CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 14 de Março de 2000 *

I — Introdução

1. Na presente acção por incumprimento, a Comissão acusa a República Francesa de não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CE (artigo 59.°, que passou, após alteração, a artigo 49.°) e da Directiva 71/305/CEE, após as alterações introduzidas pela Directiva 89/440/CEE, e em especial, os seus artigos 12.°, 26.° e 29.°, e pela Directiva 93/37/CEE, e em especial os seus artigos 8.°, 11.°, 22.° e 30.°, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não realizando, dentro das regras previstas, certos procedimentos para a adjudicação de empreitadas de obras públicas relativas à construção e à manutenção de edifícios escolares pela Região Nord-Pas-de-Calais e o Departamento do Nord. As acusações da Comissão são relativas a diferentes infracções às regras de publicação — dizendo respeito nomeadamente ao procedimento de pré-informação e ao número de proponentes — assim como à aplicação de um critério ilícito para a adjudicação de empreitadas; a Comissão critica, além disso, a utilização de especificações técnicas discriminatórias na designação dos lotes e as provas discriminatórias de experiência profissional e de capacidade técnica; por outro lado, põe em causa a omissão de uma pós-informação e a não comunicação dos relatórios.

* Língua original: alemão.

II — O quadro jurídico

A — *Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas* [1], *na versão alterada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989* [2], *assim como pela Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas* [3]

2. Depois de ter sido várias vezes alterada sobre pontos substanciais, a Directiva 71/305 foi codificada pela Directiva 93/37 «por questões de lógica e de clareza» — como é indicado no primeiro considerando. As regras da Directiva 71/305 aplicáveis no presente processo são, com a excepção de

1 — JO L 185, p. 5.
2 — JO L 210, p. 1.
3 — JO L 199, p. 54.

algumas alterações de redacção, idênticas às da Directiva 93/37/CEE. Visto que a Directiva 93/37 só é aplicável depois de 14 de Janeiro de 1993, mas a Comissão critica infracções que foram cometidas em parte antes desta data, estas duas directivas aplicam-se ao presente processo. O artigo 36.° da Directiva 93/37/CEE que revoga a Directiva 71/305 determina que todas as referências feitas à directiva revogada devem entender-se como feitas à nova directiva.

Os artigos que são citados a seguir sem indicação de directiva pertencem à Directiva 93/37.

a) O processo de adjudicação

3. Os termos do artigo 8.° — que corresponde ao artigo 5.° da Directiva 71/305 — são os seguintes:

«1. a 2...

3. Em relação a cada adjudicação, as entidades adjudicantes devem elaborar um relatório que incluirá pelo menos:

— o nome e o endereço da entidade adjudicante, o objecto e o valor do contrato,

— os nomes dos candidatos ou proponentes admitidos e a justificação da sua escolha,

— os nomes dos candidatos ou proponentes excluídos e os motivos da sua recusa,

— o nome do adjudicatário e a justificação da escolha da sua proposta, bem como, se conhecida, a parte do contrato que o adjudicatário tenciona subcontratar com terceiros,

— no que respeita aos processos por negociação, a indicação das circunstâncias referidas no artigo 7.° que justifiquem o recurso a esse tipo de processos.

Este relatório ou os seus pontos principais serão comunicados à Comissão, a pedido desta.»

b) O procedimento de pré-informação e de pós-informação

4. O artigo 11.° — que corresponde ao artigo 12.° da Directiva 71/305 — está redigido do seguinte modo:

«1. As entidades adjudicantes darão a conhecer, por meio de um anúncio indicativo, as características essenciais dos contratos de empreitada de obras que tencionem celebrar e cujo valor seja igual ou superior ao limite máximo estipulado no n.° 1 do artigo 6.°[4].

2. a 4...

5. As entidades adjudicantes que tenham celebrado um contrato darão a conhecer o respectivo resultado por meio de anúncio....

6. ...

7. Os anúncios referidos nos n.^{os} 1 a 5 serão enviados pelas entidades adjudicantes, o mais rapidamente possível e pelas vias mais adequadas, ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias...

8. a 13...»

c) As consequências da pré-informação no prazo de entrega das propostas

5. O artigo 12.° — que corresponde ao artigo 13.° da Directiva 71/305 está redigido do seguinte modo:

«1. Nos concursos públicos, o prazo de recepção das propostas fixado pelas entidades adjudicantes não pode ser inferior a cinquenta e dois dias a contar da data de envio do anúncio.

2. O prazo de recepção das propostas previsto no n.° 1 pode ser reduzido para trinta e seis dias se as entidades adjudicantes tiverem publicado o anúncio previsto no n.° 1 do artigo 11.°, elaborado em conformidade com o modelo reproduzido no anexo IV, secção A, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias.*

3. a 5...»

4 — O limite máximo, referido no n.° 1 do artigo 6.°, é de 5 milhões de ecus.

6. O artigo 13.° — que corresponde ao artigo 14.° da Directiva 71/305 — está redigido do seguinte modo:

«1. a 2...

3. Nos concursos limitados, o prazo de recepção das propostas, fixado pelas entidades adjudicantes, não pode ser inferior a quarenta dias a contar da data de envio do convite escrito.

4. O prazo de recepção das propostas previsto no n.° 3 pode ser reduzido para vinte seis dias se as entidades adjudicantes tiverem publicado o anúncio previsto no n.° 1 do artigo 11.°, elaborado em conformidade com o modelo constante do anexo IV, secção A, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

5. a 7...»

d) Quanto ao número de proponentes

7. O artigo 22.° — que corresponde ao artigo 22.° da Directiva 71/305 na sua versão alterada pela Directiva 89/440 — determina que:

«1...

