CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 13 de Junho de 2002 [1]

1. Com a presente acção, a Comissão das Comunidades Europeias pretende obter a declaração de que o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.° e 2.° da Directiva 89/665/CEE [2]. Entende, no essencial, que o Reino de Espanha não transpôs correcta e completamente os referidos artigos na sua ordem jurídica interna, dado que as medidas nacionais de transposição excluem:

— *a priori* do seu âmbito de aplicação os organismos públicos com estatuto de direito privado;

— a interposição de recursos contra certas decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no decurso do procedimento para adjudicação de contratos de direito público, e

— a possibilidade de serem tomadas medidas conservatórias úteis em relação às decisões tomadas pelas entidades adjudicantes, subordinando a adopção de medidas dessa natureza à prévia instauração do processo principal contra o acto ilegal.

I — O enquadramento jurídico

A legislação comunitária

2. A Directiva 89/665 visa garantir a aplicação efectiva das directivas em matéria de contratos de direito público [3], e designadamente da Directiva 71/305/CEE [4], revogada e substituída pela Directiva 93/37/CEE [5], da Directiva 77/62/CEE [6], revogada e substituída pela Directiva 93/36/CEE [7], e da

1 — Língua original: francês.

2 — Directiva 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 (JO L 395, p. 33, a seguir também designada «directiva recursos»).

3 — V. primeiro, terceiro e quarto considerandos.

4 — Directiva do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9).

5 — Directiva do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 199, p. 54).

6 — Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29).

7 — Directiva do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 199, p. 54).

Directiva 92/50/CEE[8]. As Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 têm por objecto a coordenação dos procedimentos para adjudicação de contratos de direito público de obras, de fornecimento e de serviços nos Estados-Membros.

3. O artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 41.° da Directiva 92/50, dispõe:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77//62/CEE e 92/50/CEE, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, nomeadamente, no n.° 7[9] do artigo 2.°, com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.»

4. O artigo 2.°, n.° 1, da directiva recursos precisa que:

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

a) Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes;

b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa;

c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.»

8 — Directiva 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). As Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 serão igualmente designadas a seguir «directivas procedimentos» ou ainda «directivas procedimentos aplicáveis nos sectores ditos 'tradicionais' (quanto ao sentido desta última expressão, v. n.° 48 das presentes conclusões).

9 — Segundo esta disposição, «[o]s Estados-Membros garantirão que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser executadas de modo eficaz».

5. Nos termos do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665, «[s]empre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder ser objecto de recurso jurisdicional [...]».

6. O conceito de «entidades adjudicantes» está definido nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37.

7. Nos termos do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37, cujo teor é substancialmente idêntico ao do artigo 1.°, alínea b), das Directivas 92/50 e 93/36, são consideradas «entidades adjudicantes»:

«[...] o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

Entende-se por 'organismo de direito público' qualquer organismo:

— criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

— dotado de personalidade jurídica

e

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.»

A legislação nacional

8. O âmbito de aplicação *ratione personae* da legislação espanhola em matéria de contratos de direito público está definido no artigo 1.° da Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas [10], incluindo todas a administração pública local, quer se trate de administração do Estado ou de administrações das comunidades autónomas, e as autarquias locais. Este artigo dispõe no seu n.° 3:

«Devem igualmente exercer a sua actividade contratual nos termos da presente lei os organismos autónomos em todos os casos e as outras entidades de direito público dotadas de personalidade jurídica própria, vinculadas ou dependentes de qualquer administração pública, que satisfaçam os seguintes requisitos:

a) terem sido criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial;

b) serem entidades cuja actividade seja maioritariamente financiada pelas administrações públicas ou outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a fiscalização por estas últimas, ou cujo órgão de administração, de direcção ou de fiscalização seja composto, em mais de metade, por membros nomeados pelas administrações públicas ou outras entidades de direito público.»

9. A sexta adenda à Lei n.° 13/1995, que tem por título «Princípios de contratação no sector público», tem a seguinte redacção:

«As sociedades comerciais em cujo capital as administrações públicas ou os seus organismos autónomos, ou entidades de direito público, detêm uma participação maioritária, directa ou indirecta, observarão, na sua actividade contratual, os princípios de publicidade e de concorrência, salvo se a natureza da operação a efectuar for incompatível com esses princípios.»

10. Desde que a presente acção foi instaurada, o Reino de Espanha adoptou uma nova versão codificada da referida lei [11], que se limita a coligir e ordenar as disposições anteriores, não alterando o seu teor.

10 — BOE n.° 119, de 19 de Maio de 1995, a seguir «Lei n.° 13/1995».

11 — Trata-se do Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n.° 148, de 21 de Junho de 2000, p. 21775).

11. Em matéria de reclamação e recurso hierárquico, o artigo 107.° da Ley 30/1992 de Regímen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, na redacção que lhe foi dada pela Ley 4/1999 [12], estabelece que são susceptíveis de recurso directo:

«os actos preparatórios que decidam, directa ou indirectamente, sobre o fundo da questão, determinem a impossibilidade de prosseguimento do processo ou a impossibilidade de se defender ou que causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos [...]»

12. No que respeita ao recurso contencioso, o artigo 25.°, n.° 1, da Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [13] (lei dos tribunais administrativos) exprime-se em termos idênticos aos da Lei n.° 30/1992, prevendo que:

«O recurso contencioso administrativo é admissível em relação às normas de carácter geral e aos actos expressos ou tácitos da Administração Pública que esgotem a via administrativa, quer se trate de actos definitivos ou preparatórios, caso estes últimos decidam directa ou indirectamente sobre o fundo da questão, determinem a impossibilidade de prosseguimento do processo ou a impossibilidade de se defender ou causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos.»

13. O artigo 111.° da Lei n.° 30/1992 dispõe, sob a epígrafe «Suspensão da execução»:

«1. Salvo disposição em contrário, a interposição do recurso não suspende a execução do acto impugnado.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, a instância à qual tenha sido submetido o recurso pode, depois de proceder à comparação, devidamente fundamentada, entre o prejuízo que causaria ao interesse público ou a terceiros a suspensão da execução e o prejuízo que resultaria para o recorrente da eficácia imediata do acto recorrido, suspender, oficiosamente ou a pedido do recorrente, a execução do acto impugnado quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias:

a) A execução possa causar prejuízos impossíveis de reparar ou dificilmente reparáveis.

b) A impugnação tenha por fundamento uma das causas de nulidade absoluta [...].

12 — BOE n.° 12, de 14 de Janeiro de 1999, p. 1739 (a seguir «Lei n.° 30/1992»).

13 — BOE n.° 167, de 14 de Julho de 1998, p. 23516 (a seguir «Lei n.° 29/1998»).

3. A execução do acto impugnado considerar-se-á suspensa decorridos trinta dias após a data do registo da apresentação do pedido de suspensão na instância competente para sobre ele decidir se esta não tiver proferido decisão expressa sobre esse pedido.»

14. Os artigos 129.° e seguintes da Lei n.° 29/1989 instituem um sistema de adopção rápida de providências cautelares. Segundo o artigo 129.°, n.° 1:

«Os interessados podem requerer em qualquer fase do processo quaisquer providências adequadas a garantir a execução da sentença.»

15. O artigo 136.° desta lei dispõe:

«1. Nos casos previstos nos artigos 29.° e 30.°, a providência cautelar será decretada, a menos que se comprove que não se verificam as situações previstas nesses artigos ou que a medida perturbe gravemente os interesses gerais ou os interesses de terceiros, que o juiz deverá ponderar de forma circunstanciada.

