CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 19 de Janeiro de 1999 *

A — Introdução

1. No presente processo por incumprimento trata-se da apreciação, à luz do direito comunitário, da adjudicação de uma série de empreitadas de obras públicas no âmbito de um grande projecto de construção de edifícios para o Governo e para a administração e de construção de um centro cultural no quadro da instalação da sede do Governo do *Land* da Baixa-Áustria em St. Pölten.

2. Ao processo por incumprimento subjazem os seguintes factos. Os trabalhos neste grande projecto começaram no que toca à zona de edifícios administrativos no ano de 1992 e no que toca à zona do centro cultural em Janeiro de 1994. No início de Fevereiro de 1995, a Comissão, através de uma denúncia, foi alertada para o anúncio de um contrato de direito público de fornecimento no quadro do projecto, que apenas tinha sido publicado no *Niederösterreichischen Amtsblatt*. A Comissão considerou as «Allgemeinen Angebots- und Vertragsbedingungen» (a seguir, «AAVB») contrárias ao direito comunitário — por violação das disposições relativas à publicação, da descrição da prestação, entre outras coisas — para o que chamou a atenção do Governo austríaco por carta de 12 de Abril de 1995. Como reacção a isto foi comunicada à Comissão, algum tempo depois, a uma lei de adjudicações do *Land* da Baixa-Áustria publicada em 31 de Maio de 1995 que, por seu lado, provocou objecções, porque continha uma cláusula de excepção para o projecto «Zona de edifícios para a administração pública e Zona do centro cultural St. Pölten» (a designada «lex St. Pölten») e através dessa cláusula excluiu o projecto praticamente da aplicação da lei.

3. Os vários problemas ligados ao projecto foram discutidos numa sessão bilateral entre a Comissão e as autoridades austríacas em 27 e 28 de Novembro de 1995. A Comissão alegou violações da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993 [1], e da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 [2], em vigor, bem como a violação do artigo 30.º do Tratado CE. Alertadas para as objecções, as autoridades austríacas prometeram uma alteração nas AAVB, a eli-

* Língua original: alemão.

1 — Directiva relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

2 — Directiva que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação de processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33).

minação da cláusula de excepção na lei de adjudicações, bem como a alteração da prática de adjudicações pelas autoridades adjudicantes, a Niederösterreichische Landeshauptstadt- Planungsgesellschaft mbH (a seguir, «Nöplan»).

4. A Comissão, como consequência das negociações, esperava uma acção imediata das autoridades austríacas através

— da correcta execução dos processos de adjudicação ainda a iniciar,

— de uma correcção dos processos já iniciados mas ainda não concluídos através da concessão da adjudicação, bem como,

— da resolução, dentro do possível, de contratos ainda não executados, concluídos em violação do direito comunitário.

5. As autoridades austríacas mostraram-se, em princípio, de acordo, indicando porém que, para a alteração das condições jurídicas de enquadramento (lei relativa às adjudicações e AAVB), necessitavam de um período de transição julgado suficiente.

6. Para a Comissão, a disposição das autoridades austríacas para adaptar a sua prática de adjudicações não ia suficientemente longe, de tal forma que, por carta de interpelação de 15 de Dezembro de 1995 iniciou um processo por incumprimento. Nessa carta de interpelação expõe que as autoridades austríacas teriam prometido querer intervir junto das comissões de deliberação responsáveis com vista a uma observância do direito comunitário a partir do fim do mês de Janeiro de 1996 [3].Na carta de interpelação a Comissão expõe, entre outras coisas, que estende as suas críticas «expressamente também àquelas fases, em que uma decisão de adjudicação já teve lugar, mas em que não foi seguido um processo de adjudicação conforme ao direito comunitário». Convidou a República da Áustria «a garantir a observância do direito comunitário nos processos de adjudicação ainda pendentes» e «a suspender os efeitos jurídicos das adjudicações contrárias ao direito comunitário já efectuadas ou então, interromper a sua eficácia, suspender as decisões de adjudicação eminentes até que seja garantida uma observância das orientações do direito comunitário e garantir uma imediata alteração da lei de adjudicações do *Land* da Baixa-Áustria e das Allgemeinen Angebots- und Vertragsbedingungen» [4]. Na carta de interpelação de 15 de Dezembro de 1995, a Comissão estipulou um prazo de uma semana para observações.

7. O Governo austríaco tomou então posição por carta de 22 de Dezembro de 1995. Nessa carta indica que independentemente das «dificuldades relativas aos prazos tornadas conhecidas na sessão de pacote» as

3 — V. carta de interpelação, ponto 6.

4 — V. carta de interpelação, ponto 10, primeiro e quinto parágrafos.

comissões do Nöplan «ter-se-iam ocupado da temática das adjudicações» e teriam deliberado «que a Nöplan tem de aplicar as directivas CE *desde já*» [5]. Finalmente, foi mais uma vez acentuado «que, a despeito de custos acrescidos e de adiamentos de prazos, as directivas CE devem aplicar-se *desde já* a todas as adjudicações» [6].

8. No parecer fundamentado de 21 de Fevereiro de 1996, a Comissão lembra que as autoridades adjudicantes do *Land* da Baixa-Áustria, «na ausência de uma transposição conforme ao direito comunitário, são imediatamente obrigados, por força do direito comunitário directamente aplicável, a observar as suas orientações» [7]. A Comissão considera a resposta do Governo austríaco à carta de interpelação, de resto, insuficiente. Ela sente a falta do reconhecimento de uma obrigação de agir relativamente aos processos pendentes, «uma vez que as observações sobre o dever de publicação... referem-se apenas ao futuro». A Comissão recorda que teria solicitado «que lhe comunicasse uma lista dos contratos de direito público em relação aos quais iniciou um processo de adjudicação ou que, no futuro, serão objecto de publicação, e que lhe desse indicações quanto aos valores desses contratos». Declara: «até hoje nenhuma lista satisfatória foi comunicada». Finalmente, convida as autoridades austríacas «a adoptar todas as medidas adequadas para remediar as violações expostas» [8]. Para isso estabelece um prazo de duas semanas a partir da notificação do parecer.

9. Entretanto, a Comissão de adjudicações da Nöplan tinha deliberado na sua sessão de 6 de Fevereiro de 1996, suspender todos os processos pendentes, submeter a concurso e adjudicar em conformidade com o direito comunitário os contratos de direito público a adjudicar. Em seguida foram remediados os reparos à lei de adjudicações e as AAVB configuradas em conformidade com o direito comunitário. A partir de então, a prática de adjudicações decorreu, pelos vistos, de acordo com o direito comunitário.

10. Não obstante, a Comissão, em 3 de Outubro de 1996, propôs acção por incumprimento, registada no Tribunal de Justiça em 7 de Outubro de 1996, pedindo que se declare que a República da Áustria, no processo de adjudicação dos contratos atribuídos antes de 6 de Fevereiro de 1996 que, em 7 de Março de 1996 — portanto, no decurso do prazo estabelecido no parecer fundamentado de 21 de Fevereiro de 1996 —, ainda não tinham sido executados ou resolvidos em termos razoáveis, violou as suas obrigações decorrentes do direito comunitário. No essencial, a Comissão censura a República da Áustria por não ter feito quaisquer esforços no sentido de anular os contratos adjudicados depois da sessão do pacote de 28 de Novembro de 1995, portanto, em conhecimento dos problemas de direito comunitário.

