CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 17 de Novembro de 1994 *

1. Através da presente acção, a Comissão solicita ao Tribunal de Justiça que declare verificado que o Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Setembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público [1] (a seguir «directiva 'fornecimentos'»), na redacção sucessivamente dada pelas Directivas 80/767/CEE, de 22 de Julho de 1980 [2], e 88/295/CEE, de 22 de Março de 1988 [3], bem como por força do artigo 30.° do Tratado CEE.

Mais precisamente, a Comissão considera não conforme às disposições comunitárias o anúncio de concurso publicado pelo Nederlands Inkoopcentrum NV (a seguir «NIC») no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 10.12.1991 e relativo ao fornecimento e à manutenção de um posto de trabalho meteorológico [4]. As acusações formuladas pela Comissão são duas: o anúncio não indica as pessoas admitidas a assistir à abertura das propostas nem o dia, hora e local desta abertura; o caderno de encargos inclui uma especificação técnica definida por referência a um produto de uma marca determinada, a saber, o sistema informático UNIX, aperfeiçoado pela firma Bell Laboratories, pertencente ao grupo ITT, sem mencionar a possibilidade de o fornecedor utilizar um sistema equivalente.

Há que recordar que a Comissão notificou estas observações aos Países Baixos e à entidade adjudicante, de acordo com o processo previsto no artigo 3.°, n.os 1 e 2, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos [5]. A notificação precisava que tinha o valor de notificação de incumprimento na acepção do artigo 169.° do Tratado CEE e que a comunicação a transmitir ulteriormente pelo Governo neerlandês seria considerada equivalente às observações previstas pelo referido artigo do Tratado.

* Língua original: italiano.

1 — JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29.

2 — JO L 215, p. 1; EE 17 F1 p. 83.

3 — JO L 127, p. 1.

4 — O anúncio em questão, com o número 91/5233-37730/NL, foi publicado no JO S 233 de 10.12.1991, p. 25.

5 — JO L 395, p. 33.

2. A fim de compreender de modo preciso o alcance das acusações formuladas e os fundamentos de defesa aduzidos pelo demandado, é útil recordar as disposições pertinentes das directivas em questão.

O artigo 9.°, n.° 5, da directiva «fornecimentos» impõe às entidades adjudicantes que respeitem, aquando da redacção dos anúncios de concurso, os modelos constantes do Anexo III. Ora, quando, como no presente caso, o procedimento seguido para a adjudicação é o concurso «público», o anúncio deve conter, em especial, as seguintes indicações (n.° 7 do anexo):

«a) Pessoas admitidas a assistir à abertura das propostas.

b) Data, hora e local dessa abertura.»

O artigo 7.°, n.° 6, inserido no título II da mesma directiva, consagrado às «regras comuns no domínio técnico», dispõe, além disso, que:

«A menos que tais especificações sejam justificadas pelo objecto do contrato, os Estados-membros devem proibir a introdução, nas cláusulas contratuais relativas a um contrato determinado, de especificações técnicas que mencionem produtos de um fabrico ou de uma proveniência determinados, ou de processos particulares tendo como efeito favorecer ou eliminar certas empresas ou certos produtos. É, nomeadamente, proibida a indicação de marcas, patentes ou tipos, ou de uma origem ou produção determinadas; no entanto, tal indicação acompanhada da menção 'ou equivalente' é autorizada se o objecto do contrato não puder ser descrito de outro modo por meio de especificações suficientemente precisas e perfeitamente inteligíveis para todos os interessados.»

No que diz respeito, por fim, ao artigo 3.° da Directiva 89/665, o mesmo prevê um meio de intervenção «rápido» junto das autoridades competentes dos Estados-membros e das entidades adjudicantes, a que a Comissão pode recorrer, antes da celebração de um contrato, se considerar que «houve infracção clara e manifesta das disposições comunitárias em matéria de contratos de direito público no decorrer de um processo de adjudicação de contrato». Nesta hipótese, portanto, a Comissão notificará às referidas autoridades e entidades as infracções observadas e solicitará a sua correcção; a partir deste momento, o Estado-membro dispõe de vinte e um dias para comunicar à Comissão a correcção da infracção, ou as razões de não correcção, ou ainda a suspensão do processo de adjudicação do contrato.