2. Nos casos referidos no número anterior, as providências poderão igualmente ser requeridas antes da instauração do processo principal, seguindo os termos do processo previstos no artigo precedente. Nesse caso, o interessado deverá pedir a sua confirmação no processo principal, que deverá ser instaurado no prazo impreterível de dez dias a contar da notificação da adopção das providências cautelares. [...]

Caso não seja instaurado o processo principal, as providências decretadas caducam automaticamente, devendo o requerente indemnizar os danos e prejuízos causados pela providência cautelar.»

16. Os artigos 29.° e 30.° da Lei n.° 29/1998 referem-se aos casos a) em que a administração está obrigada, por força de uma disposição legal, de um contrato ou de um acto, a realizar uma prestação concreta a favor de uma ou várias pessoas determinadas; b) em que a administração não executa os seus actos definitivos, ou c) de facto consumado.

II — A tramitação processual

A — *A fase pré-contenciosa*

17. Por carta de 18 de Dezembro de 1991, o Governo espanhol comunicou à Comissão os textos legais em vigor que, do seu ponto de vista, asseguravam a transposição

da Directiva 89/665 no direito nacional, a saber, a Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lei dos tribunais administrativos), de 27 de Dezembro de 1956, a Ley de Procedimiento Administrativo (código de processo administrativo), de 18 de Julho de 1958, a Ley de Contratos del Estado (lei sobre os contratos de direito público) e a Constituição espanhola.

18. Depois de uma troca de correspondência, no decurso de 1994, entre os serviços da Comissão e as autoridades espanholas sobre a conformidade dos diplomas legais nacionais com as disposições comunitárias, a Comissão, considerando que as respostas dadas pelas autoridades em causa não eram satisfatórias, enviou ao Governo espanhol, em 29 de Maio de 1996, uma interpelação formal.

19. Nesta interpelação, a Comissão critica as medidas de transposição espanholas nestes aspectos:

— o âmbito de aplicação pessoal dessas medidas não coincide com o da directiva recursos;

— os actos ditos «preparatórios» só poderiam ser objecto de recurso em casos excepcionais, e

— a suspensão de um acto administrativo ilegal estaria dependente da instauração de um processo principal contra esse acto.

20. Em 9 de Outubro de 1996, respondendo à interpelação, o Governo espanhol sustentou, a propósito do primeiro aspecto, que a Lei n.º 13/1995 continha uma transcrição literal da noção de «organismo de direito público» constante das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37. Quanto aos dois outros aspectos, recordou os casos em que um acto preparatório pode ser objecto de recurso directo e insistiu sobre o imperativo legal de instauração de um processo principal contra a decisão ilegal para poder suspender esta decisão.

21. Apesar das trocas de correspondência que tiveram lugar no decurso de 1998, as autoridades espanholas e a Comissão mantiveram as respectivas posições quanto ao primeiro e terceiro aspectos — ligados ao âmbito de aplicação e às providências cautelares. Relativamente ao segundo aspecto — baseado na incorrecta transposição do conceito de «actos impugnáveis» —, estas autoridades comunicaram à Comissão, em 14 de Janeiro de 1999, que a nova lei dos tribunais administrativos alterava parcialmente o regime aplicável aos actos preparatórios.

22. Em 2 de Fevereiro de 1999, as autoridades espanholas comunicaram oficialmente à Comissão as Leis n.ºs 29/1998 e 4/1999.

23. Por considerar que estes novos diplomas continuavam a não lhe permitir concluir que o Reino de Espanha tinha posto termo aos incumprimentos que lhe eram imputados na carta de interpelação, a Comissão enviou-lhe, em 25 de Agosto de 1999, um parecer fundamentado. Neste parecer, a Comissão reiterou o teor da sua carta de interpelação e convidou o Governo espanhol a tomar as medidas necessárias para o cumprir no prazo de dois meses a contar da notificação.

24. Respondendo ao parecer fundamentado, em 8 de Novembro de 1999, o Governo espanhol contestou os incumprimentos que lhe eram imputados e refutou a análise da Comissão.

25. Considerando que essa resposta não lhe permitia concluir que o Reino de Espanha tinha cumprido as obrigações decorrentes das disposições da directiva recursos, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

B — *Os pedidos das partes*

26. A petição da acção deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 30 de Maio de 2000.

27. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

«1) declarar que, ao não ter tomado as medidas necessárias para dar pleno cumprimento às disposições contidas nos artigos 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 fornecimentos, e, em particular, ao não:

— aplicar o sistema de recursos garantidos pela referida directiva às decisões adoptadas por todas as entidades adjudicantes, tal como estas últimas são definidas no artigo 1.°, n.° 1, das Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, incluindo as sociedades de direito privado criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou ainda cujo órgão de administração, de direcção ou de fiscalização seja composto, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público;

— permitir a interposição de recursos de todas as decisões das entidades adjudicantes, incluindo os actos preparatórios, durante o procedimento para adjudicação de um contrato de direito público;

— prever a possibilidade de adopção de qualquer tipo de medidas cautelares úteis em relação às decisões das entidades adjudicantes, incluindo medidas de suspensão de um acto administrativo, eliminando, para o efeito, qualquer tipo de dificuldades e obstáculos e, em particular, a necessidade de instauração prévia do processo principal contra a decisão da entidade adjudicante,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário;

2) condenar o Reino de Espanha nas despesas.»

28. O Reino de Espanha conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

«— julgar a acção improcedente e

— condenar a Comissão nas despesas.»

III — Quanto ao primeiro fundamento baseado na incorrecta transposição do âmbito de aplicação *ratione personae* da directiva recursos (violação do artigo 1.°, n.° 1, da directiva)

A — *Argumentos das partes*

1) Os argumentos da Comissão

29. A Comissão alega que o Reino de Espanha considerou erradamente que as entidades de direito privado estavam excluídas *a priori* do âmbito de aplicação pessoal da directiva recursos.

30. A Comissão recorda que, quando transpõem directivas comunitárias em direito nacional, os Estados-Membros estão obrigados a respeitar o sentido dos termos e dos conceitos que nelas figuram, a fim de garantir a uniformidade de interpretação e aplicação dos textos legislativos nos diferentes Estados-Membros.

31. Por conseguinte, as autoridades espanholas estão obrigadas a dar à expressão «organismos de direito público», utilizada nas directivas procedimentos, o mesmo sentido que tem em direito comunitário. Segundo a Comissão, as Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 não fazem qualquer referência ao regime jurídico, de direito público ou privado, ao abrigo do qual os organismos de direito público foram constituídos nem à forma jurídica adoptada, interessando-se antes por outros critérios, entre os quais o fim para cuja prossecução esses organismos foram constituídos. Esta leitura teria sido confirmada pelo acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o.[14]. Com efeito, neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que esta expressão deve ser interpretada em termos funcionais. Por conseguinte, a forma jurídica de uma entidade não seria relevante.

32. Ora, sustenta a Comissão, a letra do artigo 1.° da Lei n.° 13/1995, que retoma quase literalmente as disposições correspondentes das directivas procedimentos, contém, porém, uma diferença substancial. Nos termos deste artigo, as entidades de direito privado estão excluídas do âmbito de aplicação desta lei. A Comissão sublinha a este propósito que, na ordem jurídica espanhola, a noção de «organismo de direito público» está ligada ao modo de constituição destas entidades. Deduz daí que a Lei n.° 13/1995, conjugada com a sexta adenda a esta lei, acrescenta um requisito que a legislação comunitária não prevê, ou seja, a exigência de que essa entidade seja de direito público. As entidades de direito privado ficariam, portanto, por definição, excluídas do âmbito de aplicação da lei em causa, apesar de satisfazerem, em todos os aspectos, o disposto no seu artigo 1.°, n.° 3.

