CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 13 de Março de 2008 [1]

I — Introdução

1. No caso em apreço, o Bundesvergabeamt (Serviço Federal de Adjudicações) austríaco submete ao Tribunal de Justiça um elenco de questões extremamente vasto, para interpretação de várias disposições comunitárias de direito dos contratos públicos. Está essencialmente em causa a interpretação do conceito de «adjudicação», na acepção do direito dos contratos públicos. Em especial, cumpre apurar em que condições é que a alteração de um contrato vigente deve ser considerada nova adjudicação de um contrato público de serviços, uma vez que, a sê-lo, pode eventualmente ser necessário lançar-se um procedimento de adjudicação e reconhecer-se tutela jurídica às empresas prejudicadas.

2. O pano de fundo deste pedido de decisão prejudicial é um aceso litígio relativo à prestação de serviços de agência de notícias às autoridades federais austríacas, em que a pressetext Nachrichtenagentur, um proponente relativamente novo no mercado austríaco, impugna judicialmente as relações contratuais que desde há muito tempo subsistem entre a República da Áustria e a já antiga Austria Presse Agentur e que foram objecto de alterações nos anos 2000, 2001 e 2005.

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

3. São duas as directivas da área do direito dos contratos públicos que constituem o quadro jurídico comunitário deste caso:

— A Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de

1 — Língua original: alemão.

contratos públicos de serviços (a seguir «Directiva 92/50») [2]; e

— A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimento [3], na redacção da Directiva 92/50 (a seguir «Directiva 89/665») [4].

As disposições aplicáveis da Directiva 92/50

4. A Directiva 92/50, sob a epígrafe «Disposições Gerais» (Título I), no artigo 1.º, alínea f), contém a seguinte definição:

«[Para efeitos do disposto na presente directiva] [o]s procedimentos por negociação são procedimentos nacionais no âmbito dos quais as entidades adjudicantes consultam prestadores de serviços à sua escolha, negociando com um ou vários de entre eles as condições do contrato».

5. O artigo 3.º da Directiva 92/50, igualmente incluído no Título I, tem o seguinte teor:

«1. Na adjudicação dos seus contratos públicos de prestação de serviços, ou na organização de concursos para trabalhos de concepção, as entidades adjudicantes aplicarão procedimentos adaptados ao disposto na presente directiva.

2. As entidades adjudicantes assegurarão que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços.

[…]»

6. O Título II da Directiva 92/50, sob a epígrafe «Aplicação a dois níveis», inclui os artigos 8.º a 10.º, que têm o seguinte teor:

2 — JO L 209, p. 1. Esta directiva foi revogada e substituída pela Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114). Porém, esta directiva só tinha de estar transposta para o direito nacional em 31 de Janeiro de 2006. Uma vez que não foi antecipadamente transposta para o direito austríaco, não releva para a apreciação do caso em discussão no processo principal, em que estão em causa os anos 2000, 2001 e 2005.

3 — JO L 395, p. 33.

4 — Esta directiva foi também alterada pela Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos (JO L 335, p. 31; a seguir «Directiva 2007/66»). Contudo, esta última alteração só entrou em vigor no dia 9 de Janeiro de 2008, sendo que só tem de estar transposta no dia 20 de Dezembro de 2009; assim sendo, não tem relevância para a apreciação do caso em discussão no processo principal.

«*Artigo 8.º*

Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI.

Artigo 9.º

Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.º e 16.º

Artigo 10.º

Os contratos que tenham simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo I A e serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI sempre que o valor dos serviços enumerados no anexo I A seja superior ao valor dos serviços enumerados no anexo I B. Caso contrário, serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.º e 16.º»

7. O Título III da Directiva 92/50 tem por epígrafe «Escolha dos processos de adjudicação e regras relativas aos concursos». O artigo 11.º, n.º 3, aí incluído, determina o seguinte:

«As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos de serviços recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

[…]

b) Quando, por motivos técnicos ou artísticos, ou ainda atinentes à protecção de direitos exclusivos, os serviços apenas possam ser executados por um prestador de serviços determinado;

[…]».