3. Antes de passar ao exame quanto ao mérito, há que analisar a questão prévia de inadmissibilidade com dois fundamentos suscitada pelo Governo neerlandês.

Este alega, antes de mais, que o comportamento da Comissão não foi conforme às exigências do artigo 3.°, n.^{os} 1 e 2, da Directiva 89/665. Como já indiquei, o processo aí previsto visa informar atempadamente, de qualquer modo antes da adjudicação, o Estado-membro e a entidade adjudicante interessados que houve uma infracção clara e manifesta das disposições comunitárias. Ora, as acusações da Comissão só foram notificadas aos Países Baixos seis meses após a publicação do anúncio em questão, na véspera da assinatura do contrato. A entidade adjudicante, por seu turno, só recebeu a notificação alguns dias mais tarde, como reconhece a Comissão [6], quando a adjudicação já tinha ocorrido. Segundo o demandado, daí resultaria uma violação da obrigação de cooperação entre Estados-membros e instituições comunitárias resultante do artigo 5.° do Tratado CEE, na medida em que não se pode razoavelmente exigir que se suspenda, no prazo de apenas um dia útil, um processo de adjudicação iniciado vários meses antes, tendo em conta, além disso, o atraso com que o pedido que lhe dizia respeito tinha sido transmitido à entidade adjudicante.

O segundo fundamento de inadmissibilidade invocado pelo Governo neerlandês assenta na circunstância de também a Comissão ter feito referência à mesma especificação técnica, ou seja, ao sistema informático UNIX, num anúncio de concurso publicado posteriormente ao que é objecto do presente processo [7]. Daí resulta que o NIC podia legitimamente pensar que a utilização da referida especificação não levantaria qualquer problema no plano do direito comunitário, uma vez que a própria Comissão considerava o sistema UNIX uma prescrição técnica de uso corrente e geralmente aceite.

4. As críticas formuladas pelo Governo neerlandês em relação ao comportamento da Comissão são compreensíveis. No entanto, dado que me parece que é apenas no plano jurídico que o seu fundamento deve ser verificado, não é duvidoso que as mesmas não são susceptíveis de justificar uma decisão de inadmissibilidade. Pelo menos, não tenho a intenção de sugerir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie neste sentido.

Há que observar, em primeiro lugar, que o facto de ter iniciado tardiamente o processo especial previsto no artigo 3.° da Directiva 89/665 para a correcção das violações das disposições comunitárias em matéria de con-

6 — Na sua réplica, a Comissão reconhece que a carta registada com as acusações tinha sido enviada em 25 de Junho de 1992 ao Governo neerlandês, mas não ao NIC; este último tinha portanto recebido uma telecópia da mesma, expedida pelos serviços competentes da Comissão apenas em 29 de Junho seguinte.

7 — Trata-se do anúncio de concurso com o número 92/S116-223439/FR, publicado no JO S 116 de 17.6.1992, p. 77.

tratos de direito público não pode seguramente impedir a Comissão de agir contra o Estado-membro interessado com base no artigo 169.° do Tratado para obter a declaração dessa violação. Sabe-se que esta acção não está sujeita a qualquer prazo, na medida em que corresponde a uma modalidade de exercício da função permanente de fiscalização atribuída à Comissão pelo artigo 155.° do Tratado CEE a fim de garantir o respeito do direito comunitário [8]; por conseguinte, considerações evidentes relativas à hierarquia das normas bastam para afastar qualquer dúvida sobre este ponto.

