CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 2 de Abril de 1998 *

I — Introdução

1. Este processo refere-se à adjudicação de um contrato de fornecimento de autocarros para um serviço regular interurbano expresso de autocarros na Áustria. Em particular, suscita questões relativas às entidades competentes para controlar tais contratos, à possibilidade de acesso a vias de recurso e à aplicação dos prazos previstos a nível nacional para instaurar processos quando a directiva comunitária pertinente não tenha sido transposta no prazo previsto.

II — Contexto jurídico e factual

A — *Direito comunitário*

2. O artigo 1.° da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [1] (a seguir «directiva relativa aos recursos em matéria de serviços públicos»), tal como foi alterada, prevê:

«1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as decisões das entidades adjudicantes possam ser eficazmente objecto de recurso e, em especial, tão rapidamente quanto possível, nos termos dos artigos seguintes e, nomeadamente, do n.° 8 do artigo 2.°, com fundamento em que essas disposições tenham violado o direito comunitário em matéria de celebração de contratos de direito público ou as normas nacionais de transposição desse direito, no que respeita:

a) aos procedimentos de celebração de contratos de direito público que são objecto da Directiva 93/38/CEE [2]

* Língua original: inglês.

1 — JO L 76, p. 14.

2 — A disposição referia-se originalmente à Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1). O artigo 45.°, n.os 3 e 4, da Directiva 93/38/CEE do Conselho, já referida, prevê que a Directiva 90/531 deixará de produzir efeitos a partir da data de aplicação da primeira directiva pelos Estados-Membros e que as referências à Directiva 90/531 deverão entender-se como sendo feitas a essa directiva.

e

b) à observância do n.° 2, alínea a), do artigo 3.° da citada directiva, no caso das entidades adjudicantes a que a referida disposição é aplicável.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que não se verifique qualquer discriminação entre as empresas que aleguem um prejuízo no âmbito de um procedimento de celebração de contratos devido à distinção efectuada pela presente directiva entre normas nacionais de transposição do direito comunitário e as outras normas nacionais.

3. Os Estados-Membros devem garantir que os procedimentos de recurso sejam acessíveis, de acordo com regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma eventual violação. Os Estados-Membros podem, em especial, exigir que a pessoa que pretenda a aplicação de tal procedimento informe previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso.»

O artigo 2.° da directiva relativa aos recursos em matéria de serviços públicos prevê, na parte que interessa:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que as medidas tomadas para efeitos dos recursos a que se refere o artigo 1.° prevejam os poderes que permitam:

quer

a) Tomar, no mais curto prazo e mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos prejuízos aos interessados, incluindo medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de celebração do contrato em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante;

e

b) Anular ou mandar anular as decisões ilegais, inclusive, suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do anúncio de concurso, do anúncio periódico indicativo, do anúncio da existência de um sistema de qualificação, do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro docu-

mento relacionado com o processo de celebração do contrato em causa;

quer

c) Tomar, no mais curto prazo, se possível mediante processo de urgência e se necessário por meio de um processo definitivo quanto ao fundo, medidas diferentes das previstas nas alíneas a) e b), com o objectivo de corrigir a violação verificada e de impedir que sejam causados prejuízos aos interesses em causa; nomeadamente, emitir uma ordem de pagamento de uma quantia determinada no caso de a violação não ser corrigida ou evitada.

Os Estados-Membros podem efectuar esta escolha quer para a totalidade das entidades adjudicantes quer para categorias de entidades definidas com base em critérios objectivos, salvaguardando, em todas as circunstâncias, a eficácia das medidas estabelecidas, a fim de impedir que os interesses em causa sejam lesados;

d) E, em ambos os casos acima previstos, conceder indemnizações por perdas e danos às pessoas lesadas pela violação.

Quando forem reclamadas indemnizações por perdas e danos com fundamento na tomada ilegal de uma decisão, os Estados-Membros podem prever, sempre que o seu sistema interno o exija e disponha de instâncias com a competência necessária para o efeito, que a decisão contestada seja antes de mais anulada ou declarada ilegal.

2. Os poderes referidos no n.° 1 podem ser atribuídos a instâncias distintas responsáveis por aspectos diferentes dos processos de recurso.

