 80 *supra*, o Tribunal de Justiça referiu-se, a propósito de um contrato de empreitada de obras públicas, a uma jurisprudência constante segundo a qual, mesmo que o valor de um contrato adjudicado por concurso público não atinja o limiar de aplicação das directivas mediante as quais o legislador comunitário regulamentou o domínio dos contratos públicos e que o contrato em questão não esteja, por isso, abrangido pelo âmbito de aplicação destas últimas, as entidades adjudicantes são, não obstante, obrigadas a respeitar os princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência que dele decorre, e referiu nesse mesmo número, enquanto jurisprudência constante, os acórdãos Telaustria, Coname e Parking Brixen, referidos no n.º 36 *supra*. O Tribunal de Justiça alargou assim às regras de adjudicação dos contratos cujo valor fica abaixo dos limiares de aplicação das directivas as soluções encontradas a propósito das modalidades de celebração de contratos de concessão de serviços públicos (acórdão Medipac-Kazantzidis, referido no n.º 80 *supra*, n.º 33).

85 Em segundo lugar, no que diz respeito ao argumento da República Federal da Alemanha, acima resumido no n.º 38, de que o despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, e o acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*, dizem apenas respeito ao princípio da não discriminação e, consequentemente, não podem justificar a obrigação de uma publicidade prévia, basta observar que a obrigação de transparência, nomeadamente, através de uma forma de publicidade adequada, decorre precisamente, segundo a jurisprudência evocada no n.º 76 do presente acórdão, dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade. Na medida em que decorre dessas decisões que as regras fundamentais do Tratado CE são aplicáveis a todos os contratos públicos mesmo que não estejam abrangidos pelas directivas contratos públicos (despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 19, e acórdão Comissão/França, referido no n.º 38 *supra*, n.ºs 32 e 33), foi com razão que a Comissão evocou este despacho e este acórdão na comunicação.

86 Em terceiro lugar, a argumentação de que o legislador comunitário, ao estabelecer limiares de aplicação das directivas contratos públicos, teria expressamente indicado

que, abaixo desses valores, era necessário, em princípio, presumir que os efeitos no mercado interno eram sobretudo «aleatórios e indirectos» e, assim, concluir pela falta de interesse dos concorrentes estrangeiros é também improcedente.

87 A este respeito, importa precisar que não se pode presumir, pelo simples facto de um contrato público se situar abaixo dos limiares de aplicação das directivas contratos públicos, que os efeitos do referido contrato público no mercado interno são quase insignificantes. Esta tese é contrariada pela jurisprudência acima evocada nos n.os 73 e 74, segundo a qual esses contratos não estão excluídos do âmbito de aplicação do direito comunitário. Ora, se *a priori* se pudesse excluir todo e qualquer impacto desses contratos no mercado interno, o direito comunitário não seria aplicável.

88 É verdade que, como reconhece o Tribunal de Justiça, é perfeitamente concebível que, devido a circunstâncias especiais, tais como um interesse económico muito reduzido, se possa razoavelmente defender que uma empresa situada num Estado-Membro diferente do da entidade adjudicante de um determinado contrato público não estaria interessada no referido contrato e que, consequentemente, os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam, portanto, considerados demasiado aleatórios e demasiado indirectos para se poder concluir que os mesmos foram eventualmente violados (v., neste sentido, acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 20 e jurisprudência referida). Contudo, a conclusão relativa à não violação das liberdades fundamentais só pode decorrer de uma avaliação das circunstâncias específicas de cada caso e não se pode basear no simples facto de o valor do contrato em causa não ultrapassar um determinado limiar.

89 É por isso que o ponto 1.3. da comunicação dispõe o seguinte:

«Cabe a cada entidade adjudicante decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-Membros.

Do ponto de vista da Comissão, a decisão tem de ser sustentada numa avaliação das circunstâncias particulares do caso, como sejam o objecto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.)[,] e também da localização geográfica do lugar de execução. Se a entidade adjudicante chegar à conclusão que o contrato em questão é pertinente para o mercado interno, terá de proceder à respectiva adjudicação no respeito dos princípios fundamentais do direito comunitário.»

90 Em quarto lugar, a República Federal da Alemanha sustenta, contudo, que, ao exigir que as entidades adjudicantes avaliem, em cada caso, a relevância de um contrato público relativamente ao mercado interno para determinar, nomeadamente, a aplicabilidade da obrigação de publicidade prévia, prevista no ponto 2.1.1. da mesma comunicação, esta cria uma nova obrigação e produz, assim, efeitos jurídicos obrigatórios.

91 Ora, a jurisprudência do Tribunal de Justiça já preconiza, relativamente a um contrato público fora do âmbito de aplicação das directivas contratos públicos, uma obrigação da entidade adjudicante apreciar, sob o controlo dos órgãos jurisdicionais competentes, as especificidades do contrato em causa do ponto de vista da adequação das modalidades de recurso à concorrência (v., neste sentido, acórdão Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.os 49 e 50). Não se pode, portanto, sustentar que o ponto 1.3. da comunicação, lido em conjugação com o ponto 2.1.1., cria uma nova obrigação a cargo dos Estados-Membros.

92 Na audiência, a República Federal da Alemanha e a República da Áustria acrescentaram, quanto a este aspecto, que uma avaliação específica, tal como prevista no ponto 1.3. da comunicação, está em contradição com o acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra* (n.os 30 a 32), que preconiza uma definição abstracta e geral da relevância de um contrato público para o mercado interno.

93 A este respeito, importa observar que o n.º 30 do acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*, corrobora a conclusão acima enunciada no n.º 91 de que, em princípio, compete à entidade adjudicante apreciar, antes da definição dos termos do anúncio do concurso, o eventual interesse transfronteiriço de um contrato cujo valor estimado seja inferior ao limiar previsto pelas regras comunitárias, sendo certo que essa apreciação pode ser sujeita a fiscalização judicial.

94 Além disso, importa referir que não existe nenhuma contradição entre a comunicação, nomeadamente o seu ponto 1.3., e o acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*. Com efeito, a comunicação não exclui a possibilidade de uma legislação estabelecer, a nível nacional ou local, critérios objectivos que indiquem a existência de um interesse transfronteiriço certo, como prevê o n.º 31 do acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*. As entidades adjudicantes que apliquem essa legislação nacional estão, contudo, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em especial (acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*, n.º 29).

95 No que diz respeito ao n.º 32 do acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*, impõe-se concluir que também não está em contradição com os pontos 1.3. e 2.1.2. da comunicação. Com efeito, o referido número diz respeito à exclusão automática de certas propostas devido ao facto de serem anormalmente baixas, mesmo existindo um interesse transfronteiriço certo, e aplica-se assim a uma outra fase da adjudicação de um contrato público diferente da determinação do potencial interesse de um contrato público para os operadores económicos situados noutros Estados-Membros, prevista no ponto 1.3. da comunicação, ou da escolha do meio mais apropriado para assegurar a publicidade prevista no ponto 2.1.2. da comunicação. Em qualquer caso, importa salientar que os referidos pontos da comunicação não excluem que a capacidade administrativa da entidade adjudicante seja tida em consideração e, consequentemente, não criam uma nova obrigação para os Estados-Membros ou para as suas entidades adjudicantes.

