ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

23 de Janeiro de 2003 *

No processo C-57/01,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE, pelo Dioikitiko Efeteio Athinon (Grécia), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Makedoniko Metro,

Michaniki AE

e

Elliniko Dimosio,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação das Directivas 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 (JO L 395, p. 33), com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços

* Língua do processo: grego.

(JO L 209, p. 1), e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: C. Gulmann, exercendo funções de presidente da Sexta Secção, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric e J. N. Cunha Rodrigues (relator), juízes,

advogada-geral: C. Stix-Hackl,

secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação do Makedoniko Metro e da Michaniki AE, por G. Karydis, A. Pliakos e N. I. Kampas, Dikigori,

— em representação do Governo grego, por V. Kyriazopoulos, C. Georgiadis e D. Tsangarakis, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Nolin e P. Panayotopoulos, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações do Makedoniko Metro e da Michaniki AE, representados por G. Karydis e A. Pliakos, do Governo helénico, representado por V. Kyriazopoulos, e da Comissão, representada por M. Nolin e M. Konstantinidis, na qualidade de agente, na audiência de 6 de Junho de 2002,

ouvidas as conclusões da advogada-geral apresentadas na audiência de 11 de Julho de 2002,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 26 de Outubro de 2000, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 9 de Fevereiro de 2001, o Dioikitiko Efeteio Athinon (Tribunal Administrativo de Segunda Instância de Atenas) submeteu, nos termos do artigo 234.° CE, uma questão prejudicial sobre a interpretação das Directivas 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 (JO L 395, p. 33), com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1, a seguir «Directiva 89/665»), e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

2 Esta questão foi suscitada no âmbito de um litígio que opõe o agrupamento de empresas Makedoniko Metro (a seguir «Makedoniko Metro») e a sociedade Michaniki AE (a seguir «Michaniki») ao Estado helénico sobre um contrato relativo à construção de um metropolitano na cidade de Salónica (Grécia).

Enquadramento jurídico

Direito comunitário

3 O artigo 1.° da Directiva 89/665 dispõe:

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

2. Os Estados-Membros velarão por que não exista qualquer discriminação entre as empresas que estejam em condições de invocar um prejuízo no âmbito de um processo de atribuição de um contrato devido à distinção feita na presente directiva entre as normas nacionais que transpõem o direito comunitário e as outras normas nacionais.

3. Os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. Os Estados-Membros podem em particular exigir que a pessoa que pretenda utilizar tal processo tenha informado previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso.»

4 O artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 89/665 prevê:

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

a) [...]

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

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

5 Segundo o artigo 5.° da Directiva 89/665, os Estados-Membros deviam pôr em vigor as medidas necessárias para dar cumprimento a esta directiva antes de 21 de Dezembro de 1991.

6 A Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9), várias vezes alterada, foi revogada e substituída pela Directiva 93/37.

7 Segundo o artigo 1.°, alíneas a) e d), da Directiva 93/37:

«Para efeitos da presente directiva:

a) Os contratos de empreitada de obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante;

[...]

d) A concessão de obras públicas é um contrato que apresenta as mesmas características que as referidas na alínea a), com excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço;»

8 O artigo 3.°, n.° 1, da Directiva 93/37 prevê:

«No caso de as entidades adjudicantes celebrarem um contrato de concessão de obras públicas, as regras de publicidade definidas nos n.^{os} 3, 6, 7 e 9 a 13 do artigo 11.° e no artigo 15.° serão aplicáveis a esse contrato, quando o seu valor for igual ou superior a [um montante definido].»

9 Segundo os artigos 4.° a 6.° da Directiva 93/37, esta é aplicável, salvo algumas excepções, aos contratos de empreitada de obras públicas que ultrapassem um montante definido.

10 Segundo o artigo 21.° da Directiva 93/37:

«Os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a apresentar propostas. Não se pode exigir que esses agrupamentos adoptem uma forma jurídica determinada para efeitos de apresentação da proposta, mas o agrupamento seleccionado pode ser obrigado a adoptar essa forma quando a empreitada lhe for atribuída.»