...

8. Os Estados-Membros devem assegurar que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser eficazmente executadas.

9. Sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não tenham natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir que os procedimentos, segundo os quais qualquer medida presumida ilegal tomada pela instância de base ou qualquer presumível vício no exercício dos poderes que lhe foram conferidos, devem poder ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base.

A nomeação dessa instância independente e a cessação das suas funções ficarão sujeitas às mesmas condições que as aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua destituição. Pelo menos o presidente desta instância deve ter as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente tomará as suas decisões no termo de um processo contraditório e essas decisões produzirão efeitos jurídicos vinculativos, segundo os meios determinados por cada Estado-Membro.»

3. O artigo 2.° da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [3] (a seguir «directiva relativa aos serviços»), prevê, na parte pertinente, o que se segue:

«1. A presente directiva é aplicável às entidades adjudicantes:

a) Que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das actividades definidas no n.° 2;

b) Que, no caso de não serem poderes públicos ou empresas públicas, incluam entre as suas actividades uma das actividades mencionadas no n.° 2, ou várias dessas actividades especiais e beneficiem de direitos, ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente de um Estado-Membro.

2. As actividades abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente directiva são as seguintes:

...

c) A exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por caminho de ferro, sistemas automáticos, eléctricos, tróleis ou autocarros, ou cabo.

No que diz respeito aos serviços de transporte, considera-se que existe uma rede quando o serviço é prestado em condições de funcionamento estabelecidas por uma autoridade competente de um Estados-Membros em relação, por exemplo, aos itinerários a seguir, à capacidade de transporte disponível ou à frequência no serviço; ...»

3 — JO L 199, p. 84.

B — *Transposição para o direito nacional*

4. Por força do artigo 65.° e do anexo XVI ao Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, assinado no Porto, em 2 de Maio de 1992, a República da Áustria era obrigada a transpor para direito interno, o mais tardar até 1 de Janeiro de 1994 [4], um certo número de actos comunitários no âmbito dos contratos de direito público, incluindo a Directiva 90/531 [5] e a Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos [6] (a seguir «directiva relativa aos processos de recurso»). Estas directivas foram transpostas a nível federal pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen ou Bundesvergabegesetz (lei federal dos contratos de direito público, a seguir «BVergG») [7], que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994. A parte 4 da BVergG, relativa à protecção jurídica (Rechtsschutz), estabelece um processo de recurso para o Bundesvergabeamt (Serviço Federal de Contratos de Direito Público). O § 92, n.° 3, prevê que os processos contra a atribuição de um contrato devem ser instaurados por um proponente lesado, perante o Bundesvergabeamt, no prazo de duas semanas a contar da notificação da adjudicação. A segunda frase do § 7, n.° 2, da BVergG excluiu expressamente a aplicação das disposições da parte 4 aos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

5. Em virtude do artigo 168.° do Acto relativo às condições de adesão do Reino da Noruega, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia, de 24 de Junho de 1994 [8], a directiva relativa aos serviços e a directiva relativa aos processos de recurso em matéria de serviços deviam ser transpostas para direito austríaco até à data da adesão, ou seja, 1 de Janeiro de 1995 [9]. A transposição, a nível federal, da directiva relativa aos processos de recurso em matéria de serviços ocorreu por meio de uma alteração da BVergG, pela lei de 30 de Dezembro de 1996 [10], que alargou a competência do Bundesvergabeamt em matéria de recursos às adjudicações de contratos de direito público dos serviços em questão e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997, sem alterar as regras aplicáveis aos processos já iniciados perante o Bundesvergabeamt.

C — *Factos e tramitação do processo*

6. A Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (a seguir «Növog») é um organismo que se rege por normas de direito

4 — Data em que o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu entrou em vigor. Isto aconteceu um ano mais tarde do que a data inicialmente prevista pelo artigo 129.°, n.° 3, do acordo.

5 — Referida na nota 2, *supra*.

6 — JO L 395, p. 33.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n.° 462/1993.

8 — JO C 241, p. 21.