8. O artigo 31.º, n.º 3, da Directiva 92/50, incluído no Título IV desta directiva, estatui:

«Se, por qualquer razão válida, o prestador de serviços não puder apresentar os elementos de referência pedidos pela entidade adjudicante, poderá provar a sua capacidade económica e financeira por meio de qualquer outro documento considerado adequado pela entidade adjudicante.»

As disposições aplicáveis da Directiva 89/665

9. O artigo 1.º da Directiva 89/665 prevê o seguinte:

«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 […] 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 para 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.»

10. O artigo 2.º da Directiva 89/665 dispõe:

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

[…]

b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais […];

c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.

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

[…]

5. Os Estados-Membros podem prever que, sempre que forem reclamadas indemnizações com base em que uma decisão foi tomada ilegalmente, a decisão contestada deva primeiro ser anulada por uma instância que tenha a competência necessária para o efeito.

[…]»

«1. Uma empresa que tenha interesse na celebração de um contrato abrangido pelo âmbito de aplicação desta lei federal, desde que tenha sofrido um dano em virtude da alegada ilegalidade, pode requerer a declaração:

1. de ilegalidade da escolha da adjudicação directa ou de um processo de adjudicação sem publicação prévia de um anúncio, com fundamento na violação desta lei federal, da regulamentação adoptada em aplicação da mesma ou de direito comunitário directamente aplicável; ou

[…]

4. de manifesta inadmissibilidade de uma adjudicação efectuada directamente a uma empresa sem participação procedimental de outras empresas, com fundamento na violação desta lei federal.»

B — *Direito nacional*

11. Importa salientar, no direito austríaco, o § 331 da Bundesvergabegesetz, na redacção que entrou em vigor em 1 de Fevereiro de 2006 [5] (lei federal de 2006 relativa à adjudicação de contratos de direito público, a seguir «BVergG de 2006»), o qual constitui o fundamento jurídico do processo declarativo instaurado junto do Bundesvergabeamt e que tem o seguinte teor:

12. Nos termos do § 332, n.os 2 e 3, da BVergG de 2006, o direito de instauração do processo declarativo, previsto no § 331 da BVergG, caduca no prazo máximo de seis meses após a adjudicação.

5 — BGBl. I, n.º 17/2006.

13. Resulta do § 132, n.º 3, da BVergG de 2006 que, sendo julgado procedente um pedido apresentado nos termos do § 331, n.º 1, ponto 4, dessa mesma lei, essa decisão, quando transita em julgado, conduz à nulidade da relação contratual.

14. Importa distinguir o processo declarativo da acção de indemnização, a qual não é da competência do Bundesvergabeamt, mas dos tribunais civis austríacos. Nos termos do § 341, n.º 2, da BVErgG de 2006, só se pode intentar uma acção de indemnização se antes se tiver obtido ganho de causa num processo declarativo.

III — Matéria de facto e processo principal

15. O pano de fundo deste caso é constituído por factos que, com base no pedido de decisão prejudicial, se sintetizam do modo seguinte.

1. *As agências de notícias que intervêm no processo*

16. A Austria Presse Agentur (a seguir «APA») foi fundada na Áustria depois da Segunda Guerra Mundial, sob a forma de cooperativa [6] [7], da qual fazem parte como cooperantes quase todos os jornais diários austríacos e também a Österreichische Rundfunk ORF. A APA, juntamente com as outras empresas do grupo, é líder no mercado austríaco de agências de notícias, prestando tradicionalmente na República da Áustria vários serviços noticiosos.

17. A pressetext Nachrichtenagentur GmbH (a seguir «PN») exerce a sua actividade no mercado austríaco de agências de notícias desde 1999; contudo, até à data realizou relativamente poucos comunicados de imprensa para alguns serviços da administração federal. A PN também conta com menos colaboradores jornalistas que a APA e não dispõe de um arquivo tão grande como a APA. Em 2004 a PN propôs os seus serviços de agência de notícias à República da Áustria, mas esta proposta não conduziu à celebração de um contrato.