11 Esta disposição é substancialmente idêntica ao artigo 21.° da Directiva 71/305 que substitui.

12 O artigo 36.°, n.° 1, da Directiva 93/37 revoga a Directiva 71/305, «sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros em relação aos prazos de transposição e de aplicação constantes do anexo VII». Segundo este anexo, o prazo de transposição do artigo 21.° da Directiva 71/305 foi fixado, para a República Helénica, em 1 de Janeiro de 1981.

13 O artigo 36.°, n.° 2, da Directiva 93/37 prevê que as remissões para a Directiva 71/305 revogada devem entender-se como sendo feitas para a Directiva 93/37.

Direito nacional

14 Resulta do despacho de reenvio que o concurso em causa no processo principal se rege a título principal pela Lei n.° 1418/1984 (23 A), relativa às obras públicas e regulamentações conexas, e pelo Decreto presidencial n.° 609/1985 (223 A). Esta legislação prevê, em determinadas circunstâncias, a substituição de membros do agrupamento de empresas ao qual tenha sido adjudicada a obra no respectivo concurso. Esta substituição, que tem lugar sempre após autorização do dono da obra, só é prevista na fase de execução da obra, isto é, na fase seguinte à assinatura do contrato entre o adjudicatário e o dono da obra e não na fase que precede a adjudicação.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

15 O Estado helénico decidiu lançar um concurso internacional com vista ao planeamento-construção, autofinanciamento e exploração da obra do metropolitano de Salónica, orçada em 65 000 000 000 GRD. Para a adjudicação do contrato escolheu a forma do concurso limitado em seis fases: a fase de selecção prévia dos candidatos convidados a apresentarem uma proposta, a fase de entrega das propostas pelos candidatos pré-seleccionados, a fase de avaliação das suas propostas técnicas, a fase de avaliação das suas propostas económicas e financeiras, a fase de negociações entre a entidade adjudicante e o proponente designado adjudicatário provisório e a fase de assinatura do contrato.

16 Por despacho de 18 de Junho de 1992, o Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e das Obras Públicas grego (a seguir «ministro») homologou o aviso de concurso que lançou a primeira fase do processo (pré-selecção dos candidatos). No termo desta fase, foram autorizados a apresentar propostas oito agrupamentos de empresas candidatos, entre os quais o Makedoniko Metro e o agrupamento de empresas Thessaloniki Metro (a seguir «Thessaloniki Metro»).

17 Por despacho de 1 de Fevereiro de 1993, o ministro aprovou os actos de concurso da segunda fase do processo (entrega de propostas pelos candidatos pré-seleccionados), os quais incluíam, designadamente, o aviso complementar de concurso (a seguir «aviso complementar») e o caderno de encargos específico.

18 O artigo 6.°, n.° 2, do aviso complementar precisava que os agrupamentos pré-seleccionados eram autorizados a participar com a composição que tinham na primeira fase do concurso, que estava expressamente excluída a criação de agrupamentos de empresas ou outras formas de colaboração entre estes e, por último, que era possível o alargamento de um agrupamento a novos membros, desde que estes não fizessem parte de outros agrupamentos pré-seleccionados para a segunda fase do concurso.

19 O artigo 12.°, n.° 2, do aviso complementar dispunha que o *dossier* de cada candidato devia conter todos os documentos comprovativos de que o candidato tinha a forma jurídica de um agrupamento de empresas, designadamente o acto notarial comprovativo da constituição do agrupamento de empresas entre todos os membros do agrupamento pré-seleccionado, incluindo os eventuais novos membros, em conformidade com o disposto no artigo 6.° do referido aviso complementar. Nos termos do artigo 12.°, n.^{os} 3 e 4, do aviso complementar, estes *dossiers* deviam igualmente conter as actas aprovadas dos conselhos de administração dos membros do agrupamento de empresas que validassem a sua participação no agrupamento de empresas, bem como cópias autenticadas pelas

autoridades competentes dos estatutos dos eventuais novos membros do agrupamento de empresas. Finalmente, o artigo 12.°, n.° 6, do aviso complementar exigia que todos os elementos enumerados no artigo 7.°, n.^{os} 1 a 4, do aviso da primeira fase do concurso relativos aos eventuais novos membros de um agrupamento de empresas figurassem no *dossier*.