9 — A Áustria estava já sujeita à obrigação de transpor a directiva relativa aos serviços, que substitui a Directiva 90/531, para o seu direito, a partir de 1 de Julho de 1994, e a transpor a directiva relativa aos processos de recurso em matéria de serviços até 1 de Julho de 1994, por força dos artigos 1.° e 3.° e do anexo 14, B, pontos 4) e 5 a), da Decisão do Comité Misto do EEE n.° 7/94, de 21 de Março de 1994, que altera o protocolo 47 e alguns anexos do Acordo EEE (JO L 160, p. 1). Todavia, o presente processo não se refere ao período entre 1 de Julho de 1994 e 1 de Janeiro de 1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n.° 776/1996.

privado. Explora linhas de autocarros com base numa licença concedida pelo Amt der Niederösterreichische Landesregierung (Serviço do Governo Provincial da Baixa-Áustria). Segundo o Bundesvergabeamt, a Növog goza de direitos especiais, entrando, assim, no âmbito de aplicação da directiva relativa aos serviços [11]. Uma vez que a Növog explora uma rede de fornecimento de serviços públicos de transporte em autocarro, o Bundesvergabeamt considerou-a como uma entidade adjudicante [12].

7. Por carta de 26 de Abril de 1996, dirigida ao Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, a Növog solicitou, por meio de convite aberto, propostas para o fornecimento de 36 a 46 autocarros destinados ao serviço regular de autocarros expressos interurbanos no Bundesland Niederösterreichische (Estado federado da Baixa-Áustria). A abertura das propostas teve lugar em 27 de Junho de 1995. Os proponentes não escolhidos foram informados desse facto por carta registada indicando que tinha sido enviada em 16 de Novembro de 1995. A EvoBus Austria GmbH (a seguir «EvoBus») interpôs recurso para o Bundesvergabeamt, em 19 de Julho de 1996, que tem por objecto a anulação do processo de adjudicação do contrato. A EvoBus queixa-se de uma subsequente alteração da proposta que ganhou, através da alteração do preço de retoma dos autocarros em questão da percentagem inicial de 34% para 55%.

8. O Bundesvergabeamt submeteu as seguintes questões para decisão prejudicial, de acordo com o artigo 177.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia:

«1) Resulta destas [artigo 1.°, n.os 1 a 3, e artigo 2.°, n.os 1 e 7 a 9] ou de outras disposições da Directiva 92/13/CEE do Conselho um direito individual a um procedimento de recurso, perante as autoridades ou os tribunais referidos no artigo 2.°, n.° 9, da Directiva 92/13/CEE, tão suficientemente definido e concreto que um particular, no caso de não transposição da directiva em questão por um Estado-Membro, possa fazer valer, com êxito, esse direito, num processo intentado contra o Estado-Membro?

Em caso de resposta afirmativa à primeira questão

2) Um órgão jurisdicional nacional com a natureza do Bundesvergabeamt deve, na apreciação de um recurso, recusar-se a aplicar disposições de direito interno como o § 7, n.° 2, da BVergG em conjugação com o § 67 da mesma lei, que excluem da sua competência o conhecimento de um recurso, ainda que tal recurso, na intenção do legislador nacional, apenas tivesse sido instituído para cumprimento da obrigação de transposição da Directiva 89/665/CEE?

11 — V. artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da directiva relativa aos serviços.

12 — V. artigo 2.°, n.° 2, alínea c), da directiva relativa aos serviços.

Em caso de resposta afirmativa à primeira questão

3) Nas circunstâncias atrás referidas, o mencionado tribunal deve recusar-se a aplicar estas ou outras disposições comparáveis do direito nacional sobre processos de recurso, se restringirem ou impedirem a efectiva realização de um procedimento de recurso?»

9. Foram apresentadas observações escritas e feitas alegações pela República da Áustria e pela Comissão das Comunidades Europeias. Foram também feitas alegações pela Növog.

III — Análise

A — *Competência*

10. Pelas razões expostas nas minhas conclusões no processo Walter Tögel [13], que elaborei apoiando-me nas conclusões do advogado-geral P. Léger e no acórdão do Tribunal de Justiça no processo Mannesmann Anlagenbau Austria e o. [14], observo, em primeiro lugar, que o Bundesvergabeamt é, em minha opinião, um «órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros», para efeitos do artigo 177.° do Tratado.