11. A República da Áustria suscita várias excepções de inadmissibilidade e considera a acção como improcedente quanto ao fundo.

5 — V. ponto 1 da carta de resposta de 22 de Dezembro de 1995; sublinhado pelo autor.

6 — V. carta de resposta de 22 de Dezembro de 1995, «quanto ao ponto 8»; sublinhado pelo autor.

7 — V. ponto 15 do parecer fundamentado de 21 de Fevereiro de 1996.

8 — V., quanto à citação neste parágrafo, ponto 16 do parecer fundamentado de 21 de Fevereiro de 1996.

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

1) declarar que a República da Áustria, no quadro da nova construção do centro administrativo e cultural da Baixa-Áustria em St. Pölten, aquando da adjudicação de contratos de direito público, que foram atribuídos antes de 6 de Fevereiro de 1996 mas ainda não executados em 7 de Março de 1996 ou eram susceptíveis de resolução de forma razoável, não cumpriu as suas obrigações decorrentes das Directivas 93/37/CEE, de 14 de Junho de 1993 [9], e 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 [10], bem como do artigo 30.° do Tratado CE; e

2) condenar a República da Áustria nas despesas do processo.

13. A República da Áustria conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) julgar inadmissível (eventualmente como improcedente) a acção da Comissão das Comunidades Europeias de 7 de Outubro de 1996 com vista à declaração de que a República da Áustria, no quadro da construção do novo edifício administrativo e do novo centro cultural da Baixa-Áustria em St. Pölten aquando da adjudicação dos contratos de direito público que foram atribuídos antes de 6 de Fevereiro de 1996, mas em 7 de Março de 1996 ainda não tinham sido executados ou eram susceptíveis de resolução de forma razoável, não cumpriu as suas obrigações decorrentes das Directivas 93/37/CEE, de 14 de Junho de 1993, e 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, bem como do artigo 30.° do Tratado CE; e

2) condenar a Comissão Europeia a suportar as despesas do processo.

14. Às observações das partes deverá voltar-se no quadro da apreciação jurídica.

B — Tomada de posição

I — *Admissibilidade*

15. O Governo austríaco considera a acção como inadmissível por várias razões.

9 — Directiva relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (referida na nota 1).

10 — Directiva 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 (referida na nota 2).

1. A inadmissibilidade do objecto do litígio

O Governo austríaco alega que a acção, com o objecto do litígio identificado pela petição seria inadmissível. O objecto do litígio no processo por incumprimento, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, é delimitado pelo processo pré-contencioso. Tal objecto seria definido através do parecer fundamentado da Comissão. A acção não poderia ser, por isso, apoiada noutras acusações que não as acusações indicadas no parecer fundamentado. O pedido de proceder tanto quanto possível à resolução de contratos celebrados em violação do direito comunitário, não poderia deduzir-se do parecer fundamentado da Comissão de 21 de Fevereiro de 1996. Ele seria, quando muito, invocado na carta de interpelação de 15 de Dezembro de 1995. Por isso, a acusação exposta na petição «omissão de uma — ainda possível — resolução», em que assenta decisivamente a petição, seria inadmissível.

16. Deve concordar-se com o Governo austríaco que o objecto do litígio no processo por incumprimento, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, é definido através da fase pré-contenciosa e pela petição. A petição não pode conter, em princípio, outras ou novas acusações, que as discutidas na fase pré-contenciosa. Esta doutrina explica-se pela estrutura do processo por incumprimento que, no quadro do processo pré-contencioso, permite chegar a um acordo amigável antes da intervenção do Tribunal de Justiça. Além disso, devem garantir-se os direitos de defesa do Estado-Membro de tal forma que não pode ser confrontado com novas acusações formuladas na petição.

17. Tal depende também de saber se a crítica da omissão de resolução dos contratos celebrados antes de 6 de Fevereiro de 1996 através de adjudicação constitui uma nova acusação e, por isso, inadmissível. Para isso, devem considerar-se a fase pré-contenciosa e a petição inicial tendo presente o contexto do desenrolar dos acontecimentos fácticos.

18. A *carta de interpelação* da Comissão de 15 de Dezembro de 1995, que foi dirigida ao Governo austríaco na sequência da reunião de pacote de 27 e 28 de Novembro de 1995, manifesta estranheza em relação à situação contrária ao direito comunitário, por um lado, e a uma prática de adjudicações contrária ao direito comunitário a ela ligada, por outro. Da carta de interpelação pode deduzir-se o convite à *adaptação imediata da prática de adjudicações ao direito comunitário* [11]. Noutro lugar, a Comissão estende as suas críticas «expressamente também àquelas fases, em que uma decisão de adjudicação teve já lugar, mas não se efectuou num processo de adjudicação conforme ao direito comunitário» [12]. Finalmente, a Comissão convida a República da Áustria a «garantir a observância do direito comunitário nos processos de adjudicação ainda pendentes». Convida ainda a República da Áustria «a suspender os efeitos jurídicos das adjudicações contrárias ao direito comunitário já efectuadas, ou impedir o seu desenvolvimento (e) suspender as decisões de adjudicação eminentes até que seja garantida uma observância das orientações do direito comunitário...» [13].

11 — V. carta de interpelação, ponto 7, primeiro parágrafo.
12 — V. carta de interpelação, ponto 10, primeiro parágrafo.
13 — V. carta de interpelação, ponto 10, quinto parágrafo.

19. Nestas formulações encontra inteiramente expressão a exigência da Comissão não apenas de impedir de imediato a continuação de uma prática contrária ao direito comunitário mas também a exigência de negar a eficácia das decisões de adjudicação adoptadas contra o direito comunitário. Isto nada mais pode significar porém do que repará-las de imediato de forma conforme ao direito comunitário. Um dever de anulação das decisões já adoptadas pode deduzir-se, por isso, do pedido da Comissão tal como é formulado na carta de interpelação.

20. Do *parecer fundamentado* da Comissão de 21 de Fevereiro de 1996 não pode deduzir-se, com igual clareza, o convite a intervir nos processos de adjudicação que estão já em execução. Todavia, do parecer fundamentado pode deduzir-se a inclusão dos processos pendentes na crítica geral da prática de adjudicações contrária ao direito comunitário. Se para a Comissão as promessas feitas pelo Governo austríaco quanto à obrigação de publicação para o futuro não foram expressamente tão longe e critica que «aqueles casos de adjudicação em que teria havido publicação — por exemplo a nível nacional —» [14] não seriam incluídos, então, não há dúvida de que a Comissão reconhece violações do direito comunitário na prática de adjudicações que remontam ao passado e cuja sanação exige. Assim, sublinha a Comissão «que incumbe às autoridades austríacas adoptar *todas* as medidas adequadas para remediar as violações indicadas» [15].