33. Excluídos do âmbito de aplicação desta legislação espanhola, os organismos públicos com um estatuto de direito privado também não caberiam na esfera de aplicação das normas que regem os procedimentos de adjudicação de contratos de direito público e, portanto, no regime de recurso em matéria de contratos de direito público, quer estes organismos tenham sido criados para satisfazer necessidades de interesse geral ou necessidades de carácter puramente industrial ou comercial. Esta exclusão seria, pois, contrária ao disposto nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, que definem o respectivo âmbito de aplicação, bem como ao disposto na Directiva 89/665, porque impede a aplicação das garantias processuais que esta última directiva prevê.

34. Relativamente à tese do Governo espanhol segundo a qual a solução dos problemas de interpretação da expressão «necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial» exige uma análise detalhada, caso a caso, a fim de apurar se um organismo ou uma entidade satisfaz ou não os pressupostos para ficar abrangido pelas directivas, a Comissão salienta que essas dificuldades não podem justificar uma exclusão *a priori*, como a feita por este governo, de todo um grupo de organismos — as entidades de direito privado que

14 — C-44/96, Colect., p. I-73 (n.os 17 a 35).

satisfazem os três requisitos enunciados nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 — do âmbito de aplicação da Directiva 89/665, mesmo que esta exclusão seja sujeita a uma reapreciação caso a caso.

2) Os argumentos do Reino de Espanha

35. A título principal, o Governo espanhol alega que a Comissão errou nos fundamentos da presente acção e que, portanto, não tem razão quando sustenta que o conceito de «entidades adjudicantes» constante do artigo 1.° da directiva recursos foi incorrectamente transposto na ordem jurídica espanhola.

36. Segundo o Governo espanhol, a Comissão, quando o acusa formalmente de violação do disposto no artigo 1.° da directiva recursos, pretende, no fundo, acusá-lo de uma errada transposição do artigo 1.° das directivas procedimentos. Mas, ao abster-se de agir judicialmente por violação destas últimas disposições, a Comissão ter-se-ia privado da possibilidade de obter uma decisão do Tribunal de Justiça sobre este ponto. O Governo espanhol afirma que, por conseguinte, é a Comissão que tem de melhor litigar, e, portanto, intentar uma acção distinta para obter a declaração de violação das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, se pretende imputar ao Reino de Espanha uma incorrecta transposição do âmbito de aplicação pessoal destas últimas directivas.

37. Em qualquer caso, o Governo espanhol sustenta que o artigo 1.° das directivas procedimentos não é pertinente para efeitos de interpretação da noção de «entidades adjudicantes» constante do artigo 1.° da directiva recursos, e isto por duas razões. Por um lado, as directivas recurso e procedimentos não têm o mesmo objecto. Por outro, aplicam-se em fases diferentes do procedimento para adjudicação de contratos de direito público. A Directiva 89/665 prevê expressamente que os Estados-Membros organizem processos de recurso eficazes e céleres em caso de infracção às regras das directivas sobre procedimentos para adjudicação de contratos de direito público. A Directiva 89/665 intervém, pois, num momento posterior às directivas procedimentos. A noção de «entidades adjudicantes» constante da Directiva 89/665 não poderia, portanto, ser interpretada à luz do conceito de «organismo de direito público» anteriormente definido nas directivas procedimentos.

38. A título subsidiário, o Governo espanhol alega que o âmbito de aplicação pessoal das directivas procedimentos foi correctamente transposto.

39. Em primeiro lugar, a respeito da interpretação das regras aplicáveis, o Governo espanhol sublinha que a expressão «organismo de direito público» utilizada nas directivas procedimentos se refere a uma entidade de direito público e que, em Espanha, as expressões «entidade de direito público» e «organismo de direito público» são utilizadas indistintamente.

40. O conceito de «organismo de direito público» não se presta, segundo este governo, a uma definição autónoma e genérica.

41. O Governo espanhol refere assim que, nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, o conceito de «organismo de direito público» não abrange as sociedades comerciais sob controlo público. Segundo este governo, o facto de a Directiva 93/38/CEE [15], que trata da celebração de contratos de direito público em sectores específicos, efectuar uma distinção entre o conceito de «organismo de direito público», que é idêntico nas quatro directivas, e o de «empresa pública», cuja definição corresponde à de sociedade comercial pública, demonstra que se trata de dois conceitos distintos. O Governo espanhol considera que as sociedades comerciais com capitais maioritariamente públicos cabem no conceito de «empresa pública» à qual só é aplicável a Directiva 93/38. Estas sociedades não poderiam nunca caber no âmbito de aplicação das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, porque o conceito de «empresa pública» só aparece na Directiva 93/38, quando podia ter igualmente figurado nas duas outras directivas adoptadas na mesma data (isto é, as Directivas 93/36 e 93/37), se tal tivesse sido a vontade do legislador.

42. O Governo espanhol nota igualmente que, para delimitar o conceito de «organismo de direito público», se deve, antes de mais, precisar o carácter comercial ou industrial das «necessidades de interesse geral». Sublinha que, na ordem jurídica espanhola, as sociedades comerciais públicas têm, em princípio, por missão responder a necessidades de interesse geral, o que explica o facto de estarem sujeitas a controlo público. Essas necessidades têm, no entanto, carácter comercial e industrial, porque, se assim não fosse, não constituiriam objecto de uma sociedade comercial. Noutros termos, em Espanha, a forma jurídica da entidade é primordial para a definição do regime aplicável à sua actividade. Assim, em Espanha, uma entidade de direito público, constituída sob uma forma pública, rege-se pelo direito público. Em contrapartida, uma entidade de direito privado, constituída sob uma forma privada, rege-se pelo direito privado. Não pode ser considerada um organismo de direito público e não lhe são, em princípio, aplicáveis as regras que regem os contratos de direito público.

43. Não sendo a interpretação do conceito de «organismo de direito público» uniforme nos diferentes Estados-Membros, o Governo espanhol entende que não é possível dar uma solução definitiva, de carácter geral, para determinar o âmbito de aplicação pessoal das directivas procedimentos e recursos. Para este governo, deve, pelo contrário, apreciar-se cada caso concreto e, designadamente, o contexto em que se insere. O Governo espanhol conclui, assim, que, para determinar se um organismo ou uma entidade reúne ou não os requisitos para caber no âmbito de aplicação pessoal das directivas comunitárias, se deve proceder a um exame detalhado, caso a caso.

15 — Directiva 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).

B — *Apreciação*

44. Resulta da conjugação do disposto no artigo 1.° da Lei n.° 30/1992 e na sexta adenda a esta lei que os organismos públicos com um estatuto de direito privado estão, em princípio, excluídos das regras em matéria de adjudicação de contratos de direito público.

45. A letra e a finalidade do artigo 1.°, n.° 1, da directiva recursos opõem-se, porém, a que a forma e o regime jurídicos de direito privado de um organismo possam excluí-lo do âmbito de aplicação *ratione personae* da directiva recursos.

46. O artigo 1.°, n.° 1, da directiva recursos dispõe expressamente que o conceito de «entidades adjudicantes» se define por referência ao âmbito de aplicação das directivas procedimentos, tal como este é expresso no artigo 1.°, alínea b), destas directivas.