96 Em quinto lugar, contrariamente ao que a República Federal da Alemanha alega (v. n.º 46 *supra*), o ponto 2.1.2. da comunicação, segundo o qual «[i]ncumbe às entidades

adjudicantes decidir quanto ao meio mais apropriado para a publicitação dos seus contratos», não é inconciliável com o estabelecimento, por uma legislação nacional, dos critérios gerais que devem presidir a essa escolha, sendo certo que o respeito das regras fundamentais do Tratado CE, nomeadamente, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, não pode ser posto em causa pela utilização desses critérios. Com efeito, como já foi referido no n.º 91 do presente acórdão, compete à entidade adjudicante apreciar, sob controlo dos órgãos jurisdicionais competentes, a adequação das modalidades de recurso à concorrência às especificidades do contrato público em causa. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a comunicação deixa, portanto, às entidades adjudicantes a tarefa de determinar o nível e a publicidade adequada (v., neste sentido, acórdão Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.os 49 e 50). A comunicação indica assim correctamente, no ponto 2.1.2., que «[i]ncumbe às entidades adjudicantes decidir quanto ao meio mais apropriado para a publicitação dos seus contratos». Por conseguinte, não cria uma nova obrigação jurídica para as entidades adjudicantes.

97 Por outro lado, em resposta à argumentação da República da Áustria baseada numa comparação dos limiares de aplicação das directivas contratos públicos com a regra *de minimis* aplicável aos auxílios de Estado, basta observar que não resulta de modo algum das referidas directivas que os limiares em questão se baseiam em considerações análogas às que justificam a regra *de minimis* no domínio dos auxílios de Estado.

98 Em sexto lugar, no que diz respeito à argumentação da República Francesa de que a comunicação introduz, no ponto 2.1.2., uma obrigação de publicidade, que consiste no recurso a um meio escrito para garantir a publicidade dos contratos em questão, importa observar que esta argumentação assenta numa premissa errada. Com efeito, em nenhuma parte da comunicação é enunciada uma obrigação de publicidade consistindo no recurso a um meio escrito para assegurar a publicidade dos contratos referidos por esta comunicação. Por um lado, o ponto 2.1.3., primeiro parágrafo, da comunicação recorda a jurisprudência segundo a qual a obrigação de transparência não implica necessariamente uma obrigação de realização de um concurso público

formal (acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, n.º 21). Por outro, o ponto 2.1.2., terceiro parágrafo, dispõe o seguinte:

«Entre os meios adequados mais frequentemente utilizados incluem-se:

— Internet, [...]»

Como de resto reconhecem a República Federal da Alemanha e os intervenientes, trata-se de uma enumeração indicativa e de modo nenhum taxativa de diferentes formas de publicidade adequadas.

99 Em sétimo lugar, relativamente à argumentação da República Federal da Alemanha e da República Francesa de que a exclusão da prática de contactar os potenciais concorrentes, mesmo que a entidade adjudicante se dirija a empresas de outros Estados-Membros ou se esforce por atingir todos os fornecedores potenciais pela obrigação de transparência introduzida pela comunicação (ponto 2.1.1., terceiro parágrafo, da comunicação), é um elemento que estabelece obrigações específicas relativamente aos princípios do Tratado CE, importa salientar que ela diz respeito a uma parte da comunicação que não foi de modo nenhum posta em causa na petição ou no articulado de intervenção. A este respeito, deve observar-se que, ainda que o artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento do Processo permita, em certas circunstâncias, a dedução de fundamentos novos no decurso da instância, essa disposição não pode, em caso algum, ser interpretada como autorizando o recorrente ou demandante a solicitar ao Tribunal que conheça de novos pedidos e a alterar, assim, o objecto do litígio (v. acórdão do Tribunal Geral de 12 de Julho de 2001, Banatrading/Conselho, T-3/99, Colect., p. II-2123, n.º 28 e jurisprudência referida). Daqui se conclui que a argumentação em questão não é admissível, na medida em que tende a ampliar o objecto do litígio pela inclusão de uma parte da comunicação não visada na petição inicial.

100 Em qualquer caso, importa observar que a comunicação não exclui essa prática de uma forma absoluta e definitiva. Como dispõem os pontos 2.2.2. e 2.1.3. da comunicação, as entidades adjudicantes têm a faculdade de limitar o número de candidatos convidados a apresentar proposta a um nível apropriado. Contudo, a este respeito, a comunicação exige que o princípio da não discriminação e a obrigação de transparência sejam respeitados (ponto 2.2.2. da comunicação) para assegurar uma concorrência adequada. Além disso, para que o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação possa ser efectuado, o Tribunal considera que resulta da obrigação de transparência que é necessária uma divulgação activa pelas entidades adjudicantes, da mesma forma que a adequação das modalidades de recurso à concorrência prévia compete às entidades adjudicantes (acórdão Parking Brixen, referido no n.º 36 *supra*, n.º 50). Consequentemente, o conteúdo do ponto 2.1.1., terceiro parágrafo, da comunicação, tal como contestado pela República Federal da Alemanha e pela República Francesa, não cria obrigações específicas.

2. *Quanto à segunda alegação, relativa à especificação das obrigações de publicidade (ponto 2.2. da comunicação)*

a) Argumentos das partes

República Federal da Alemanha

101 A República Federal da Alemanha alega que as obrigações que decorrem do ponto 2.2. da comunicação vão sensivelmente além do que resulta da interpretação dos

princípios fundamentais do Tratado CE pelo Tribunal de Justiça. Segundo a República Federal da Alemanha, a Comissão decidiu primeiro, no ponto 2.2. da comunicação, que os contratos deviam ser adjudicados em conformidade com os princípios fundamentais do Tratado CE, para garantir condições de concorrência equitativas para todos os concorrentes interessados, e depois inferiu dessa obrigação geral um determinado número de obrigações concretas relativas à publicidade da intenção de celebrar um contrato.

102 A República Federal da Alemanha sustenta, designadamente, que, segundo o ponto 2.2. da comunicação, os Estados-Membros devem descrever o objecto do contrato de forma a todos os potenciais concorrentes poderem compreendê-lo da mesma maneira, ao mesmo tempo que garantem a igualdade de acesso aos operadores económicos de todos os Estados-Membros. Além disso, se exigem que os concorrentes apresentem documentos escritos, as entidades adjudicantes devem também aceitar documentos emitidos noutros Estados-Membros. Os prazos fixados devem ser suficientes de modo a permitir que os concorrentes de outros Estados-Membros os cumpram. Por último, o procedimento deve ser transparente para todos os participantes. Esta lista de regras é completada por disposições processuais, dirigidas aos Estados-Membros que pretendam criar uma lista restrita de candidatos convidados a apresentar proposta para o contrato em causa (ponto 2.2.2. da comunicação), e por regras aplicáveis à decisão de adjudicação do contrato (ponto 2.2.3. da comunicação).

