CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 12 de Setembro de 1995 *

A — Introdução

1. A presente acção por incumprimento tem por objecto a apreciação da validade da adjudicação de um contrato de direito público de fornecimento de autocarros de transporte público que entra no âmbito de aplicação da Directiva 90/531/CEE (a seguir «directiva» [1]).

2. O litígio assenta nos seguintes factos. A Société régionale wallonne du transport (a seguir «SRWT») deu início, com a publicação de um aviso de concurso no suplemento do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 22 de Abril de 1993 [2], a um processo de concurso destinado à celebração de um contrato relativo ao fornecimento de um total de 307 autocarros *standard*. Este contrato, no montante calculado em 2 022 918 000 BFR (sem IVA), repartido em 8 lotes, devia ser cumprido no período de três anos.

3. Em 7 de Junho de 1993, dia que era simultaneamente a data-limite fixada para a recepção das propostas e a data da sua abertura, verificou-se que cinco sociedades tinham apresentado propostas: a EMI (Aubange), a Van Hool (Koningshooikt), a Mercedes-Belgium (Bruxelas), a Berkhof (Roeselaere) e a Jonckheere (Roeselaere).

4. No decurso dos meses de Junho e Julho, a SRWT procedeu à análise das propostas. O memorando de 24 de Agosto de 1993, redigido com vista à reunião do conselho de administração de 2 de Setembro de 1993, recomendou a atribuição do lote n.º 1 à sociedade Jonckheere e dos lotes n.os 2 a 6 à sociedade Van Hool.

5. Em 3, 23 e 24 de Agosto de 1993, a sociedade EMI remeteu à entidade adjudicante três documentos complementares nos quais comentava determinados pontos da sua proposta, nomeadamente o consumo de combustível e a frequência de substituição dos motores e das caixas de velocidades.

6. Após a análise destes três documentos complementares, o serviço técnico da entidade adjudicante redigiu uma nota interna não assinada, datada de 31 de Agosto de 1993, na qual considerou que os referidos documentos constituíam modificações da

* Língua original: alemão.

1 — Directiva do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1).

2 — JO S 78, p. 76.

proposta inicial e que não podiam, portanto, ser tomados em consideração. Esta nota mantinha, em consequência, a proposta feita com vista à reunião do conselho de administração de 2 de Setembro de 1993.

7. No decurso da reunião de 2 de Setembro de 1993, o conselho de administração considerou não dispor de informações suficientes para adoptar uma decisão definitiva. Interrogou-se, nomeadamente, sobre a admissibilidade jurídica da consideração do teor dos três documentos complementares. Decidiu, assim, pedir o parecer jurídico do ministro dos Transportes valão, em cujo gabinete se sabia que trabalhava um reconhecido especialista de contratos do direito público.

8. O ministro dos Transportes valão respondeu ao pedido de parecer por carta de 14 de Setembro de 1993. Segundo esta, a consideração dos documentos complementares não levantava, na maior parte dos pontos, qualquer problema jurídico. Em conclusão, a carta convidava o conselho de administração a proceder a novo exame, tendo em conta as observações feitas pelo ministro dos Transportes.

9. Em 28 de Setembro de 1993, a SRWT pediu à EMI que lhe confirmasse os consumos de combustível indicados no documento de 24 de Agosto, bem como a frequência de substituições do motor e da caixa de velocidades mencionada na nota de 23 de Agosto. A EMI confirmou estes elementos por carta de 29 de Setembro de 1993.

10. Um novo memorando, tendo por objecto a comparação das propostas com vista à reunião do conselho de administração de 6 de Outubro de 1993, tomou em consideração as indicações suplementares da EMI. A proposta que se fazia era a de atribuir o lote n.° 1 à sociedade Jonckheere e os lotes n.^{os} 2 a 6 à EMI.

11. Em 6 de Outubro de 1993, o conselho de administração da SRWT concordou com a proposta. Decidiu adjudicar o contrato incidente sobre o lote n.° 1 (37 veículos) à Jonckheere, e os lotes n.^{os} 2 a 6 (278 veículos) à EMI. E adiou para o ano de 1996 a encomenda de 30 autocarros suplementares.

12. No mesmo dia, a Van Hool apresentou um pedido de suspensão dessa decisão ao Conseil d'État de Belgique, na forma de processo de urgência extrema. O pedido foi rejeitado por acórdão de 17 de Novembro de 1993.

13. A Van Hool apresentou ainda queixa à Comissão das Comunidades Europeias, a qual dirigiu ao Governo belga, em 30 de Novembro de 1993, uma notificação na acepção do artigo 169.° do Tratado CE. Na sua resposta de 15 de Dezembro de 1993, o

Governo belga sustentou que não houvera qualquer incumprimento. Em 8 de Fevereiro de 1994, a Comissão dirigiu então ao Governo belga um parecer fundamentado, convidando-o a intervir junto das autoridades competentes a fim de suspender os efeitos jurídicos do contrato celebrado entre a SRWT e a EMI. A Comissão considerou que a resposta do Governo belga não era suficiente para afastar o incumprimento alegado. Intentou então uma acção no Tribunal de Justiça em 11 de Março de 1994. No mesmo dia, a Comissão formulou um pedido de medidas provisórias destinado a obter a suspensão da decisão de adjudicação adoptada pela SRWT em 6 de Outubro de 1993 e das relações contratuais estabelecidas entre a SRWT e a sociedade adjudicatária do contrato, até que fosse proferido o acórdão definitivo. Por despacho de 22 de Abril 1994, o pedido de medidas provisórias foi indeferido.

14. Em 17 de Maio de 1995, o juiz-relator, o advogado-geral e as partes participaram, no âmbito do presente processo perante o Tribunal de Justiça, numa reunião informal com vista a discutir o âmbito do litígio e, sendo caso disso, a necessidade de ordenar medidas de instrução.

15. A Comissão conclui na sua petição pedindo que o Tribunal se digne:

1) declarar que o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da 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, bem como o princípio da igualdade de tratamento que está na base de toda a regulamentação dos procedimentos de celebração dos contratos de direito público,

   — por ter tomado em consideração, no âmbito de um concurso público organizado pela «Société regional wallonne du transport», as alterações introduzidas numa das propostas após a abertura destas,

   — por ter admitido ao concurso um proponente que não preenchia os critérios de sélecção do caderno de encargos,

   — e por ter acolhido uma proposta que não preenchia os critérios de adjudicação do caderno de encargos,

2) condenar o Reino da Bélgica nas despesas da instância.

16. O Reino da Bélgica conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) negar provimento ao recurso,

2) condenar a Comissão nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

17. Na sequência dos debates havidos na reunião informal de 17 de Maio de 1995, a Comissão renunciou à sua primeira acusação, segundo a qual a entidade adjudicante admitiu um proponente que não preenchia os critérios de selecção do caderno de encargos. A Comissão deu conhecimento dessa renúncia por requerimento de 9 de Junho de 1995 e confirmou-a no decurso da audiência. Mantêm-se assim dois fundamentos em litígio, ou seja, por um lado, que a entidade adjudicante tomou em consideração modificações a uma proposta feitas posteriormente à abertura das propostas, e, por outro, que escolheu uma proposta tendo em conta critérios de adjudicação diferentes dos referidos no caderno de encargos. Cada um destes fundamentos pode ser subdividido em dois ramos, que servirão ainda de base à análise seguinte.