47. O artigo 1.°, n.° 1, da directiva recursos prevê, com efeito, que:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas [92/50, 93/36 e 93/37], as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes [...], com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.»

48. Este artigo enuncia assim, no essencial, que as *decisões das entidades adjudicantes* devem poder ser objecto de recursos eficazes e céleres. Não define *directamente* o conceito de «entidades adjudicantes», mas remete *em especial* para as disposições relativas ao âmbito de aplicação das directivas que regem os procedimentos para adjudicação de contratos de direito público nos sectores ditos «tradicionais», por oposição aos sectores ditos «especiais» [16]. Os procedimentos para adjudicação de contratos de direito público nos sectores especiais são tratados pela Directiva 90/531/CEE [17], revogada e substituída pela Directiva 93/38. A Directiva 92/13/CEE [18] foi especialmente adoptada [19] para instituir procedimentos de recurso contra as deci-

16 — Por «sectores especiais», entendem-se os sectores de utilidade pública tais como a água, a energia, os transportes e as telecomunicações.

17 — Directiva 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).

18 — Directiva do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14).

19 — O quarto considerando da Directiva 92/13 precisa, com efeito, que a Directiva 89/665 se restringe aos procedimentos de celebração de contratos nos sectores ditos «tradicionais».

sões das entidades adjudicantes tomadas no quadro da Directiva 93/38. Esta directiva adapta aos sectores de utilidade pública os meios processuais previstos pela Directiva 89/665 para os sectores tradicionais e prevê, além disso, meios processuais específicos [20].

49. O âmbito de aplicação da directiva recursos está, pois, claramente circunscrito ao âmbito de aplicação das directivas procedimentos aplicáveis nos sectores ditos «tradicionais». Portanto, as regras constantes da Directiva 89/665 não dizem respeito a procedimentos de recurso instaurados contra decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no quadro da Directiva 93/38. O argumento do Governo espanhol, segundo o qual a distinção efectuada na Directiva 93/38 entre os conceitos de «entidades adjudicantes» e de «empresa pública» milita a favor da impossibilidade de dar uma definição autónoma do conceito de «entidades adjudicantes» constante do artigo 1.°, n.° 1, da directiva recursos, não é, portanto, pertinente.

50. Resulta do que precede que o conceito de «entidades adjudicantes» constante do artigo 1.°, n.° 1, da directiva recursos deve ser apreciado à luz do artigo 1.°, alínea b), das directivas procedimentos que define o âmbito de aplicação pessoal destas directivas.

20 — V. processo de certificação (artigos 3.° a 7.° da Directiva 92/13), mecanismo de correcção (artigo 8.° da Directiva 92/13) e processo de conciliação (artigos 9.° a 11.° da Directiva 92/13).

51. A finalidade da directiva recursos confirma a letra do seu artigo 1.°, n.° 1, e, portanto, a ligação estreita que existe entre esta directiva e as directivas procedimentos.

52. Com efeito, resulta do primeiro, terceiro e quarto considerandos da directiva recursos que a finalidade da Directiva 89/665 é a instituição de meios processuais eficazes e céleres contra as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no quadro das directivas em matéria de empreitada e concessão de obras públicas, de contratos de fornecimento e de prestação de serviços, a fim de garantir a efectiva aplicação destas directivas procedimentos.

53. A determinação do âmbito de aplicação da directiva recursos em relação ao das directivas procedimentos adoptadas anteriormente justifica-se, além disso, por recurso a uma técnica legislativa que permite evitar sobrecarregar inutilmente um texto e, portanto, simplificar a sua leitura. Com efeito, um conceito comum num domínio único, como o das obras públicas, já definido em directivas anteriores, pode ser explicitado por remissão expressa para as disposições pertinentes das directivas anteriormente adoptadas, sem que se possa criticar esta técnica legislativa por não satisfazer as exigências de clareza e de segurança jurídica.

54. Decorre do que acima fica dito que o conceito de «entidades adjudicantes» constante do artigo 1.° da directiva recursos

está definido no artigo 1.°, alínea b), das directivas procedimentos. Resta definir como se deve entender este conceito.

55. Nos termos do disposto no artigo 1.°, alínea b), das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, as entidades adjudicantes são:

«[...] o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

Entende-se por 'organismo de direito público' qualquer organismo:

— criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

— dotado de personalidade jurídica

e

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.»

56. Quanto a esta última definição, o Tribunal de Justiça tem julgado de modo constante [21] que «[...] a noção de entidade adjudicante, incluindo a de organismo de direito público, deve ser interpretada de modo funcional» [22].

57. O Tribunal de Justiça tem igualmente declarado de modo uniforme que, por «organismo de direito público», se deve entender uma entidade que reúne os três requisitos cumulativos enunciados no artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, das directivas procedimentos [23].

58. Além disso, segundo o Tribunal de Justiça, a terceira condição enunciada no

21 — Desde o acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido (n.os 20 a 29).

22 — V. acórdão de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França (C-237/99, Colect., p. I-939, n.° 43).

23 — *Ibidem* (n.os 39 e 40).

artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, das directivas procedimentos enumera critérios alternativos que reflectem cada um deles a estreita dependência de um organismo em relação ao Estado, a autarquias locais ou a outros organismo de direito público [24].

59. É à luz desta jurisprudência que o Tribunal de Justiça aprecia se um organismo deve ser classificado ou não como entidade adjudicante, na acepção do artigo 1.°, alínea b), das directivas procedimentos.

60. No acórdão Comissão/França, já referido, a República Francesa opunha-se a que as sociedades anónimas de habitações de renda limitada [25], reguladas pelos artigos L. 411-1 e seguintes do código da construção e da habitação francês, fossem classificadas organismos de direito público, na acepção da Directiva 93/37. Segundo a República Francesa, se os dois primeiros requisitos se encontravam inegavelmente satisfeitos, não era esse o caso do terceiro requisito enunciado no artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da mesma directiva, porque este organismo não tinha uma ligação suficientemente estreita com os poderes públicos, capaz de influenciar as suas decisões em matéria de contratos públicos. O Governo francês sustentava, por conseguinte, que as SA HLM não podiam ser consideradas entidades adjudicantes e que os procedimentos para adjudicação de contratos de obras públicas não lhes eram, por isso, aplicáveis.

61. O Tribunal de Justiça não se ficou pela forma e pelo regime jurídicos desses organismos de direito privado, mas verificou se os três requisitos cumulativos enunciados no artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37 estavam satisfeitos. Entendeu, ao contrário do Governo francês, que o terceiro requisito estava igualmente preenchido, visto que a gestão das SA HLM estava sujeita a um controlo pelos poderes públicos que lhes permitia influenciar as decisões daquelas em matéria de contratos de direito público [26].

62. Do mesmo modo, no acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, o Tribunal de Justiça considerou que uma entidade como o Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) devia ser havida como um organismo de direito público e, por conseguinte, como entidade adjudicante na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37. O Tribunal tinha, no entanto, observado que, segundo a lei que a tinha criado, esta entidade tinha a qualidade de comerciante na acepção do código comercial, estava inscrita no registo comercial do Tribunal de Comércio de Viena (Áustria) e exercia a sua actividade segundo as normas que regem o comércio.

24 — *Ibidem* (n.° 44).

25 — A seguir «SA HLM».

26 — Acórdão Comissão/França, já referido (n.° 60).