B — *A primeira e a segunda questão*

11. É pacífico que a directiva relativa aos processos de recurso em matéria de serviços devia ter sido, mas não tinha sido, transposta para a ordem jurídica da Áustria, na data em que o contrato foi adjudicado e naquela em que a EvoBus interpôs recurso nos termos daquela directiva, ou seja, em 19 de Julho de 1996. Nas primeira e segunda questões, o tribunal nacional pergunta se uma pessoa tem um direito, com efeito imediato, a interpor um recurso do tipo previsto no artigo 2.° da directiva relativa aos processos de recurso em matéria de serviços, semelhante ao previsto no direito nacional pela parte 4 da BVergG, para o Bundesvergabeamt, tendo por objecto a adjudicação de um contrato de direito público no sector dos transportes. No processo Tögel [15], o Tribunal de Justiça foi solicitado a resolver uma questão redigida quase da mesma forma, submetida pelo Bundesvergabeamt, em relação ao artigo 1.°, n.° 1, da directiva relativa aos processos de recurso (o equivalente do artigo 1.°, n.° 1, da directiva relativa aos processos de recurso em matéria de serviços), na medida em que tinha sido alargado aos contratos públicos de serviços pelo artigo 41.° da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à

13 — C-76/97; *conclusões apresentadas hoje.*

14 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1998 (C-44/96, Colect., p. I-73; conclusões apresentadas em 16 de Setembro de 1997, n.os 34 a 45).

15 — *Já referido.*

coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [16] (a seguir «a directiva relativa aos contratos públicos de serviços»). Os dois casos diferem na medida em que a BVergG mantém silêncio quanto à competência do Bundesvergabeamt em relação aos serviços, enquanto a aplicação da parte 4 da BVergG é expressamente excluída em relação aos serviços públicos. Pelas razões expostas a seguir, torna-se necessário, no presente caso, examinar mais exaustivamente a segunda questão relativa às obrigações e restrições impostas pelo direito comunitário, para interpretação do direito nacional que entra no âmbito de uma directiva não transposta.

12. Em circunstâncias essencialmente semelhantes às do processo Tögel, no processo Dorsch Consult [17], a Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes alemã (Comissão Federal de Fiscalização da Adjudicação de Contratos de Direito Público) submeteu a questão de saber se entidades criadas por um Estado-Membro com base na directiva relativa aos processos de recurso para controlar os processos de adjudicação de contratos de direito público de obras e fornecimentos também eram competentes, por força do artigo 41.° da directiva relativa aos serviços, para controlar os processos de adjudicação de contratos públicos de serviços. O Tribunal de Justiça respondeu que um tal resultado não decorria do disposto no artigo 41.° [18]. O Tribunal observou que cabia ao sistema jurídico de cada Estado-Membro determinar que órgão jurisdicional tem competência para conhecer de litígios que envolvem direitos individuais decorrentes do direito comunitário. Os Estados-Membros devem assegurar que esses direitos sejam sempre efectivamente protegidos. Por outras palavras, o Tribunal de Justiça não se envolve na resolução de questões de jurisdição nacional [19]. Ainda que o artigo 41.° da directiva relativa aos serviços imponha aos Estados-Membros que assegurem o recurso efectivo no âmbito dos contratos públicos de serviços, «... não contém qualquer indicação sobre quais devem ser as instâncias nacionais competentes, nem no sentido de que estas devam ser as mesmas instâncias que os Estados-Membros designaram em matéria de contratos públicos de obras e fornecimentos» [20]. Esta conclusão exclui a possibilidade de o artigo 41.° da directiva relativa aos serviços dar origem a um direito, com efeito directo, a interpor recurso para a Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes, porque falta um dos elementos essenciais, isto é, uma pessoa ou entidade identificável que tenha a obrigação de conhecer do processo de controlo [21].

13. O Tribunal de Justiça referiu-se, no acórdão Dorsch Consult, à obrigação de «... todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, *no âmbito das suas competências*, as autoridades jurisdicionais...», tomarem todas as medidas susceptíveis de assegurar o resultado previsto por uma directiva, o que dá origem à obrigação judicial de interpretar

16 — JO L 209, p. 1.