18. Devem adaptar-se estas conclusões às modificações que afectaram a situação inicial. A situação apresenta-se, pois, do seguinte modo.

A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

declarar que o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 90/531/CEE, bem como o princípio da igualdade de tratamento, que está na base de toda a regulamentação dos procedimentos de celebração dos contratos de direito público, na medida em que, no âmbito de um concurso público organizado pela «Société régionale wallonne du transport»,

— tomou em consideração modificações feitas a uma das propostas posteriormente à abertura destas,

— escolheu uma proposta que não correspondia aos critérios de adjudicação do caderno de encargos.

B — Análise

I — *Questões preliminares*

a) O âmbito de aplicação da directiva

19. O artigo 2.°, n.° 1, da directiva define o âmbito de aplicação pessoal da directiva do seguinte modo:

«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 e beneficiem de direitos especiais ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente de um Estado-Membro.»

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 Estado-Membro, tal como as condições relativas aos itinerários a seguir, à capacidade do transporte disponível ou à frequência do serviço.

d) ...»

O artigo 2.°, n.° 2, define o âmbito de aplicação material da directiva, e tem, na passagem que é determinante para o presente litígio, o seguinte conteúdo:

20. É incontestável que a SRWT é uma empresa pública que tem por finalidade prestar um serviço ao público no sector do transporte em autocarros. Na sua qualidade de entidade adjudicante, a SRWT inclui-se, portanto, no âmbito de aplicação da directiva. Assim, só a ausência da SRWT no Anexo VII da directiva, que contém uma lista das «entidades adjudicantes no domínio dos serviços urbanos de caminhos-de-ferro, eléctricos, *trolleys* ou autocarros», poderia fazer surgir dúvidas a propósito deste ponto.

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

a) ...

b) ...

c) a exploração de redes de prestação de um serviço ao público no domínio dos transportes por caminho-de-ferro, sistemas automáticos, eléctricos, *trolleys* ou autocarros ou cabo.

21. A Comissão alegou de modo muito convincente que a lista era meramente indicativa. As modificações de facto acarretariam um risco constante de divergência entre o conteúdo da lista e a realidade. Considera, portanto, que só o artigo 2.° da directiva é, em definitivo, determinante.

22. As disposições da directiva relativas aos Anexos I a X vêm comprovar esta tese. Assim, lê-se por exemplo no artigo 2.°, n.° 6, que:

«As entidades adjudicantes referidas nos Anexos I a X devem preencher os critérios acima definidos. Com vista a assegurar que as listas sejam *o mais completas possível* [3], os Estados-Membros notificarão à Comissão as alterações verificadas nas suas listas. A Comissão procederá à revisão dos Anexos I a X de acordo com o procedimento previsto no artigo 32.°»

O artigo 32.° determina seguidamente que:

«Os Anexos I a X serão revistos de acordo com os métodos previstos nos n.os 3 a 7, *de modo a satisfazerem os critérios estabelecidos no artigo 2.°*» [4].

Há, pois, que considerar que o âmbito de aplicação da directiva é aberto.

3 — Sublinhado nosso.
4 — Sublinhado nosso.

b) Situação interna

23. No decurso do processo, o Governo belga objectou que se tratava de uma situação puramente interna, à qual o direito comunitário não se aplicava. A adjudicação de um contrato por uma empresa pública belga só põe em situação de concorrência sociedades belgas.

24. A esta objecção pode começar por se replicar que as regulamentações comunitárias são de aplicação geral, desde que tenham entrado em vigor. É aliás inteiramente possível que empresas de outros Estados-Membros sejam interessadas, como subcontratantes, pela adjudicação do contrato. Se nos limitar-mos às empresas que são parte no litígio, isto é, a EMI e a Van Hool, mostra-se claramente que a adjudicação do contrato produz efeitos internacionais concretos. É por exemplo o caso da Renault, uma empresa francesa que fabrica e fornece os motores que equipam os veículos da EMI.

c) Quanto à escolha do procedimento de celebração do contrato

25. No decurso do processo, o Governo belga argumentou que a entidade adjudicante não estava obrigada a celebrar o contrato através de um procedimento aberto e que o seu comportamento teria sido também conforme à directiva se tivesse escolhido um procedimento negociado. Este argumento

pretende confirmar a legalidade de eventuais negociações entabuladas com um proponente.

26. Diz-se, no n.º 1 do artigo 15.º da directiva, incluído no título III «Procedimentos de celebração de contratos», que:

«As entidades adjudicantes podem escolher qualquer dos processos referidos no n.º 6 do artigo 1.º, desde que... tenha sido aberto concurso...».

Por força do artigo 1.º, n.º 6, para efeito da presente directiva entende-se por «'Concursos públicos, concursos limitados e por negociação': os procedimentos de celebração aplicados pelas entidades adjudicantes em que:

a) no que se refere aos concursos públicos, todos os fornecedores ou empreiteiros interessados podem apresentar propostas;

b) no caso dos concursos limitados, só os candidatos convidados pela entidade adjudicante podem apresentar propostas;

c) no caso dos concursos por negociação, a entidade adjudicante consulta fornecedores ou empreiteiros da sua escolha, negociando com um ou mais de entre eles as condições do contrato.»

27. Deve admitir-se, com o Governo belga, que a entidade adjudicante podia escolher o procedimento que pretendia utilizar de entre os que ficaram descritos. Mas, após ter optado por um deles, tinha a obrigação, até à adjudicação definitiva do concurso, de observar as regras que se lhe aplicam. Em si mesma, a regulamentação comunitária tem por objectivo fomentar, para cada um dos três tipos de procedimento, a concorrência ao nível de toda a Comunidade. Tal objectivo supõe o respeito incondicional pela proibição da discriminação — mais tarde voltaremos a este ponto. As disposições em matéria de publicação, por exemplo, aplicáveis a cada tipo de procedimento [5], constituem um meio de prosseguir esse objectivo. Após se ter dado início a um procedimento, não se pode pois desrespeitar as disposições que lhe são aplicáveis.

II — *Quanto à acusação de modificação de uma das propostas posteriormente à abertura destas*

28. Esta acusação é dupla. Visa, por um lado, os dados relativos ao consumo de carburante e, por outro, a frequência indicada de substi-

5 — V., por exemplo, os artigos 16.º e 17.º da directiva.

tuição do motor e da caixa de velocidades dos veículos propostos.

29. Deve começar-se por partir do facto de ser proibido alterar as propostas após a data fixada para a entrega ou a abertura destas. Esta proibição constitui um princípio elementar dos processos de celebração de contratos de direito público. Decorre do princípio da igualdade de tratamento, que é de regra aplicar a todos os processos de celebração de contratos de direito público [6] e que está, além disso, expressamente afirmado na directiva. O artigo 4.°, n.° 2, determina que:

«As entidades adjudicantes cuidarão de que não haja qualquer discriminação entre fornecedores ou empreiteiros.»