103 Enquanto a obrigação de uma descrição não discriminatória do objecto do contrato inscrita no primeiro travessão da lista do ponto 2.2.1. da comunicação pode eventualmente decorrer da jurisprudência do Tribunal de Justiça, no despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra* (n.º 24), as outras obrigações previstas no ponto 2.2.1. da comunicação contêm instruções concretas que não decorrem do direito comunitário positivo. Isto é confirmado pela afirmação da Comissão de que os princípios acima referidos, na prática, são susceptíveis de garantir o respeito dos princípios fundamentais do Tratado CE (ponto 1.2. da comunicação). Não se trata, portanto, de uma descrição da jurisprudência do Tribunal de Justiça, mas sim de novas regras de adjudicação dos contratos. A República Federal da Alemanha contesta, assim, no essencial,

os diferentes meios enunciados no ponto 2.2.1. da comunicação que, na sua opinião, introduzem novas obrigações.

Intervenientes

104 Relativamente à especificação das obrigações de publicidade prevista no ponto 2.2. da comunicação, a República da Áustria alega que determinados aspectos aí abordados, como a exigência de prazos suficientemente longos e o número dos candidatos inscritos na lista restrita, no que diz respeito à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente abrangidos, pelas directivas contratos públicos, também se destinam a produzir novos efeitos jurídicos vinculativos. Ora, essas obrigações não podem ser inferidas da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

105 O Parlamento adere aos pedidos da República Federal da Alemanha relativos ao ponto 2.2. da comunicação, mas insiste em determinados aspectos adicionais, reforçando assim a argumentação da República Federal da Alemanha. Segundo o Parlamento, a Comissão estabelece, neste ponto, regras pormenorizadas sobre o conteúdo e os prazos dos processos de concurso, sobre um eventual procedimento de pré-selecção e sobre a protecção judiciária.

106 A República da Polónia alega que, ao especificar as modalidades de publicidade e o conteúdo dos anúncios, e mesmo ao instituir regras relativas aos prazos processuais em matéria de adjudicação dos contratos públicos, a Comissão não refere nenhum acórdão do Tribunal de Justiça em apoio da sua posição. Ora, na opinião da Comissão, a comunicação serve para interpretar a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria. Isto explica por que é que a declaração da Comissão de que a comunicação resume a jurisprudência não é corroborada pelo seu conteúdo.

Comissão

107 A Comissão refuta a argumentação da República Federal da Alemanha e dos intervenientes contra os critérios previstos no ponto 2.2.1. da comunicação. Na sua opinião, os princípios da igualdade de acesso para os operadores económicos de todos os Estados-Membros e do reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros comprovativos de qualificações formais, a exigência de prazos apropriados e de uma abordagem transparente e objectiva constituem princípios que decorrem do Tratado CE. De forma alguma se trata de novas regras sobre a adjudicação de contratos, mas sim de uma transposição de regras gerais do direito comunitário no domínio dos contratos públicos.

b) Apreciação do Tribunal

108 O ponto 2.2. da comunicação tem por objecto a «[a]djudicação do contrato».

109 A este respeito, o ponto 2.2.1. da comunicação dispõe:

«Princípios

O [Tribunal de Justiça] afirmou no acórdão Telaustria que a obrigação de transparência consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de

publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação. A garantia de um procedimento equitativo e imparcial é o corolário necessário da obrigação de assegurar uma publicidade transparente.

Do exposto resulta que a adjudicação tem de se processar em conformidade com as regras e princípios do Tratado CE, de forma a permitir condições de concorrência equitativas para todos os operadores económicos interessados no contrato. Na prática, as melhores formas de o conseguir são:

— Descrição não discriminatória do objecto do contrato

A descrição das características exigidas de um produto ou serviço não pode fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada, a menos que tal referência seja justificada pelo objecto do contrato e seja acompanhada da menção "ou equivalente". Em qualquer caso, seria preferível usar descrições mais genéricas de desempenho ou exigências funcionais.

— Igualdade de acesso para os operadores económicos de todos os Estados-Membros

As entidades adjudicantes não devem impor condições que possam causar discriminação directa ou indirecta contra potenciais concorrentes situados noutros Estados-Membros, como sejam a exigência de que as empresas que têm interesse

no contrato estejam estabelecidas no mesmo Estado-Membro ou na mesma região que a entidade adjudicante.

— Reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros comprovativos de qualificações formais

Se for exigido aos candidatos ou concorrentes que apresentem certificados, diplomas ou outros meios de prova escritos, os documentos de outros Estados-Membros que ofereçam um nível equivalente de garantia têm de ser aceites em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo de diplomas, certificados ou outros comprovativos de qualificações formais.

— Prazos apropriados

Os prazos para a apresentação de manifestações de interesse e para apresentar proposta deverão ser suficientemente largos para permitir às empresas de outros Estados-Membros fazerem uma avaliação fundamentada e prepararem a sua proposta.

— Abordagem transparente e objectiva

Todos os participantes devem poder conhecer as regras aplicáveis do procedimento e ter a certeza de que essas regras se aplicam a todos da mesma maneira.»

Observações preliminares

110 A título preliminar, há que observar que a argumentação da República Federal da Alemanha assenta na premissa de que os contratos abrangidos pela comunicação não estão sujeitos a nenhuma obrigação geral de transparência decorrente do direito comunitário. Há, contudo, que concluir que, como foi acima referido (v. n.os 68 a 100), esta premissa está errada.

111 Seguidamente, o Tribunal observa que o ponto 2.2.1. da comunicação se destina a assegurar, por um lado, a obrigação de publicidade referida no ponto 2.1. da comunicação e, por outro, a adjudicação do contrato no respeito pelas regras e princípios do Tratado CE. Para isso, a comunicação apoia-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual o processo de adjudicação de um contrato público deve respeitar, em todas as fases, designadamente na da selecção dos candidatos num concurso limitado, tanto o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes potenciais como a obrigação de transparência, a fim de que todos disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos dos seus pedidos de participação ou das suas propostas (v., neste sentido, relativamente à fase de comparação das propostas, acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica, C-87/94, Colect., p. I-2043, n.º 54, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 93).

112 Além disso, deve salientar-se que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da igualdade de tratamento, de que os artigos 43.º CE e 49.º CE constituem um afloramento especial, proíbe não só as discriminações ostensivas, em razão da nacionalidade, mas ainda quaisquer formas disfarçadas de discriminação que, por aplicação de outros critérios de distinção, redundem de facto no mesmo resultado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Recueil, p. 3427, n.º 7, e de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, C-3/88, Colect., p. 4035, n.º 8), de modo a permitir que os contratos públicos nos diferentes Estados-Membros sejam acessíveis a todos os empresários da Comunidade. Por último, o Tribunal de Justiça estabeleceu o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes (acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1993, Comissão/

Dinamarca, C-243/89, Colect., p. I-3353, n.º 23, e Comissão/Bélgica, referido no n.º 111 *supra*, n.º 51). Há, então, que analisar os diferentes meios referidos no ponto 2.2.1. da comunicação à luz do que antecede.