6 — Resulta dos autos estar em causa uma sociedade cooperativa de responsabilidade limitada registada.

7 — Em 1849 já se fundara em Viena uma organização antecessora da APA, a «Österreichische Correspondenz».

2. *A relação contratual controvertida entre a APA e a República da Áustria*

18. Em 1994, portanto ainda antes da sua entrada na União Europeia, a República da Áustria celebrou um chamado contrato de base com a APA, que previa a prestação remunerada de determinados serviços [8]. Este contrato de base permitia essencialmente aos serviços da administração federal da República da Áustria a obtenção e a utilização de informações actuais («serviço de base»), de informações históricas e de comunicados de imprensa históricos, a partir de um banco de dados denominado «APADok», pertencente à APA, bem como a utilização do serviço de texto original «OTS», igualmente pertencente à APA, tanto para informação própria como para difusão dos próprios comunicados de imprensa. O banco de dados APADok contém os dados do serviço de base desde 1 de Janeiro de 1988 e os comunicados OTS desde 1 de Junho de 1989.

19. O contrato de base foi celebrado por tempo indeterminado, tendo sido estipulada uma renúncia à rescisão, nos termos da qual só seria possível pôr termo ao contrato a partir de 31 de Dezembro de 1999. O contrato de base também continha disposições relativas ao momento do primeiro aumento do preço, ao montante máximo de cada aumento e à indexação dos preços com base no índice dos preços ao consumidor de 1986, sendo o valor de referência o índice calculado para o ano de 1994.

8 — Segundo indicações da Presidência da Chancelaria Federal, que intervém no processo, trata-se aqui da adaptação de uma relação contratual existente desde 1946.

20. Em Setembro de 2000 a APA fundou a sua filial APA-OTS Originaltext-Service GmbH (a seguir «APA-OTS»), cujo capital detém a 100%. Entre ambas as sociedades vigora um contrato de exclusão de lucros e perdas, do qual resulta, segundo as indicações da APA e da APA-OTS, que esta última se encontra integrada financeiramente, em termos organizativos e economicamente na APA, tendo que respeitar as instruções desta na gestão da empresa e dos seus negócios. Além disso, a APA-OTS tem a obrigação de distribuir os respectivos lucros em benefício da APA, tendo esta última, em contrapartida, a obrigação de cobrir eventuais prejuízos da APA-OTS.

21. A APA transmitiu para a APA-OTS o negócio relativo ao serviço de texto original OTS. Esta alteração foi comunicada à República da Áustria em Outubro de 2000, tendo um colaborador da APA, em representação da mesma e com poderes para o acto, assegurado ao Bundeskanzleramt (Chancelaria Federal), quando questionado pelo mesmo, que depois da referida transmissão a APA responde «solidariamente» com a APA-OPS, nada se alterando em relação ao «serviço global, tal como tem vindo a ser prestado». Após a prestação de algumas informações adicionais, o Bundeskanzleramt, segundo indicações do próprio, aceitou que os serviços OTS passassem a ser prestados pela APA-OTS, passando doravante as remunerações respectivas a ser directamente pagas a esta última.

22. Em 2001 procedeu-se, através de um primeiro aditamento, à alteração de algumas disposições sobre remuneração, contidas no contrato de base de 1994. Este aditamento, além da conversão de xelins austríacos para euros do valor das remunerações, previu também remunerações máximas para o registo no OTS de comunicados dos serviços

da administração federal, para os anos 2002, 2003 e 2004, insusceptíveis de serem aumentadas [9]. Procedeu-se, além disso, à alteração da cláusula de indexação do preço, tendo-se adoptado um novo índice, que é sucessor daquele que se utilizou no contrato de base.