30. A coordenação dos processos de celebração de contratos contribui finalmente para o objectivo que consiste no exercício da concorrência em toda a Comunidade e na realização plena e integral da livre circulação de mercadorias e da livre prestação de serviços [7]. Este objectivo pressupõe que os proponentes potenciais sejam tratados de modo igual. A proibição de discriminação exprime-se [8], portanto, em vários lugares. Um outro elemento que atesta a proibição, no interesse da igualdade de tratamento, de efectuar modificações *a posteriori* é dado pela declaração comum do Conselho e da Comissão ao artigo 15.°, que indica:

«O *Conselho e a Comissão* declaram que, nos concursos públicos ou limitados, fica excluída qualquer negociação com os candidatos ou concorrentes acerca dos elementos fundamentais dos contratos cuja variação seja susceptível de falsear o jogo da concorrência e, nomeadamente, acerca dos preços; no entanto, são permitidos contactos com os candidatos ou concorrentes com o objectivo de conseguir que estes especifiquem ou completem o teor das suas propostas e de especificar ou completar as exigências das entidades adjudicantes, desde que esses contactos não tenham um efeito discriminatório.»

31. Neste contexto, deve examinar-se se um proponente efectuou efectivamente *a posteriori* modificações à sua proposta, que a entidade adjudicante tenha ilegalmente tido em conta.

6 — V. o acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/Dinamarca (C-243/89, Colect. p. I-3353, especialmente p. I-3395, n.° 39).

7 — V. os terceiro, quinto e sexto considerandos da directiva, bem como os décimo primeiro, décimo segundo e décimo terceiro considerandos.

8 — V. o artigo 4.°, n.° 2, e o vigésimo quinto considerando da directiva e a declaração comum do Conselho e da Comissão ao artigo 15.° da directiva.

a) Quanto ao consumo de carburante dos veículos propostos

32. Na sua proposta inicial, incidente sobre os lotes n.os 2 a 6, a proponente EMI indicou o consumo de 54 l/100 km. Nesta proposta, os dados respectivos de cada lote eram acompanhados por uma nota na qual a empresa chamava a atenção para uma possível redução do consumo de carburante. Segundo esta nota, o consumo indicado baseava-se nos resultados de testes efectuados por uma sociedade independente num veículo ainda não rodado. Com um veículo rodado, e em condições óptimas, seria de esperar um economia de carburante de 5% a 8%.

33. No documento de 3 de Agosto de 1993, o primeiro dos três documentos em litígio, a empresa assinala de novo que, nas condições indicadas, há que reduzir em 8% [9] o consumo de carburante. No documento de 24 de Agosto de 1993, o terceiro dos documentos em litígio, qualificado de «documento explicativo», a empresa refere-se a controlos que permitem doravante concluir por um consumo de 45 l/100 km [10] em circuito urbano.

34. *A Comissão* considera que estes elementos constituem uma alteração *a posteriori* da proposta inicial. Segundo ela, não se deveria ter tido em conta estes dados.

35. *O Governo belga* sustenta, inversamente, que estas indicações mais não fazem que especificar as fornecidas na proposta. Segundo ele, a possível redução do consumo de carburante fora anunciada desde o início, e apenas os resultados concretos foram posteriormente fornecidos. O facto de se precisar ou completar os dados constantes da proposta é conforme à declaração comum do Conselho e da Comissão ao artigo 15.° da directiva.

36. Considera que, se se recusasse qualificar de especificações as indicações posteriores, elas seriam de qualquer modo lícitas a título de retificação de um erro material. Acrescenta que a Comissão já admitiu aliás, noutro contexto, a correcção de indicações inexactas desfavoráveis ao proponente. Segundo ele, há que aplicar critérios equivalentes quando a correcção se mostra favorável ao proponente.

37. O litígio resume-se portanto, tanto no plano terminológico como no plano material, à questão de saber se as indicações em litígio *especificam* ou *modificam* a proposta. Do ponto de vista semântico, pensamos que se deve entender o termo «especificar», utilizado na declaração comum do Conselho e da Comissão, no sentido de comunicar detalhes que permitam descrever mais claramente o objecto em questão, ou defini-lo com maior exactidão. Quanto ao segundo termo empregue na declaração comum, o de «completar», vemos nele o acrescento de indicações suplementares que não estavam antes disponíveis. Os dois termos têm de comum o facto de não se tratar de substituir indicações dadas

9 — Documento da EMI de 3 de Agosto de 1993, p. 5.

10 — Este número aplica-se aos lotes n.os 2 a 6.

anteriormente mas, pelo contrário, de as concretizar de um modo ou de outro.

38. Esta reflexão, segundo a qual nem o facto de especificar nem o de completar têm por efeito substituir por novos dados as indicações anteriormente fornecidas, é corroborada pela reflexão objectiva em consequência da qual a possibilidade de alterar certos elementos coloca potencialmente em desvantagem outros proponentes.

39. Neste contexto, por «especificar», entendemos, por exemplo, a hipótese de uma empresa, que declarou uma diminuição do consumo podendo ir até 8%, se compromete quanto a um número compreendido nestes limites e comunica o valor final em litros.

40. No documento de 3 de Agosto de 1993, ao comprometer-se numa diminuição de 8% do consumo de carburante, a EMI procedeu justamente deste modo. Assim, no que diz respeito ao consumo, o documento vem certamente precisar a proposta, e não alterá-la.

41. Inversamente, o número de 45 l/100 km, comunicado no documento de 24 de Agosto de 1993, traduz-se em reduzir o consumo indicado de 17,5%. Esta diminuição equivale a mais do dobro da margem anteriormente assinalada. Consideramos que, um plano puramente terminológico, há que ver aqui não uma especificação, mas, pelo contrário, uma modificação.

42. No final da declaração comum do Conselho e da Comissão, a questão do efeito discriminatório das indicações posteriores fornece o verdadeiro critério do carácter lícito ou ilícito de uma especificação. Consideramos, portanto, que é importante examinar os efeitos causados aos outros proponentes pelos números comunicados no fim do mês de Agosto. A este respeito, há que ter em conta o facto de ter sido previsto, no âmbito dos critérios de adjudicação enumerados no caderno de encargos, um sistema de avaliação do consumo de carburante dos veículos propostos. No âmbito da avaliação dos critérios técnicos de apreciação, o ponto 20.2.2.1 estabelece um cálculo comparativo destinado a determinar os custos de utilização. Segundo este sistema, o veículo que apresenta o consumo mais elevado, entre os referidos nas propostas admitidas, tem valor de referência. Quando o consumo é inferior a esse valor, os outros veículos são creditados num montante expresso em dinheiro («franco fictício») [11].

43. Tendo indicado um consumo de 54,5 l/100 km, a EMI ficou em primeira posição no conjunto dos lotes considerados. Os seus veículos não podiam, portanto,

11 — V. o ponto 20.2.2 do caderno de encargos especial.

beneficiar de qualquer bonificação. Este valor servia, além disso, também de referência para a valorização dos veículos de proponentes concorrentes. Deve sublinhar-se que, mesmo que o consumo indicado dos veículos EMI diminuísse de 8%, o número obtido, igual a 50,14 l, seria ainda o mais elevado. Mesmo nessa hipótese, os veículos não teriam beneficiado de qualquer bonificação. A vantagem dos outros veículos teria sido apenas reduzida. A situação é radicalmente diferente se nos basearmos num consumo diminuído de 17,5%, isto é, no valor de 45 l/100 km. Com um tal número, o consumo torna-se inferior ao indicado por um dos concorrentes, de modo que os veículos da EMI beneficiam então de uma vantagem, que toma a forma de uma bonificação.