2. Quando celebrem um contrato por meio de concurso limitado, as entidades adjudicantes podem determinar o intervalo de variação dentro do qual se situará o número de empresas que tencionam convidar. Nesse caso, o intervalo de variação será indicado no anúncio de concurso. O intervalo de variação será determinado em função da natureza da obra a realizar. O limite inferior do intervalo de variação não deve ser menor do que cinco. O limite superior do intervalo de variação pode ser fixado em vinte.

Em qualquer circunstância, o número de candidatos admitidos à apresentação de propostas deve ser suficiente para assegurar uma concorrência efectiva.

3. a 4...»

e) A prova da capacidade técnica

8. O artigo 27.° — que corresponde ao artigo 26.° da Directiva 71/305 — está redigido do seguinte modo:

«1. A prova da capacidade técnica do empreiteiro pode ser feita:

a) Por certificados de habilitações literárias e profissionais do empreiteiro e/ou dos quadros da empresa e, em especial, do ou dos responsáveis pela orientação das obras;

b) Pela lista das obras executadas nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados de boa execução relativos às obras mais importantes. Estes certificados indicarão o montante, a data e o local de execução das obras e referirão se foram efectuadas de acordo com as regras da arte e regularmente concluídas. Se necessário, esses certificados serão enviados directamente à entidade adjudicante pela autoridade competente;

c) Por uma declaração que descreva as ferramentas, o material e o equipamento técnico que o empreiteiro utilizará na execução da obra;

d) Por uma declaração relativa aos efectivos médios anuais da empresa e ao número dos seus quadros nos três últimos anos;

e) Por uma declaração que mencione os técnicos ou os serviços técnicos, quer estejam ou não integrados na empresa, a que o empreiteiro recorrerá para a execução da obra.

2. A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas os elementos de referência que pretende obter.»

f) Os critérios de adjudicação

9. O artigo 30.° — que corresponde ao artigo 29.° da Directiva 71/305 — prevê o seguinte:

«1. Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos são os seguintes:

a) Ou unicamente o preço mais baixo;

b) Ou, quando a adjudicação se fizer à proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão: por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade e o valor técnico.

2. No caso referido no n.º 1, alínea b), as entidades adjudicantes mencionarão, no caderno de encargos ou no anúncio do concurso, todos os critérios de adjudicação que tencionam aplicar, se possível, por ordem decrescente da importância que lhes é atribuída.

3. a 4...»

III — A génese e a matéria de facto do processo

10. O objecto do presente processo por incumprimento é o resultado de dois processos pré-contenciosos independentes um do outro.

11. Em primeiro lugar, no princípio do ano de 1993, foi chamada a atenção da Comissão para uma queixa de um proponente que tinha sido afastado de um processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas lançada num concurso público. Este concurso dizia respeito à construção de um liceu polivalente em Wingles (Região Nord-Pas-de-Calais). O anúncio da empreitada foi publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 21 de Janeiro de 1993. A Comissão fez algumas críticas relativamente a este anúncio de empreitada. Na sua interpelação, de 27 de Setembro de 1993, acusa as autoridades francesas de terem fixado um prazo demasiado curto para a recepção de propostas assim como da insuficiência da classificação dos lotes fazendo unicamente referência às especificações técnicas utilizadas em França; sublinhou igualmente que era ilegal exigir provas relativamente à capacidade técnica das empresas com base apenas em certificados utilizados unicamente em França, assim como o facto de os critérios de adjudicação fazerem referência a uma lei nacional. Por fim, a Comissão contestou a recusa das autoridades francesas de transmitirem à Comissão o relatório do procedimento em litígio. A resposta das autoridades francesas, com data de 20 de Dezembro de 1993, não era, na opinião da Comissão, suficiente. Por conseguinte, enviou, em 8 de Setembro de 1995, um parecer fundamentado à República Francesa. Este parecer fundamentado não obteve resposta.

12. Em segundo lugar, entretanto, a Região Nord-Pas-de-Calais publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 18 de Fevereiro de 1995, quatorze anúncios, no quadro do programa «Plan Lycée», num montante total de cerca de 1,4 biliões de FRF. Tratava-se de concursos limitados relativos à realização de empreitadas de obras de reabilitação e de grande manutenção para um período de dez anos. Estes

anúncios precisavam os critérios de adjudicação. A este respeito, foi introduzido um «critério adicional» tendente a favorecer a criação de empregos. Este critério tinha por fundamento uma circular ministerial de 29 de Dezembro de 1993.

13. Por carta de 21 de Novembro de 1995, a Comissão notificou as autoridades francesas para apresentarem observações sobre as várias irregularidades encontradas nos concursos públicos, tais como a ausência de pré-informação, a introdução de um «critério adicional» com o objectivo de favorecer a criação de empregos, o facto de ter admitido um número insuficiente de proponentes a apresentar uma proposta assim como a utilização de critérios de qualificação discriminatórios.

14. A Comissão estudou a prática seguida pela Região Nord-Pas-de-Calais em matéria de adjudicação de empreitadas num período de três anos. Em 8 de Maio de 1996, dirigiu uma nova interpelação às autoridades francesas. Por carta de 9 de Agosto de 1996, as autoridades francesas responderam que tinham a intenção de melhorar o processo de adjudicação de empreitadas para os novos contratos.

15. A Comissão enviou à República Francesa, em 7 de Abril de 1997, um parecer fundamentado resumindo as suas acusações, o qual ficou sem resposta da parte das autoridades francesas. Por conseguinte, a Comissão apresentou, em 18 de Junho de 1998, a presente acção que foi registada no Tribunal de Justiça, em 22 de Junho de 1998.

16. A Comissão concluiu pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:

— declarar que, aquando dos diferentes processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas relativas à construção e à manutenção de edifícios escolares efectuados pela Região Nord-Pas-de-Calais e pelo Departamento do Nord, num período de três anos, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 59.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.° do Tratado CE), bem como da Directiva 71/305, após as alterações introduzidas pela Directiva 89/440, e em especial os seus artigos 12.°, 26.° e 29.°, e da Directiva 93/37, e em especial os seus artigos 8.°, 11.°, 22.° e 30.°

Na réplica, além disso, a Comissão concluiu pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— condenar a República Francesa nas despesas.