63. Paralelamente, no acórdão de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding [27], o Tribunal entendeu que a sociedade anónima ARA, sociedade comercial de direito privado, à qual as autarquias de Arnhem e de Rheden (Países Baixos) tinham confiado tarefas no domínio da recolha de lixos e da limpeza urbana, podia caber na noção de «organismo de direito público» e, por conseguinte, ser considerada entidade adjudicante, na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 92/50, se preenchesse as condições que este artigo enunciava. Neste acórdão, o Tribunal precisou que «a redacção do artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50 não contém qualquer referência ao fundamento jurídico das actividades do organismo em causa» [28] e que, «para dar pleno efeito ao princípio da livre circulação, o conceito de entidade adjudicante deve ser interpretado de modo funcional [...]. Esta necessidade opõe-se a que seja feita uma distinção segundo a forma jurídica das disposições que criam o organismo e que especificam as necessidades que ele deve satisfazer» [29].

64. Resulta do que precede que os organismos, as entidades e as empresas [30] abrangidas na previsão das directivas procedimentos são afectadas pela directiva recursos. Dito de outro modo, estas entidades podem ser consideradas entidades adjudicantes, na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da directiva recursos, se satisfizerem os três requisitos cumulativos enunciados no artigo 1.°, alínea b), das directivas procedimentos. Importa sublinhar a este respeito que, nos termos do artigo 1.°, alínea b), das directivas procedimentos, a forma e o regime jurídicos de um organismo não constituem um critério susceptível de permitir classificar este organismo de organismo de direito público ou de entidade adjudicante.

65. Entendemos, assim, que os diplomas de transposição espanhóis da directiva recursos, ao excluírem *a priori* do âmbito de aplicação pessoal desta directiva as entidades cuja forma e regime jurídicos são regidos pelo direito privado, não respeitam o conceito de «entidades adjudicantes» enunciado no artigo 1.° da directiva recursos, definido nas directivas sobre procedimentos para adjudicação de contratos de direito público, designadamente, nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37.

66. Concluímos de quanto acima foi dito que, ao não aplicar o sistema de recursos garantidos pela Directiva 89/665 às decisões tomadas pelas entidades adjudicantes, na acepção do artigo 1.°, alínea b), das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, constituídas sob a forma de sociedades de direito privado que preenchem os requisitos enunciados neste artigo, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.° e 2.° da Directiva 89/665.

27 — C-360/96, Colect., p. I-6821.

28 — *Ibidem* (n.° 61).

29 — *Ibidem* (n.° 62).

30 — A terminologia utilizada no caso é de somenos importância.

IV — Quanto ao segundo fundamento baseado na incorrecta transposição do conceito de «actos impugnáveis» (violação dos artigos 1.°, n.° 1, e 2.°, n.° 1, da directiva recursos)

A — *Argumentos das partes*

1) Os argumentos da Comissão

67. A Comissão alega que o Reino de Espanha restringe a possibilidade de impugnar certas decisões tomadas pela entidade adjudicante, nomeadamente alguns actos preparatórios.

68. A Comissão recorda que a Directiva 89/665 não prevê qualquer excepção à faculdade de impugnar uma decisão ilegal tomada pelas entidades adjudicantes. Sustenta, portanto, que, como as disposições legais espanholas em matéria de recurso excluem a possibilidade de impugnar certas decisões ilegais tomadas pelas entidades adjudicantes, o âmbito de aplicação da Directiva 89/665 foi indevidamente reduzido. Sublinha que, no acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o. [31], o Tribunal de Justiça declarou que resulta do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665 que os recursos aí previstos têm por objecto as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes, com fundamento no facto de essas decisões violarem o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito, não prevendo qualquer restrição no que diz respeito à natureza e ao conteúdo dessas decisões.

69. Ora, os preceitos legais espanhóis aplicáveis nesta matéria (ou sejam, os artigos 107.° da Lei n.° 30/1992 e 25.°, n.° 1, da Lei n.° 29/1998) limitam as possibilidades de interpor recursos quando estão em causa actos preparatórios, quer dizer, actos administrativos que não ponham termo ao procedimento administrativo.

70. Em apoio deste fundamento, a Comissão cita dois tipos de actos preparatórios que, em violação do disposto na Directiva 89/665, não seriam susceptíveis de recurso.

71. O primeiro exemplo baseia-se numa decisão proferida pelo Tribunal Supremo (Espanha) e diz respeito ao pedido de documentos complementares. Segundo a Comissão, o pedido de apresentação de documentos complementares a uma empresa que participa num concurso só pode ser impugnado se a empresa em causa for excluída do concurso devido à não apresentação dos documentos complementares exigidos. Ora, segundo a Comissão, essa empresa, mesmo não sendo excluída

31 — C-81/98, Colect., p. I-7671 (n.° 35).

do concurso, pode, apesar disso, ficar numa posição de fraqueza em relação às outras empresas concorrentes. Por esta razão, a Comissão considera que o pedido de apresentação de documentos complementares, enquanto tal, deve poder ser objecto de recurso.

72. O segundo exemplo diz respeito às propostas de adjudicação que emanam das comissões sujeitas à autoridade da entidade adjudicante. Segundo a Comissão, as propostas destas comissões encarregadas pela entidade adjudicante de preparar o acto de adjudicação não seriam impugnáveis em violação do disposto na directiva recursos.

73. A Comissão conclui que a legislação de transposição espanhola exclui de qualquer possibilidade de recurso judicial certas decisões da entidade adjudicante devido à sua natureza e ao seu conteúdo. Esta legislação nacional infringiria assim o disposto no artigo 1.° da directiva recursos.

2) Os argumentos do Reino de Espanha

74. O Reino de Espanha contesta este fundamento, pelo facto de a Comissão não ter provado o incumprimento. Com efeito, segundo o Reino de Espanha, os actos a que a Comissão se refere não podem ser considerados impugnáveis, porque não causam prejuízo ou são apenas actos preparatórios. Na sua óptica, os artigos 1.° e 2.° da directiva recursos prevêem expressamente que só as decisões que causam prejuízo podem ser objecto de recurso. A jurisprudência invocada pela Comissão não contraria este ponto de vista. O acórdão Alcatel e o., já referido, não teria qualquer pertinência neste caso.

75. O Governo espanhol sustenta que a posição da Comissão assenta no desconhecimento do conceito de «acto preparatório» em direito espanhol.

76. Com efeito, em direito espanhol, um acto preparatório não causa, por definição, prejuízo ao interessado, quando muito, prepara uma decisão definitiva que lhe será favorável ou desfavorável. Assim, um acto preparatório não implica uma tomada de posição, mas faz parte de um procedimento de formação de uma decisão. Este governo afirma que, se um acto, que tem a aparência de um acto preparatório, implicar, por ele próprio, uma tomada de posição, deixa de ser um acto preparatório propriamente dito e é susceptível de recurso. Na verdade, se assim não fosse, o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efectiva seria posto em causa.

77. A distinção entre actos preparatórios ou actos processuais [32] e decisões efectuada

32 — A terminologia, neste contexto, é de somenos importância.

pelo direito espanhol não seria original. Com efeito, segundo o Governo espanhol, os sistemas de recurso existentes nos diferentes Estados-Membros conhecem igualmente a regra segundo a qual os actos preparatórios destinados a facilitar a tomada de uma decisão não podem ser discutidos isoladamente, mas unicamente em ligação com um recurso de anulação dessa decisão, salvo se o recorrente puder provar que não se trata de um acto meramente preparatório mas sim de um acto que lhe causa um prejuízo definitivo. O sistema espanhol não seria, pois, diferente dos outros sistemas processuais existentes nos diferentes Estados-Membros.