44. A comparação dos números concretos [12] revela que a bonificação do concorrente directo, a Van Hool, foi reduzida 2,5 vezes quanto aos lotes n.os 2 e 3, e mesmo 2,8 vezes quanto aos lotes n.os 4, 5 e 6. Enquanto a bonificação aplicável aos lotes n.os 2 e 3 se elevava inicialmente a menos 1 875 600, e a menos 1 750 560 quanto aos lotes n.os 4 e 6, passou a menos 750 240 para os lotes n.os 2 e 3 e a menos 625 200 para os lotes n.os 4 e 6. Simultaneamente, a consideração dos números modificados permitiu à EMI obter uma bonificação de mais 125 040 quanto a todos os lotes em questão.

12 — Memorando para a reunião do conselho de administração de 2 Setembro de 1993, anexo 6, pp. 2 a 6, e memorando para a reunião do conselho de administração de 6 de Outubro de 1993, anexo 6, pp. 2 a 6.

45. Consideramos, em consequência, que, mesmo no que respeita aos seus efeitos sobre as propostas dos concorrentes, se deve entender que os novos números modificaram as indicações iniciais e que a entidade adjudicante não os devia ter tido em conta.

46. Deve seguidamente examinar-se o argumento do Governo belga de que os novos números mais não fizeram do que rectificar um erro material. Os simples factos são suficientes, segundo nós, para contrariar esta tese, uma vez que é incontestável que os resultados optimizados só podiam ser obtidos com base em ensaios posteriores. Os números só podiam, pois, ser demonstrados com base em factos produzidos após a data-limite. Segundo nós, é portanto erróneo falar em correcção de um erro.

b) Quanto à frequência de substituição do motor e da caixa de velocidades dos veículos propostos

47. O anexo 23 do caderno de encargos especial [13] fornece o ponto de partida para os dados relativos à substituição de diversos sistemas dos veículos. Constitui a base para o cálculo dos tempos de trabalho e das despesas de material relativos à substituição de

13 — Cahier spécial des charges, Marché 515.

determinadas peças. No total, são repertoriadas 45 alíneas, para cada uma das quais o proponente deve indicar o número de órgãos por autocarro, o tempo de desmontagem da peça, o tempo de montagem, e, finalmente, o preço de uma peça sobressalente nova. Todas estas informações devem ser retomadas num quadro. A rubrica «Número de substituições previsíveis para um órgão» [14] está nele incluída. Esta rubrica foi já completada pela entidade adjudicante quanto às 45 peças sobressalentes. Na primeira linha, «motor», deve pois ler-se um «2» na coluna «número de substituições previsíveis». Indica-se seguidamente «caixa de velocidades», na segunda linha, e, na coluna prevista figura um «3».

48. Não se contesta que a EMI preencheu correctamente o quadro do anexo 23 do caderno de encargos especial. No documento em questão de 23 de Agosto de 1993, a proponente chama a atenção para o facto de a frequência de substituição prescrita pela entidade adjudicante não corresponder à realidade estatística dos veículos propostos. Na alínea a), «duas substituições de motor», lê-se que a experiência adquirida com os veículos considerados demonstra que apenas um único motor é necessário para uma duração de quinze anos, à razão de 50 000 km por ano. Na alínea b), «três substituições da caixa de velocidades», indica-se que a experiência demonstrou que apenas há a prever 1,25 caixas.

49. O autor do documento sublinha seguidamente que estes dois pontos apenas constituem as rubricas mais importantes, e que o mesmo raciocínio deveria ser igualmente aplicado a outras peças sobressalentes enumeradas no anexo 23 do caderno de encargos especial. Acrescenta que a fiabilidade dos veículos propostos não deveria levar a penalizá-los economicamente.

50. A Comissão considera que esta nota constitui uma alteração da proposta inicial.

51. Inversamente, o Governo belga é de opinião que o documento de 23 de Agosto de 1993 chamou simplesmente a atenção da entidade adjudicante para o facto de a frequência de substituição prevista não corresponder à realidade. O conjunto dos dados constantes do anexo 23, como o preço unitário das peças sobressalentes e o tempo de montagem e desmontagem das peças mantiveram-se inalterados.

52. As observações constantes na nota de 23 de Agosto de 1993 reportam-se a prescrições que a entidade adjudicante fixara no caderno de encargos e de que os proponentes não tinham conhecimento. Não se lhes exigia qualquer indicação quanto à rubrica considerada, relativa à frequência de substituição. A este respeito, só pode interpretar-se o conteúdo do documento de 23 de Agosto como uma observação feita pela proponente a propósito das permissas colocadas pela entidade adjudicante, sobre as quais não podia em princípio exercer qualquer influência através da sua proposta. A proponente não podia

14 — Nombre de remplacements prévisibles pour un organe.

considerar que as suas observações levariam a alterar as prescrições da entidade adjudicante.

53. Chamar a atenção da entidade adjudicante sobre o facto de as prescrições relativas ao produto proposto não corresponderem à realidade e de uma apreciação da proposta nessa base acarretar necessariamente uma avaliação errónea corresponde, no entanto, ao interesse económico legítimo do proponente. Esta observação poderia igualmente ter sido inserida na proposta inicial, sem com isso modificar as condições aplicáveis à proponente. A reacção da entidade adjudicante face a tais observações deve ser apreciada independentemente do comportamento da proponente.

54. Dado que, no documento de 23 de Agosto de 1993, a proponente não forneceu qualquer nova informação numérica, não substituiu qualquer das suas informações, e também não efectuou qualquer cálculo derrogatório, consideramos que o documento contestado em nada altera as indicações exigidas pela proponente.

55. A constatação de que a EMI não efectuou qualquer modificação à sua oferta pelo documento de 23 de Agosto de 1993 — que assenta, pelo menos em parte, no facto de se tratar de observações relativas a elementos de que, em princípio, o proponente não tem conhecimento — não impede que o conteúdo do documento tenha dado à entidade adjudicante ocasião para se afastar das suas próprias prescrições de modo eventualmente discriminatório. Esta consideração leva-nos directamente ao segundo fundamento, o do desrespeito dos critérios de adjudicação pela entidade adjudicante.

III — *O desrespeito dos critérios de adjudicação*

a) Quanto à frequência de substituição de determinadas peças

56. A Comissão apreciou as circunstâncias de facto relativas à consideração da frequência de substituição das peças mecânicas essenciais que são o motor e a caixa de velocidades sob dois pontos de vista jurídicos distintos. Por um lado, sustentou que o documento de 23 de Agosto de 1993 acarretava uma modificação à oferta inicial da EMI, tese jurídica que não partilhamos pelas razões atrás expostas. Por outro lado, considerou que a entidade adjudicante derrogara os critérios de adjudicação fixados no caderno de encargos, ao tomar em conta as observações da EMI no cálculo dos custos de utilização dos veículos a avaliar.