17 — Acórdão de 17 de Setembro de 1997 (C-54/96, Colect., p. I-4961).

18 — N.° 46.

19 — N.° 40. O Tribunal de Justiça citou o acórdão de 18 de Janeiro de 1996, SEIM (C-446/93, Colect., p. I-73, n.° 32). V. também os acórdãos de 19 de Dezembro de 1968, Salgoil (13/68, Colect. 1965-1968, p. 903, em especial p. 910), e de 9 de Julho de 1985, Bozzetti (179/84, Recueil, p. 2301, n.° 17).

20 — N.° 41.

21 — V. o acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.os 12 e 23 a 27). V. igualmente o n.° 48 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro, de 15 de Maio de 1997, apresentadas no processo Dorsch Consult.

o direito nacional, «... na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido...» [22]. Isto impõe ao tribunal nacional «... verificar se as disposições pertinentes do *direito nacional* permitem reconhecer aos cidadãos um direito de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos de serviços... [e], em especial... verificar se esse direito de recurso pode ser exercido perante as mesmas instâncias que as previstas em matéria de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos e de obras» [23].

14. Refiro-me às minhas conclusões, também apresentadas hoje no processo Tögel [24], em que desenvolvo alguns argumentos adicionais relativamente ao possível efeito directo do artigo 41.° da directiva relativa aos contratos públicos de serviços e à eficácia da protecção judicial e proponho que o Tribunal responda às primeiras duas questões do Bundesvergabeamt neste processo nos mesmos termos que na parte dispositiva do acórdão no processo Dorsch Consult.

15. O mesmo raciocínio se aplica, em princípio, ao artigo 1.°, n.° 1, da directiva relativa aos recursos em matéria de serviços públicos, ainda que a sua aplicação por um tribunal nacional possa ser complicada pelo facto de o artigo 2.°, n.° 1, conter alternativas relativas às vias de recurso que devem ser abertas e que não estão previstas no artigo 2.°, n.° 1, da directiva relativa aos processos de recurso. Todavia, a conclusão proposta no processo Tögel deve ser alterada à luz do problema expressamente levantado pelo Bundesvergabeamt na segunda questão, isto é, a possibilidade, em *direito comunitário*, de deixar de aplicar disposições jurídicas nacionais, tais como o artigo 7.°, n.° 2, da BVergG, que expressamente o impedem de conhecer de processos de recurso relativos a adjudicações de contratos nos sectores regidos pela directiva relativa aos recursos em matéria de serviços [25].

16. A obrigação de interpretação dos tribunais nacionais, à qual o Tribunal de Justiça se referiu no acórdão Dorsch Consult, foi identificada, pela primeira vez, pelo Tribunal de Justiça, no processo Von Colson e Kamann [26], em que o Tribunal de Justiça também salientou que cabia exclusivamente ao tribunal nacional decidir uma questão relativa à interpretação do seu direito nacional [27] e que ele deve cumprir a obrigação de interpretar o direito nacional em conformidade com as exigências do direito comunitário, «na medida em que lhe seja conferida pelo seu direito nacional uma margem de apreciação» [28].

22 — N.° 43; o sublinhado é meu. O Tribunal de Justiça citou os acórdãos de 19 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.° 8), de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911, n.° 20), e de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.° 26).

23 — N.° 46; o sublinhado é meu.

24 — Já referidas.

25 — Esta situação pode também ser comparada com a situação no processo Dorsch Consult (já referido, n.os 18 e 42 do acórdão), em que a regulamentação alemã pertinente se referia somente à competência da Comissão Federal de Fiscalização de Adjudicações de Contratos de Direito Público de Fornecimentos e de Obras e o Tribunal de Justiça salientou ser do conhecimento geral que o Governo federal alemão tencionava alargar a sua competência aos contratos de direito público de serviços.

26 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 (14/83, Recueil, p. 1891, n.° 26; a seguir «acórdão Von Colson»).

27 — *Ibidem* (n.° 25).

28 — *Ibidem* (n.° 28).