23. Em Outubro de 2005, por via de um segundo aditamento celebrado com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2006, introduziram-se duas novas alterações no contrato de base, na redacção que lhe fora dada pelo primeiro aditamento: aumentou-se de 15% para 25% o desconto para obtenções de informação «online» a partir dos serviços de informação da APA e renovou-se até 31 de Dezembro de 2008 a cláusula de renúncia à rescisão.

3. *O processo instaurado junto do Bundesvergabeamt (processo declarativo)*

24. A PN procura junto do Bundesvergabeamt tutela jurídica contra os procedimentos alegadamente contrários ao direito dos contratos públicos, no contexto da intervenção da APA-OTS como prestador de serviços à República da Áustria e dos dois aditamentos ao contrato de base, celebrados entre a APA e a República da Áustria.

25. Através dos requerimentos apresentados junto do Bundesvergabeamt nos dias 4 e 19 de Julho de 2006, a PN pede, nos termos do § 331 da BVergG de 2006, a declaração de que a divisão da adjudicação por via da reestruturação da APA em 2000 e os aditamentos ao contrato de base de 2001 e de 2005, que descreve como adjudicações *de facto*, são ilegais; requer, subsidiariamente, que se declare a ilegalidade da opção pelo processo de adjudicação em causa [10].

26. No que toca aos prazos em que foram apresentados os requerimentos, o Bundesvergabeamt refere que é verdade que os actos impugnados datam de 2000, 2001 e de 2005, mas que o meio de impugnação de adjudicações ilegais, disponível no direito interno (um pedido de declaração cujo efeito é a dissolução do contrato), só foi criado posteriormente, com efeitos a partir de 1 de Fevereiro de 2006. O prazo previsto para a apresentação do referido meio de impugnação é de seis meses a contar da data da adjudicação impugnada. Contudo, o Bundesvergabeamt, no pressuposto da conformidade deste seu entendimento com o direito comunitário, considera aplicável o § 1496 do Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco, a seguir «ABGB»), nos termos do qual os prazos de prescrição não podem correr se não estiver disponível um mecanismo de tutela jurídica adequado.

9 — Estas remunerações máximas aplicam-se sempre que os comunicados sejam transmitidos «online».

10 — Segundo a decisão de reenvio prejudicial, o pedido principal da PN assenta no § 331, n.º 1, ponto 4, e o pedido subsidiário no § 331, n.º 1, ponto 1, ambos da BVergG de 2006.

IV — Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

27. Por decisão de 7 de Novembro de 2006, que foi enviada no dia 10 de Novembro de 2006 e que deu entrada no Tribunal de Justiça no dia 13 de Novembro de 2006, o Bundesvergabeamt suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1) O conceito de «adjudicação» contido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/50/CEE e o conceito de «celebrados» previsto nos artigos 8.º e 9.º da Directiva 92/50/CEE devem ser interpretados no sentido de que também abrangem os casos em que uma entidade adjudicante pretende receber prestações futuras de um prestador de serviços, com a forma de uma sociedade de capitais, quando estas prestações foram anteriormente realizadas por um prestador de serviços diferente, que, por um lado, é o único sócio do futuro prestador de serviços e, por outro, controla a referida sociedade através de instruções? Neste caso, é juridicamente relevante o facto de não ter sido assegurado à entidade adjudicante que as participações sociais no futuro prestador de serviço, durante todo o período de vigência do contrato inicial, não serão vendidas, na totalidade ou em parte, a terceiros e de também não lhe ter sido garantido que a composição societária do prestador de serviço, originariamente uma cooperativa, não seja alterada durante todo o período de vigência do contrato?

2) O conceito de «adjudicação» contido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/50/CEE e o conceito de «celebrados» previsto nos artigos 8.º e 9.º da Directiva 92/50/CEE devem ser interpretados no sentido de que também abrangem os casos em que, durante o período de validade de um contrato celebrado com os prestadores de serviços por tempo indeterminado para a prestação conjunta de serviços, uma entidade adjudicante acorda com estes alterações da remuneração de determinadas prestações contratuais e modifica uma cláusula de indexação do preço, quando estas alterações originem remunerações diferentes e sejam motivadas pela transição para o euro?