57. O significado e as modalidades dos critérios de atribuição são, pois, determinantes. O artigo 27.° da directiva prevê, a este respeito, nos seus n.^{os} 1 e 2, que:

«1. Os critérios em que as entidades adjudicantes se basearão para a atribuição dos contratos são:

a) quer, quando a adjudicação é feita à proposta economicamente mais vantajosa, diversos critérios variáveis consoante o contrato em causa: por exemplo, o prazo de entrega ou de execução, os custos de funcionamento, a rentabilidade, a qualidade, as características estéticas e funcionais, o valor técnico, o serviço pós-venda e a assistência técnica os compromissos em matéria de peças sobressalentes, a segurança do abastecimento e o preço;

b) quer unicamente o preço mais baixo.

2. No caso referido na alínea a) do n.° 1, as entidades adjudicantes indicarão no caderno de encargos ou no anúncio do concurso todos os critérios de adjudicação que tencionam aplicar, se possível por ordem decrescente de importância.»

58. No ponto 14, «Critérios de adjudicação», do aviso de concurso, indica-se:

«A escolha fazer-se-á com base na oferta economicamente mais vantajosa. Os diferentes critérios são: preço, custo de utilização (consumo, tempo de montagem/ desmontagem e preço das peças sobressalentes), garantia de fornecimentos, qualidades técnicas do material (lugares [15], disposição dos degraus de entrada, emissões, barulho, altura dos degraus e do tejadilho, estrados)» [16].

59. O ponto 20.2. do caderno de encargos especial enumera os critérios de adjudicação por ordem igual à do aviso de concurso, fazendo-as acompanhar de explicações. A repartição organiza-se do seguinte modo:

«20.2. Critérios de adjudicação. A adjudicação será efectuada com base na proposta

15 — O original, em língua francesa, utiliza a palavra «plages»; parece que se trata de uma gralha, uma vez que, no caderno de encargos, o primeiro critério de apreciação das qualidades técnicas do material se intitula «Nombre de places».

16 — Só se encontra esta enumeração completa na publicação na língua original (francês) do aviso de concurso. Nas outras línguas comunitárias, a publicação é apenas feita de forma resumida. Em alemão, por exemplo, indica-se: «Zuschlagskriterien: Wirtschaftlich vorteilhaftestes Angebot nach folgenden Kriterien: Preis, Betriebskosten, Qualität, sonstige Kriterien.» (Critérios de adjudicação: proposta economicamente mais vantajosa em função dos seguintes critérios: preço, custos de funcionamento, qualidade, outros critérios).

economicamente mais vantajosa, com base nos seguintes critérios:

20.2.1. Preço unitário dos autocarros e variantes financeiras

...

20.2.2. Critérios técnicos de apreciação.

Estes critérios serão objecto de uma ponderação absoluta, cuja unidade será o 'franco fictício'.

CUSTO DE UTILIZAÇÃO

20.2.2.1. Consumo de combustível

...

20.2.2.2. Tempo de montagem e de desmontagem, preço das peças

...

GARANTIA DOS FORNECIMENTOS

20.2.2.3 Fornecimento de peças sobressalentes

...

QUALIDADES TÉCNICAS DO MATERIAL PROPOSTO

20.2.2.4. Número de lugares

...

20.2.2.5. Altura dos degraus

...

20.2.2.6. Emissões poluentes de gases de escape

...

20.2.2.7. Nível de ruído

...

20.2.2.8. Altura do tejadilho

...

20.2.2.9. Número de degraus

...

20.2.2.10. Estrados

...»

60. A proibição de discriminação, e a previsibilidade do processo de apreciação, que é o corolário da primeira, impõem que a entidade adjudicante se atenha aos critérios de adjudicação que definiu. O anexo 23 do caderno de encargos especial, já atrás evocado, serve de base à avaliação de um dos dois factores de determinação dos custos de utilização. De acordo com os critérios de adjudicação, os custos de utilização a tomar em conta compõem-se, por um lado, do consumo do carburante e, por outro, do tempo de trabalho e das despesas de material considerados necessários para a substituição de peças.

61. A frequência de substituição das peças constitui, a este respeito — como já vimos —, uma constante que a entidade adjudicante prescreve indistintamente a todos os proponentes. Este factor intervém a título de multiplicador das indicações dadas por eles em matéria de custos. Derrogar esta prescrição é, pois, susceptível de acarretar consequências importantes.

62. Admite-se no caso vertente, e resulta aliás dos documentos juntos ao processo [17], que a entidade adjudicante teve em conta, no cálculo dos custos de utilização, a menor frequência de substituição dos motores e caixas de velocidades comunicada pela EMI. A comparação dos documentos relativos à apreciação das diferentes propostas feitas para cada um dos lotes revela que o factor custos de utilização é considerado, nos cálculos definitivos, num montante substancialmente inferior ao que fora determinado nos cálculos realizados com vista a determinar a primeira proposta de decisão submetida à reunião do conselho de administração de 2 de Setembro de 1993. Enquanto o número de 4 901 790, no que se refere aos lotes n.os 2 e 3, e o de 4 869 790, no que se refere aos lotes n.os 4 a 6, tinham inicialmente sido levados à

17 — V. o memorando redigido para a reunião de 6 de Outubro de 1993 do conselho de administração da entidade adjudicante.

coluna «manutenção» [18] do quadro de apreciação destinado à avaliação dos custos de utilização, o montante considerado nos novos cálculos foi o de 3 744 140 quanto aos lotes n.os 2 a 6 [19]. É evidente que a proponente em causa tirou maior vantagem da modificação do modo de cálculo que os demais concorrentes.

63. Há, segundo nós, violação do princípio da igualdade de tratamento quando a entidade adjudicante derroga unilateralmente, com vantagem para um proponente, os dados fixados no caderno de encargos, que deve entender-se não serem modificáveis, sem conceder aos demais proponentes a possibilidade de rever as suas indicações em função das alterações que afectem a premissa. Uma vez que teve conhecimento de que os elementos indicados por um dos proponentes eram tão nitidamente superiores aos que esperava e que teve dúvidas sobre a validade das prescrições que ela própria fixara, a entidade adjudicante devia ter-se atido às suas prescrições técnicas ou ter informado os outros proponentes da possibilidade de derrogação dos dados fixados no caderno de encargos. Consideramos que a data na qual a entidade adjudicante teve conhecimento dos factos não tem, para este efeito, importância; a solução não seria, em princípio, diferente no caso de tais indicações já estarem presentes na proposta.

64. O Governo belga sustentou que a entidade adjudicante não devia ser impedida de dar preferência ao material de qualidade superior que lhe é oferecido em razão do progresso técnico.

65. Retorquir-se-á que uma entidade adjudicante de modo algum está impedida de ter em conta, no âmbito da celebração do contrato, as melhorias que o material a fornecer pode adquirir por via do progresso técnico. A possibilidade de admitir variantes, já consagrada na directiva [20], vai a favor desta tese. Desejar a melhoria técnica dos produtos a adquirir no âmbito dos concursos públicos não autoriza, no entanto, uma entidade adjudicante a violar o princípio da igualdade de tratamento.