Quanto ao ponto 2.2.1. da comunicação

— Quanto ao primeiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação

113 O primeiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação prevê uma descrição não discriminatória do objecto do contrato. Impõe-se observar, como reconhece a própria República Federal da Alemanha, que essa exigência já decorre do despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*. Com efeito, para a adjudicação de um contrato, esse objectivo decorre do princípio da igualdade de tratamento, do qual as liberdades fundamentais são uma expressão especial. Foi desta forma que o Tribunal de Justiça declarou na sua jurisprudência que a legalidade de uma cláusula prevista no caderno de encargos relativo a um contrato que não atinge o limiar da Directiva 93/37 e que, portanto, não está abrangido pelo seu âmbito de aplicação deve ser apreciada à luz das regras fundamentais do Tratado CE, das quais faz parte a livre circulação de mercadorias constante do artigo 28.º CE. (despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 21).

114 Relativamente à explicação dada no primeiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação, o Tribunal observa que, segundo a jurisprudência, no domínio dos contratos públicos de fornecimento, o facto de não acrescentar a menção «ou equivalente» a

seguir à designação, no caderno de encargos, de um determinado produto pode não só dissuadir os operadores económicos que utilizem sistemas análogos a esse produto de apresentar propostas mas também entravar as correntes de importação no comércio intracomunitário, contrariamente ao artigo 28.º CE, reservando o concurso apenas aos fornecedores que se proponham utilizar o produto especificamente indicado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de Setembro de 1988, Comissão/Irlanda, 45/87, Colect., p. 4929, n.º 22; de 24 de Janeiro de 1995, Comissão/Países Baixos, C-359/93, Colect., p. I-157, n.º 27; e despacho Vestergaard, referido no n.º 38 *supra*, n.º 24).

115 Consequentemente, o conteúdo do primeiro travessão do ponto 2.2.1 da comunicação corresponde à interpretação, pelo Tribunal de Justiça, dos princípios fundamentais do Tratado CE.

— Quanto ao segundo travessão do ponto 2.2.1. da comunicação

116 No que diz respeito ao segundo travessão do ponto 2.2.1. da comunicação, a saber, a igualdade de acesso para os operadores económicos de todos os Estados-Membros, o Tribunal considera que esse objectivo, que visa garantir aos operadores económicos, independentemente da sua origem, a igualdade de acesso aos contratos propostos, decorre do respeito dos princípios da liberdade de estabelecimento, da liberdade de prestação de serviços e da livre concorrência (v., a este propósito, conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o., C-44/96, Colect., pp. I-73, I-77, n.º 47, retomadas nas conclusões do advogado-geral J. Mischo apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França, C-237/99, Colect., pp. I-939, I-941, n.º 49), e, designadamente, do princípio da igualdade de tratamento (v. n.º 112 *supra*) na sua expressão do princípio da proibição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade estipulado no artigo 12.º CE.

117 É evidente que o princípio da não discriminação proíbe uma entidade adjudicante de impor uma condição que possa causar uma discriminação directa ou indirecta, como prevê o segundo travessão do ponto 2.2.1. da comunicação. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as condições gerais dos cadernos de encargos devem respeitar todas as disposições pertinentes do direito comunitário, e, designadamente, as proibições que decorrem dos princípios consagrados pelo Tratado CE em matéria de direito de estabelecimento, de livre prestação de serviços, bem como o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1987, CEI e Bellini, 27/86 a 29/86, Colect., p. 3347, n.º 15, e de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Colect., p. 4635, n.os 29 e 30).

118 Por conseguinte, o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes abrange o conteúdo exposto no primeiro e segundo travessões do ponto 2.2.1. da comunicação.

— Quanto ao terceiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação

119 O terceiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação introduz o princípio do reconhecimento mútuo, que permite assegurar a livre circulação de mercadorias e de serviços sem que seja necessário harmonizar as legislações nacionais dos Estados-Membros (acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Colect., 327). A este propósito, deve recordar-se que as autoridades de um Estado-Membro devem tomar em consideração o conjunto dos diplomas, certificados e outros títulos, bem como a experiência relevante do interessado, procedendo a uma comparação entre, por um lado, as competências comprovadas por esses títulos e essa experiência e, por outro, os conhecimentos e habilitações exigidos pela legislação nacional (v., por analogia, designadamente no que diz respeito ao acesso às profissões, acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Colect., p. I-2357, n.os 16, 19 e 20; de 9 de Fevereiro de 1994, Haim, C-319/92, Colect., p. I-425, n.os 27 e 28; de 14 de Setembro de 2000, Hocsman, C-238/98, Colect.,

p. I-6623, n.º 23; e de 22 de Janeiro de 2002, Dreessen, C-31/00, Colect., p. I-663, n.º 24).

120 O Tribunal de Justiça sublinhou que essa jurisprudência constitui apenas a expressão jurisprudencial de um princípio inerente às liberdades fundamentais do Tratado CE e que esse princípio não poderá perder parte do seu valor jurídico devido à adopção de directivas relativas ao reconhecimento mútuo dos diplomas (acórdãos Hocsman, referido no n.º 119 *supra*, n.os 24 e 31, e Dreessen, referido no n.º 119 *supra*, n.º 25), e que daí se conclui que os Estados-Membros devem respeitar as suas obrigações em matéria de reconhecimento mútuo das qualificações profissionais, tal como resultam da interpretação dada pelo Tribunal de Justiça aos artigos 43.º CE e 47.º CE (v., por analogia, designadamente no que diz respeito ao acesso às profissões, acórdão Dreessen, referido no n.º 119 *supra*, n.º 27 e jurisprudência referida). A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que o reconhecimento mútuo deve permitir às autoridades nacionais assegurarem-se objectivamente que o diploma estrangeiro certifica que o seu titular possui conhecimentos e qualificações senão idênticas, pelo menos equivalentes às certificadas pelo diploma nacional (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o., 222/86, Colect., p. 4097, n.º 13).

121 Daqui resulta que o objectivo visado pelo terceiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação não cria novas obrigações para os Estados-Membros.

— Quanto ao quarto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação

122 Relativamente à exigência de prazos apropriados de modo a permitir às empresas de outros Estados-Membros poderem efectuar uma avaliação pertinente e elaborar a sua proposta, importa recordar que as entidades adjudicantes devem respeitar o princípio da livre prestação de serviços e o da não discriminação, os quais visam proteger

os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que pretendam propor bens ou serviços a entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro (acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Colect., p. I-8035, n.º 16; de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França, referido no n.º 116 *supra*, n.º 41; HI, referido no n.º 76 *supra*, n.º 43; e Universale-Bau e o., referido no n.º 111 *supra*, n.º 51). O seu objectivo é excluir o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes (v., neste sentido, acórdão Universale-Bau e o., referido no n.º 111 *supra*, n.º 52 e jurisprudência referida).