21. Nem o parecer fundamentado nem o decurso real dos acontecimentos deram lugar, de resto, à suposição de que o convite formulado na carta de interpelação no sentido de intervir nos processos de adjudicação já em execução, tenha sido aceite. Poder-se-á partir do princípio de que o Governo austríaco compreendeu o pedido da Comissão no sentido aqui exposto. Na carta de resposta, de 22 de Março de 1996, tomou ele posição através de três páginas e meia sob o título «Quanto aos contratos de direito público já celebrados» sobre a problemática [16]. Uma eventual acusação por violação do direito a ser ouvido, que se poderia extrair do fundamento de inadmissibilidade, carece, por isso, também de fundamento.

22. O Governo austríaco é de opinião de que, no parecer fundamentado, deveria ter sido formulado um convite expresso à resolução dos contratos celebrados já através de adjudicação. As medidas a adoptar deveriam ter sido identificadas. Após terem sido indicados alguns pontos, como a alteração da Lei de adjudicações da Baixa-Áustria e das AAVB, era-lhe permitido acreditar que nenhumas medidas, além dessas, seriam exigidas.

23. Este ponto de vista não deve ser seguido. Através da jurisprudência do Tribunal de Justiça [17] reconheceu-se já que a Comissão não tem de identificar as medidas a tomar para remediar uma situação violadora do Tratado. Esta repartição de tarefas tem realmente sentido, uma vez

14 — V. parecer fundamentado, ponto 16, quarto parágrafo.

15 — V. parecer fundamentado, ponto 16, sexto parágrafo; sublinhado pelo autor.

16 — V. carta de resposta do Governo austríaco, de 22 de Março de 1996, capítulo IV.

17 — Acórdão de 11 de Julho de 1991, Comissão/Portugal (C-247/89, Colect., p. I-3659).

que é da responsabilidade de um Estado-Membro a questão de saber como e com que recursos ele dá satisfação às exigências do direito comunitário. Se a Comissão tivesse de identificar as medidas a adoptar, desenhar-se-iam conflitos de competência em todos os casos em que o Estado tem poder discricionário para apreciar de que modo cria uma situação em conformidade com o direito comunitário.

24. No presente processo, a Comissão não criou qualquer situação de confiança que tenha legitimado as autoridades austríacas, a supor que com a alteração da situação jurídica tudo seria feito para pôr termo à violação do Tratado. A Comissão — como já foi indicado — incluiu, pelo contrário, na carta de interpelação, os processos pendentes. No parecer fundamentado indicou expressamente as obrigações das autoridades adjudicantes do *Land* da Baixa-Áustria decorrentes «imediatamente do direito comunitário directamente aplicável» na «ausência de uma transposição conforme ao direito comunitário» [18] e sublinhou que incumbe às autoridades austríacas adoptar todas as medidas adequadas para sanar as irregularidades.

25. Neste contexto, não se encontra qualquer obstáculo em reconhecer as acusações de omissão de resolução de contratos realizados em oposição ao direito comunitário, como objecto do litígio regularmente identificado pela petição.

18 — V. parecer fundamentado, ponto 15, segundo parágrafo.

2. Quanto à sanação das irregularidades antes do decurso do prazo estabelecido no parecer fundamentado

26. O Governo austríaco recorda que, em conformidade com o disposto no artigo 169.°, segundo parágrafo, do Tratado CE e da Jurisprudência elaborada sobre ele, o momento decisivo para a existência de uma violação do Tratado seria o termo do prazo estabelecido no parecer fundamentado. Quanto a este ponto, em 7 de Março de 1996, a Áustria tinha, porém, remediado todas as violações criticadas com o parecer fundamentado.

27. As AAVB teriam sido alteradas no sentido indicado pela Comissão e, na sua nova versão, já desde 12 de Dezembro de 1995, tinha servido de base para todas as adjudicações publicadas segundo as disposições comunitárias. Além disso, a prática seguida em matéria de adjudicação de concursos foi também alterada a partir de 6 de Fevereiro de 1996. A Comissão de trabalho para adjudicações deixaria de ter autorizado, a partir dessa data, as propostas de adjudicação apresentadas para decisão e revogado todos os processos de adjudicação ainda abertos que não tramitaram em conformidade com o direito comunitário e impor um novo processo de adjudicação conforme ao direito comunitário. Teriam sido suspensas decisões de adjudicação num valor de empreitadas de 217 000 000 ÖS e, em 7 de Março de 1996, teriam sido iniciados processos de adjudicação conformes ao direito comunitário e teriam sido atribuídas empreitadas num montante global de cerca de 470 000 000 ÖS. Uma vez que as autoridades austríacas teriam satisfeito as exigências indicadas, em 7 de Março de 1996, a acção seria inadmissível.

28. A Comissão contrapõe que a situação não estaria completamente sanada em 7 de Março de 1996. Os contratos adjudicados já em 6 de Fevereiro de 1996, mas ainda não executados, bem como os já adjudicados em 6 de Fevereiro e parcialmente executados, mas ainda susceptíveis de resolução em termos razoáveis, continuaram intocados.

29. Acontece, de facto, que a Comissão, com a acção por incumprimento deixa de visar a situação jurídica contrária ao direito comunitário como crítica tão pouco a prática de adjudicações seguida após 6 de Fevereiro de 1996. Ela considera todavia a omissão de resolução dentro do possível dos contratos concluídos em oposição ao direito comunitário como um incumprimento continuado. A Comissão fez esta acusação — como já foi verificado antes — quanto ao objecto do recurso, de forma admissível.

30. Uma vez que a Comissão, no decurso do prazo estabelecido pelo parecer fundamentado, reconhece e afirma uma situação considerada por ela como contrária ao direito comunitário, que continua a produzir efeitos jurídicos, penso que estão satisfeitas as exigências da admissibilidade da acção. Se, relativamente ao período indicado, existe realmente um incumprimento do contrato, é uma questão que diz respeito ao mérito da acção. Portanto, ainda que as autoridades austríacas tenham já dado satisfação, em 7 de Março de 1996, às exigências da Comissão, a acção é admissível em relação às críticas ainda em aberto.

3. Quanto à determinação dos prazos no processo pré-contencioso

31. O Governo austríaco alega ainda que os prazos estabelecidos na fase pré-contenciosa teriam sido demasiado curtos de tal forma que a acção por incumprimento também seria inadmissível por essa razão. Invoca a estrutura federal da Áustria que requereria necessariamente certos períodos de tempo para a implementação de certos processos de decisão. O prazo de uma semana estabelecido na carta de interpelação e o prazo de duas semanas estabelecido no parecer fundamentado devem ser considerados extraordinariamente curtos. Já em 25 de Janeiro de 1996, a Comissão tinha comunicado à imprensa internacional a sua intenção de dirigir um parecer fundamentado à República da Áustria que, depois, foi tornado público, porém, só em 21 de Fevereiro de 1996.