66. A entidade adjudicante violou a proibição de discriminação ao derrogar unilateralmente, em proveito de um proponente, as suas próprias prescrições em matéria de avaliação dos critérios de adjudicação.

67. Os efeitos discriminatórios desse comportamento parecem evidentes quando se considera a classificação dos veículos em concorrência no que respeita ao cálculo dos custos de utilização. Segundo as indicações iniciais relativas ao consumo de carburante e à frequência prescrita de substituição das peças, os veículos da Van Hool ocupavam a primeira posição no que se refere aos lotes

18 — «Entretien».

19 — V. o anexo 6 ao memorando redigido para a reunião do conselho de administração de 2 de Setembro de 1993, pp. 2 a 6, e o anexo 2 ao memorando redigido para a reunião do conselho de administração de 6 de Outubro de 1993, pp. 1 a 6.

20 — V. o artigo 27.°, n.° 3, da directiva.

n.os 2 e 3, e os da EMI a terceira. No que respeita aos lotes n.os 4, 5 e 6, os veículos da Van Hool eram os primeiros, e os da EMI os quintos. Tendo em conta os novos elementos numéricos, os veículos da Van Hool encontraram-se em primeiro lugar quanto aos lotes n.os 2, 3 e 5, enquanto os da EMI se situaram em segunda posição. No que se refere aos lotes n.os 4 e 6, os veículos da EMI tomaram mesmo o primeiro lugar na sequência dos novos cálculos.

68. A alteração da classificação, isto é, a passagem da quinta para a primeira posição no âmbito dos cálculos relativos ao critério de adjudicação classificado em segundo lugar por ordem de importância, a saber, os custos de utilização, é, segundo nós, totalmente significativa. Nestas circunstâncias, a existência de uma discriminação dos concorrentes não nos faz qualquer dúvida.

b) Quanto à consideração de um equipamento particular

69. No âmbito da acusação de que a entidade adjudicante adjudicou o contrato sem observar os critérios de adjudicação definidos no caderno de encargos, a Comissão invoca que a SRWT fez intervir na sua apreciação de conjunto, em benefício da EMI, alguns elementos do equipamento que esta propusera que não estavam previstos no caderno de encargos. Trata-se, concretamente, da consideração de assentos particulares, chamados «cantilever», de um mecanismo de desembaciamento dos vidros laterais e de um sistema particular de montagem modular utilizável na construção dos autocarros.

70. Em comparação com os assentos tradicionais, as vantagens dos *assentos «cantilever»*, que são fixados nas paredes laterais dos autocarros, são múltiplas. Obrigam, em primeiro lugar, a reforçar essas paredes nas quais os bancos devem ser fixados, o que, no conjunto, melhora a segurança dos passageiros. A ausência de fixação dos bancos no chão do autocarro permite ganhar tempo aquando da lavagem do autocarro. Finalmente, tais bancos aumentam o conforto dos passageiros, em razão de uma maior liberdade de movimento para as pernas e de um maior espaço para arrumação de eventuais bagagens.

71. As vantagens do *desembaciamento dos vidros* são tanto de natureza estética como económica. Impede que os vidros se embaciem, o que, em consequência, diminui também de modo considerável as despesas relacionadas com a sua limpeza.

72. Em razão do método de fixação das peças, o *sistema modular* de montagem dos autocarros faz ganhar sensivelmente tempo em caso de reparação indispensável da carroçaria. Além disso, esse sistema diminui grandemente o número de peças a manter em *stock*, uma vez que certas peças se adaptam indistintamente a diferentes modelos de autocarro.

73. Os três equipamentos que acabam de ser referidos (os bancos, o sistema de desembaciamento e o sistema modular) constavam já da proposta inicial da EMI. Resulta da decisão de adjudicação que esses elementos intervieram na apreciação definitiva, sem no entanto estarem concretamente reduzidos a números.

74. No seu documento de 3 de Agosto, a EMI dedicou-se, é certo, a reduzir a números as vantagens económicas dos equipamentos citados. A entidade adjudicante não aceitou, no entanto, este método de cálculo.

75. A questão é a de saber se os elementos em questão constituem variantes na acepção da directiva, e se, na afirmativa, estas foram correctamente apreciadas.

76. O artigo 27.°, n.° 3, da directiva determina que:

«Quando o critério de adjudicação do contrato for o da proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes podem tomar em consideração as variantes apresentadas por um proponente que satisfaçam os requisitos mínimos exigidos pelas entidades adjudicantes. As entidades adjudicantes indicarão no caderno de encargos as condições mínimas que as variantes devem respeitar, bem como quaisquer modalidades específicas de apresentação...»

O trigésimo segundo e o trigésimo terceiro considerandos da directiva mencionam os seguintes princípios de aplicação:

«Considerando que as regras a aplicar pelas entidades em causa devem criar um enquadramento para práticas comerciais leais e permitir a maior flexibilidade;

Considerando que, como contrapartida dessa flexibilidade e a fim de promover a confiança mútua, se deve assegurar um nível mínimo de transparência e adoptar métodos adequados de controlo da aplicação da presente directiva.»

77. Indica-se, no ponto 3, alínea d), do aviso de concurso:

«Variantes: são autorizadas variantes» [21].

21 — A versão original do aviso de concurso indica: «Variantes: les suggestions sont autorisées».

78. O caderno de encargos faz referência às variantes em diferentes contextos. Num primeiro momento fala-se em «variantes financeiras» [22]; noutras passagens, aparecem os conceitos de «variantes obrigatórias» [23] ou de «variantes facultativas» [24]. No âmbito dos critérios de adjudicação, sob ponto 20.2.1, «Preço unitário dos autocarros e variantes financeiras», indica-se: «O preço unitário será aumentado do preço das variantes não financeiras e das eventuais sugestões que tenham sido tomadas em consideração.»

79. A Comissão considera que não se deveria ter tido em conta as características aquando da apreciação da proposta da EMI. Os elementos técnicos não reduzidos a números não podiam, segundo ela, ter sido tomados em consideração, na medida em que não tinham sido anunciados como elementos utilizáveis para determinar a proposta economicamente mais vantajosa. A Comissão reconhece que o caderno de encargos autoriza variantes. Considera, no entanto, que os elementos exigidos por este não podem ser considerados «sugestões livres» [25] e que só poderiam, portanto, ser valorizados de acordo com o caderno de encargos.

80. Na réplica, a Comissão considera que, embora seja exacto que o caderno de encargos autorize variantes, não é menos certo que elas só podem ser tomadas em consideração para aumentar o preço unitário dos autocarros.

81. O Governo belga objecta a este último argumento que ele é extemporâneo e que deve, portanto, ser rejeitado. O Governo belga aduz, ainda, os seguintes fundamentos defensivos.

Segundo ele, deve começar por se considerar que as propostas, ou sugestões [26], foram aceites por aplicação do caderno de encargos. As características técnicas consideradas pela SRWT a título de propostas não foram objecto de qualquer bonificação que influísse sobre o preço unitário dos veículos propostos pela EMI. Foram apenas consideradas a título de elementos não numéricos de conforto e de qualidade, os quais permitiram concluir que a proposta dessa sociedade era economicamente a mais vantajosa.