78. Em qualquer caso, o Governo espanhol não entende que utilidade teria para o interessado impugnar um acto preparatório que, em si mesmo, não lhe cause prejuízo. Sustenta igualmente que a finalidade da directiva recursos não pode consistir em paralisar o normal desenvolvimento do procedimento para adjudicação de contratos de direito público, permitindo recursos dilatórios e intempestivos contra qualquer acto preparatório de uma decisão da entidade adjudicante.

79. Acerca da afirmação da Comissão de que o sistema espanhol compromete a aplicação uniforme da Directiva 89/665, o Governo espanhol observa que a Comissão não demonstrou em que é que esse sistema compromete os objectivos da directiva recursos. Recorda que segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, compete à Comissão comprovar o incumprimento que alega. Ora, no caso ora em apreço, a Comissão não apresentou qualquer exemplo concreto capaz de demonstrar que a legislação espanhola não permite aos interessados beneficiar de uma protecção judicial efectiva e eficaz contra qualquer acto preparatório que lhes cause prejuízo.

80. A propósito do primeiro exemplo referido pela Comissão, o Governo espanhol observa que a Comissão também não explicou por que motivo os critérios aplicados pelo Tribunal Supremo no acórdão que citou são contrários ao objectivo da Directiva 89/665. Neste acórdão, o Tribunal Supremo teria explicado que:

— o acto impugnado tanto é a decisão final de adjudicação do contrato como a obrigação imposta pela administração às três empresas adjudicatárias de lhe apresentar uma certa documentação complementar (primeiro fundamento do acórdão);

— essa obrigação é um acto preparatório porque não põe termo ao concurso, mais não sendo do que uma etapa para chegar à adjudicação. Não se trata de uma decisão susceptível de recurso autónomo, mas de um simples pressuposto da decisão. A legalidade deste pedido de documentação complemen-

tar só pode ser posta em causa no quadro de um processo de revisão do acto definitivo (segundo fundamento do acórdão);

— a contestação do pedido de informação não torna nula a decisão de adjudicação (quinto fundamento do acórdão);

— a adjudicação final do contrato foi contestada porque a empresa adjudicatária não tinha apresentado a documentação pedida pela administração. Segundo esta última, os documentos em falta não eram essenciais e a falta deles era um vício que podia facilmente ser sanado (quarto fundamento do acórdão).

81. Quanto ao segundo exemplo, o Tribunal Supremo sustenta que as comissões postas em causa não podem ser havidas como entidades adjudicantes, que não tomam decisões, e que se limitam a intervir no processo de tomada de decisão.

82. Por conseguinte, o Governo espanhol considera que, como a Comissão não demonstrou em que é que a Directiva 89/665 não foi correctamente transposta em direito espanhol e por que razão não pode produzir, nessa ordem jurídica, todos os seus efeitos enquanto a regra geral — segundo a qual um acto preparatório, na acepção do direito espanhol, não é susceptível de recurso — não for modificada, o segundo fundamento não merece acolhimento.

B — *Apreciação*

83. Segundo o artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes devem ser objecto de *recursos eficazes* tão *rápidos* quanto possível, em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou de normas nacionais de transposição deste direito. O artigo 1.°, n.° 3, desta directiva precisa que os processos de recurso instituídos devem ser *acessíveis*, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de direito público de fornecimento, de obras ou de prestação de serviços e que tenha sido ou *possa vir a ser lesada por uma alegada violação*.

84. O artigo 2.°, n.° 1, da directiva recursos enumera as medidas a tomar no quadro dos processos de recurso que os Estados-Membros devem instituir no seu direito nacional. Na alínea a), este artigo precisa que as medidas provisórias são adoptadas em processo de urgência; na alínea b), prevê a possibilidade de anular ou fazer anular decisões ilegais, e na alínea c), prevê a concessão de indemnizações por danos.

85. O artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da directiva recursos não define o que são *decisões ilegais* cuja anulação pode ser requerida. Limita-se, com efeito, a prever que as *decisões ilegais* compreendem, designadamente, decisões relativas a especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso para adjudicação do contrato em causa [33].

86. Da conjugação do disposto nos artigos 1.° e 2.° da Directiva 89/665 e das finalidades por esta prosseguidas [34] decorre igualmente que os recursos contra decisões tomadas pelas entidades adjudicantes se destinam a assegurar, a todo o tempo no decurso do procedimento para adjudicação, a aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de celebração de contratos de direito público, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas [35]. Recursos que só permitam obter uma reparação pecuniária dos prejuízos sofridos pelo desrespeito das directivas comunitárias em matéria de adjudicação de contratos de direito público seriam, portanto, insuficientes para garantir a plena eficácia destas regras.

87. O Tribunal de Justiça deduziu destes elementos que todas as decisões das entidades adjudicantes, qualquer que seja a sua natureza e conteúdo, podem ser impugnadas [36]. A directiva recursos foi, assim, interpretada no sentido de que obsta a que disposições nacionais só permitam a um recorrente lesado pedir a anulação da decisão da entidade adjudicante que precede a adjudicação do contrato, através da qual a entidade adjudicante escolhe o candidato que participou no concurso com o qual irá celebrar o contrato. O Tribunal também já declarou que limitar o objecto dos recursos contra estas decisões aos pedidos de indemnização por danos [37] não permite assegurar a eficácia das disposições das directivas procedimentos.

88. Atendendo aos objectivos prosseguidos pela directiva recursos e à letra dos seus artigos 1.° e 2.°, o Tribunal procurou assim dar uma definição lata do conceito de «decisão», para efeitos destes artigos. Deve, pois, entender-se por «decisão» qualquer acto ou medida, cuja ilegalidade à luz das disposições das directivas procedimentos é alegada, adoptado no decurso do procedimento para adjudicação do contrato em causa, que produza efeitos ou resultados susceptíveis de serem tidos em conta pela entidade adjudicante na decisão final de adjudicação.

89. Esta interpretação da directiva recursos é conforme à sua finalidade, que consiste em assegurar a aplicação efectiva das

33 — Acórdão Alcatel e o., já referido (n.° 30).
34 — V. nomeadamente o primeiro e segundo considerandos.
35 — Acórdão Alcatel Austria e o., já referido (n.os 33 e 34).
36 — *Ibidem* (n.° 35).
37 — *Ibidem* (n.° 43).

directivas comunitárias em matéria de adjudicação de contratos de direito público, numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas ou evitadas. Esta finalidade não poderia, pois, ser satisfeita através de um recurso apenas contra os actos que causam prejuízo e, *a fortiori*, apenas contra os actos que põem termo ao procedimento para adjudicação do contrato em causa. Com efeito, nesta fase, não se vê que medidas destinadas a «corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa» [38] poderiam ser tomadas.

90. Ora, o Governo espanhol reconhece que, na ordem jurídica espanhola, incluindo em caso de procedimentos para adjudicação de contratos de direito público, só podem ser objecto de recurso os actos que causam prejuízo. Por acto que causa prejuízo, deve entender-se, designadamente, o acto que põe termo ao processo de concurso. Isto resulta expressamente dos fundamentos do já referido acórdão [39]. O Governo espanhol admite igualmente, e isso é expressamente afirmado na fundamentação do acórdão proferido pelo Tribunal Supremo [40], que o acto pelo qual a entidade adjudicante pede documentos complementares em relação ao caderno de encargos inicial não pode ser objecto de recurso autónomo. Dito de outro modo, uma decisão susceptível de causar prejuízo e de violar o direito comunitário em matéria de contratos de direito público não pode ser, enquanto tal, imediatamente impugnada pelo candidato que se considere lesado. Para o fazer, terá de aguardar o fim do concurso, isto é, a adopção pela entidade adjudicante da decisão de adjudicação.