17. A República Francesa concluiu pedindo que a acção fosse rejeitada por inadmissível.

A — Quanto à infracção ao artigo 12.° da Directiva 71/305, ou ao artigo 11.° da Directiva 93/37, por falta do procedimento de pré-informação (no que diz respeito ao texto destes artigos, ver os n.os 4 a 6)

18. Teremos a oportunidade de voltar aos argumentos das partes e a outros pormenores do processo no quadro da discussão das diferentes acusações.

Os argumentos das partes

19. O mesmo se passa relativamente às questões que o Tribunal de Justiça colocou à Comissão sobre as consequências jurídicas da falta de processo de pré-informação, sobre a prática seguida em matéria de pré-informação, pelas entidades adjudicantes da Comunidade e tratando-se da resposta do Governo francês sobre as questões colocadas pela Comissão.

21. A Comissão considera que as autoridades francesas infringiram o artigo 12.° da Directiva 71/305 ou o artigo 11.° da Directiva 93/37 pois só muito raramente respeitaram o imperativo de pré-informação. Resulta destes artigos supramencionados que o procedimento de pré-informação constitui uma condição restritiva para todo o processo de adjudicação que deve ser organizado nos termos da directiva. Segundo a Comissão, as autoridades francesas não contradisseram esta afirmação no seu princípio.

IV — Quanto às diferentes acusações

20. A Comissão fundamenta a acção em várias acusações que podem ser agrupadas do modo seguinte. Vamos tratá-las na ordem em que aparecem no pedido.

22. Todavia, a Região Nord-Pas-de-Calais publicou, em 18 de Fevereiro de 1995, quatorze anúncios de empreitada sem ter recorrido ao procedimento de pré-informação previsto na disposição em causa. De resto, a Comissão fez valer que o procedimento de pré-informação só raras vezes foi respeitado durante os anos 1993-1995. No que respeita ao Departamento do Nord, a Comissão sublinha que nenhum anúncio de pré-informação foi publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* durante o período referido. Um procedi-

mento de pré-informação só teve lugar relativamente ao liceu de Wingles e a um centro de formação de aprendizes.

23. O Governo francês não contesta que o artigo 11.°, n.° 1, da directiva lhe impõe uma obrigação. Faz valer que, tomando em consideração os artigos 12.° e 13.° da directiva, deve-se relativizar o carácter obrigatório da publicidade de um anúncio de pré-informação. O artigo 12.°, n.° 1, e o artigo 13.°, n.° 3, da directiva prevêem, em princípio, um prazo de 52 dias ou de 40 dias para a recepção das propostas. A entidade adjudicante pode, segundo o Governo francês, reduzir esse prazo, nos termos do artigo 12.°, n.° 2, e do artigo 13.°, n.° 4, se publicar no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* um anúncio tal como está previsto no artigo 11.°, n.° 1. Sustenta que, se a publicação de um anúncio de pré-informação fosse obrigatório em todos os casos, todos os processos satisfariam a condição de redução do prazo. Daí resulta, segundo o Governo francês, uma incompatibilidade entre, por um lado, o artigo 11.° e, por outro lado, os artigos 12.° e 13.° Por conseguinte, haveria várias leituras possíveis, segundo se toma como fundamento o carácter obrigatório do procedimento de pré-informação, nos termos do artigo 11.°, n.° 1, ou como fundamento o seu carácter facultativo, nos termos dos artigos 12.° e 13.° As autoridades francesas indicam que optaram por esta segunda interpretação. De resto, a Região Nord-Pas-de-Calais publicou uma outra vez os anúncios de adjudicação em litígio, respeitando desta vez a obrigação de pré-informação.

24. A Comissão considera que o argumento invocado pelas autoridades francesas, a saber, o carácter facultativo da pré-informação é inexacto. Não tem importância, na opinião da Comissão, que as entidades adjudicantes não tenham tido a intenção de se aproveitarem da redução dos prazos, nos termos dos artigos 12.° e 13.°, para a recepção das propostas.

Análise

25. Pelo facto de a Região Nord-Pas-de-Calais ter tido em consideração as críticas formuladas pela Comissão na sua interpelação, antes da expiração do prazo fixado pelo parecer fundamentado — sem todavia disso informar a Comissão —, o acção poderia ter-se tornado inadmissível quanto a esse ponto.

26. O processo da acção por incumprimento tem por objecto fazer concluir que o Estado-Membro em questão faltou às suas obrigações e não pôs fim à dita infracção, no prazo previsto no parecer fundamentado. Segundo a jurisprudência constante, deve-se apreciar a existência de um incumprimento considerando a situação em que o Estado-Membro se encontrava no prazo previsto no parecer fundamentado. Nesta data, o Governo francês já tinha publicado as pré-informações na medida em que tal publicação ainda era possível. Por conseguinte, as autoridades francesas cumpriram as obrigações que lhes eram impostas pela Comissão antes da expiração do prazo fixado no parecer fundamentado. Portanto,

não existe uma condição essencial para a admissibilidade de um acção por incumprimento.

27. No entanto, a República Francesa sustentou, igualmente, durante o processo no Tribunal de Justiça, que esta pré-informação, nos termos do artigo 11.° da directiva não é obrigatória. Portanto, não reconheceu quanto ao fundo a violação do Tratado de que era acusada. O interesse em fazer constatar que há divergência entre as partes na interpretação do artigo 11.° em conjugação com os artigos 12.° e 13.° da directiva, por conseguinte, continua a existir, de tal modo que a acção é admissível a este respeito. A isto acresce o facto de as alterações em causa não terem sido comunicadas à Comissão.