82. O Governo belga sublinha que estas propostas apenas tiveram um papel menor na adjudicação do contrato. As propostas da EMI e da Van Hool estavam tão próximas que a SRWT considerou que era necessário, a fim de distinguir os candidatos, ter em conta as vantagens particulares que apresentavam os veículos da EMI. Uma tal solução era, segundo ele, compatível com o artigo 27.°, n.° 3, da directiva, por força do qual, quando

22 — «Variantes financières», ponto 20.2 do caderno de encargos especial — Critérios de adjudicação.

23 — «Variantes obligatoires» — liste des variantes.

24 — «Variantes facultatives» — liste des variantes.

25 — «Suggestions libres».

26 — «Suggestions».

o critério de atribuição é o da proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes podem tomar em consideração as variantes apresentadas por um proponente, desde que correspondam às exigências mínimas requeridas pela entidades adjudicantes.

83. Acrescenta que o objectivo das variantes ou sugestões é justamente o de chamar a atenção da administração sobre as novidades de que ela não tem conhecimento e que o papel das sugestões é precisamente o de ir para além das prescrições técnicas mínimas fixadas no caderno de encargos. Finalmente, quanto à acusação baseada na desigualdade de tratamento entre proponentes, considera que deve ser rejeitada, uma vez que é impossível, na prática, comparar sugestões, uma vez que elas tornam cada proposta original e dissemelhante das demais. A Comissão não pôde, aliás, alegar que outros concorrentes tinham feito sugestões comparáveis.

84. Desejamos começar por examinar a objecção de inadmissibilidade que o Governo belga opõe ao argumento que a Comissão aduz na réplica a propósito do aumento do preço unitário no caso de variantes. Esta objecção tem apoio jurídico no artigo 42.°, n.° 2, primeira frase, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Aí se prevê que:

«É proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.»

Sendo o argumento em apreciação um dos aduzidos pela demandante, deve ser classificado entre os fundamentos que têm por objecto invocar uma acusação. Ao examinar a questão da preclusão dos referidos fundamentos, há que fazer um distinção fundamental entre fundamentos e argumentos. Os fundamentos devem todos constar da petição. Não se pode aduzir fundamentos novos no decurso posterior do processo, sem os justificar na acepção do artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento de Processo. Diferentemente se passa com os argumentos, que têm por objectivo demonstrar ou completar os fundamentos já apresentados. Os argumentos podem ser aduzidos a qualquer momento, mesmo numa fase posterior do processo.

85. O fundamento baseado na não observação dos critérios de adjudicação no momento da celebração do contrato, a qual se manifestou pela consideração dos assentos, do sistema de desembaciamento e do sistema modular sugeridos pela EMI, foi já apresentado na petição — e igualmente no processo pré-contencioso. A menção dos efeitos produzidos sobre o preço unitário por variantes eventualmente acolhidas constitui apenas, no que respeita a este fundamento, um argumento suplementar. A objecção da sua inadmissibilidade não tem, portanto, pertinência.

86. O Governo belga argumenta, no que respeita ao argumento contestado, que acusação é também injustificada no que respeita ao mérito. Com efeito, o caderno de encargos prevê que o preço unitário seja ampliado *com as sugestões aceites a fim de efectuar* comparações. Mas desde que o preço unitário englobe já o custo desses elementos especiais — como sucedeu no caso vertente —, não é possível fazê-lo repercutir uma segunda vez sobre o preço. Ainda que as sugestões aceites não tivessem o efeito de aumentar o preço unitário, não estava proibido à entidade adjudicante ter em conta os *méritos do material proposto*.

87. Ao apreciar o comportamento adoptado pela entidade adjudicante a propósito dos critérios relativos aos equipamentos, deve considerar-se que a directiva autoriza em princípio as variantes. Isto resulta expressamente do artigo 27.°, n.° 3. O texto do aviso de concurso demonstra, aliás, que se fez uso dessa possibilidade no concurso em causa.

88. A determinação abstracta de variantes autorizadas está subordinada à questão do seu efeito útil. A este respeito, há uma diferença fundamental entre os processos cujo critério de adjudicação decisivo é o preço mais baixo, e aqueles em que a proposta economicamente mais vantajosa é determinante [27]. Estes últimos são os únicos em que o proponente tem a faculdade de apresentar variantes. Tal como o Governo belga justamente alegou, este processo permite, na celebração do contrato, tomar em conta as sugestões e novidades cuja existência a entidade adjudicante só fica a conhecer através de um proponente. O trigésimo segundo e o trigésimo terceiro considerando da directiva *demonstram a necessidade de reservar a possibilidade*, inclusivamente no âmbito da aplicação da directiva, de uma certa flexibilidade na prática económica de uma entidade adjudicante.

89. Embora deva ser possível aos proponentes, no âmbito de um processo de celebração de um contrato, apresentar propostas e sugestões, está fora de causa que eles se refiram, por hipótese, a critérios predefinidos do caderno de encargos. Parece-nos, portanto, perfeitamente lógico que as sugestões feitas pela EMI relativamente aos equipamentos particulares não possam ser classificadas sob qualquer das variantes repertoriadas no caderno de encargos. Isto é evidente quando está em questão o conceito de variantes financeiras. Quanto às variantes obrigatórias, constituem propostas alternativas que são exigidas e definidas pela entidade adjudicante a propósito de detalhes do caderno de encargos. As soluções alternativas, definidas nas diferentes passagens pertinentes do caderno de encargos, dão esclarecimentos sobre o seu conteúdo. A lista das variantes [28] dá uma visão de conjunto. Três das quatro variantes facultativas, também incluídas nessa lista, são relativas ao financiamento. Só uma delas incide sobre um elemento técnico. Este está,

27 — V. o artigo 27.°, n.° 1.

28 — «Liste des variantes» em anexo ao caderno de encargos especial.

por seu lado, predefinido. A diferença entre as variantes obrigatórias e as variantes facultativas [29] parece-nos assentar no facto de o proponente dever apresentar as variantes obrigatórias para satisfazer as exigências do caderno de encargos, enquanto tem toda a latitude para trabalhar sobre a variante facultativa solicitada e não pode, de qualquer modo, ser excluído se por negligência o não fizer.

90. A admissão de propostas e sugestões que, por hipótese, não estejam prescritas no caderno de encargos suscita a dificuldade de saber como tomar em conta as que forem eventualmente aceites. As sugestões devem, também elas, ser economicamente apreciadas quando um contrato é adjudicado à proposta economicamente mais vantajosa.

91. Nos processos em que a adjudicação se faz à proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante dispõe, segundo nós, de um certo poder de apreciação quanto à opção final da solução técnica a que dá finalmente preferência. Este poder de apreciação não é, certamente, ilimitado e deve estar submetido ao controlo do excesso de poder.

29 — «Variante facultative».

Em nossa opinião, os critérios do exercício do poder de apreciação podem ser retirados da directiva. O artigo 27.°, n.° 3, determina, por exemplo, que:

«As entidades adjudicantes indicarão no caderno de encargos as condições mínimas que as variantes devem respeitar...»