20 O artigo 7.°, n.° 2, deste último aviso previa que os agrupamentos de empresas deviam expor as suas intenções quanto ao grau de participação no financiamento da obra e que deviam apresentar uma declaração de que estavam dispostos a entrar com os capitais necessários para garantir o acabamento, a manutenção e o funcionamento da obra, para além das subvenções de qualquer espécie.

21 O artigo 7, n.° 3, deste aviso determinava que qualquer empresa de construção ou de projectos devia apresentar certificado comprovativo da inscrição no Registo Comercial do país em que tinha o seu estabelecimento, bem como documentos justificativos da sua capacidade financeira e económica e da sua qualidade e idoneidade técnicas, e o artigo 7.°, n.° 4, do mesmo estipulava que as empresas do agrupamento que se ocupassem especialmente da exploração da obra deviam apresentar os certificados adequados e comprovar a sua capacidade e experiência de exploração de obras de comunicações e em especial de metropolitanos.

22 Decorre da conjugação do disposto nos avisos de concurso que, na segunda fase do concurso, estava prevista a possibilidade de alargamento a novos membros de um agrupamento de empresas pré-seleccionado na primeira fase, mas que esse alargamento só podia ter lugar até ao momento fixado para a apresentação das propostas dos candidatos.

23 Na segunda fase do concurso, apresentaram propostas técnicas, estudos económicos e propostas de financiamento, entre outros, o Makedoniko Metro e o Thessaloniki Metro.

24 Na altura da pré-selecção, o Makedoniko Metro tinha como membros as sociedades Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA e Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, com participações de 70%, 20%, 5% e 5%, respectivamente.

25 Na segunda fase do concurso, o agrupamento de empresas Makedoniko Metro alargou-se à sociedade AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. Os montantes de participação das quatro sociedades acima mencionadas elevaram-se respectivamente a 63%, 17%, 5% e 5% e o da sociedade AEG Westinghouse Transport Systems GmbH elevou-se a 10%. Era esta a composição do Makedoniko Metro quando foi designado adjudicatário provisório, em 14 de Junho de 1994. Esta composição não sofre contestação entre as partes no processo principal.

26 Após a constituição da comissão de negociações, por decisão de 24 de Junho de 1994, e após o início das negociações entre o Estado helénico e o Makedoniko Metro, na sua qualidade de adjudicatário provisório, este último, por carta de 29 de Março de 1996, comunicou ao ministro uma nova composição, que incluía como membros a sociedade Michaniki, a sociedade ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (a seguir «Adtranz») e o agrupamento Fidel Group, ele próprio constituído pela Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, pela Fidel SpA e pela Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, elevando-se as respectivas participações a 80% para a Michaniki, 19% para a Adtranz e 1% para o Fidel Group.

27 Mais tarde, por carta de 14 de Junho de 1996 dirigida à comissão das grandes obras, em resposta a perguntas relativas a rumores sobre a falência e liquidação dos membros do agrupamento Fidel Group, o Makedoniko Metro comunicou a esta comissão que as sociedades desse agrupamento já não participavam no Makedoniko Metro e que, naquele momento, este tinha como membros as sociedades Michaniki, Adtranz e Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurban Consult), cujas respectivas participações se elevavam a 80,65%, 19% e 0,35%. O acto de constituição do Makedoniko Metro, com esta última composição, não foi apresentado à administração. Este acto foi assinado em 27 de Novembro de 1996. Foi com esta última composição que o Makedoniko Metro intentou a acção principal.