Por outro lado, se o objectivo declarado do processo previsto no artigo 3.° da Directiva 89/665 é, tal como resulta de uma leitura dos considerandos da directiva [9], instituir um mecanismo que permita à Comissão intervir rapidamente junto das autoridades competentes dos Estados-membros em causa antes da celebração de um contrato de direito público, a fim de evitar os danos irreparáveis que possam resultar da adjudicação ilegítima desse contrato, o instrumento previsto nada acrescenta ou diminui, na realidade, aos poderes de que a Comissão dispõe nos termos do artigo 169.° do Tratado. É ao processo aí previsto que ela deve, de qualquer modo, recorrer quando o Estado-membro interessado não respondeu, ou não respondeu de modo satisfatório, à notificação efectuada em conformidade com o artigo 3.° da Directiva 89/665, se quiser obter a declaração de que este Estado-membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições comunitárias em matéria de contratos de direito público.

5. Tendo em conta o que precede, a utilização simultânea dos processos previstos na referida disposição da Directiva 89/665 e no artigo 169.° do Tratado corresponde a exigências de economia processual que me parece poderem ser perfeitamente aceites. O atraso com que a Comissão agiu — e, deste ponto de vista, só podemos subscrever as críticas que lhe são dirigidas — tem por única consequência poder privar a sua acção da eficácia que o processo especial em questão visava garantir.

Por outro lado, após a supressão, no texto final da directiva adoptada pelo Conselho, dos poderes de intervenção enérgicos inicialmente conferidos à Comissão [10], a aceleração do processo fundado no artigo 169.° do Tratado, através da fixação de um prazo máximo de vinte e um dias para a resposta à notificação da Comissão, é, em suma, o único elemento que satisfaz um dos objectivos prosseguidos por este acto, ou seja, o reforço, ao nível comunitário igualmente, da eficácia dos

8 — V., sobre este ponto, acórdão de 10 de Abril de 1984, Comissão/Bélgica (324/82, Recueil, p. 1861, n.os 11 e 12).

9 — V., em especial, considerandos 2, 7 e 8.

10 — Em especial, a possibilidade de suspender, em caso de urgência, o processo de adjudicação de um contrato face a certas violações especialmente graves da regulamentação comunitária: v. artigos 4.° e 5.° da proposta de directiva (JO C 15 de 19.1.1989, p. 8).

mecanismos que permitem controlar a aplicação das regras relativas aos contratos de direito público.

O artigo em questão limita-se, com efeito, a precisar qual é, neste domínio, o prazo a considerar «razoável», no âmbito do processo previsto no artigo 169.° do Tratado, para permitir ao Estado-membro interessado responder à notificação e eventualmente preparar utilmente a sua defesa contra as acusações formuladas a seu respeito [11]. Está, pelo contrário, absolutamente posto de parte que este artigo tenha tido a finalidade de fixar um prazo de preclusão quanto à acção da Comissão.

6. O segundo fundamento de inadmissibilidade invocado pelo demandado baseia-se na necessidade de proteger a confiança legítima, quanto à conformidade com a regulamentação comunitária da especificação técnica que é objecto do litígio, criada, nas autoridades neerlandesas, devido à utilização, pela própria Comissão, desta especificação num anúncio de concurso público.

A este respeito, limito-me a indicar que existem duas possibilidades. A primeira é que a utilização da especificação em questão não seja contrária à regulamentação em matéria de contratos de direito público e que, portanto, tanto as instituições comunitárias como as autoridades nacionais tenham podido e possam legitimamente utilizá-la na descrição do objecto de um contrato. Neste caso, a acção intentada pela Comissão deve ser considerada improcedente, pelo menos quanto a este ponto.

Se, pelo contrário, há incompatibilidade, não vislumbro na realidade como é que a circunstância de a própria Comissão ter violado as regras da directiva «fornecimentos» pode justificar a eventual violação cometida pelas autoridades neerlandesas. Mesmo as instituições comunitárias são obrigadas a respeitar a regulamentação em matéria de contratos de direito público; se não a respeitam, nenhum princípio jurídico autoriza os Estados-membros a agirem do mesmo modo. Também não é porque a instituição é culpada de uma violação da mesma natureza que lhe está vedado agir com vista a declarar verificada a infracção cometida por um Estado-membro.

Há portanto que rejeitar também este fundamento de inadmissibilidade.

7. Dado que não é contestado que a directiva «fornecimentos» é aplicável no caso em apre-

11 — V., sobre este ponto, o acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Bélgica (293/85, Colect., p. 305, n.os 13 e 14).