28. No quadro de uma análise das disposições de fundo, é certo entre as partes que o artigo 11.°, n.° 1, considerado isoladamente, impõe a obrigação de a entidade adjudicante publicar previamente as características essenciais dos anúncios de empreitada. Todavia pode-se questionar se se deve relativizar esta interpretação à luz dos artigos 12.°, n.° 2, e 13.°, n.° 4. A formulação «... se as entidades adjudicantes tiverem publicado o anúncio previsto...» que se encontra no artigo 12.°, n.° 2, e no artigo 13.°, n.° 4, poderia ser um argumento a favor deste sentido. Contra esta interpretação vai, no entanto, o facto de o artigo 11.°, por um lado, os artigos 12.° e 13.°, pelo outro, regulamentarem duas coisas completamente diferentes: o artigo 11.° impõe à entidade adjudicante a publicação dos anúncios de empreitada enquanto os artigos 12.° e 13.° regulamentam os prazos para a recepção das propostas. Seria contrário ao sistema previsto pensar que os artigos 12.°, n.° 2, e a 13.°, n.° 4, pretendem, além disso, regulamentar a questão da publicação das pré-informações, uma vez que esta questão já antes foi regulamentada inequivocamente.

29. Além disso, o espírito e a finalidade da directiva são argumentos a favor de uma obrigação geral de publicação de pré-informações. A directiva deve instituir uma concorrência efectiva, no domínio das empreitadas públicas. Este objectivo torna necessário dar a um grupo ilimitado de proponentes proveniente de todos os Estados-Membros a possibilidade de se informarem a tempo e completamente sobre os anúncios das empreitadas que vão ser adjudicadas. Todavia, não se cumpre esta obrigação de difundir amplamente a informação se a entidade adjudicante pode decidir de que forma a publicação deve ser feita — mesmo tratando-se apenas de uma pré-informação.

30. O argumento do Governo francês, a saber, que esta interpretação deve regularmente levar a uma redução dos prazos de 52 a 36 dias ou de 37 a 26 não convence. Embora exista uma obrigação geral de publicar uma pré-informação, as regras que figuram nos artigos 12.°, n.^{os} 1 e 2, e 13.°, n.^{os} 1 e 4, não deixam de ter objecto. A redução dos prazos só pode ser aplicada se tiver existido uma pré-informação tal como prevista pela directiva. A redução dos prazos é apenas uma possibilidade à qual a entidade adjudicante não é obrigada a recorrer. O calculo diferente dos prazos constitui uma derrogação, a qual está

subordinada, na medida em que consiste numa redução dos ditos prazos, à condição de uma pré-informação efectuada segundo as modalidades previstas.

31. É exacto que se pode deduzir da formulação da directiva, a saber, que os prazos não podem ser reduzidos a não ser que uma pré-informação tenha sido feita previamente, e que, apesar de uma obrigação geral de pré-informação, é possível prever casos nos quais a pré-informação não foi feita. A Comissão chamou igualmente a atenção, quando da audiência, para o facto de uma pré-informação não ser sempre possível por razões objectivas. Assim, as restrições orçamentais podem ser responsáveis pelo facto de uma pré-informação não ter podido ser feita bastante cedo, uma vez que a adjudicação oficial da empreitada depende dos meios existentes cuja disponibilidade pode ser diferente em períodos diferentes.

32. Comissão chamou a atenção, na audiência, para o facto de este problema ter sido tomado em consideração quando da alteração do artigo 12.° da Directiva 71/305/CEE. Na época, tinha sido sugerido incluir no texto da directiva uma restrição no sentido «excepto quando não é possível». No entanto, nem esta formulação, nem uma formulação similar, foram inseridas no texto da directiva.

33. A pré-informação é, por conseguinte, obrigatória em regra geral. Se esta pré-informação não é feita, a entidade adjudicante deve poder indicar as razões porque procedeu dessa maneira. O respeito de um prazo mais importante para a recepção das propostas é o seguimento lógico do desrespeito do procedimento da pré-informação. Todavia, não se trata de um automatismo no sentido que quando os prazos mais longos são fixados para a recepção das propostas — o que é a regra —, é possível renunciar a uma pré-informação, nos termos do artigo 11.° da directiva, mas pelo contrário o prazo só pode ser reduzido a título de derrogação se uma pré-informação teve lugar antes.

34. O primeiro fundamento é por conseguinte admissível e fundamentado.

B — *Quanto à infracção ao artigo 30.° da Directiva 93/37 — que corresponde ao artigo 29.° da Directiva 71/305 — motivada pela utilização de um critério ilícito (no que respeita ao texto deste artigo, ver o n.° 9)*

35. Resulta dos anexos juntos ao processo que as entidades adjudicantes francesas mencionaram várias vezes expressamente nos anúncios, na rubrica intitulada «critérios de adjudicação», o critério relativo ao emprego como «critério adicional» além do preço, do prazo de execução, etc.

Os argumentos das partes

36. A Comissão é da opinião que a República Francesa infringiu o artigo 30.° fazendo do critério de criação de emprego um critério de adjudicação. Na opinião da Comissão, este aspecto só devia ser tido em consideração como critério de execução. A Comissão fundamenta-se a este respeito na jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão Beentjes [5].

37. A Comissão chama a atenção para o facto de, no presente processo, o critério adicional de criação de emprego ter por fundamento uma circular ministerial de 29 de Dezembro de 1993. Segundo esta circular, é possível tomar medidas locais de luta contra o desemprego e para a inserção profissional no quadro de processos de adjudicação de empreitadas.

38. No entanto, o artigo 30.° da Directiva 93/37 só prevê dois critérios possíveis de adjudicação, por um lado, o critério do preço mais baixo, pelo outro, o critério da proposta economicamente mais vantajosa. Por conseguinte, segundo a Comissão, as autoridades francesas infringiram o artigo 30.° tendo expressamente em conta o critério do emprego quando da decisão de adjudicação da empreitada.