28 Verificando a existência de diferenças substanciais entre as posições do Makedoniko Metro e as exigências impostas pelo concurso, o ministro considerou que as negociações tinham falhado e, por decisão de 29 de Novembro 1996, ordenou o encerramento das negociações entre o Estado helénico e o Makedoniko Metro e convidou o Thessaloniki Metro a encetar negociações, na qualidade de primeiro adjudicatário provisório.

29 Em 10 de Dezembro de 1996, o Makedoniko Metro interpôs recurso de anulação da decisão do ministro de 29 de Novembro de 1996, no Symvoulio tis Epikrateias (Conselho de Estado) (Grécia). Por acórdão n.° 971/1998 de 6 de Março de 1998, o Conselho de Estado julgou o recurso improcedente, com o fundamento de que o Makedoniko Metro não podia legitimamente modificar a sua composição após a apresentação das propostas e após ter sido escolhido como adjudicatário provisório, enquanto continuava a participar no processo litigioso, pelo que juridicamente não podia, com a sua nova composição, pedir a anulação do acto impugnado.

30 Além disso, o Makedoniko Metro e a Michaniki intentaram, no Dioikitiko Protodikeio Athinon (Tribunal Administrativo de Primeira Instância de Atenas) (Grécia), uma acção judicial pedindo a condenação do Estado helénico a pagar-lhes certos montantes a título de indemnização e de reparação financeira pelos danos morais por eles sofridos na sequência do referido acto ilícito e da omissão da administração. Por decisão n.° 3794/1999 de 30 de Abril de 1999, o referido tribunal administrativo julgou a acção improcedente com o fundamento de que o Makedoniko Metro, na sua nova composição, com a qual intentara a acção, não tinha legitimidade para pedir uma indemnização.

31 O Makedoniko Metro e a Michaniki interpuseram recurso desta decisão para o Dioikitiko Efeteio Athinon, o qual decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa em processos de adjudicação de uma empreitada de obras públicas, que ocorre

após a apresentação das propostas e a selecção do agrupamento de empresas como adjudicatário provisório e que é tacitamente aceite pela autoridade adjudicante, deve ser interpretada no sentido de que leva à privação do seu direito a participar no concurso e, consequentemente, do seu direito ou do seu interesse em que lhe seja adjudicada a execução da obra?

Esta interpretação é conforme com a letra e o espírito das disposições das Directivas 93/37/CEE e 89/665/CEE?»

Quanto ao pedido de reabertura da fase oral

32 Por carta de 15 de Julho de 2002, o Makedoniko Metro requereu a reabertura da fase oral «a fim de esclarecer o Tribunal de Justiça sobre o objecto do processo nacional que deu origem às questões prejudiciais».

33 Em apoio do seu pedido, o Makedoniko Metro contesta, em particular, o n.º 35 das conclusões da advogada-geral, no qual esta reformula a questão prejudicial, e o n.º 79 das mesmas conclusões, que precisa o objecto da questão prejudicial. Segundo o Makedoniko Metro, a advogada-geral não tem razão ao considerar que as autoridades nacionais decidiram excluir o Makedoniko Metro do concurso controvertido devido à modificação da sua composição. Com efeito, a entidade adjudicante nunca tomou uma decisão que excluísse o Makedoniko Metro desse concurso em razão da modificação da sua composição, pelo que o litígio no processo principal não poderia ter por objecto semelhante decisão.

34 Recorde-se que o Tribunal de Justiça pode oficiosamente ou sob proposta do advogado-geral, ou ainda a pedido das partes, ordenar a reabertura da fase oral,

nos termos do artigo 61.° do seu Regulamento de Processo, se considerar que não está suficientemente esclarecido ou que o processo deve ser decidido com base num argumento que não foi debatido entre as partes (v. acórdãos de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Post, C-270/97 e C-271/97, Colect., p. I-929, n.° 30, e de 18 de Junho de 2002, Philips, C-299/99, Colect., p. I-5475, n.° 20).