91. Na nossa opinião, ao impor ao recorrente que faça prova do dano por ele sofrido e ao privá-lo, por conseguinte, da possibilidade de impugnar um acto susceptível de lhe causar prejuízo, o direito espanhol não transpõe correctamente o disposto nos artigos 1.° e 2.° da directiva recursos. Estas disposições nacionais não permitem, com efeito, impugnar uma decisão susceptível de produzir efeitos danosos, devido a violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público, no momento mais adequado. Privam, por isso, o interessado da possibilidade de obter o decretamento de providências cautelares destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir danos futuros. A obrigação de comprovar o prejuízo sofrido constitui, portanto, um requisito suplementar não previsto pela directiva recursos e contrário a esta.

92. Resulta do que acima fica dito que, ao não permitir a interposição de um recurso contra qualquer acto ou medida, alegadamente ilegal à luz do disposto nas directivas procedimentos, adoptado no decurso do procedimento para adjudicação de contratos de direito público, acto ou medida esse que produz efeitos ou resultados susceptíveis de serem tidos em conta pela entidade adjudicante na decisão final de adjudicação, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.° e 2.° da Directiva 89/665.

38 — Artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da directiva recursos.

39 — Tal como é apresentado pelo Governo espanhol (v. n.° 80, segundo travessão, das presentes conclusões).

40 — *Idem*.

V — Quanto ao terceiro fundamento baseado na incorrecta transposição das disposições sobre medidas provisórias (violação dos artigos 1.°, n.° 1, e 2.°, n.° 1, da directiva recursos)

A — *Argumentos das partes*

1) Os argumentos da Comissão

93. Segundo a Comissão, contrariamente ao disposto no artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 89/665, as disposições de transposição espanholas, ou sejam, os artigos 111.° da Lei n.° 30/1992 e 129.° a 136.° da Lei n.° 29/1998, não permitem o *decretamento* de medidas provisórias sem instauração simultânea de um processo principal contra a decisão ilegal adoptada pela entidade adjudicante. A Comissão faz notar que só em casos excepcionais, por exemplo, nos termos do artigo 136.°, n.° 2, da Lei n.° 29 /1998, podem ser *requeridas* providências cautelares sem processo principal contra a decisão ilegal. Resulta dos diplomas espanhóis de transposição do artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da directiva recursos que a adopção de providências cautelares e conservatórias está dependente da instauração de um processo principal contra o acto ilegal adoptado pela entidade adjudicante. Essas providências são, por isso, necessariamente acessórias desse processo e não podem, em nenhum caso, ser requeridas de modo autónomo.

94. A Comissão observa que resulta da letra dos artigos 1.°, n.° 1, e 2.°, n.° 1, da directiva recursos, da economia geral desta, da sua finalidade e da jurisprudência do Tribunal de Justiça [41] que as medidas conservatórias não são acessórias de um processo principal, mas constituem medidas autónomas que podem ser requeridas independentemente da instauração de um processo principal contra a decisão ilegal.

2) Os argumentos do Reino de Espanha

95. O Governo espanhol não contesta que, na sua ordem jurídica interna, salvo algumas excepções [42], o *decretamento* de uma medida conservatória, como, por exemplo, a suspensão da execução, está dependente da prévia instauração de um processo principal. O pedido de providências cautelares deve, em qualquer dos casos, ser apresentado no momento em que é instaurado o processo principal ou na pendência deste. A acção destinada a obter que sejam decretadas medidas provisórias ou conservatórias não é, pois, concebida de modo autónomo, mas está ligada ao processo principal para anulação da decisão ilegal.

96. No entanto, segundo o Governo espanhol, a obrigação de impugnar quanto ao

41 — Designadamente do acórdão de 19 de Setembro de 1996, Comissão/Grécia (C-236/95, Colect., p. I-4459).

42 — Designadamente artigo 136.° da Lei n.° 29/1998.

fundo a legalidade de um acto da entidade adjudicante em simultâneo com a introdução do pedido de medidas conservatórias não priva o sistema instituído pela directiva recursos da sua eficácia, já que, segundo este governo, qualquer pedido de medidas provisórias implica uma apreciação do mérito, mesmo que esta se limite a uma apreciação *prima facie* da questão. Além disso, esta exigência não prejudicaria a eficácia do sistema nem a realização dos objectivos prosseguidos pela directiva em causa, visto que a obrigação de impugnar a legalidade de um acto da entidade adjudicante em simultâneo com a introdução do pedido de medidas conservatórias não exige a observância de um formalismo coercivo. Com efeito, o requerente pode contentar-se em redigir uma simples carta. Não se lhe pede, portanto, que apresente imediatamente a petição da acção em conformidade com as regras formais instituídas.

97. Segundo o Governo espanhol, o regime adoptado em Espanha é, ao invés, plenamente eficaz. Com efeito, desde a entrada em vigor da Lei n.º 29/1998, a jurisdição do contencioso administrativo pode, nos termos do artigo 29.º desta lei, decretar qualquer espécie de medidas conservatórias positivas e não apenas meras suspensões.

98. O Governo espanhol contesta igualmente a afirmação de que a obrigação de instaurar um processo principal antes de serem decretadas as medidas conservatórias é incompatível com as disposições da Directiva 89/665, ou mesmo proibida por esta disposição.

99. Este governo sustenta que esta interpretação é confortada pelo facto de que o direito comunitário se rege, ele próprio, por critérios análogos aos que estão subjacentes à legislação espanhola. Refere, a este propósito, as disposições dos artigos 242.º CE e 243.º CE, 36.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, 83.º a 90.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e 104.º a 110.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Citando, a título de exemplo, o artigo 83.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, afirma que o pedido de medidas provisórias não é um meio processual autónomo, mas um pedido acessório do pedido principal, ou seja, o recurso de anulação.

100. A propósito da conclusão que a Comissão tira do acórdão Comissão/Grécia, já referido, o Governo espanhol sustenta que o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre o mérito. Com efeito, a República Helénica reconheceu que não tinha transposto na sua ordem jurídica interna as disposições da directiva recursos no prazo fixado pelo parecer fundamentado. O Tribunal de Justiça não teria tido, pois, que se pronunciar quanto ao mérito sobre o alegado incumprimento. Não decidiu, portanto, que o facto de fazer depender medidas conservatórias, tais como a suspensão da execução, da instauração de um processo principal contra o acto ilegal constituía uma transposição incorrecta da directiva recursos.

101. Daqui conclui que reclamar, para as medidas provisórias, a independência absoluta que a Comissão exige não faz sentido,

já que, por definição, qualquer medida conservatória é uma medida acessória. Pede, por conseguinte, que o Tribunal declare o terceiro fundamento não provado e improcedente.

B — *Apreciação*

102. Ao contrário do Governo espanhol, entendemos que resulta da letra dos artigos 1.°, n.° 1 e 2.°, n.° 1, da directiva recursos, da finalidade prosseguida por esta directiva e da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as medidas conservatórias não podem ser consideradas acessórias de um processo principal, antes constituindo medidas que devem poder ser decretadas autonomamente.