17. No processo Kolpinghuis Nijmegen [29], o Tribunal de Justiça introduziu uma qualificação significativa na obrigação de interpretação dos tribunais nacionais, pela primeira vez esboçada no acórdão Von Colson, e prosseguiu:

«No entanto, esta obrigação de o juiz nacional ter em conta o conteúdo da directiva ao interpretar as normas pertinentes do seu direito nacional é limitada pelos princípios gerais de direito que fazem parte do direito comunitário e designadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade...» [30].

O Tribunal de Justiça declarou que a sua decisão dizia respeito aos «... limites que poderiam ser impostos pelo direito comunitário à obrigação *ou à faculdade* para o juiz nacional de interpretar as normas do seu direito nacional à luz da directiva...» [31]. Ainda que esse processo diga respeito à responsabilidade em direito criminal de pessoas que actuem em violação das disposições de uma directiva, esses princípios são também aplicáveis a situações em que o direito comunitário apenas tem consequências de direito civil.

18. Os limites impostos à obrigação de interpretação dos tribunais nacionais, tendo em conta o grau de discricionariedade conferido pelo direito nacional e os princípios gerais do direito comunitário, são resumidos, em minha opinião, pela qualificação fundamental dessa obrigação, no acórdão Marleasing e processos subsequentes, como uma obrigação de interpretar o direito nacional, «*na medida do possível*, à luz do texto e da finalidade da directiva» [32]. O Tribunal de Justiça reconheceu, tanto no acórdão Wagner Miret [33] como no acórdão Faccini Dori [34], que os tribunais nacionais podem, às vezes, não estar habilitados para interpretar as disposições de direito nacional por forma a que se dê cumprimento a uma directiva e que, em tais casos, segundo o acórdão Francovich e o. [35], o Estado-Membro em causa pode ser obrigado a reparar as perdas e danos sofridos em consequência da falta de transposição da directiva.

19. Os limites impostos pelo Tribunal de Justiça, no acórdão Von Colson e no acórdão Kolpinghuis Nijmegen, à obrigação de interpretação dos tribunais nacionais não são da mesma natureza. O acórdão Von Colson refere-se à extensão da discricionariedade de interpretação do tribunal nacional como matéria própria do direito nacional. No acórdão Kolpinghuis Nijmegen, por outro lado, o Tribunal de Justiça identificou uma restrição negativa ao poder e à obrigação do tribunal nacional, decorrente do próprio direito comunitário, restrição que, consequentemente, é aplicável sem consideração da discricionariedade conferida pelo cânones nacionais de interpretação. O advogado-geral W. Van Gerven, nas suas conclusões no pro-

29 — Acórdão de 8 de Outubro de 1987 (80/86, Colect., p. 3969, n.° 12).

30 — *Ibidem* (n.° 13).

31 — *Ibidem* (n.° 15); o sublinhado é meu.

32 — Acórdão Marleasing (já referido, n.° 8; o sublinhado é meu); v. também o acórdão Wagner Miret (já referido, n.° 20) e o acórdão Faccini Dori (já referido, n.° 26).

33 — Já referido (n.° 22).

34 — Já referido (n.° 27).

35 — Já referido.

cesso Marleasing, chamou a atenção para a forma como a obrigação de interpretação tinha «... os seus limites... no próprio direito comunitário...» [36]. Isto pode explicar-se pelo facto de as autoridades nacionais, incluindo os tribunais nacionais, estarem sujeitas aos princípios gerais do direito comunitário quando aplicam o direito comunitário ou interpretam disposições nacionais que fazem a transposição de tal direito [37].

20. O representante da Áustria sugeriu, na audiência, que o princípio da competência atribuída em direito austríaco torna improvável que a BVergG possa ser interpretada no sentido de alargar a competência do Bundesvergabeamt a tipos de contrato que não foram expressamente referidos nas disposições pertinentes, e que esse argumento se aplica, *a fortiori*, no caso de sectores expressamente excluídos [38]. É, por conseguinte, meramente com vista a fornecer a resposta mais completa possível à segunda questão, do ponto de vista do direito comunitário, que exprimo a minha opinião de que, abstraindo inteiramente do nível de discricionariedade de interpretação conferida pelo direito nacional, seria contrário ao princípio da segurança jurídica do direito comunitário que uma directiva fosse reputada como transposta para direito nacional por uma legislação, cujo teor, abertamente, como acontece com o § 7, n.° 2, da BVergG, expressamente exclui a aplicação das disposições legislativas pertinentes às áreas regidas pela directiva. Uma tal interpretação deixaria as pessoas em estado de insegurança quanto aos seus direitos. Além de ser contrária aos princípios gerais do direito comunitário, essa insegurança colocaria em risco a prossecução do resultado previsto pela directiva. Tal interpretação, consequentemente, não pode privar as pessoas de um direito a reparação do prejuízo sofrido devido à falta de transposição da directiva em questão, segundo o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Francovich e o. [39].