35 Em relação aos argumentos invocados pelo Makedoniko Metro, cumpre no entanto recordar que, por um lado, segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça pode, se necessário, reformular uma questão prejudicial por forma a respeitar os limites da sua competência e fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil (v., neste sentido, acórdãos de 4 de Maio de 1993, Distribuidores Cinematográficos, C-17/92, Colect., p. I-2239, n.° 8, e de 18 de Novembro de 1999, Teckal, C-107/98, Colect., p. I-8121, n.° 33) e que, por outro, cabe ao órgão jurisdicional nacional definir o objecto do processo principal.

36 As observações que o Makedoniko Metro pretende desenvolver no âmbito de uma reabertura da fase oral dizem exclusivamente respeito a questões relacionadas com a competência do órgão jurisdicional de reenvio.

37 Com base nestas considerações, o Tribunal de Justiça, ouvida a advogada-geral, entende que o pedido efectuado pelo Makedoniko Metro não comporta qualquer elemento que demonstre a utilidade ou necessidade de uma reabertura da fase oral.

38 O pedido do Makedoniko Metro deve, pois, ser indeferido.

Quanto à questão prejudicial

Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

39 O Makedoniko Metro e a Michaniki sustentam que a decisão de 29 de Novembro de 1996, que pôs termo às negociações entre o Estado helénico e o Makedoniko Metro, não teve por fundamento a modificação da composição deste agrupamento de empresas. Pelo contrário, esta decisão tratou o Makedoniko Metro como se este mantivesse a qualidade de proponente, ou seja, como se conservasse, apesar das modificações da sua composição, o direito formal a participar no concurso em causa. Por conseguinte, na sua composição final, o Makedoniko Metro permaneceu titular das relações jurídicas resultantes do processo de concurso controvertido e podia assim invocar uma legitimidade activa e um interesse legítimo em solicitar uma indemnização por violação do disposto na Directiva 93/37, bem como pela violação do princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, o qual, enquanto princípio geral de direito comunitário, se aplica igualmente ao concurso público em causa no processo principal (ainda que o mesmo deva ser qualificado de concessão de obras públicas). Segundo o Makedoniko Metro e a Michaniki, o caso em apreço constitui um exemplo clássico de empreitada de obras públicas, mas, ainda que o contrato em causa devesse ser qualificado de contrato de concessão, a Directiva 89/665 continuaria a aplicar-se, uma vez que constitui apenas uma manifestação particular do princípio geral da efectiva protecção jurídica daqueles que são afectados por violações do direito comunitário relativo a concursos públicos.

40 O Makedoniko Metro e a Michaniki consideram que se deve responder à questão prejudicial no sentido de que a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participava num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas — que foi tacitamente aceite pela entidade adjudicante e que ocorreu após a apresentação das propostas e a selecção do agrupamento de empresas como adjudicatário provisório e não figurando além disso entre as razões invocadas em apoio da decisão de encerramento das negociações e de exclusão do agrupamento de empresas do

desenrolar do processo — não pode levar a privar esse agrupamento de empresas da qualidade de proponente, nem a que a este ou aos seus membros seja negado o interesse ou o direito em obter a adjudicação ou, consequentemente, negada a sua legitimidade activa para exercer os direitos que lhes foram concedidos pelo direito comunitário e que são objecto do processo controvertido. Qualquer interpretação em sentido contrário das disposições nacionais nesta matéria violaria a letra e o espírito das Directivas 93/37 e 89/665 e, muito em particular, do princípio geral da efectiva tutela dos direitos dos cidadãos.

41 O Governo helénico observa que as Directivas 93/37 e 89/665 não fazem referência à questão da eventual modificação da composição de um agrupamento de empresas.

42 Uma vez que a questão da licitude ou ilicitude da modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa numa empreitada de obras públicas não é regulada pelo direito comunitário, são aplicáveis as disposições pertinentes do ordenamento jurídico nacional, as quais não permitiam a substituição de um membro de um agrupamento de empresas na fase do concurso que precede a adjudicação.

43 O Governo helénico conclui, assim, que a questão prejudicial deve ser respondida afirmativamente.

44 O Governo austríaco sustenta que a questão prejudicial deve ser reformulada com vista a apurar se a Directiva 93/37 se opõe a uma modificação da composição de um agrupamento de empresas após a apresentação das propostas, ficando este privado do direito de participar no concurso e, consequentemente, do direito e do interesse que alegadamente tinha em que lhe fosse adjudicada a execução da obra.