3) O conceito de «adjudicação» contido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/50/CEE e o conceito de «celebrados» previsto nos artigos 8.º e 9.º da Directiva 92/50/CEE devem ser interpretados no sentido de que também abrangem os casos em que, durante o período de validade de um contrato celebrado com os prestadores de serviços por tempo indeterminado para a prestação conjunta de serviços, uma entidade adjudicante acorda com estes, mediante uma alteração contratual, por um lado, a renovação por mais três anos duma cláusula de renúncia à rescisão que já não era válida à data da celebração do novo contrato, e, por outro, a fixação de descontos superiores aos existentes para determinadas remunerações condicionadas à quantidade para um domínio específico de prestações?

4) No caso de se afirmar que existe uma adjudicação na acepção de uma das três primeiras questões: O artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50/CEE ou outras disposições comunitárias como, em particular, o princípio da transparência, devem ser interpretados no sentido de que permitem a uma entidade

adjudicante adjudicar prestações num único contrato de prestação de serviços recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, quando parte das prestações esteja abrangida por direitos exclusivos como os referidos no artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50/CEE? Ou, pelo contrário, o princípio da transparência ou outras normas comunitárias impõem, neste caso, que, na adjudicação da prestação de serviços, maioritariamente não prioritários, se publique um anúncio de concurso antes de se proceder à adjudicação, para permitir às empresas interessadas verificar se as prestações efectivamente adjudicadas estão abrangidas pela protecção de direitos exclusivos? Ou as disposições comunitárias relativas à adjudicação de contratos públicos obrigam a que, neste caso, as prestações só possam ser adjudicadas em processos de adjudicação separados, consoante estejam abrangidas ou não por direitos exclusivos, para permitir, pelo menos parcialmente, a realização de um concurso?

5) No caso de ser dada resposta à quarta questão no sentido de que uma entidade adjudicante pode adjudicar num único concurso prestações sujeitas a direitos exclusivos juntamente com prestações não sujeitas a esses direitos: No caso de não deter um direito de disposição próprio sobre dados abrangidos por um direito exclusivo de uma empresa com uma posição dominante no mercado, uma empresa pode fundamentar a sua capacidade para prestar a totalidade da prestação a uma entidade adjudicante, nos termos do direito dos contratos públicos, invocando o artigo 82.º CE e a obrigação dele decorrente de a empresa com uma posição dominante no mercado num Estado-Membro da Comunidade Europeia e que possui um poder de disposição sobre os dados dever disponibilizá-los em condições razoáveis?

6) No caso de as questões primeira, segunda e terceira serem respondidas no sentido de que a cessão contratual parcial ocorrida em 2000 e/ou uma ou as duas alterações contratuais indicadas consubstanciam adjudicações novas, e ainda no caso de a quarta questão dever ser respondida no sentido de que, na adjudicação separada de prestações em que não estão em causa direitos exclusivos ou na adjudicação de um contrato conjunto de serviços (no presente caso, comunicado de imprensa, serviço de base e direitos de utilização dos APADok) a entidade adjudicante devia ter publicado previamente um anúncio de concurso para assegurar a respectiva transparência e a possibilidade de controlo da adjudicação planeada:

Os conceitos de «lesada» contido no artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665/CEE e de «lesadas» previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE devem ser interpretados no sentido de que, num caso como o presente, uma empresa foi lesada na acepção destas disposições da Directiva 89/665/CEE desde logo ao ser privada da possibilidade de participar num concurso por a entidade adjudicante não ter procedido, antes da adjudicação, à publicação do anúncio de concurso com base no qual a empresa se poderia ter candidatado ao contrato a adjudicar ou realizado uma oferta ou submetido ao exame das autoridades competentes para o controle das adjudicações a alegada existência de direitos exclusivos?