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

39. O Governo francês é pelo contrário da opinião que o acórdão Beentjes autoriza precisamente um critério suplementar de adjudicação. A este respeito cita o texto dos n.os 28 e 37, terceiro travessão, do acórdão Beentjes que estão redigidos do seguinte modo:

«No que respeita à exclusão de um proponente pelo facto de não estar em condições de empregar desempregados de longa duração, temos de convir, antes de mais, em que essa condição não tem que ver nem com a verificação da aptidão dos empreiteiros... nem com os critérios de adjudicação das obras enumerados no artigo 29.° da directiva.»

«A condição de emprego dos desempregados de longa duração é compatível com a directiva se não tiver incidência discriminatória directa ou indirecta em relação a proponentes de outros Estados-Membros da Comunidade. Tal condição particular suplementar deve ser obrigatoriamente mencionada no anúncio do concurso.»

40. Todavia, o Governo francês dá a entender que uma interpretação do acórdão Beentjes neste sentido que deve expressamente fazer referência ao critério relativo

ao emprego na publicação do anúncio da empreitada não encontra fundamento nos modelos de anúncio de empreitada que figuram no anexo IV da Directiva 93/37 [6]. Nenhuma rubrica destes modelos de anúncio prevê tal hipótese.

41. De resto, o Governo francês observa que, mesmo se o critério de emprego devesse ser considerado como um critério de execução, isso não teria como fundamento a Directiva 93/37, mas o direito nacional. Com efeito, o artigo 30.° da directiva não seria pertinente e a crítica formulada pela Comissão seria inexacta. Por fim, o Governo francês chama a atenção, para o facto de ter incitado as entidades adjudicantes a proceder em conformidade com a circular de 29 de Dezembro de 1993. Esta circular dizia claramente que o critério adicional no que respeita ao emprego não deve ser tratado da mesma maneira que os critérios que foram expressamente mencionados no artigo 30.° da directiva. Pelo contrário, trata-se de um critério adicional subsidiário.

42. No entanto, se o Tribunal de Justiça devesse seguir a concepção sustentada pela Comissão, o Governo francês considera, pela sua parte, que, também relativamente a este ponto, o seu comportamento era conforme à directiva.

Análise

43. O Tribunal de Justiça constatou no acórdão Beentjes que um critério de emprego (tratava-se neste processo da condição de emprego de desempregados de longa duração) não tinha nada a ver com os critérios mencionados no artigo 29.° da Directiva 71/305 para a adjudicação da empreitada [7].

44. Por conseguinte, deve-se verificar se os critérios que têm por objecto a promoção do emprego são excluídos, não só enquanto critérios de adjudicação, no sentido do artigo 30.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 93/37, mas igualmente como critérios subsidiários.

45. Na opinião do Governo francês, pode-se utilizar o emprego como critério subsidiário para desempatar propostas equivalentes. No entanto, este raciocínio teria como consequência que nestes casos o critério relativo ao emprego seria em definitivo o único critério determinante para a adjudicação da empreitada, o que é precisamente excluído a respeito do acórdão Beentjes. O critério relativo ao emprego não serve para directamente determinar a proposta economicamente mais vantajosa. Senão teria uma importância ainda maior que os critérios mencionados no artigo 30.°, n.° 1, alínea b), da directiva visto que o aspecto relativo ao emprego poderia neste caso ser determinante por si só.

6 — No anexo IV são enumerados, segundo o tipo de concurso, entre 7 e 18 rubricas que devem ser indicadas no anúncio.

7 — V. o n.° 28 do acórdão Beentjes (referido na nota 5).

46. Na medida em que as autoridades francesas consideraram o critério relativo ao emprego como um critério suplementar de adjudicação, infringiram o artigo 30.° da directiva. Por conseguinte, é igualmente desprovido de pertinência que o critério relativo ao emprego seja regulamentado no direito nacional pela circular ministerial de 29 de Dezembro de 1993, na medida em que é o artigo 30.° da directiva que prevalece.

47. Não se deve ignorar o facto de o aspecto relativo ao emprego se apresentar, actualmente, de modo diferente do que era o caso quando da adopção da directiva que hoje se considera que toma mais em consideração os aspectos económicos que os aspectos sociais. No entanto, é ao legislador que incumbiria modificar esta situação.

48. Não haveria infracção à directiva se o imperativo de promoção do emprego fosse formulado como condição — como é o caso no acórdão Beentjes — e se revestisse, por conseguinte, a este respeito o carácter de um critério de execução como tinha exposto a Comissão.

49. Todavia, há infracção ao artigo 30.° da directiva na medida em que as autoridades francesas consideraram o critério do emprego como um critério distinto de adjudicação.

C — *Quanto à infracção ao artigo 22.° da Directiva 93/37 que resulta da limitação do número de proponentes autorizados (no que respeita ao texto deste artigo, ver o n.° 7)*

50. Se uma entidade adjudicante atribui uma empreitada por concurso limitado, pode, nos termos do artigo 22.°, n.° 2, da directiva, prever o intervalo de variação no interior do qual se situa o número de empresas que pensa convidar a apresentar propostas. O número menos elevado do intervalo de variação não deve ser inferior a cinco, como determina expressamente o artigo 22.°, n.° 2, quarta frase.

51. As entidades adjudicantes francesas previram no n.° 13 do anúncio de empreitada, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 18 de Fevereiro de 1995, a seguinte indicação: «Número limitado de candidatos que podem ser admitidos a apresentar uma proposta: 5».

Os argumentos das partes

52. A Comissão sublinha que a indicação que figura no anúncio supramencionado leva a pensar que o número de proponentes pode ser igual ou inferior a cinco. Ora, isto constitui uma violação do artigo 22.°, n.° 2, quarta frase, da directiva.