45 O Governo austríaco defende que a Directiva 93/37 apenas comporta disposições rudimentares em matéria de agrupamentos de empresas. O objectivo desta directiva é proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem oferecer bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro. Os elementos constantes do despacho de reenvio não revelam qualquer indício de infracção dos princípios do direito comunitário.

46 Com base no exposto, o Governo austríaco conclui que à questão prejudicial assim reformulada deve responder-se nos seguintes termos: a Directiva 93/37 não se opõe à modificação da composição de um agrupamento de empresas após a apresentação das propostas; o agrupamento de empresas não fica privado, com base nas disposições desta directiva, do seu direito a participar no concurso e, consequentemente, do seu direito ou do seu interesse em que lhe seja adjudicada a execução da obra.

47 A Comissão sublinha que a primeira parte da questão prejudicial é susceptível de ser interpretada no sentido de que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a interpretação do direito nacional, para o que ele não é competente. A fim de resolver esta dificuldade e fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil, a Comissão propõe uma reformulação desta questão e a sua apreciação sob a forma de três questões distintas, a saber:

1) Contém a Directiva 93/37 normas que permitem ou proíbem a modificação da composição de um agrupamento de empresas que já apresentou uma proposta? Mais concretamente, pode um Estado-Membro prever na sua legislação nacional e pode uma entidade adjudicante prever no seu caderno de encargos normas que imponham aos proponentes, sob pena de exclusão, a obrigação de não modificação da composição durante um concurso?

2) Permite o direito comunitário que uma entidade adjudicante possa continuar a negociar com um proponente que modificou a sua composição em violação das regras de direito nacional e do caderno de encargos?

3) A modificação da composição de um agrupamento de empresas contrária às regras de direito nacional e do caderno de encargos afecta o exercício dos direitos que esse agrupamento de empresas podia invocar com base na Directiva 89/665 e, mais concretamente, o direito de requerer uma indemnização?

48 Em relação à primeira questão, a Comissão considera que a Directiva 93/37 não contém quaisquer disposições expressas acerca da alteração da composição de um agrupamento de empresas. A única disposição relativa aos agrupamentos de empresas é a do artigo 21.º desta directiva, que lhes permite apresentar propostas sem lhes ser exigida uma forma jurídica determinada antes da atribuição da empreitada. De acordo com a Comissão, nenhuma disposição da Directiva 93/37 impõe às entidades adjudicantes uma linha de conduta específica sobre este aspecto do concurso. O procedimento a seguir é, assim, deixado ao critério do legislador nacional ou a uma decisão *ad hoc* da entidade adjudicante.

49 Estas observações, referentes ao sistema geral da Directiva 93/37, também são pertinentes no âmbito de uma concessão de obras públicas. Com efeito, o regime específico previsto por esta directiva para as concessões de obras diz respeito apenas às regras de publicidade e deixa ao concedente liberdade para fixar as condições de selecção dos candidatos e de atribuição da concessão segundo as regras do seu direito nacional.

50 Assim, a Comissão propõe que se responda à primeira questão reformulada que a Directiva 93/37 não contém quaisquer disposições que se oponham a que a

legislação nacional ou o caderno de encargos impeçam a alteração da composição de um agrupamento de empresas a partir de determinada fase do concurso, nomeadamente, após a apresentação de uma proposta.

51 Em relação à segunda questão reformulada, a Comissão considera que existe uma violação do princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes no caso de uma entidade adjudicante poder modificar unilateralmente, a favor de um proponente, os dados e as condições fixadas como inalteráveis no caderno de encargos sem reabrir todo o processo, a fim de permitir que os outros proponentes, incluindo os potenciais, possam beneficiar dessa alteração.