123 Consequentemente, o objectivo do quarto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação, que visa impedir que uma entidade adjudicante possa excluir, através de prazos conferidos aos concorrentes, a participação de um operador económico estabelecido noutro Estado-Membro, resulta dos princípios do Tratado CE, o que implica que esta parte da comunicação também não estabelece uma nova obrigação.

— Quanto ao quinto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação

124 No que diz respeito ao conteúdo do quinto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação, o Tribunal considera que, como o Tribunal de Justiça já salientou, a garantia do respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência visa, precisamente, dar a conhecer a todos os potenciais concorrentes, antes da preparação das suas propostas, os critérios de atribuição a que as referidas propostas devem responder assim como a importância relativa desses critérios [a propósito da disposição do artigo 27.º, n.º 2, 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 (JO L 297, p. 1), que está redigida em termos substancialmente idênticos aos do artigo 30.º, n.º 2, da Directiva 93/37, v. acórdãos Comissão/Bélgica, referido no n.º 111 *supra*, n.ºs 88 e 89, e Universale-Bau e o., referido no n.º 111 *supra*, n.º 99]. Assim, o

quinto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação visa assegurar que todos os potenciais concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos do seu pedido de participação ou da sua proposta, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

125 Em face do exposto, o Tribunal considera que os meios para atingir condições de concorrência equitativas enunciados nos diferentes travessões do ponto 2.2.1. da comunicação respeitam tanto o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes potenciais como a obrigação de transparência e a livre prestação de serviços durante a adjudicação de um contrato, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdãos Comissão/Bélgica, referido no n.º 111 *supra*, n.º 54, e Universale-Bau e o., referido no n.º 111 *supra*, n.º 93), e, consequentemente, não introduzem novas obrigações.

Quanto ao ponto 2.2.2. da comunicação

126 O ponto 2.2.2. da comunicação dispõe o seguinte:

«Limitação do número de candidatos convidados a apresentar proposta

As entidades adjudicantes têm a faculdade de tomar medidas para limitar o número de candidatos a um número apropriado, desde que tal seja feito de maneira transparente e não discriminatória. Podem, por exemplo, aplicar factores objectivos tais como a experiência dos candidatos no sector, a dimensão e infra-estrutura da respectiva empresa, as capacidades técnicas e profissionais ou outros factores. Podem até

optar pelo método de sorteio, quer se trate do único mecanismo quer em combinação com outros critérios de selecção. Em qualquer caso, o número de candidatos a contactar deverá atender à necessidade de assegurar uma concorrência adequada.

Em alternativa, as entidades adjudicantes podem optar por criar sistemas de qualificação, onde é compilada a lista dos operadores qualificados por meio de um procedimento aberto, transparente e suficientemente publicitado. Ulteriormente, para efeitos de celebração de contratos que recaem no âmbito do sistema, a entidade adjudicante pode seleccionar a partir da lista de operadores qualificados os operadores a convidar a apresentar proposta, respeitando o imperativo da não discriminação (por exemplo, extraindo rotativamente da lista).»

127 O ponto 2.2.2. da comunicação diz respeito à limitação do número de candidatos convidados a apresentar proposta a um nível apropriado e permite que as entidades adjudicantes, por exemplo, recorram a determinadas formas e possibilidades, sob condição de que tal seja feito de maneira transparente e não discriminatória e com o objectivo de assegurar uma concorrência adequada. O referido ponto da comunicação exige, designadamente, a aplicação de critérios objectivos e a aplicação de um procedimento suficientemente transparente e aberto, que tenha sido objecto de uma publicidade adequada.

128 A este respeito, há que concluir que essas exigências estão em perfeita consonância com os princípios do Tratado CE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Essas exigências decorrem, designadamente, da jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual o processo de adjudicação de um contrato público deve respeitar, em todas as fases, designadamente na da selecção dos candidatos num concurso limitado, tanto o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes potenciais como o da transparência, a fim de que todos disponham das mesmas possibilidades na formulação

dos termos dos seus pedidos de participação ou das suas propostas (v., neste sentido, relativamente à fase de comparação das propostas, acórdãos Comissão/Bélgica, referido no n.º 111 *supra*, n.º 54, e Universale-Bau e o., referido no n.º 111 *supra*, n.º 93).

Quanto ao ponto 2.2.3. da comunicação

129 O ponto 2.2.3. da comunicação tem a seguinte redacção:

«Decisão de adjudicação de contrato

É importante que a decisão final de adjudicação de contrato esteja em conformidade com as regras processuais fixadas a título preliminar e que os princípios [da] não-discriminação e da igualdade de tratamento são integralmente respeitados. Trata-se de uma questão particularmente relevante para procedimentos por negociação com concorrentes escolhidos. Tais negociações deveriam ser organizadas de molde a que todos os concorrentes tenham acesso ao mesmo volume de informação e a excluir quaisquer vantagens injustificadas para um concorrente específico.»

130 O ponto 2.2.3. da comunicação prevê que a decisão final de adjudicação de um contrato deve respeitar os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento. Este objectivo e o seu conteúdo não vão além dos princípios em que se apoia o referido ponto.

131 Em face do exposto, a lista dos meios enunciada no ponto 2.2. da comunicação relativo à adjudicação do contrato visa assegurar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o respeito do princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes potenciais, da obrigação de transparência e dos princípios da livre prestação de serviços (acórdãos Comissão/Bélgica, referido no n.º 111 *supra*, n.º 54, e Universale-Bau e o., referido no n.º 111 *supra*, n.º 93) e da livre concorrência (acórdão de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França, referido no n.º 116 *supra*, n.º 49), e, consequentemente, não cria novas obrigações susceptíveis de serem objecto de um recurso de anulação.

3. *Quanto à terceira alegação, relativa às derrogações à publicidade prévia (ponto 2.1.4. da comunicação)*

a) Argumentos das partes

132 A República Federal da Alemanha sustenta que a Comissão estabelece novas obrigações jurídicas ao transpor o regime de excepção previsto nas directivas contratos públicos para os contratos por ajuste directo para os contratos que estão abaixo dos limiares de aplicação, e isto no ponto 2.1.4. da comunicação, apesar de a própria aplicação das excepções previstas nas directivas contratos públicos estarem sujeitas à passagem dos referidos limiares.

133 Além disso, a República Federal da Alemanha contesta o argumento da Comissão de que, ao estender as derrogações à obrigação de publicidade previstas nas directivas contratos públicos aos contratos públicos não abrangidos pelo âmbito de aplicação dessas directivas, apenas se limita a fazer uma analogia lícita, que justifica essa

interpretação dos princípios fundamentais do Tratado CE. Com efeito, segundo a República Federal da Alemanha, para que essa analogia fosse lícita, era necessário estar em presença de um vazio legislativo, o que não acontece no caso em apreço, uma vez que, ao adoptar limiares, o legislador decidiu expressamente não aplicar essas exigências de publicidade a determinados contratos.