32. A Comissão deveria ter considerado também na altura do estabelecimento do prazo que as suas críticas se relacionavam exclusivamente com o passado, uma vez que, desde 6 de Fevereiro de 1996, comunicado à Comissão em 7 de Fevereiro de 1996, as autoridades austríacas deveriam ter adaptado a sua prática de adjudicações. Finalmente, o prazo previsto no artigo 3.°, n.° 3, da Directiva 89/665 de 21 dias seria um indício da razoabilidade de um prazo.

33. A Comissão defende, pelo contrário, o ponto de vista de que a curta duração dos prazos seria apropriada às circunstâncias verificadas. Segundo informação das autoridades austríacas, no início de Dezembro, restavam ainda adjudicações de montantes significativos. Por isso, deveria ter sido

levada à prática o mais depressa possível a garantia dada pelo Governo austríaco de que essas adjudicações de contratos de direito público deveriam ser efectuadas com observância do direito comunitário e que seriam sanadas as irregularidades já existentes.

34. A resposta do Governo austríaco à carta de interpelação teria deixado subsistir dúvidas quanto à disposição de sanar as irregularidades globais criticadas. Também a prometida lista com o cálculo dos valores dos contratos de direito público ainda a adjudicar não teria sido comunicada. A Comissão teria de partir do princípio de que também, no início de 1996, ainda existia um volume significativo de contratos de direito público para adjudicação e o Governo austríaco devia impedir a situação de facto consumado. As críticas formuladas no parecer fundamentado também não se teriam referido apenas ao passado. A Comissão teria tido em vista inteiramente a situação no decurso do prazo estabelecido no parecer fundamentado. Finalmente, o Governo austríaco teria tido conhecimento antecipadamente das intenções da Comissão através da imprensa, de tal forma que não podia invocar o carácter inadequado do prazo.

35. O exame das excepções de inadmissibilidade deve começar com esta indicação dada em último lugar. Parte-se do princípio de que a fase pré-contenciosa com vista à acção por incumprimento está submetida a um certo rigor de formalidades. A favor disto militam as exigências de identificação do objecto do litígio e o carácter adequado dos prazos a observar que conduzem, no caso de inobservância, à inadmissibilidade da acção. Os elementos determinantes para o Estado-Membro devem resultar inequivocamente das notas da Comissão que marcam cada uma das fases do processo. Vinculante, por isso, pode ser apenas o prazo estabelecido na carta enviada ao Estado-Membro. Ao Estado-Membro não resta qualquer motivo para agir no quadro de um processo pré-contencioso formal «por ouvir dizer». Veda-se, por isso, a possibilidade de reconhecer como prazo de preparação o espaço de tempo decorrido entre o momento em que obtém conhecimento das intenções da Comissão através da imprensa e a notificação formal do parecer.

36. Para além da valoração puramente jurídica, considero também como mau estilo divulgar um comunicado de imprensa sobre o envio eminente de um parecer fundamentado num processo por incumprimento contra um Estado-Membro, quando o documento é só enviado ao Estado-Membro interessado somente quase quatro semanas depois. A Comissão poderia ter dado um prazo mais longo enviando antes o parecer fundamentado. Um envio mais cedo teria sido possível dadas as circunstâncias.

37. Para a apreciação a seguir deve, portanto, partir-se do princípio de que são determinantes os prazos estabelecidos nas cartas que fazem parte do processo pré-contencioso.

38. Para poder apreciar o carácter adequado de um prazo, tem interesse saber que reacção é esperada no prazo estabelecido. A alteração de uma situação legal não pode seguramente ser esperada num espaço de

tempo avaliado em semanas. Assim, com efeito, não se tratou na fase pré-contenciosa realmente de uma cláusula contrária ao direito comunitário existente na Lei sobre as adjudicações da Baixa-Áustria. A alteração da lei ainda não tinha sido indiscutivelmente executada no termo do prazo estabelecido no parecer fundamentado, ou seja, em 7 de Março de 1996. O processo foi somente concluído em Maio de 1996. Contudo, a Comissão abstraiu, quanto a isto, de propor a acção por incumprimento, porque a alteração da lei entrou em vigor sem atrasos dignos de nota.

39. Para a Comissão tinha interesse, pelo contrário, que o Governo austríaco recebesse e reconhecesse formalmente a desconformidade com o direito comunitário da situação para, por um lado, impedir outras adjudicações de contratos de direito público e, por outro, anular, na medida do possível, os contratos de direito público adjudicados em violação do direito comunitário.

40. O Governo austríaco assegurou também na sequência da carta de interpelação, de 15 de Dezembro de 1995, no prazo de uma semana, aplicar «de imediato» [19] as directivas comunitárias aos contratos de direito público ainda a adjudicar. Apenas se continuou puramente, de facto, com a adjudicação dos contratos de direito público em vias de execução. Somente em 6 de Fevereiro de 1996 foi adoptada a resolução esperada já anteriormente na Comissão de adjudicações relativa à suspensão dos processos em curso.

41. Face à urgência necessária para, em todo o caso, suster, em primeiro lugar, todas as adjudicações de contratos de direito público, o prazo de uma semana era razoável neste caso. O Governo austríaco deu também cumprimento ao exigido, segundo declarações feitas na sua carta de resposta de 22 de Dezembro de 1995. A divergência entre as palavras e os actos deve considerar-se em separado.

42. Considerando as circunstâncias existentes na altura da adopção do parecer fundamentado sobressai que, somente depois disso, foi conhecida na imprensa a deliberação formal de enviar o parecer fundamentado, que a Comissão de adjudicações, em 6 de Fevereiro de 1996, adoptou a deliberação, entre outras, de suspender os processos de adjudicação em curso. A Comissão tinha, consequentemente, razões para supor que as autoridades austríacas criariam uma situação de facto consumado e que seria necessária urgência. Assim considerado parece também adequado o curto prazo de duas semanas estabelecido no parecer fundamentado.

43. Também a possibilidade de requerer medidas provisórias às quais se fez alusão nas duas cartas da fase pré-contenciosa e que foi abordada igualmente na audiência deve ver-se neste contexto. Em conformidade com o disposto no artigo 186.° do Tratado CE, o Tribunal de Justiça pode apenas adoptar as medidas provisórias necessárias apenas nos casos já perante ele pendentes. Uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 169.° do Tratado pode porém ser proposta eficazmente apenas depois do cumprimento da fase pré-contenciosa. Em caso de perigo resultante dos atrasos, a Comissão deve portanto terminar a fase pré-contenciosa rapidamente para evitar, dentro das possibilidades, violações irreparáveis.

19 — Carta de resposta do Governo austríaco, de 22 de Dezembro de 1995, pp. 2 e 7.

44. Este conjunto de elementos pode ser considerado como fraqueza do sistema, mas pode também ser remediado através da alteração da base jurídica pertinente. As possibilidades conferidas pela Directiva 89/665 [20] não oferecem também qualquer solução satisfatória para a saída deste dilema. A directiva refere-se, em primeiro lugar, à relação proponente/entidade adjudicante. Além disso, as possibilidades concedidas à Comissão no artigo 3.° da directiva não são adequadas para todas as situações e, de mais a mais, não limitam a competência da Comissão para a instauração de um processo por incumprimento.