52 Por isso, em resposta a esta questão, a Comissão entende que o direito comunitário não autoriza uma entidade adjudicante a continuar a negociar com um proponente que tenha alterado a sua composição em violação das regras do direito nacional e do caderno de encargos.

53 Relativamente à terceira questão reformulada, a Comissão relembra que, nos termos do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665, só pode haver recurso de decisões relativamente às quais se alegue que violam o direito comunitário ou o direito nacional que o transpõe. Esta norma não impõe, por esse motivo, aos Estados-Membros, a instituição de processos que possibilitem o recurso das decisões tomadas no quadro de um processo de adjudicação em violação das regras de direito nacional que não constituam uma transposição das directivas comunitárias em matéria de concursos públicos.

54 Nestas circunstâncias, deve responder-se à terceira questão reformulada que a modificação da composição de um agrupamento de empresas contrária às regras de direito nacional e ao caderno de encargos não afecta o exercício dos direitos invocáveis por esse agrupamento de empresas com fundamento na Directiva

89/665, nomeadamente o de pedir uma indemnização, sempre que os motivos de exclusão do agrupamento de empresas sejam contrários ao direito comunitário dos concursos públicos ou às regras de direito nacional que o transpõem.

Apreciação do Tribunal de Justiça

55 Cumpre recordar que, no âmbito do artigo 234.° CE, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se nem sobre a interpretação de disposições legislativas ou regulamentares nacionais nem sobre a conformidade de tais disposições com o direito comunitário. Pode, no entanto, fornecer ao órgão jurisdicional nacional os elementos de interpretação pertencentes ao direito comunitário que lhe permitirão resolver o problema jurídico submetido à sua apreciação (acórdãos, já referidos, Distribuidores Cinematográficos, n.° 8, e Teckal, n.° 33).

56 Por outro lado, segundo jurisprudência assente, compete ao Tribunal de Justiça, perante questões formuladas de maneira imprecisa, extrair do conjunto dos elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional e dos autos da causa principal os elementos de direito comunitário que necessitam de interpretação, tendo em conta o objecto do litígio (acórdãos de 26 de Setembro de 1996, Arcaro, C-168/95, Colect., p. I-4705, n.° 21, e Teckal, já referido, n.° 34).

57 Com base nos elementos que constam do despacho de reenvio e atendendo a que a questão formulada pelo órgão jurisdicional nacional respeita tanto à Directiva 93/37 como à Directiva 89/665, deve considerar-se que este órgão jurisdicional pretende saber, essencialmente:

1) se a Directiva 93/37 se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa

num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas, modificação essa ocorrida após a apresentação das propostas, e

2) se e em que medida a Directiva 89/665 confere a este agrupamento de empresas direitos de recurso?

58 Quanto à primeira parte da questão, o despacho de reenvio não indica se o concurso em causa no processo principal é uma «empreitada de obras públicas» ou uma «concessão de obras públicas» na acepção da Directiva 93/37. Não cabe ao Tribunal de Justiça, no âmbito de um processo prejudicial, responder a esta questão. Nestas condições, importa apreciar a questão examinando sucessivamente cada uma das duas hipóteses.

59 Na hipótese de se tratar de uma «empreitada de obras públicas» na acepção da Directiva 93/37, esta directiva é aplicável nos termos dos seus artigos 4.° a 6.°

60 A única disposição da Directiva 93/37 que diz respeito aos agrupamentos de empresas é o seu artigo 21.° Ora, este limita-se, por um lado, a precisar que os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a apresentar propostas e, por outro, a proibir que a sua transformação numa forma jurídica determinada seja exigida antes de a empreitada ter sido atribuída ao agrupamento seleccionado.

61 É forçoso reconhecer que este artigo não contém qualquer disposição relativa à composição de tais agrupamentos. A regulamentação da composição inscreve-se, pois, na competência dos Estados-Membros.

62 A mesma solução se aplica *a fortiori* na hipótese de, no litígio do processo principal, estar em causa uma «concessão de obras públicas» na acepção da Directiva 93/37. Com efeito, resulta do artigo 3.°, n.° 1, desta directiva que o seu artigo 21.° nem sequer é aplicável a estas concessões.