21. Para concluir a minha análise nesta secção, proponho que o Tribunal de Justiça responda às primeira e segunda questões submetidas pelo Bundesvergabeamt, reiterando as primeiras duas frases da parte dispositiva do seu acórdão no processo Dorsch Consult, devidamente modificado para se referirem ao artigo 1.°, n.° 1, da directiva relativa aos recursos em matéria de serviços, acrescidas da seguinte declaração:

Todavia, seria contrário ao princípio da segurança jurídica que o artigo 1.°, n.° 1, da directiva relativa aos recursos em matéria de serviços fosse considerado transposto pelo direito nacional que cria organismos para conhecer dos recursos relativos à adjudicação de contratos públicos de fornecimentos e

36 — N.° 8 das conclusões. O advogado-geral repetiu a fórmula usada no n.° 13 do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Kolpinghuis Nijmegen, mas acrescentou que a certeza jurídica excluía a possibilidade de uma directiva não transposta introduzir no direito nacional uma sanção de direito civil, tal como a nulidade.

37 — Acórdão de 13 de Julho de 1989, Wachauf (5/88, Colect., p. 2609, n.os 17, 19 e 22).

38 — V., igualmente, decisão B 3067/95-9 do Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional austríaco), de 11 de Dezembro de 1995, discutida no n.° 27 das minhas conclusões no processo Tögel.

39 — Já referido.

obras, contratos cujo teor exclui expressamente a aplicação das disposições legislativas pertinentes às matérias regidas por aquela directiva.

C — *A terceira questão*

22. A terceira questão refere-se essencialmente à aplicabilidade do prazo estabelecido pelo § 92, n.° 3, da BVergG para a interposição de recurso para o Bundesvergabeamt. O Bundesvergabeamt fez depender a questão de uma resposta afirmativa à primeira questão. À luz da minha recomendação ao Tribunal de Justiça, de que considere que o direito comunitário exclui a competência do Bundesvergabeamt no presente caso, o prazo para interposição de um recurso perante essa entidade é irrelevante. Não é, por conseguinte, necessário propor uma resposta formal à terceira questão. Por preocupação de exaustão, todavia, falarei brevemente da possibilidade, levantada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, da não aplicação excepcional dos prazos de direito nacional para a instauração de processos relativos a direitos contidos numa directiva não transposta.

23. Esta possibilidade foi invocada pela primeira vez no acórdão Emmott [40]. Neste processo, o Tribunal de Justiça observou [41] que a fixação de prazos razoáveis, que, caso não sejam observados, impedem a instauração de processos, satisfaz, em princípio, as condições decretadas para a aplicação de regras de processo nacionais, no acórdão Rewe [42] e no acórdão San Giorgio [43], ou seja, que elas não sejam menos favoráveis do que as que regem acções internas similares e que não tornem impossível ou excessivamente difícil o exercício de direitos conferidos pelo direito comunitário. O Tribunal de Justiça declarou também, no acórdão Emmott, todavia, que «... enquanto a directiva não estiver correctamente transposta, o Estado-Membro não pode invocar a extemporaneidade de um pedido apresentado por um particular com vista à protecção dos direitos que lhe são reconhecidos pelas disposições da directiva e que um prazo processual nacional só pode começar a correr a partir desse momento» [44].

24. Todavia, o Tribunal de Justiça declarou nalguns processos subsequentes, o mais recente dos quais é o Fantask e o. [45], que «... a solução prevista no acórdão Emmott era justificada pelas circunstâncias específicas desse processo, nas quais a caducidade levava a privar totalmente a recorrente no processo principal da possibilidade de alegar o seu direito à igualdade de tratamento por força de uma directiva comunitária».