53. O Governo francês não partilha este ponto de vista. Faz valer que o facto de limitar o número de proponentes a cinco, chega para preencher as condições enunciadas no artigo 22.°, n.° 2, quarta frase, da directiva. Não existe no artigo 22.° qualquer elemento que indique que o número de proponentes não podia ser limitado a cinco. Este número chega, na opinião do Governo francês, para assegurar uma concorrência afectiva. A Comissão não fez a prova do contrário.

Análise

54. A indicação escolhida pelas entidades adjudicantes francesas é problemática sob dois aspectos. Por um lado, o artigo 22.°, n.° 2, fala de um «intervalo de variação». Mas a redacção do anúncio em litígio não mostra qualquer «intervalo de variação». Quando muito, poderia existir um «intervalo de variação», se o número cinco implicasse um intervalo de variação de um a cinco, o que seria de qualquer modo incompatível com o artigo 22.°, n.° 2.

55. Se se considerar que a indicação do número cinco, no que diz respeito ao número de proponentes a admitir, constitui uma obrigação absoluta no sentido de que pelo menos cinco proponentes devem ser incitados a entregar uma proposta, esta indicação poderia ser compatível com as exigências da directiva. Todavia, o Governo francês interpretou a indicação em litígio no sentido de o número «máximo» de candidatos a poder ser admitido a apresentar uma proposta ser cinco. Ele considera que este número chega para garantir uma concorrência real. No entanto, esta interpretação não é compatível com as exigências da directiva, que prescreve expressamente um número mínimo de cinco. Por consequência, é a formulação objectiva desta indicação lida em relação com a interpretação que dela é feita no anúncio de adjudicação que a torna incompatível com o artigo 22.°, n.° 2, da directiva.

D — *Quanto à infracção ao artigo 29.°, n.° 2, da Directiva 71/305 ou ao artigo 30.°, n.° 2, da Directiva 93/37 que resulta do método dito de adjudicação por referência a uma lei de um Estado-Membro (no que respeita ao texto deste artigo, ver o n.° 9)*

Os argumentos das partes

56. No seu pedido, a Comissão faz valer, além disso, uma infracção ao artigo 29.°, n.° 2, da Directiva 71/305 assim como ao artigo 30.°, n.° 2, da Directiva 93/37. Há infracção, pelo motivo que, quando indicaram os critérios de adjudicação da empreitada em causa, as entidades adjudicantes utilizaram na maior parte dos anúncios de empreitada o método dito de «adjudicação por referência ao código das empreitadas públicas».

57. A Comissão invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça em apoio da sua argumentação. O Tribunal de Justiça julgou no n.º 35 do acórdão Beentjes que, segundo o artigo 29.º, n.ºs 1 e 2, da directiva, as entidades adjudicantes são obrigadas a mencionar estes critérios, quer no anúncio de empreitada, quer no caderno de encargos. O Tribunal de Justiça considera que um reenvio geral para uma disposição da legislação nacional não satisfaz esta exigência de publicidade.

58. Pelo contrário, o Governo francês faz valer, imediatamente, que esta acusação da Comissão apareceu tardiamente e portanto é inadmissível. Segundo o Governo francês, a Comissão apresentou esta acusação pela primeira vez no seu parecer fundamentado. Em aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça [8], o alargamento, na fase do parecer fundamentado, do campo das acusações enunciadas na interpelação, constitui uma irregularidade que não é susceptível de ser sanada.

59. Todavia, se o Tribunal de Justiça devesse considerar esta acusação como admissível, o Governo francês sublinha que o artigo 30.º, n.º 2, da Directiva 93/37 não exige que os critérios de adjudicação sejam enumerados no anúncio de empreitada, mas dá a possibilidade à entidade adjudicante de os incluir quer no anúncio de empreitada, quer no caderno de encargos. O Governo francês considera que é sem razão que esta acusação foi apresentada pois os critérios em causa estão no caderno de encargos e as disposições nacionais aplicáveis em conformidade com o código das empreitadas públicas têm um conteúdo amplamente equivalente à Directiva 93/37.

60. No que respeita à admissibilidade da acusação supramencionada, a Comissão precisa que ela tinha suficientemente chamado a atenção das autoridades francesas para este problema na sua interpelação de 8 de Maio de 1996. A Comissão tinha recordado nesta interpelação que, por força do décimo considerando da Directiva 93/37, as informações contidas nos anúncios de contratos elaborados pelas entidades adjudicantes devem possibilitar aos empreiteiros apreciar o interesse dos contratos propostos; para esse efeito é necessário facultar-lhes um conhecimento suficiente das prestações a cumprir e das condições respectivas. Além disso, a Comissão indica que, desde a fase da sua interpelação, tinha igualmente recordado a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, nomeadamente, do acórdão Beentjes.

61. A Comissão mantém que esta diligência era, por conseguinte, conforme à jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal como resulta do acórdão de 28 de Março de 1985, Comissão/Itália (274/83) [9]. Por outro lado,

8 — Acórdão de 11 de Julho de 1984, Comissão/Itália (51/83, Recueil, p. 2793).

9 — Recueil, p. 1077.

indica que as autoridades francesas em nenhum momento lhe permitiram o acesso ao caderno de encargos no qual fundamentam a sua argumentação.

Análise

62. Em primeiro lugar, deve-se analisar se é com razão que a Comissão fez valer a acusação supramencionada no quadro do presente processo por incumprimento. Na verdade, o Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão, de 11 de Julho de 1984, Comissão/Itália, que o alargamento, na fase do parecer fundamentado, do campo das acusações enunciadas na interpelação constituía uma irregularidade que não poderia ser sanada [10]. Desde logo, dever-se-ia rejeitar a acção como inadmissível na medida em que vai para além das acusações enunciadas na interpelação. Ulteriormente, o Tribunal de Justiça precisou, no seu acórdão Comissão/Itália a sua jurisprudência no sentido de que é lícito a Comissão pormenorizar, no parecer fundamentado, as acusações que já fez valer de modo mais global na interpelação [11].