134 Na audiência, a República Federal da Alemanha precisou que, na sua opinião, as derrogações previstas no ponto 2.1.4. da comunicação são exclusivas e que, portanto, são impossíveis outras derrogações. A comunicação tem assim uma concepção muito estrita e exclusiva das derrogações possíveis, contrária, nessa parte, à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça sobre as liberdades fundamentais, como a justificação possível de um tratamento diferenciado por razões objectivas. Conjugado com o seu ponto 2.1.1., a comunicação introduz assim uma obrigação de publicidade prévia incondicional e exclui qualquer outra forma de transparência.

135 Segundo a República Federal da Alemanha, a redacção do ponto 2.1.4. da comunicação, designadamente o seu último período, estabelece claramente uma relação com as derrogações previstas nas directivas contratos públicos, e limita assim as excepções à obrigação de publicidade prévia a essas derrogações. Consequentemente, outras excepções resultantes do direito primário estão excluídas pela comunicação. Esta concepção exclusiva de derrogações é contrária ao acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra*, que prevê que podem ser tidas em consideração outras derrogações.

136 Relativamente às derrogações ao princípio da publicação prévia de anúncio previstas no ponto 2.1.4. da comunicação, o Parlamento alega que a Comissão estende as derrogações previstas nas directivas contratos públicos no que diz respeito ao procedimento por ajuste directo aos contratos cujo montante é inferior aos limiares de aplicação dessas directivas. É especialmente claro, neste exemplo, que a Comissão estabeleceu na sua comunicação regras autónomas sobre a adjudicação de contratos,

sem ter em conta o facto de no caso em apreço não se verificarem as condições prévias para tal analogia, isto é, uma omissão involuntária do legislador situada fora do âmbito de aplicação das directivas contratos públicos.

137 A Comissão sustenta que a analogia proposta na comunicação, que consiste em estender as derrogações à obrigação de publicidade previstas nas directivas contratos públicos aos contratos não abrangidos por essas directivas, só reflecte a interpretação dos princípios fundamentais do Tratado CE proposta pela Comissão e não estabelece uma regra de direito. Além disso, a Comissão considera que o ponto 2.1.4. da comunicação não é restritivo, indicando, pelo contrário, apenas as derrogações mais importantes de uma forma não taxativa. Ao tomar posição sobre o ponto específico que consiste na aplicação das derrogações à obrigação de publicidade prévia previstas nas directivas contratos públicos aos contratos referidos na comunicação, a Comissão recusa a hipótese de ser admissível qualquer outra excepção à obrigação de publicidade prévia conciliável com os princípios acima referidos.

b) Apreciação do Tribunal

138 De acordo com o seu título, o ponto 2.1.4. da comunicação aplica-se aos «[p]rocedimentos sem publicação prévia de anúncio». O referido ponto dispõe:

«As directivas […] contratos públicos contêm excepções específicas que autorizam, em certas condições, a utilização de procedimentos sem publicação prévia de anúncio. Os casos mais importantes referem-se a situações de extrema urgência resultantes de acontecimentos imprevisíveis e a contratos que, por motivos técnicos ou artísticos ou atinentes à protecção de direitos de exclusividade, possam ser executados apenas por um operador económico determinado.

No entender da Comissão, as excepções pertinentes podem ser aplicadas à adjudicação de contratos não abrangidos pelas directivas. Por conseguinte, as entidades adjudicantes podem adjudicar tais contratos sem publicação prévia de anúncio de concurso, desde que sejam cumpridas as condições previstas nas directivas para uma dessas excepções.»

139 Antes de mais, o Tribunal considera que, contrariamente ao que a República Federal da Alemanha alega, o ponto 2.1.4. da comunicação não exclui de forma alguma a possibilidade da existência de outras derrogações à obrigação de publicidade prévia. Com efeito, como de resto recordam os pontos 1.1. e 1.2. da comunicação, os Estado-Membros e as suas entidades adjudicantes estão obrigados a respeitar as regras e os princípios enunciados no Tratado CE. Deste modo, na medida em que essas regras e esses princípios impliquem excepções à obrigação de publicidade prévia, essas excepções podem ser invocadas de pleno direito pelos Estados-Membros ou pelas entidades adjudicantes que celebrem um contrato público abrangido pela comunicação.

140 A este respeito, importa designadamente observar que, apesar de o Estado-Membro ou a entidade adjudicante poderem invocar uma disposição do Tratado CE que exclui de forma geral a aplicação do direito primário, como o artigo 86.º, n.º 2, CE ou os artigos 296.º CE ou 297.º CE, ou de ser aplicável uma razão justificativa expressamente prevista no referido Tratado (v., a título de exemplos, a ordem pública e a saúde, resultante dos artigos 46.º CE e 55.º CE, e a autoridade pública, resultante dos artigos 45.º CE e 55.º CE), ou de as condições de uma razão justificativa reconhecida pela jurisprudência estarem preenchidas (v., para uma razão imperativa de interesse geral, acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Espanha, C-158/03, não publicado na Colectânea, n.º 35 e jurisprudência aí referida), os princípios do Tratado CE não são afectados. Consequentemente, nesses casos, a obrigação de publicidade prévia prevista na comunicação, que resulta dos princípios do referido Tratado, não se aplica à adjudicação de um contrato público.

141 Além disso, importa salientar que o ponto 2.1.4. da comunicação visa apenas permitir às entidades adjudicantes invocarem as derrogações à obrigação de publicidade previstas nas directivas contratos públicos, no respeito das condições dessa invocação previstas nas referidas directivas, e isso mesmo que essas directivas não sejam

aplicáveis aos contratos públicos abrangidos pela comunicação. Como foi referido nas conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Itália (C-525/03, Colect., pp. I-9405, I-9407, n.os 46 a 49), não pode existir uma obrigação de publicidade quando uma derrogação às directivas contratos públicos estiver expressamente autorizada, quando as condições de derrogação estiverem preenchidas e quando um processo por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso estiver, portanto, justificado. Consequentemente, os princípios que decorrem do Tratado CE não podem impor uma obrigação de publicidade quando as directivas prevêem expressamente uma derrogação, caso contrário essa derrogação seria inútil (v., também, neste sentido, conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão Coname, referido no n.º 36 *supra*, Colect., p. I-7289, n.º 93).

142 Daqui resulta que, longe de criar novas obrigações a cargo dos Estados-Membros, o ponto 2.1.4. da comunicação é-lhes sim mais favorável, no sentido de que lhes permite, na hipótese de as condições da sua aplicação estarem preenchidas, não respeitar a obrigação de publicidade prévia.

143 No que diz respeito ao argumento da República Federal da Alemanha relativo ao acórdão SECAP, referido no n.º 42 *supra* (v., acima, n.º 135), impõe-se concluir que esse argumento assenta numa premissa errada, na medida em que o ponto 2.1.4. da comunicação não exclui outras possibilidades de derrogação.