103. Como vimos, o sistema instituído pela directiva recursos destina-se a permitir a efectiva aplicação das directivas procedimentos. A directiva recursos exige, pois, que os processos de recurso contra decisões ilegais da entidade adjudicante sejam eficazes e céleres. Para o efeito, todas as decisões ilegais da entidade adjudicante tomadas no decurso do procedimento para adjudicação de contratos de direito público devem poder ser impugnadas em processo de medidas provisórias pelas pessoas lesadas [43]. Trata-se, pois, de evitar, corrigir ou reparar as ilegalidades cometidas.

43 — V., a este propósito, o segundo fundamento invocado pela Comissão contra o Reino de Espanha.

104. Resulta de quanto precede que, antes da celebração do contrato entre a empresa adjudicatária e a entidade adjudicante, pode *não só* ser impugnada *qualquer decisão ilegal* tomada pela entidade adjudicante, *mas* podem *igualmente* ser decretadas medidas provisórias antes de ser instaurado o processo principal contra a decisão ilegal. Dito de outro modo, o pedido de medidas provisórias deve não só poder ser apresentado, mas também atendido pelo juiz antes de qualquer processo principal contra a decisão ilegal. Sem isso, o objectivo prosseguido pela directiva recursos consistente, designadamente, em evitar ou corrigir as ilegalidades cometidas pela entidade adjudicante não poderia, manifestamente, ser atingido. A necessidade de ordenar medidas urgentes e eficazes é dificilmente conciliável com a exigência de um processo principal prévio.

105. Esta interpretação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Grécia, já referido.

106. Nesse processo, a República Helénica era acusada de não ter transposto correctamente o disposto na directiva recursos.

107. Embora reconhecendo que não tinha tomado, no prazo fixado pelo parecer fundamentado, as medidas necessárias à transposição da directiva, o Governo helé-

nico alegou que tinha entretanto aprovado uma lei e que esta satisfazia as exigências da directiva recursos.

108. O Tribunal de Justiça não deixou de sublinhar, porém, que as disposições desta lei não transpunham correctamente o disposto na directiva recursos. Observou, nomeadamente, que, em matéria de suspensão dos processos para adjudicação de contratos de direito público, a que se refere o artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da directiva recursos, o disposto na lei nacional de transposição não satisfazia os imperativos da directiva recursos, porque fazia depender a medida de suspensão da interposição de um recurso de anulação contra o acto administrativo impugnado.

109. O n.° 11 do acórdão Comissão/Grécia, já referido, precisava, em especial, o seguinte:

«A este respeito, basta salientar que o artigo 52.° do Decreto presidencial n.° 18/89 só diz respeito aos processos de suspensão de execução e pressupõe a existência de um recurso principal de anulação do acto administrativo impugnado, ao passo que, por força do artigo 2.° da directiva [89/665], os Estados-Membros são obrigados, mais genericamente, a conferir às suas instâncias de recurso o poder de tomar, *independentemente de qualquer acção prévia*[44], quaisquer medidas provisórias 'incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa'.»

110. O Tribunal observou, além disso, que a legislação nacional invocada não continha qualquer elemento a respeito da indemnização, prevista no artigo 2.°, n.° 1, alínea c), da directiva recursos, das pessoas lesadas em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou de regras nacionais de transposição deste[45].

111. Resulta deste acórdão que, ao contrário do que sustenta o Reino de Espanha, o Tribunal de Justiça não se limitou a declarar verificada a falta de transposição da directiva no prazo fixado pelo parecer fundamentado, tendo, ao invés, procedido a uma análise da lei helénica projectada e explicou as razões por que esta não transpunha correctamente o disposto na directiva recursos.

112. Concluímos do que precede que os Estados-Membros devem instituir um regime que preveja a adopção de qualquer tipo de medidas de urgência, incluindo medidas de carácter positivo, destinadas

44 — Sublinhados nossos.
45 — *Ibidem* (n.° 15).

tanto a evitar e corrigir como a reparar as ilegalidades cometidas pela entidade adjudicante no decurso do procedimento para adjudicação do contrato de direito público em causa. Esta exigência é incompatível com a imposição de um processo principal prévio contra a decisão ilegal.

113. O Governo espanhol não contesta que, na sua ordem jurídica interna, as medidas cautelares ou conservatórias não podem ser decretadas antes da instauração de um processo principal contra a decisão ilegal. Sustenta, porém, que o sistema espanhol não é coercivo, dado que uma simples carta sem indicação dos fundamentos, pela qual o requerente anuncie que pretende impugnar a decisão quanto ao mérito, satisfaz esta obrigação. Se assim for, confessamos a nossa dificuldade em entender as razões dessa «mera formalidade» à qual o legislador espanhol atribui, no entanto, especial importância. Parece-nos, com efeito, desproporcionado fazer depender a aplicação efectiva da directiva neste aspecto [46] do prévio cumprimento de uma mera formalidade.

114. Quanto ao argumento do Governo espanhol, segundo o qual o regime espanhol das medidas conservatórias é o mesmo que o seguido pelo direito comunitário nos processos no Tribunal de Justiça, limitamo-nos a constatar que as disposições e os acórdãos referidos pelo Governo espanhol não dizem respeito ao regime especial de recursos instituído pela Directiva 89/665 nem à sua transposição pelos Estados-Membros. Segundo o princípio *lex specialis derogat generali* [47], o regime específico previsto pela Directiva 89/665 impõe-se necessariamente.

115. Resulta do que precede que, ao fazer depender o decretamento de medidas conservatórias da instauração de um processo principal contra a decisão ilegal tomada pela entidade adjudicante, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.° e 2.° da Directiva 89/665.

VI — Quanto às despesas

116. Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se tal tiver sido pedido. Tendo a Comissão pedido a condenação do Reino de Espanha e tendo este sido vencido, há que condená-lo nas despesas.

46 — Isto é, a adopção de medidas cautelares e conservatórias.

47 — V., entre outros, os acórdãos de 12 de Dezembro de 1995, Chiquita Italia (C-469/93, Colect., p. I-4533, n.° 61), e de 24 de Janeiro de 2002, Comissão/Itália (C-372/99, Colect., p. I-819, n.° 19).

VII — Conclusão

117. Pelas razões acima expostas, propomos ao Tribunal de Justiça que:

«1) declare que, ao não ter tomado as medidas necessárias para dar pleno cumprimento às disposições contidas nos artigos 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 fornecimentos, e, em particular, ao não:

— aplicar o sistema de recursos garantidos pela referida directiva às decisões adoptadas por todas as entidades adjudicantes, tal como estas últimas são definidas no artigo 1.°, n.° 1, das Directivas 92/50/CEE, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e 93/37/CEE, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, incluindo as sociedades de direito privado criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos, ou ainda cujo órgão de administração, de direcção ou de fiscalização seja composto, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público;

— permitir a interposição de recursos de todas as decisões das entidades adjudicantes, incluindo os actos preparatórios, durante o procedimento para adjudicação de um contrato de direito público;

— prever a possibilidade de adopção de qualquer tipo de medidas cautelares úteis em relação às decisões das entidades adjudicantes, incluindo medidas de suspensão de um acto administrativo, eliminando, para o efeito, qualquer tipo de dificuldades e obstáculos e, em particular, a necessidade de instauração prévia do processo principal contra a decisão da entidade adjudicante,

o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário.

2) condene o Reino de Espanha nas despesas».