63. No presente processo, a Comissão criticou na interpelação, em primeiro lugar, os anúncios de empreitada em causa de maneira global. Fez valer acusações concretas. Tomou igualmente posição, ao fazer isto, sobre os critérios de adjudicação. Chamou a atenção para o facto de a publicação dos anúncios dever permitir às empresas apreciar se os mercados propostos as interessavam. Isto supõe que elas sejam suficientemente informadas. Além disso, a Comissão recordou a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente o acórdão Beentjes, no qual o Tribunal de Justiça se pronunciou expressamente sobre os critérios de adjudicação das empreitadas. A crítica dos critérios de adjudicação efectuada a seguir pela Comissão no seu parecer fundamentado é uma precisão lícita das acusações apresentadas na interpelação. Uma vez que a Comissão não apresentou qualquer acusação fundamentalmente nova, a acusação relativa ao método de adjudicação com referência a uma lei de um Estado-Membro não constitui um alargamento ilícito das acusações. A Comissão, pelo contrário, delimitou mais precisamente a sua acusação. Deu assim às autoridades francesas a possibilidade de sanar esta irregularidade no quadro do processo de adjudicação da empreitada. A Comissão teve deste modo suficientemente em conta o objectivo e a finalidade da fase pré-contenciosa da acção por incumprimento. A interpelação tinha caracterizado o objecto do litígio de tal modo que as autoridades francesas já teriam estado em condições de reagir.

64. Por conseguinte, deve-se considerar que a acusação apresentada pela Comissão é admissível.

65. O texto do artigo 30.°, n.° 2, da Directiva 93/37 já indica que «as entidades

10 — Acórdão referido na nota 8, n.os 6 e 7.

11 — Acórdão de 28 de Março de 1985 (referido na nota 9, n.° 21).

adjudicantes mencionarão, no caderno de encargos, ou no anúncio do concurso, todos os critérios de adjudicação» [12]. Além disso, o Tribunal de Justiça constatou, expressamente, no acórdão Beentjes, a propósito dos critérios de adjudicação que um reenvio geral para uma disposição da legislação nacional não satisfazia esta exigência de publicidade [13]. Por conseguinte, está excluído que certos critérios de adjudicação sejam regulamentados numa lei nacional à qual é feita referência no anúncio de empreitada.

66. O argumento do Governo francês segundo o qual as regras nacionais que figuram no código das empreitadas públicas têm muitas vezes um conteúdo equivalente ao da Directiva 93/37 não é pertinente. O reenvio geral viola o princípio da publicidade e esta violação não pode ser sanada pelo facto de a lei nacional apresentar um conteúdo equivalente ao da directiva; com efeito, ao ler o anúncio de empreitada, o proponente potencial não pode discernir uma eventual concordância entre o teor das disposições da lei nacional e da directiva.

67. Por conseguinte, deve-se concluir que a acusação que tem por fundamento o reenvio ilícito para uma disposição da legislação nacional para fixar os critérios de adjudicação é admissível e fundamentada.

12 — Sublinhado nosso.

13 — Acórdão referido na nota 5, n.° 35.

E — *Quanto à infracção ao artigo 59.° do Tratado que resulta da utilização de especificações técnicas discriminatórias no modo de designação dos lotes e das provas exigidas no que respeita a capacidade técnica das empresas*

Os argumentos das partes

68. Na presente acção, a Comissão acusa o Governo francês por uma infracção à livre circulação dos serviços, em aplicação do artigo 59.° do Tratado CE. No que diz respeito às condições que devem ser preenchidas pelos proponentes, as entidades adjudicantes utilizam para a designação dos lotes especificações técnicas tais como são utilizadas pelas organizações profissionais francesas. Assim encontramos nos anúncios qualificações tais como «Mandatário EFF6 CA 11...». A Comissão é da opinião que as especificações técnicas utilizadas pelas entidades adjudicantes poderiam ter por efeito favorecer as empresas nacionais. Com efeito, elas têm conhecimento deste sistema de certificação de qualidade e têm o hábito de apresentar produções ou prestações em conformidade com as referências pedidas no anúncio de empreitada. Em contrapartida, estas exigências poderiam dissuadir empresas estabelecidas em outros Estados-Membros de apresentar propostas. Elas não teriam a possibilidade de decidir *a priori* se a sua qualificação está em conformidade com as ditas indicações técnicas na medida em que o anúncio não fornece qualquer indicação sobre a equivalência das qualificações. O facto de as autoridades francesas apenas desejarem que estas qualificações técnicas

sejam conformes às especificações nacionais não é de natureza a modificar esta apreciação.

69. O Governo francês considera pelo contrário que as especificações técnicas dos organismos profissionais utilizadas pelas entidades adjudicantes são apenas índices e portanto não têm efeitos discriminatórios. Não se trata de precisar no anúncio os elementos relativos aos critérios de selecção ou de adjudicação da empreitada; com efeito, tais indicações são fornecidas no caderno de encargos. Estes anúncios devem, pelo contrário, fornecer unicamente indicações sobre a natureza dos lotes.

70. De resto, o Governo francês indica que os novos anúncios de adjudicação de empreitadas publicados em 1996 e em 1997 já não têm qualquer referência às classificações estabelecidas pelos organismos profissionais franceses.

71. Tratando-se deste último argumento, a Comissão sublinha que nada indica que, na data de expiração do prazo fixado no parecer fundamentado, o incumprimento censurado já não existia.

Análise

72. Em primeiro lugar, deve-se verificar a admissibilidade deste fundamento. Na medida em que as autoridades francesas não usaram mais as especificações em litígio depois da expiração do prazo fixado no parecer fundamentado, pode-se por conseguinte considerar que foi posto um fim à infracção, e o interesse em constatar esta infracção poderia por conseguinte ter desaparecido.

73. O Governo francês todavia fez ainda valer no presente processo que as referências criticadas não são de natureza a ter efeitos discriminatórios.