4. *Quanto à quarta alegação, relativa ao processo por incumprimento (ponto 1.3. da comunicação)*

a) Argumentos das partes

144 A República Federal da Alemanha, apoiada pelos intervenientes, alega, por último, que o anúncio feito pela Comissão no ponto 1.3. da comunicação, de que intentará

um processo por incumprimento no caso de violação do procedimento previsto, demonstra que esta disposição se destina a produzir obrigações a cargo dos Estados-Membros. Isto é confirmado pelo processo por incumprimento n.º 2005/4043 contra a República Federal da Alemanha relativamente à adjudicação de um contrato II B que não tinha sido objecto de publicidade prévia: a comunicação foi aí referida como se se tratasse de uma base jurídica complementar. Acresce que a Comissão já intentou processos por incumprimento contra alguns Estados-Membros para aplicar os princípios agora formulados na comunicação aos contratos não abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas contratos públicos. A este propósito, a República Federal da Alemanha refere os processos no âmbito dos quais foram proferidos os acórdãos Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, e de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda, referido no n.º 57 *supra*. Consequentemente, a produção de efeitos jurídicos da comunicação resulta do seu ponto 1.3. e da sua relação com o processo por incumprimento.

145 Por outro lado, segundo a República Federal da Alemanha, os efeitos da comunicação resultantes do seu ponto 1.3. não são apenas de ordem informativa, mas ditam também regras de comportamento e são portanto, jurídicos. Isto mesmo é reconhecido pela Comissão, segundo a qual a comunicação tem por efeito traçar uma linha de conduta. Um efeito obrigatório da comunicação resulta então da intenção anunciada da Comissão de basear a sua prática em matéria de processo por incumprimento na comunicação.

146 Além disso, relativamente ao ponto 1.3. da comunicação, o Parlamento sustenta que a Comissão, na qualidade de autora da comunicação, ocupa ao mesmo tempo a posição de órgão executivo central da Comunidade e de guardiã dos Tratados. Assim, as entidades adjudicantes devem respeitar o conteúdo da comunicação para evitar uma acção por incumprimento para a qual a Comissão se basearia nas regras estabelecidas na sua própria comunicação.

147 A República da Polónia acrescenta que é expectável que as orientações previstas na comunicação sirvam de ponto de referência aos auditores da Comissão que fiscalizam os processos de adjudicação de contratos públicos co-financiados pelo orçamento da

União Europeia e que incluem as medidas estruturais. No caso de eventuais irregularidades dos processos em causa relativamente às orientações da comunicação, os auditores terão tendência a recusar a qualificação de encargos a recuperar a partir dos créditos comunitários. Deste modo, apesar da afirmação inscrita no início da comunicação, as recomendações aí previstas são aplicadas «como direito». Ora, tendo em conta a importância do auxílio financeiro do orçamento da União Europeia na Polónia, esta atitude dos auditores bastaria para que as recomendações fossem consideradas obrigatórias.

148 Contrariamente à argumentação da República Federal da Alemanha, de que resulta um efeito jurídico do ponto 1.3. da comunicação, a Comissão alega que a possível incidência da comunicação na política da Comissão em matéria de incumprimento não é geradora de efeitos jurídicos face a terceiros, mas tem apenas consequências para a própria Comissão. Com efeito, a Comissão não tem o poder de determinar, através da política que aplica nos processos por incumprimento, as obrigações que incumbem aos Estados-Membros. Só no Tribunal de Justiça, no âmbito de um processo por incumprimento, é que o âmbito dos direitos e obrigações dos Estados-Membros é definido de uma forma juridicamente vinculativa.

b) Apreciação do Tribunal

149 O último parágrafo do ponto 1.3. da comunicação dispõe:

«Quando a Comissão tiver conhecimento de uma violação potencial dos princípios fundamentais relativos à celebração de contratos não abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos, procederá a uma avaliação da importância do contrato em questão à luz das circunstâncias particulares a cada caso. Apenas serão intentados

processos por infracção ao abrigo do artigo 226.º [CE] nos casos em que se afigure apropriado ante a gravidade da infracção e das suas repercussões para o mercado interno.»

150 A este respeito, importa referir que o início, pela Comissão, de um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE contra um Estado-Membro é perfeitamente possível na hipótese de o referido Estado-Membro não respeitar as obrigações resultantes para as entidades adjudicantes dos Estados-Membros, no decurso de um processo de adjudicação de contratos públicos, das regras e dos princípios enunciados no Tratado CE. Consequentemente, o simples facto de o ponto 1.3. da comunicação evocar a possibilidade de iniciar esse processo não prova de modo algum, contrariamente ao que a República Federal da Alemanha alega, que a referida comunicação cria novas obrigações a cargo dos Estados-Membros na celebração de contratos públicos e que, portanto, é um acto que produz efeitos jurídicos obrigatórios.

151 Se é verdade que este ponto da comunicação pode revelar a um Estado-Membro que corre o risco real de se ver confrontado com um processo por incumprimento no caso de violação das suas obrigações decorrentes do direito comunitário primário e recordadas na comunicação, isso constitui uma simples consequência de facto e não um efeito jurídico vinculativo (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639, n.º 19, e de 1 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão, C-301/03, Colect., p. I-10217, n.º 30).

152 A argumentação invocada pela República Federal da Alemanha é tanto mais inoperante quanto o início de um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE não constitui um acto com um efeito vinculativo ou obrigatório. No âmbito do referido processo, a fase que antecede a submissão à apreciação do Tribunal de Justiça constitui uma fase pré-contenciosa destinada a convidar o Estado-Membro a cumprir as suas obrigações, sendo que a Comissão só emite a sua opinião através de parecer depois de ter colocado o Estado-Membro em condições de apresentar as suas observações. Esta fase pré-contenciosa não envolve, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, qualquer acto da Comissão investido de força obrigatória (acórdão

de 1 de Março de 1966, Lütticke e o./Comissão, 48/65, Colect. 1965-1968, pp. 305, 307 e 308).

153 Além disso, de acordo com o sistema instituído pelos artigos 226.º CE a 228.º CE, a determinação dos direitos e obrigações dos Estados-Membros e a apreciação do seu comportamento apenas podem resultar de um acórdão do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 1981, Essevi e Salengo, 142/80 e 143/80, Recueil, p. 1413, n.os 15 e 16, e de 29 de Setembro de 1998, Comissão/Alemanha, C-191/95, Colect., p. I-5449, n.º 45). Daqui resulta que, contrariamente à argumentação da República Federal da Alemanha, só um acórdão do Tribunal de Justiça pode ter um efeito vinculativo na matéria.

154 Consequentemente, a argumentação da República Federal da Alemanha e dos intervenientes, relativa a um efeito vinculativo resultante do início de um processo por incumprimento em caso de violação do procedimento previsto na comunicação, deve ser julgada improcedente.

155 Esta conclusão não é posta em causa pelo argumento da República Federal da Alemanha baseado no n.º 6 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro apresentadas no processo no qual foi proferido o acórdão de 16 de Junho de 1993, França/Comissão, referido no n.º 28 *supra* (Colect., p. I-3292), que é favorável ao reconhecimento expresso de efeitos jurídicos vinculativos resultantes da ameaça de início de um processo por incumprimento.