ço [12], passo assim à análise quanto ao mérito das acusações formuladas contra o demandado.

Como já disse, a Comissão acusa, antes de mais, a entidade adjudicante de ter violado o artigo 9.°, n.° 5, da directiva «fornecimentos» porque, aquando da redacção do anúncio de concurso, não deu cumprimento às prescrições constantes do Anexo III da mesma directiva, para que remete a disposição acima citada, no n.° 7, de indicar as pessoas admitidas a assistir à abertura das propostas, bem como o dia, hora e local dessa abertura. O Governo neerlandês perfilha a tese da Comissão quanto à existência de uma obrigação, que impende sobre as entidades adjudicantes, de redigir os anúncios de concurso segundo o modelo constante do referido anexo e quanto ao carácter incondicional da prescrição formulada no n.° 7 deste mesmo anexo. Alega todavia que as indicações em questão só são necessárias se a entidade adjudicante tiver a intenção de limitar a possibilidade de assistir à abertura das propostas, reservando-a, por exemplo, aos fornecedores que as apresentaram. Se, como no caso concreto, a abertura é pública e qualquer pessoa pode participar na mesma, esta indicação é, em contrapartida, inútil.

Por outro lado, sendo as propostas apresentadas habitualmente tão complexas e volumosas que é impossível lê-las integralmente no momento da abertura, a possibilidade de os fornecedores controlarem, nesta fase do processo, o comportamento da entidade adjudicante e agirem, eventualmente, em tempo útil, para defenderem os seus direitos é perfeitamente ilusória.

8. Também quanto a este ponto não me sinto inclinado a seguir os argumentos desenvolvidos pelo Governo neerlandês. Em primeiro lugar, os mesmos não encontram qualquer apoio na letra da directiva. Com efeito, quando esta precisa as menções que o anúncio de concurso deve conter no caso de ser público, o Anexo III desta directiva distingue claramente entre menções obrigatórias e menções facultativas. Fazem parte da segunda categoria as relativas ao prazo de entrega dos produtos a fornecer (n.° 4), ao montante e modalidades de pagamento da soma que deve eventualmente ser paga para obter da entidade em causa um exemplar da documentação relativa ao concurso [n.° 5, alínea c)] ou ainda à forma jurídica que deve assumir o agrupamento de fornecedores adjudicatário do contrato (n.° 10).

As prescrições constantes do n.° 7, em contrapartida, não beneficiam de qualquer possibilidade de derrogação, em especial em função do processo seguido no momento da abertura das propostas. Tal é perfeitamente conforme ao espírito da regulamentação em

12 — Quanto a este ponto, com efeito, o Governo neerlandês, contestando que o NIC possa ser considerado uma entidade adjudicante na acepção da directiva «fornecimentos», reconhece que esta directiva «fornecimentos» se aplica ao processo de adjudicação em causa, na medida em que, no caso concreto, o NIC agiu em nome e por conta do Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, que, quanto a ele, deve ser considerado uma entidade adjudicante nos termos do disposto na referida directiva.

questão, que considera a transparência de todas as operações e procedimentos que permitem o aprovisionamento das entidades adjudicantes um dos instrumentos mais eficazes para abrir o acesso aos contratos de fornecimento de direito público. Há que ter igualmente em conta o facto de que a aplicação efectiva da regulamentação comunitária só pode, em muitos casos, ser garantida se as suas violações suscitarem uma reacção em tempo útil. Por conseguinte, pode-se compreender o interesse que pode haver, para os fornecedores que participam num processo de adjudicação, em estarem presentes aquando da abertura das propostas, mais que não seja, como assinala a Comissão, para conhecerem a identidade dos seus concorrentes e poderem verificar, já nesta fase, se os mesmos satisfazem os critérios de selecção qualitativa enumerados nos artigos 20.° e seguintes da directiva «fornecimentos». É portanto evidente que esta possibilidade de fiscalização se tornaria vã se as modalidades práticas da abertura das propostas (mesmo pública) não fossem conhecidas.