40 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-208/90, Colect., p. I-4269).

41 — *Ibidem* (n.° 17).

42 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1976 (33/76, Colect., p. 813, n.° 5).

43 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983 (199/82, Recueil, p. 3595, n.° 12).

44 — Já referido (n.° 23).

45 — Acórdão de 2 de Dezembro de 1997 (C-188/95, Colect., p. I-6783, n.° 51). V. também os acórdãos de 27 de Outubro de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Colect., p. I-5475, n.° 20); de 6 de Dezembro de 1994, Johnson (C-410/92, Colect., p. I-5483, n.° 26); de 17 de Julho de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Colect., p. I-4085, n.° 52); e Texaco e Olieselskabet Danmark (C-114/95 e C-115/95, p. I-4263, n.° 48).

25. Para efeitos do presente processo, é necessário notar que as regras sobre a adjudicação de contratos por entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, referidas na directiva relativa aos serviços, parecem ter sido transpostas para direito austríaco, no prazo previsto, através da BVergG. O representante da Áustria observou na audiência que, na ausência de uma atribuição expressa de competência ao Bundesvergabeamt, os tribunais cíveis comuns conheceriam de processos relativos a alegadas violações da BVergG. Se este for o caso, e se estes tribunais dispuserem de uma categoria satisfatória de eventuais soluções, não poderá dizer-se, a despeito da declaração feita no segundo considerando do preâmbulo da directiva relativa aos recursos em matéria de serviços públicos, de que «os mecanismos actualmente existentes... a nível nacional... para assegurar essa aplicação [da directiva relativa aos serviços] nem sempre são adequados», que a EvoBus tenha sido privada de toda e qualquer oportunidade de invocar os seus direitos ao abrigo da directiva relativa aos serviços. A situação seria diferente, de facto, se, na pendência da transposição da directiva relativa aos recursos em matéria de serviços públicos, nenhum tribunal nacional tivesse competência para fazer executar as disposições da directiva relativa aos serviços, quer como transposta pela BVergG quer por força do princípio do efeito directo das directivas, ou se um tribunal nacional competente não dispusesse de adequados mecanismos para assegurar a protecção de direitos decorrentes da directiva relativa aos serviços, apesar da sua obrigação de direito comunitário assim o exigir. Neste caso, todavia, a resposta adequada pode ser a instauração de processos para reconhecimento da responsabilidade extracontratual do Estado, de acordo com o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Francovich e o. [46].

26. Nas circunstâncias deste caso, não é necessário dedicar-me ao problema distinto de saber se o prazo imposto pelo § 92, n.° 3, da BVergG é um prazo razoável.

IV — Conclusão

27. À luz das considerações que precedem, recomendo que o Tribunal de Justiça responda como se segue às questões submetidas pelo Bundesvergabeamt:

«Não decorre do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de

46 — Já referido. V. n.° 48 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro, de 15 de Maio de 1997, no processo Dorsch Consult.

procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, que, quando essa directiva não tenha sido transposta até ao termo do prazo estabelecido para esse efeito, as entidades de recurso dos Estados-Membros com competência relativamente a processos para adjudicação de contratos públicos de obras e de fornecimentos podem também conhecer de recursos relativos a processos para a adjudicação de contratos naqueles sectores. Todavia, com vista a respeitar a exigência de que o direito nacional deve ser interpretado em conformidade com a Directiva 92/13 e a exigência de que os direitos das pessoas devem ser protegidos eficazmente, o tribunal nacional deve verificar se as disposições pertinentes do seu direito nacional permitem o reconhecimento do direito de as pessoas interporem recurso relativamente a adjudicações de contratos nos sectores em causa. Todavia, seria contrário ao princípio da segurança jurídica que o artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 92/13 fosse reputado como tendo sido transposto pela legislação nacional que determina entidades competentes para conhecer de recursos relativos à adjudicação de contratos públicos de fornecimentos e de obras, cujo teor, expressamente, exclui a aplicação das disposições legislativas pertinentes aos domínios regidos por essa directiva.»