74. A necessidade de uma clarificação jurídica deste ponto continua, por consequência, a existir.

75. O presente fundamento poderia, no entanto, ser inadmissível sob um outro aspecto. A Comissão fundamenta-se a este respeito unicamente no artigo 59.° do Tratado, uma vez que o artigo 26.° da Directiva 71/305 regulamenta expressamente a prova da capacidade técnica de uma empresa. Por conseguinte, a questão coloca-se de saber em que medida uma

regulamentação neste domínio pela directiva pode ter por fundamento disposições de direito primário inscritas no Tratado.

76. O artigo 26.° da Directiva 71/305 comporta uma enumeração dos documentos que podem servir para justificar a capacidade técnica. Trata-se de uma série de documentos que são supostos fornecer a prova das capacidades de uma empresa. A entidade adjudicante tem o direito de escolher quais os documentos que lhe devem ser apresentados. Segundo as próprias normas da directiva.

«As entidades adjudicantes indicarão, no anúncio ou no convite, quais de entre estes elementos os que pretendem obter.»

A determinação de certas especificações técnicas é regulamentada, em todas as hipóteses, de maneira indirecta pelo artigo 26.° da Directiva 71/305 que deve, além disso, como qualquer disposição duma directiva, ser interpretado tendo em vista o Tratado. Tratando-se de especificações técnicas com efeitos discriminatórios, há por conseguinte lugar para a aplicação do artigo 59.° do Tratado.

77. No plano do conteúdo, deve-se partir da ideia que as especificações técnicas utilizadas são de tal maneira específicas e abstractas que, em princípio, apenas os candidatos franceses podem imediatamente perceber a sua importância. Por conseguinte, é mais fácil para as empresas francesas propor produções ou prestações em conformidade com as referências codificadas que figuram no anúncio de empreitada. Pelo contrário, é muito mais difícil para os proponentes dos outros Estados-Membros apresentar propostas, no curto prazo concedido, uma vez que primeiro devem informar-se junto das entidades adjudicantes sobre as especificações e as qualificações. Isto significa, em certos casos, um encargo financeiro e em trabalho nitidamente superior ao que incide sobre os concorrentes franceses. As autoridades francesas negligenciaram a apresentação das especificações essenciais num texto claro e compreensível de maneira geral ou chamando a atenção para as regras comunitárias aplicáveis. A designação em litígio dos lotes constitui por conseguinte uma discriminação disfarçada.

78. O argumento do Governo francês, a saber, que as especificações técnicas utilizadas só constituiriam índices, enquanto na prática, só os proponentes franceses podiam compreender as especificações, sem qualquer ajuda, não tem pertinência. Para os proponentes dos outros Estados-Membros, com efeito não se trata de índices mas de condições de qualificação que têm o efeito de os dissuadir. O objectivo da entidade adjudicante de dar unicamente índices pode igualmente ser realizado de um maneira não discriminatória.

79. Deve-se constatar que o fundamento da Comissão com base na infracção ao artigo 59.° do Tratado cometida pelas autoridades francesas está justificado no seu conteúdo.

F — *Quanto à infracção ao artigo 59.° do Tratado derivada da condição de inscrição na Ordem dos Arquitectos franceses no quadro das «condições mínimas de participação»*

80. A Comissão fez valer que o Departamento do Nord também não cumpriu as obrigações decorrentes do artigo 59.° do Tratado ao impor, num certo número de anúncios de empreitas, restrições à livre circulação das prestações de serviços dos arquitectos da Comunidade, nomeadamente, exigindo a prova da inscrição não Ordem dos Arquitectos franceses.

81. O Governo francês não contradiz o argumento da Comissão. Simplesmente chama a sua atenção para a inexperiência das entidades adjudicantes na utilização das regras comunitárias de adjudicação de empreitadas públicas.

82. Esta acusação não tem necessidade de ser examinada relativamente ao seu conteúdo, visto que foi expressamente admitida pelo Governo francês. As autoridades francesas infringiram o artigo 59.° do Tratado, ao limitar de maneira ilegal a possibilidade de os arquitectos dos outros Estados-Membros fornecerem prestações de serviços. Esta infracção ao direito comunitário não pode ser justificada pela inexperiência das entidades adjudicantes. No que diz respeito a esta acusação, deve-se igualmente admitir a acção apresentada pela Comissão.

G — *Outras acusações no que diz respeito à não comunicação à Comissão dos relatórios, nos termos do artigo 8.°, n.° 3 da Directiva 93/37, assim como da omissão de pós-informação sobre a adjudicação da empreitada, nos termos do artigo 11.°, n.° 5, da Directiva 93/37 (quanto ao texto dos artigos em questão ver os n.os 3 e 4)*

83. As outras acusações da Comissão no que diz respeito à omissão de pós-informação, depois de as empreitadas terem sido adjudicadas não são contestadas no princípio pelo Governo francês que as explica em todas as hipóteses pela inexperiência das entidades adjudicantes. Na medida em que estas acusações são expressamente admitidas, o incumprimento pode ser constatado sem que se proceda a um exame mais aprofundado do conteúdo da acusação.

V — As despesas

84. Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas. Visto que a demandada foi vencida nos seus fundamentos, deve ser condenada nas despesas.

VI — Conclusão

85. Tendo em vista as considerações que precedem propomos que o Tribunal de Justiça decida do seguinte modo:

«1) Por ocasião dos diferentes processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas relativas à construção e à manutenção de edifícios escolares efectuadas pela Região Nord-Pas-de-Calais e pelo Departamento do Nord que tiveram lugar num período de três anos, a República Francesa não cumpriu as obrigações que incumbem por força do artigo 59.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.° do Tratado CE), bem como da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, tal como alterada pela Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, e nomeadamente os seus artigos 12.°, 26.° e 29.°, e da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas e nomeadamente os seus artigos 8.°, 11.°, 22.° e 30.°

2) Condenar a República Francesa nas despesas.»