156 Ora, contrariamente ao caso em apreço, no decurso do processo que esteve na origem do acórdão de 16 de Junho de 1993, França/Comissão, referido no n.º 28 *supra*, nunca a Comissão colocou em dúvida o carácter obrigatório do acto em causa. Partindo desta hipótese, o advogado-geral G. Tesauro interpretou o início de um processo por incumprimento como um indício adicional para propor ao Tribunal de Justiça que não declarasse oficiosamente o recurso inadmissível, mas que examinasse o seu conteúdo (conclusões do advogado-geral G. Tesauro apresentadas no processo no qual

foi proferido o acórdão de 16 de Junho de 1993, França/Comissão, referido no n.º 28 *supra*, n.º 6). Além disso, importa observar que, no referido acórdão, o Tribunal de Justiça não retomou este raciocínio em que se apoia a República Federal da Alemanha.

157 Em face das considerações acima feitas nos n.os 150 a 153, o argumento da República Federal da Alemanha, do Reino dos Países Baixos e da República da Polónia destinado a estabelecer uma autolimitação por parte da Comissão através da comunicação deve também ser considerado improcedente por ser, pelo menos, inoperante. Além do mais, resulta da letra do ponto 1.3. da comunicação que a Comissão não admite iniciar um processo por incumprimento em todos os casos de incumprimento de que tenha conhecimento, mas sim que iniciará um processo por incumprimento tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso e que se deixará guiar por dois critérios principais, a gravidade da infracção e as suas repercussões no mercado interno.

158 Por último, no que diz respeito ao argumento da República Federal da Alemanha de que a Comissão se refere à comunicação como a um acto legislativo e que já iniciou diversos processos por incumprimento para aplicar os princípios dessa mesma comunicação, não se pode deixar de concluir que este não pode ser acolhido.

159 Relativamente ao processo por incumprimento n.º 2005/4043, invocado pela República Federal da Alemanha, há que observar que, com efeito, a Comissão se refere à comunicação no ponto 7 do parecer fundamentado. Contudo, contrariamente ao que a República Federal da Alemanha pretende, a comunicação não é aí referida enquanto base legal, mas sim como simples referência entre parêntesis no fim do referido ponto. O dispositivo do parecer fundamentado baseia-se nos artigos 43.º CE e 49.º CE e nos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência.

160 O mesmo é válido para os dois processos invocados pela República Federal da Alemanha em que foram proferidos os acórdãos Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, e de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda, referido no n.º 57 *supra*. A este respeito, importa salientar que, no processo em que foi proferido o acórdão Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, o Tribunal de Justiça declarou inadmissível a acção da Comissão, uma vez que, ao tê-la fundamentado em determinadas regras fundamentais do Tratado CE e, em especial, no princípio da não discriminação, que implica a obrigação de transparência, a Comissão não apresentou elementos suficientes que permitissem ao Tribunal de Justiça apreender exactamente o alcance da violação do direito comunitário imputada ao Estado-Membro (acórdão Comissão/Finlândia, referido no n.º 39 *supra*, n.º 32). Relativamente ao processo em que foi proferido o acórdão de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda, referido no n.º 57 *supra*, há que concluir que decorre deste acórdão que uma publicidade *ex post* não garante uma publicidade adequada e que este acórdão confirma a existência de uma obrigação de publicidade prévia, o que foi reconhecido pela República Federal da Alemanha na audiência.

161 Relativamente ao argumento invocado pela República da Polónia de que a comunicação tem por efeito revelar aos Estados-Membros que correm o risco de ver recusado o financiamento comunitário de determinadas despesas efectuadas, impõe-se concluir que se trata, uma vez mais, de uma simples consequência de facto e não de um efeito jurídico vinculativo da referida comunicação (v., acima, n.º 151).

162 Decorre do conjunto das considerações precedentes que a comunicação não envolve novas regras de adjudicação dos contratos públicos que vão além das obrigações decorrentes do direito comunitário existente. Nestas condições, não se pode considerar que a comunicação produz efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar a situação jurídica da República Federal da Alemanha e dos intervenientes e, consequentemente, o recurso deve ser julgado inadmissível.

Quanto às despesas

163 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Federal da Alemanha sido vencida, há que condená-la nas despesas da Comissão, em conformidade com o pedido desta.

164 Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros intervenientes no litígio suportam as suas despesas. No caso em apreço, os intervenientes em apoio da República Federal da Alemanha suportarão as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quinta Secção)

decide:

1) O recurso é julgado inadmissível.

2) A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas e as despesas efectuadas pela Comissão Europeia.

3) A República Francesa, a República da Áustria, a República da Polónia, o Reino dos Países Baixos, o Parlamento Europeu, a República Helénica e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte suportarão as suas próprias despesas.

Vilaras Prek Ciucă

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 20 de Maio de 2010.

Índice

Factos na origem do litígio ..... II - 2036

Tramitação processual ..... II - 2039

Pedidos das partes ..... II - 2041

Quanto à admissibilidade ..... II - 2042

A — Observações preliminares ..... II - 2042

B — Quanto ao conteúdo da comunicação ..... II - 2045

1. Quanto à primeira alegação, relativa a uma obrigação de publicidade prévia (ponto 2.2.1. da comunicação) ..... II - 2046

a) Argumentos das partes ..... II - 2046

República Federal da Alemanha ..... II - 2046

Intervenientes ..... II - 2050

Comissão ..... II - 2055

b) Apreciação do Tribunal ..... II - 2056

2. Quanto à segunda alegação, relativa à especificação das obrigações de publicidade (ponto 2.2. da comunicação) ..... II - 2069

a) Argumentos das partes ..... II - 2069

República Federal da Alemanha ..... II - 2069

Intervenientes ..... II - 2071

Comissão ..... II - 2072

b) Apreciação do Tribunal ..... II - 2072

Observações preliminares ..... II - 2075

Quanto ao ponto 2.2.1. da comunicação ..... II - 2076

— Quanto ao primeiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação ..... II - 2076

— Quanto ao segundo travessão do ponto 2.2.1. da comunicação ..... II - 2077

— Quanto ao terceiro travessão do ponto 2.2.1. da comunicação ..... II - 2078

— Quanto ao quarto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação ..... II - 2079

— Quanto ao quinto travessão do ponto 2.2.1. da comunicação ..... II - 2080

Quanto ao ponto 2.2.2. da comunicação ..... II - 2081

Quanto ao ponto 2.2.3. da comunicação ..... II - 2083

3. Quanto à terceira alegação, relativa às derrogações à publicidade prévia (ponto 2.1.4. da comunicação) ..... II - 2084

a) Argumentos das partes ..... II - 2084

b) Apreciação do Tribunal ..... II - 2086

4. Quanto à quarta alegação, relativa ao processo por incumprimento (ponto 1.3. da comunicação) ..... II - 2088

a) Argumentos das partes ..... II - 2088

b) Apreciação do Tribunal ..... II - 2090

Quanto às despesas ..... II - 2095