9. Quanto à pretensa violação do artigo 7.°, n.° 6, da directiva «fornecimentos» e do artigo 30.° do Tratado, na sequência da introdução no caderno de encargos controvertido de uma especificação técnica mencionando um produto determinado, o Governo neerlandês objecta que, na realidade, o caderno de encargos faz referência a uma família de produtos, na medida em que o sistema UNIX deve ser considerado, no sector das tecnologias da informação, uma prescrição técnica geralmente reconhecida pelos operadores. Portanto, o facto de ter omitido deliberadamente a menção «ou equivalente» após a designação UNIX teria tido precisamente como objectivo fazer compreender aos fornecedores interessados que o NIC pretendia referir-se não a um produto determinado mas a um produto com características bem definidas. Em apoio da sua tese, o Governo neerlandês invoca o facto de o contrato ter sido finalmente adjudicado a um fornecedor que não utilizava o sistema UNIX, mas um sistema similar.

Quanto a este ponto, observe-se que o demandado admite que o sistema UNIX não é um sistema normalizado, ou seja, uma especificação téncica aprovada por um organismo internacional de normalização reconhecido no sector das tecnologias da informação. Foi, com efeito, elaborado no seio de um dos organismos não oficiais criados pelos produtores e pelos consumidores, a fim de contribuir para a aceleração do processo de normalização, e precisamente X/OPEN que procede à normalização dos sistemas de exploração baseados no sistema UNIX de AT & T [13]. Ora, é só no momento em que as instâncias oficiais fazem seus os resultados dos trabalhos efectuados por estes organismos que as especificações técnicas assim elaboradas se tornam normas. Por conseguinte, parece-me difícil sustentar, como o faz o Governo neerlandês, que o comportamento da entidade adjudicante é conforme à Decisão 87/95/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à normalização

13 — V., quanto a este ponto, o que resulta do documento intitulado «Standardization — Fact Sheet 4», que foi elaborado em Outubro de 1990 pela Direcção-Geral XIII da Comissão e a que se referem as duas partes em causa.

no domínio das tecnologias da informação e das telecomunicações [14], que impõe aos Estados-membros que se refiram às normas internacionais e europeias nos concursos relativos a estas tecnologias, na medida em que, como o próprio demandado reconhece, o sistema UNIX não faz parte destas categorias.

Portanto, dado que UNIX é a marca de um produto determinado, a inserção num anúncio de concurso de uma cláusula fazendo referência a este sistema, sem que esta indicação seja acompanhada da menção «ou equivalente», constitui uma violação do artigo 7.°, n.° 6, da directiva «fornecimentos». Além disso, como esta cláusula, pelo menos num primeiro tempo, reserva o concurso apenas aos fornecedores que se proponham utilizar o sistema especificamente indicado, acaba por entravar as correntes de importação no comércio intracomunitário e viola o artigo 30.° do Tratado [15].

10. Não me parece que esta conclusão possa ser modificada pelo facto de o contrato em questão ter sido adjudicado a um fornecedor que utiliza um sistema equivalente ao especificamente indicado no anúncio, na medida em que a inserção no caderno de encargos de uma cláusula como esta pode, de qualquer modo, ter por consequência que os operadores económicos que utilizem sistemas análogos ao mencionado se abstenham de apresentar propostas, precisamente devido a esta cláusula.

À luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que:

— declare que, ao não indicar, no aviso de concurso em causa, quais as pessoas admitidas a assistir à abertura das propostas, bem como o dia, hora e local dessa

14 — JO 1987, L 36, p. 31.

15 — V., a propósito, acórdão de 22 de Setembro de 1988, Comissão/Irlanda (45/78, Colect., p. 4929, em especial n.os 12-27).

abertura, e ao introduzir no caderno de encargos uma especificação técnica definida por referência a um produto de uma marca determinada, o Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 77/62/CEE do Conselho, na redacção que lhe foi dada pelas Directivas 80/767/CEE e 88/295/CEE, bem como do artigo 30.° do Tratado;

— condene o Reino dos Países Baixos nas despesas.