45. Face a tudo isto os prazos estabelecidos pela Comissão no processo pré-contencioso devem considerar-se como adequados, tendo em conta as circunstâncias.

4. Quanto ao carácter preciso do pedido

46. O Governo austríaco associa críticas de natureza jurídica à parte da frase «contratos de direito público que foram adjudicados no período anterior a 6 de Fevereiro de 1996, mas que, em 7 de Março de 1996, ainda não tinham sido executados ou eram susceptíveis de resolução, em termos razoáveis, da petição». Com a expressão «susceptíveis de resolução em termos razoáveis» mostraria a Comissão que também não tinha partido de uma obrigação de resolução ilimitada, mas permite sentir a falta de uma definição do carácter de razoabilidade. A petição seria, por isso, demasiado indefinida para constituir a base de um dever de acção resultante do artigo 171.° do Tratado CE, o que tornaria a acção em si inadmissível.

47. A Comissão defende a opinião de que o Tribunal não seria competente para julgar sobre o que, num Estado-Membro, deve ser ou não considerado concretamente como razoável. Tal seria tarefa dos tribunais nacionais aquando da aplicação do direito nacional. Afirmações quanto à questão do carácter razoável seriam já, à partida, inúteis, portanto, no quadro deste litígio perante o Tribunal de Justiça.

48. Neste ponto, deve concordar-se inteiramente com a Comissão. Nem é tarefa da Comissão nem do Tribunal investigar as possibilidades de resolução de contratos celebrados no domínio dos contratos de direito público. Bem pelo contrário, uma instrução — fosse ela da Comissão ou também do Tribunal de Justiça — no sentido da resolução de um contrato segundo uma norma jurídica do Estado-Membro a identificar constituiria uma violação da competência das instituições comunitárias face às autoridades dos Estados-Membros. Esta liberdade do Estado-Membro para a escolha da forma e dos meios deve necessariamente manifestar-se também no convite da Comissão a pôr fim a uma situação violadora do Tratado. Esta relativa indefinição em relação às medidas a adoptar é, por isso, finalmente expressão da repartição de competências entre a Comunidade e Estado-Membro. A formulação em litígio define o objectivo da resolução de contratos adjudicados em

20 — V. directiva referida na nota 2.

violação do direito comunitário, dentro do juridicamente possível. O pedido não é, por isso, susceptível de críticas.

5. Quanto ao interesse em agir

49. No caso da questão relativa ao interesse em agir no presente processo trata-se de uma excepção de inadmissibilidade, que na verdade não foi suscitada expressamente pelo Governo austríaco, mas decorre implicitamente das críticas quanto à admissibilidade feitas por ele. Quando o Governo austríaco alega que se trata de violações irreparáveis por natureza, então, de facto, é questionável se existe interesse na declaração abstracta de um incumprimento do Tratado. Deve dar-se razão ao Governo austríaco quando afirma que a estigmatização de um Estado-Membro não é objecto nem finalidade de um processo por incumprimento.

50. Para apreciação do interesse em agir, é importante saber se a intenção da Comissão é orientada para um acto objectivamente impossível ou se não há ainda meios e vias para dar satisfação às exigências da Comissão caso, em que o momento decisivo é o termo do prazo estabelecido no parecer fundamentado. A problemática assim identificada é finalmente uma questão a responder em sede de mérito da acção. A resposta à questão do interesse em agir deve ser reservada, por isso, a uma análise do mérito da acção.

II — *Mérito da acção*

51. A Comissão indica, em primeiro lugar, que a Áustria, já desde a sua adesão ao acordo relativo ao Espaço Económico Europeu com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1994 e, por maioria de razão, a partir da adesão à União Europeia, também em 1 de Janeiro de 1995, teria de observar as disposições comunitárias, entre as quais também o direito relativo à celebração de contratos de direito público.

52. A Comissão alega que a Áustria, nos contratos adjudicados no período de 27 de Novembro de 1995 a 6 de Fevereiro de 1996, no valor global de 360 000 000 ÖS, teria violado várias disposições de direito comunitário. Assim, teriam sido violados os artigos 8.°, 10.°, n.° 6, 11.°, n.os 6 e 11, 12.° e 30.° da Directiva 93/37, o artigo 30.° do Tratado e os artigos 1.°, n.os 1 e 3, e 2.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 89/665. A Comissão esclarece as violações alegadas em detalhe. Para o comportamento assumido no período em questão de «colocar rapidamente a salvo» os contratos, não teria qualquer fundamento compatível com o direito comunitário.

53. Como decorre da carta de resposta do Governo austríaco ao parecer fundamentado as autoridades austríacas teriam deliberadamente agido «por sua própria conta e risco». Para alteração da prática de adjudicações — diferentemente do que para alteração da lei de adjudicações — não teria sido necessário um processo que

roubasse tempo, o que seria provado através da deliberação adoptada mais tarde pela Comissão de adjudicações. Por fim, poder-se-ia ter ainda esperado, sem danos para o projecto global, pelas adjudicações de alguns dos contratos de direito público em questão [21].

54. O Governo austríaco defende a opinião de que, no quadro do processo por incumprimento, não poderia exigir-se a resolução de contratos celebrados em violação do direito comunitário. O artigo 2.°, n.° 6, primeiro parágrafo, da Directiva 89/665 deixaria ao Estado-Membro a liberdade de limitar os interesses das pessoas lesadas a uma pretensão de indemnização por perdas e danos. A Comissão não poderia, em princípio, exigir mais no processo instaurado nos termos do artigo 169.° do Tratado.

55. A Comissão, de resto, permitiria reconhecer que também ela não partiria de uma obrigação incondicionada de resolução. Contra isso militaria, aliás, o princípio da confiança legítima. A confiança do contratante seria digna de protecção e prevaleceria face ao pedido da Comissão. Finalmente, o efeito útil da Directiva 93/37 deixaria de ser garantido em iguais condições de concorrência mesmo através de uma eventual resolução nos contratos. Os candidatos que ficassem em primeiro lugar teriam adoptado disposições que lhes proporcionam inequivocamente vantagens face aos seus concorrentes. Uma resolução implicaria uma paragem da execução da obra e assim, finalmente, também impossível, por essa razão.

56. Por fim, o Governo austríaco levanta duas questões jurídicas de princípio. Por um lado, coloca em discussão a natureza jurídica do Nöplan para ligar a questão ao ponto de saber em que medida podiam os particulares invocar uma directiva face a esta instituição. Por outro, considera como não esclarecida a questão de saber porque o projecto St. Pölten deveria ter sido submetido já a partir da adesão da Áustria ao Acordo sobre o Espaço Económico Europeu às directivas relativas à adjudicação. O projecto, que devia ser visto como projecto global e, por isso, não podia ser fragmentado teria sido iniciado já antes da entrada em vigor do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu e antes da adesão da Áustria à Comunidade.