Está em questão, no trigésimo terceiro considerando da directiva, um «*nível mínimo de transparência*» em contrapartida da flexibilidade adoptada. Gostaríamos de lhe acrescentar *a proibição de discriminação,* consagrada no artigo 4.° da directiva.

92. Para a prossecução da nossa análise, pretendemos partir do princípio de que a entidade adjudicante dispõe de um poder de apreciação no que respeita à tomada em conta de sugestões, na condição de estas corresponderem às exigências mínimas definidas no caderno de encargos e de o processo ser organizado de modo transparente e não discriminatório. Deve, segundo nós, aplicar-se os mesmos princípios à apreciação económica das propostas e sugestões.

93. Os critérios de equipamento contestados devem ser considerados características das qualidades técnicas do material proposto.

Estas qualidades [30] relevam dos critérios de adjudicação expressamente mencionados no caderno de encargos e englobam sete características [31]. Uma das particularidades destes critérios é a de que eles definem *exclusivamente* as bonificações ou penalizações fictícias que se aplicam ao material exigido e dizem respeito a eventuais soluções alternativas que delas se afastem. Um vez que estes critérios de apreciação se referem às definições estabelecidas no caderno de encargos, não há lugar, neste quadro, para a apreciação de sugestões que aí não sejam mencionadas. A apreciação económica das variantes só está expressamente prevista para a fixação do preço unitário no âmbito dos critérios de adjudicação [32].

94. Estamos aqui confrontados com o problema, suscitado pelo Governo belga, da impossibilidade de repercutir de novo sobre o preço de custo as sugestões técnicas úteis que já foram consideradas no preço unitário. Isto levaria, com efeito, a prejudicar economicamente as melhores soluções. Seria mais justo aplicar o sistema do *bonus/malus* instituído para o material técnico às sugestões aceites pela entidade adjudicante. Mas, como já esclarecemos, confrontamo-nos, para o fazer, com a impossibilidade de definir *a priori* as características técnicas que, por hipótese, sejam desconhecidas.

95. Perante as dificuldades encontradas para valorizar economicamente as soluções técnicas alternativas, a EMI propôs, no seu documento de 3 de Agosto de 1993, um método de quantificação das sugestões que apresentara [33]. A entidade adjudicante não aceitou estas propostas de avaliação, indicando, como razão para isso, que nenhum instrumento de apreciação estava previsto para essas soluções alternativas no âmbito dos critérios de adjudicação fixados no caderno de encargos.

96. A entidade adjudicante tem no entanto, segundo nós, o direito, no âmbito do seu poder de apreciação, de tomar em conta, a título de elementos valorizantes, as sugestões feitas pelo proponente, desde que correspondam, de um ponto de vista técnico, aos requisitos mínimos do caderno de encargos e que o contrato seja adjudicado de modo transparente e não discriminatório.

97. Pode encontrar-se, em diversos lugares do caderno de encargos, as exigências relativas aos bancos exigidos. Elas dizem respeito tanto ao número de lugares de que devem dispor os diferentes modelos de veículos como às variantes imperativas exigidas para tipos particulares, como os «bancos antivandalismo» sitos na parte traseira dos autocarros [34]. Se os bancos «cantilever» satisfazem aparentemente todas estas exigência técnicas, oferecem ainda outras vantagens, tanto no plano económico como em matéria de conforto.

30 — «Les qualités tecniques du matériel offert», v. os pontos 20.2.2.4 e segs. dos critérios de adjudicação constantes do caderno de encargos.

31 — Pontos 20.2.2.4 a 20.2.2.10 do caderno de encargos, v. o ponto 59 *supra*.

32 — V. o ponto 20.2.1 dos critérios de adjudicação.

33 — Bancos «cantilever»: 480 000 BFR; sistema de desembaciamento: 240 000 BFR; sistema modular: 100 000 BFR.

34 — V. o anexo 11 do caderno de encargos geral; parte 2, capítulo IV, ponto 13, artigo 42.°, e parte 3, capítulo II, artigo 18.°, ponto 18.6 do caderno de encargos especial.

98. A parte 2, capítulo IV, ponto 14, artigo 43, permite determinar os requisitos mínimos no que respeita ao sistema de desembaciamento dos vidros que foi sugerido. Estão em questão vidros simples ou vidros duplos, estando estes últimos ligados ao sistema de aquecimento no quadro de uma variante obrigatória. Também aqui não se vê, segundo nós, qualquer derrogação aos requisitos mínimos.

99. Quanto ao sistema modular, finalmente, não distinguimos qualquer exigência mínima no caderno de encargos. Isto não é surpreendente, uma vez que esse sistema foi justamente proposto a título de elemento original e novo e que, portanto, não podia estar aí previsto. Sabemos já, pela observações que precedem, que a entidade adjudicante dava uma importância essencial, no quadro da avaliação dos custos de utilização (o segundo critério de adjudicação), ao tempo de trabalho necessário à reparação do veículo, bem como às despesas de material dela resultante. O terceiro dos critérios de adjudicação, a garantia dos fornecimentos, mostra que era fundamental, para a entidade adjudicante, que o fornecimento das peças sobressalentes e a gestão dos *stocks* fossem organizados do modo mais eficaz possível. Não podemos discernir qualquer desrespeito de eventuais requisitos mínimos em matéria de elementos de fabrico que seja devida ao sistema modular proposto.

100. Parece-nos que a entidade adjudicante respeitou a necessária transparência ao mencionar expressamente na decisão de adjudicação, com base numa classificação preestabelecida segundo os critérios de adjudicação definidos, as sugestões que tinha aceite, e ao indicar, de modo claro e perceptível, as vantagens económicas que tais sugestões apresentavam. O memorando redigido para o conselho de administração de 6 de Outubro de 1993 refere os elementos em que se baseava a proposta de adjudicação e discute-os expressamente [35].

101. Quanto, finalmente, ao respeito pelo princípio da igualdade de tratamento, a entidade adjudicante não derrogou, no que respeita aos equipamentos, qualquer da prescrições fixadas no caderno de encargos. A situação é, a este respeito, completamente diferente da que respeita à frequência de substituição do motor e da caixa de velocidades. É aqui mais difícil comparar directamente as proposições e sugestões com as propostas de outros proponentes, uma vez que estes não fizeram qualquer sugestão comparável.

102. Consideramos, em conclusão, que a entidade adjudicante agiu no âmbito do seu poder de apreciação ao tomar em consideração os equipamentos constituídos pelos bancos «cantilever», o sistema de desembaciamento e o sistema modular, e que a sua decisão de adjudicação não é ilegal a este respeito.

35 — V. a p. 6 do memorando redigido para a reunião do conselho de administração de 6 de Outubro de 1993.

Despesas

103. Por força do artigo 69.°, n.° 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se cada parte obtiver vencimento parcial o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas. Propomos que assim se proceda no caso vertente.

C — Conclusão

104. Em consequência das considerações que precedem, concluímos que:

«1) O Reino da Bélgica violou as obrigações que para ele decorrem da 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, ao tomar em consideração, no âmbito de um contrato de direito público celebrado pela SRWT, as modificações feitas a uma das propostas posteriormente à abertura destas e ao aceitar uma proposta com derrogação do critério de adjudicação.

2) Quanto ao mais, é negado provimento à acção.

3) Cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.»