63 Consequentemente, deve responder-se à primeira parte da questão prejudicial que a Directiva 93/37 não se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas.

64 Quanto à segunda parte da questão, importa salientar que o artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665 impõe aos Estados-Membros a obrigação de adoptar as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito de processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas comunitárias sobre a matéria possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível, com fundamento em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.

65 Os Estados-Membros são ainda obrigados, tal como resulta do n.° 3 do mesmo artigo, a garantir que os recursos são acessíveis pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação.

66 É, pois, à luz destes elementos que deve examinar-se a questão de saber se um agrupamento de empresas como o Makedoniko Metro deve, nas circunstâncias do processo principal, ter acesso às vias de recurso previstas pela Directiva 89/665.

67 A este propósito, cumpre antes de mais recordar que, tal como resulta do despacho de reenvio e foi referido no n.º 28 do presente acórdão, o ministro, na decisão de 29 de Novembro de 1996, verificando a existência de diferenças substanciais entre as posições do Makedoniko Metro e as exigências impostas pelo concurso, ordenou o encerramento das negociações com este agrupamento de empresas.

68 A fim de determinar se a referida decisão do ministro integra o conceito de «decisões tomadas pelas entidades adjudicantes» empregue no artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, cumpre recordar que o Tribunal de Justiça precisou que este conceito abrange as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes que estejam sujeitas às normas de direito comunitário em matéria de concursos públicos (acórdão de 18 de Junho de 2002, HI, C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 37).

69 Ora, quanto à questão de saber se tais normas se aplicam ao caso em apreço, é conveniente lembrar que, mesmo na ausência, nas directivas comunitárias em matéria de concursos públicos, de disposições especificamente aplicáveis, os princípios gerais do direito comunitário, nomeadamente o princípio da igualdade de tratamento, regulam igualmente os concursos para adjudicação de contratos públicos (v. acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 60, e HI, já referido, n.º 47).

70 Na medida em que tais princípios eram julgados aplicáveis a uma decisão tomada no âmbito de um concurso para adjudicação dum contrato público, esta decisão também é abrangida pelas regras previstas pela Directiva 89/665 a fim de assegurar o respeito das exigências do direito comunitário em matéria de contratos públicos (v. acórdão HI, já referido, n.º 48).

71 Se necessário, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio decidir, à luz dos elementos em presença, se tais princípios se aplicam ao processo principal.

72 Caberá igualmente ao órgão jurisdicional de reenvio estabelecer se se pode considerar que o Makedoniko Metro, também na sua nova composição, está ou esteve interessado em que lhe fosse adjudicado o contrato em causa no processo principal e que foi prejudicado pela decisão do ministro de 29 de Novembro de 1996, na acepção do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665.

73 Nestas condições, é conveniente responder à segunda parte da questão prejudicial que, na medida em que uma decisão de uma entidade adjudicante viola os direitos de um agrupamento de empresas previstos no direito comunitário no âmbito de um concurso público, este agrupamento de empresas deve ter acesso às vias de recurso previstas pela Directiva 89/665.

74 Tendo em conta as considerações anteriores, deve responder-se à questão colocada que:

1) a Directiva 93/37 não se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas e

2) na medida em que uma decisão de uma entidade adjudicante viola os direitos de um agrupamento de empresas previstos no direito comunitário no âmbito

de um concurso público, este agrupamento de empresas deve ter acesso às vias de recurso previstas pela Directiva 89/665.

Quanto às despesas

75 As despesas efectuadas pelo Governo austríaco e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Dioikitiko Efeteio Athinon, por despacho de 26 de Outubro de 2000, declara:

1) **A Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas.**

2) **Na medida em que uma decisão de uma entidade adjudicante viola os direitos de um agrupamento de empresas previstos no direito comunitário no âmbito de um concurso público, este agrupamento de empresas deve ter acesso às vias de recurso previstas pela 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, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 23 de Janeiro de 2003.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

J.-P. Puissochet