57. A Comissão contrapõe que as suas atribuições decorrentes do artigo 169.° do Tratado seriam independentes do procedimento previsto na Directiva 89/665. Isto tê-lo-ia já declarado o Tribunal de Justiça noutro lugar [22]. Quanto ao papel desempenhado pelo Nöplan, nota ela, ter-se-ia sem dúvida partido unanimamente do princípio de que o Nöplan seria considerado como o braço alongado do Estado da Baixa-Áustria na sua função de entidade pública adjudicante.

58. Por razões de ordem sistemática, o exame deve começar com as reservas de natureza jurídica postas em último lugar pelo Governo austríaco.

21 — Limpeza final do edifício da Administração governamental da Baixa-Áustria, aparelhagens de som para o centro comercial, plantação do bosque, etc.

22 — Acórdão de 24 de Janeiro de 1995, Comissão/Países Baixos (C-359/93, Colect., p. I-157, n.os 13 e 14).

59. A aplicabilidade do direito comunitário relativo às adjudicações na altura da adesão da República da Áustria ao Espaço Económico Europeu pode ficar em suspenso neste processo uma vez que, em todo o caso, mediante a aquisição da qualidade de membro da Comunidade Europeia, a partir de 1 de Janeiro de 1995, tornou-se vinculante para o Estado-Membro e isto directamente com a adesão — na medida em que não foram expressamente negociados períodos de transição.

60. A Comissão adoptou já na fase pré-contenciosa o ponto de vista de que a Directiva 93/37, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, seria aplicável, em conformidade com o disposto no seu artigo 6.°, ao projecto de construção [23].

O artigo 6.°, n.os 1 e 3, tem a seguinte redacção:

«1. O disposto na presente directiva é aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas cujo montante, calculado sem IVA, seja igual ou superior a 5 000 000 ecus [24].

...

3. Quando uma obra se encontrar dividida em vários lotes, sendo cada um deles objecto de um contrato, o valor de cada lote deve ser tido em consideração na avaliação do montante referido no n.° 1. Quando o valor cumulativo dos lotes for igual ou superior ao montante indicado no n.° 1, o disposto nesse número aplica-se a todos os lotes. Todavia, as entidades adjudicantes podem derrogar a aplicação do n.° 1 em relação a lotes cujo valor calculado sem IVA seja inferior a 1 000 000 ecus, desde que o montante cumulativo desses lotes não exceda 20% do valor cumulativo de todos os lotes.»

61. No entanto, quanto à adjudicação do contrato que então deu origem ao litígio relativo à técnica de gestão central de edifícios a Comissão expõe, no parecer fundamentado:

«... Na verdade, se bem que o valor da empreitada de direito público adjudicada simplesmente a nível regional para a técnica de gestão central de edifícios ascendesse a cerca de 26 milhões de xelins, portanto dentro do valor-limite estabelecido na directiva, esta é porém também aplicável, em conformidade com o disposto no artigo 6.°, n.° 3, segunda frase, a tal contrato de direito público (ultrapassagem dos valores-limite no caso de cumulação de lotes)» [25].

62. Esta apreciação jurídica, portanto, o reconhecimento de que o contrato de direito público está sujeito ao direito

23 — V. parecer fundamentado, ponto 13.

24 — 1 ecu corresponde a 13,7789 ÖS (estado em 1 de Dezembro de 1998).

25 — V. parecer fundamentado, ponto 13.

comunitário é exacta e vale também para os outros contratos do projecto global. O Governo austríaco não alegou, de resto, perante o Tribunal de Justiça, além da indicação da natureza jurídica do Nöplan, quaisquer factos que militem contra a aplicabilidade das directivas pertinentes.

63. Com a alegação relativa à natureza jurídica do Nöplan devemos ocupar-nos de seguida. Também em relação à sua posição houve já uma troca de ideias na fase preliminar relativa ao presente processo. Nos anexos à petição encontra-se uma nota do Governo austríaco de 12 de Maio de 1995 dirigida à Comissão, em que são expostas as relações de domínio do Nöplan. Aí se diz:

«... a NÖ Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (Nöplan) foi fundada com a finalidade de executar como sociedade de direito privado, todas as medidas de planeamento necessárias no contexto da edificação do edifício para a administração pública da Baixa-Áustria St. Pölten. A sociedade é detida em 51% pelo *Land* da Baixa-Áustria, em 10% pela cidade St. Pölten e em 39% pelo NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. O acordo para a adjudicação de prestações com valor de mais de 2 milhões de ÖS tem de ter lugar forçosamente através da Comissão de adjudicações. A composição da Comissão de adjudicações é feita pelo Governo do *Land* da Baixa-Áustria. Os membros dos outros agrupamentos da Nöplan (conselho fiscal, assembleia geral e comissão de finanças) são ocupados pelos proprietários...» [26].

64. No decurso da tramitação do processo global perante o Tribunal de Justiça, as partes partiram do princípio de que a Nöplan seria «o braço alongado» do Governo do *Land* da Baixa-Áustria. Esta designação de facto não muito técnica descreve claramente a dependência da pessoa colectiva das instâncias politicamente responsáveis do *Land*. A deliberação de base de 6 de Fevereiro de 1996 de suspender os processos em curso que deu ao processo um novo rumo fundamental, foi adoptada pela «Comissão de adjudicações».

65. A Directiva 93/37 define, no artigo 1.°, alínea b), o conceito de entidade adjudicante como: «O Estado, as autarquias

26 — V. carta do Governo austríaco dirigida à Comissão em 12 de Maio de 1995, anexo 3 da petição. Na carta de resposta do Governo austríaco, de 22 de Dezembro de 1995, à carta de interpelação da Comissão, lê-se:
«Quanto ao ponto 8
A Nöplan é apenas uma sociedade com a finalidade exclusiva de executar todas as medidas de planeamento necessárias no contexto da construção do edifício público do *Land* da Baixa Áustria, St. Pölten. As suas actividades pertence, sobretudo, ao lado dos planos de construção concretos também numerosos outros planos, nos quais se incluem, entre outros, projectos industriais e de construção de habitações privadas, em relação aos quais a Nöplan se encontra em concorrência comercial.»
O fim da sociedade não foi objecto de discussão perante o Tribunal de Justiça.

locais e regionais, os organismos de direito público e as associações...». A seguir lê-se:

«Entende-se por *organismo de direito público* qualquer organismo:

— criado para satisfazer de 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.

As listas dos organismos e das categorias de organismos de direito público que preenchem os critérios referidos no segundo parágrafo da presente alínea constam do anexo I...»

66. O *Land* da Baixa-Áustria como autarquia local ou regional é, sem qualquer dúvida, entidade adjudicante. Mesmo que não nos queiramos limitar ao reconhecimento de que a Nöplan seja «o braço alongado» do *Land*, o que significa apenas que a responsabilidade pertence, em última instância, ao *Land*, então, também a consideração isolada da Nöplan conduz a um resultado semelhante. Em conformidade com a exposição [27] feita pelo Governo austríaco na carta de 12 de Maio de 1995 do objecto, da personalidade jurídica e das relações de domínio económico da Nöplan preenche as notas características [28] estabelecidas no artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, de um «organismo de direito público». Tal sociedade deve considerar-se como entidade adjudicante na acepção da directiva [29].

67. Qual a autarquia que, ao fim e ao cabo, deve responder face a eventuais direitos de reparação dos potenciais proponentes, é uma questão a apreciar segundo o direito dos Estados-Membros. Perante a Comunidade é, de qualquer forma, responsável o Estado-Membro [30]. Se assim não subsiste

27 — V., *supra*, n.° 63.

28 — V. acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73, n.° 21).

29 — V. acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (já referido na nota 28, n.° 29).

30 — V. acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Comissão/Irlanda (C-353/96, Colect., p. I-8565, n.° 23).

qualquer dúvida quanto à obrigação fundamental de responder no quadro do direito comunitário de adjudicações, a questão a apreciar pelo Tribunal de Justiça reduz-se às condições de facto e de direito de um dever de resolução de contratos já concluídos.

68. Em primeiro lugar, deve apreciar-se o argumento formal segundo o qual os poderes no processo por incumprimento não podem ir além das possibilidades conferidas ao Estado-Membro expressamente pelo direito derivado, de limitar as consequências de uma adjudicação de um contrato de direito público, feita em violação do direito comunitário, a uma pretensão de indemnização por danos do proponente lesado. A alegação, de que o processo segundo o artigo 3.° da Directiva 89/665 e o processo por incumprimento teriam o mesmo objectivo, é de aceitar na medida em que o objectivo se defina como a observância das normas de direito comunitário sobre as adjudicações de contratos de direito público. Além disso, deve partir-se, porém, do princípio de que os processos de fiscalização exigidos pela directiva dizem respeito, em primeiro lugar, à relação entre o proponente e a entidade adjudicante. O processo, nos termos do artigo 3.° da directiva que autoriza a Comissão a intervir, é — tal como foi expressamente reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [31] — uma medida preventiva. As atribuições da Comissão segundo o artigo 169.° do Tratado não são alteradas nem substituídas pelo processo especial previsto na directiva [32]. Pode, portanto, partir-se do princípio de que as competências conferidas à Comissão pela Directiva 89/665 não limitam as suas atribuições, em princípio amplas, no processo por incumprimento, nem formal nem substancialmente.

69. Um particular problema resulta, no presente processo, da circunstância de que, no decurso do prazo estabelecido no parecer fundamentado, foram adjudicados, em conformidade com o direito comunitário, os contratos de direito público, ainda pendentes no quadro do projecto global. Por isso, deve somente reconhecer-se em que medida existia uma violação ainda na data referida. A alegada violação pode reduzir-se a uma fórmula curta: pela conclusão dos contratos surgidos estava a violação do direito comunitário consumada mas ainda não terminada. A execução dos contratos ainda não tinha acontecido.

70. Quanto aos contratos realizados através de adjudicação, deve notar-se o seguinte. Não existem quaisquer dúvidas quanto à violação do direito comunitário. Uma divergência entre a situação jurídica no Estado-Membro de então e as indicações do direito comunitário é indiscutível do ponto de vista actual. O Governo austríaco partilhou esta apreciação em dado tempo e foi levado a adaptar tanto as criticadas AAVB como também a situação legislativa. Poder-se-á também partir do princípio de que os órgãos legislativos partiram da aplicabilidade do direito geral de adjudicações ao projecto St. Pölten, quando introduziram as disposições revogatórias em litígio na Lei de adjudicações da Baixa-Áustria.

31 — Acórdão Comissão/Países Baixos (já referido na nota 22, n.° 13). Por último, acórdão do processo Comissão/Irlanda (C-353/96, referido na nota 30, n.° 22).

32 — V. acórdão Comissão/Países-Baixos (C-359/93, já referido na nota 22, n.° 14), e acórdão Comissão/Irlanda (C-353/96, já referido na nota 30, n.° 22).

71. Este último ponto não tem porém interesse decisivo. Assente está a objectiva ilegalidade à luz do direito comunitário dos processos de adjudicação decorridos em Janeiro de 1995. Não é preciso abordar aqui os detalhes da compatibilidade do direito de adjudicações vigentes na altura, uma vez que foram reconhecidos pelas autoridades austríacas e foram sanadas através de alterações legislativas com vista à adaptação às disposições de direito comunitário e deixaram de ser objecto de reparo por parte da Comissão no presente processo.

72. Questionável é, porém, em que medida a ilegalidade objectiva à luz do direito comunitário atingiu uma outra qualidade depois de 27 e 28 de Novembro de 1995, a que, tal sendo o caso, deve ser associada uma obrigação de resolução dos contratos concluídos depois dessa data.

73. A Comissão defende o ponto de vista de que as autoridades austríacas tinham já sido informadas através da troca de correspondência ocorrida no decurso do ano de 1995 sobre os problemas de direito comunitário. Na reunião-pacote de 27 e 28 de Novembro de 1995 foi, porém, discutida profundamente a problemática global, de tal forma que as autoridades austríacas no caso de adjudicações de contratos de direito público que a ela se seguiram no tempo teriam agido de má fé.

74. A isto contrapõe o Governo austríaco — o que o representante do Governo austríaco expressamente observou na audiência — que as negociações no caso da reunião-pacote tinham decorrido num quadro facultativo. Não poderia partir-se de um efeito jurídico vinculante provocado por essas negociações. Além disso, as autoridades austríacas teriam sustentado em primeiro lugar, com boas razões, um outro ponto de vista e só mais tarde se teriam curvado às ideias da Comissão.

75. É de facto questionável em que medida o Governo austríaco devia partir no carácter vinculativo da opinião defendida pela Comissão por ocasião da reunião-pacote. Tal reunião informal não é adequada a produzir efeitos jurídicos directos. Aqui não pode porém desconhecer-se que objectivamente existia uma violação e pairava o risco de uma continuação da prática contrária ao direito comunitário com consequências económicas importantes, parcialmente irreparáveis. Mais tarde, após o início formal do processo por incumprimento através da carta de interpelação de 15 de Dezembro de 1995, as autoridades austríacas tinham a obrigação de impedir outros danos. Quanto a isto, não era necessário — como já foi indicado — um processo dispendioso para a alteração da lei, mas a suspensão provisória teria bastado até ao exame da situação. Que tal procedimento era também praticamente possível demonstra-o a deliberação posterior da Comissão de adjudicações tomada em 6 de Fevereiro de 1996.

76. Por isso, sou de opinião que, no caso das adjudicações de contratos de direito público a partir da introdução formal do processo por incumprimento até à deliberação de 6 de Fevereiro de 1996, se trata de uma violação qualificada do direito comunitário a que se pode associar perfeitamente também uma obrigação de resolução. Trata-se ainda assim de contratos de valor,

substancialmente superior a 300 000 000 ÖS, que foram adjudicados durante um período de mais de seis semanas. Na medida em que os contratos celebrados durante esse período não eram eficazes e não estavam executados em 3 de Março de 1996, persistia a violação e a Comissão podia exigir a resolução dos contratos. Essa pretensão também não se afigura injusta uma vez que as autoridades austríacas agiram expressamente «por sua própria conta e risco» [33]. A acção «por sua própria conta e risco» dificilmente pode significar criação de facto consumado a que nenhuma sanção pudesse estar associada.

77. Quando o Governo austríaco alega perante o Tribunal de Justiça que a resolução dos contratos de direito público em litígio seria impossível, então interessa conhecer a natureza da impossibilidade, portanto, saber se se trata de uma impossibilidade original ou posterior, jurídica ou de facto. Na medida em que se trata de uma impossibilidade posterior por razões de facto, pois o projecto foi entretanto executado, essa circunstância nada pode alterar na situação obrigacional abstracta, tal como ela se constituiu em 7 de Março de 1996. Além disso, é reconhecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça que um Estado-Membro não pode invocar factos criados por ele próprio para privar de fundamento uma acção por incumprimento [34].

78. Perante este cenário é também de valorar o argumento da impossibilidade inicial da resolução dos contratos devido à urgência do prosseguimento dos trabalhos de construção. A exigência da Comissão no sentido da resolução dos contratos foi apenas colocada em relação aos contratos que foram concluídos, com conhecimento da sua possível ilegalidade face ao direito comunitário, por conta e risco próprio da entidade adjudicante. O Estado-Membro podia ter-se desviado de tal exigência se tivesse adoptado imediatamente medidas sob a forma de uma deliberação, como a de 6 de Fevereiro de 1996, para impedir uma situação de facto consumado.

79. A presente maneira de ver é escorada por uma valoração em que assenta a Directiva 93/37. O artigo 7.°, n.° 3, alínea c), da directiva autoriza a entidade adjudicante a celebrar contratos de empreitada de obras por meio do processo por negociação quando a urgência imperiosa não seja compatível com os prazos exigidos. No entanto, as razões têm de basear-se em acontecimentos que a entidade adjudicante não podia prever.

80. Se as reflexões precedentes valem para casos alegados de impossibilidade real, estão ainda por esclarecer as eventuais consequências da impossibilidade jurídica. A apreciação à luz do direito comunitário choca aqui com um limite. Pois — como a Comissão alega, com razão, e já foi recordado no quadro do exame da admissibilidade — uma eventual resolução cabe na competência do Estado-Membro. A base jurídica e a medida de uma eventual resolução regem-se pelo direito nacional e não podem aqui, consequentemente, ser reconhecidas de forma vinculante.

33 — V. despacho de 22 de Abril de 1994, Comissão/Bélgica (C-87/94 R, Colect., p. I-1395, n.° 34), que é invocado expressamente pelo Governo austríaco.

34 — V. acórdão de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália (39/72, Colect., p. 39, n.° 10); v. também conclusões do advogado-geral de 13 de Março de 1991, no processo Comissão/Portugal (C-247/89, Colect. 1991, p. I-3670, n.° 36); v. também despacho Comissão/Bélgica (referido na nota 33, n.° 40).

81. De significado essencial é por isso a alegação do Governo austríaco. Esta contém na verdade uma série de fundamentos por que a resolução dos contratos é posteriormente impossível, contudo nunca foi afirmado que se tenha tratado de uma impossibilidade inicial absoluta por razões jurídicas. Na medida em que o Governo austríaco, até ao último momento considerou também perante o Tribunal de Justiça o convite da Comissão à resolução dos contratos como um pedido ilegítimo pode partir-se do princípio de que, seguramente, não fez qualquer tentativa para dar satisfação, naquela época, ao pedido.

82. Para o prosseguimento da análise deve partir-se do princípio de que a afirmação da impossibilidade de resolução, em todo o caso, não foi absoluta. Mesmo que houvesse apenas uma possibilidade, o pedido da Comissão não visaria uma prestação impossível. Deve portanto partir-se do princípio de que através do convite da Comissão surgia uma obrigação jurídica de agir.

83. O Governo austríaco alega agora perante o Tribunal de Justiça que uma resolução não seria razoável devido ao princípio da confiança legítima das partes no contrato que prevaleceria sobre o pedido da Comissão. Este argumento é errado. O Governo austríaco invoca as posições jurídicas de terceiros que se produziram de forma ilícita pela actuação da entidade adjudicante. Em relação à situação obrigacional fundamental do Estado-Membro face à Comunidade, o Estado-Membro não pode invocar com êxito as consequências de um procedimento ilícito para colocar em questão a obrigação jurídica em si. Em que medida era razoável no caso concreto uma resolução escapa — como já foi indicado — ao poder de apreciação do Tribunal de Justiça.

84. Finalmente, deve ser abordado o argumento do Governo austríaco de que o efeito útil da directiva deixaria de ser alcançado após a adjudicação de contratos de direito público já efectuada. As relações de concorrência teriam sido influenciadas de tal forma que deixaria de ser possível reconstituir uma situação semelhante à anterior à adjudicação. Os proponentes participantes teriam ganho sempre uma vantagem concorrencial face aos proponentes potenciais posteriormente participantes. Esta argumentação pode ser exacta do ponto de vista factual. Porém não é adequada para privar de fundamento qualquer tentativa de revogação de um comportamento ilícito. Eventualmente, por exemplo, através de um novo concurso a nível comunitário teriam participado na adjudicação empresas que, nas circunstâncias dadas, não tiveram qualquer conhecimento da adjudicação. Esses potenciais proponentes não são individualizáveis *a posteriori* de tal forma que nunca podem ser alegados quaisquer direitos a reparação.

85. Em conclusão, é de assentar que, em 7 de Março de 1996 através do pedido da Comissão, existia uma obrigação de actuar cuja impossibilidade inicial objectiva não podia ser reconhecida.

86. Finalmente, deve mais uma vez voltar-se às questões do interesse em agir na medida em que não foram ainda respondidas na apreciação da admissibilidade. Uma

vez que deve partir-se do princípio de que uma obrigação abstracta de agir existia e que o Governo austríaco contestou-a, não obstante, até à última, deve reconhecer-se o interesse em agir já por essa razão. Além disso, o acórdão declaratório, no presente processo, pode eventualmente desempenhar um papel no litígio quanto às eventuais pretensões de indemnização, de tal forma que também por esta razão deve reconhecer-se um interesse em agir.

Despesas

87. Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo a parte vencida é condenada nas despesas. Uma vez que o Governo austríaco foi vencido deve condenar-se nas despesas.

C — Conclusão

88. Como consequência das considerações precedentes proponho a seguinte decisão:

«1) No quadro da construção do novo edifício para a administração pública e do novo centro cultural da Baixa-Áustria em St. Pölten, ao adjudicar contratos de direito público que foram celebrados em data posterior à introdução do processo por incumprimento e antes de 6 de Fevereiro de 1996, mas ainda não executados em 7 de Março de 1996 ou resolúveis em termos razoáveis, a República da Áustria não cumpriu as suas obrigações decorrentes das Directivas 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, e 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, bem como do artigo 30.° do Tratado CE.

2) A República da Áustria é condenada nas despesas.»