7) Os princípios comunitários da equivalência, da tutela jurídica efectiva ou da efectividade devem ser interpretados, tendo em conta as restantes disposições do direito comunitário, no sentido de que conferem a uma empresa um direito subjectivo incondicional contra um Estado-Membro de reclamar às autoridades nacionais competentes o ressarcimento dos danos resultantes da atribuição de um contrato em violação das normas comunitárias relativas à adjudicação, até 6 meses após a data em que pôde tomar conhecimento da adjudicação ilegal do contrato, devendo-lhe ser concedido um prazo adicional correspondente ao período durante o qual não lhe foi possível fazer valer o seu direito por falta de base jurídica nacional, quando o prazo de prescrição para o exercício do direito ao ressarcimento de danos emergentes de actos ilegais à luz do direito nacional é de 3 anos a contar do momento em que se tem conhecimento do dano e do seu autor e o referido prazo de prescrição não corre quando não existem mecanismos de tutela jurídica num determinado âmbito jurídico?

28. No processo perante o Tribunal de Justiça apresentaram observações escritas e orais a PN, a APA, a APA-OTS, a República da Áustria e a Comissão das Comunidades Europeias. Além disso, intervieram ainda por escrito no processo a Presidência da Chancelaria Federal austríaca, na sua qualidade de entidade adjudicante, e o Governo lituano; o Governo francês apresentou observações escritas.

V — Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

29. Antes de incidir sobre as questões prejudiciais em termos substantivos, importa expor umas curtas notas prévias sobre a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial.

1. *Quanto aos poderes do Bundesvergabeamt para apresentar pedidos de decisão prejudicial*

30. O Bundesvergabeamt austríaco é um órgão criado por lei, que funciona permanentemente e tem jurisdição obrigatória sobre casos relacionados com contratos públicos em que o Estado-Federal é entidade adjudicante [11]. Decide, no âmbito de processos com natureza contraditória, com base em normas jurídicas do direito federal austríaco. Funciona simultaneamente em primeira e em segunda instância [12]. Os seus membros, no exercício das respectivas funções, não estão sujeitos a quaisquer instruções, sendo nomeados por períodos mínimos de cinco anos e, por vezes, por tempo indeterminado [13].

11 — § 291 da BVergG de 2006.
12 — § 291, n.º 2, segunda frase, da BVergG de 2006.
13 — §§ 292 e 295 da BVergG de 2006.

31. Neste sentido, o Bundesvergabeamt constitui um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º CE [14] e pode dirigir pedidos de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Aliás, o Tribunal de Justiça já respondeu diversas vezes [15] a pedidos de decisão prejudicial formulados pelo Bundesvergabeamt [16].

2. *Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, em geral*

32. As questões prejudiciais são compreensíveis, apesar das críticas feitas pela APA e pela APA-OTS à formulação do pedido de decisão prejudicial, que o torna complexo e de difícil compreensão. As explicações constantes da decisão de reenvio prejudicial definem com clareza suficiente o quadro factual e jurídico em que as questões se inserem e as razões pelas quais o Bundesvergabeamt as considera necessárias para o julgamento da presente causa.

33. Da decisão de reenvio prejudicial resulta, em particular, que através do pedido de decisão prejudicial se pretende ver esclarecida a questão de saber se no âmbito do processo nacional é necessário proceder-se a uma abrangente produção de prova relativa a certos factos ou se é possível decidir o processo principal desde já, sem essa produção de prova.

34. A este propósito, importa salientar que compete ao órgão jurisdicional nacional decidir em que fase do processo deve este órgão colocar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça [17]. O que é determinante é que o órgão jurisdicional de reenvio defina suficientemente o quadro tanto factual como jurídico à luz do qual formula o seu pedido de interpretação do direito comunitário e forneça ao Tribunal de Justiça todas as informações necessárias para que este possa responder utilmente ao referido pedido [18]. É o que sucede no caso em apreço, ainda que a APA e a APA-OTS tenham entendimento diverso. Neste sentido, não subsistem dúvidas quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, em geral.

14 — Quanto à jurisprudência constante relativa ao conceito de órgão jurisdicional, v. acórdãos de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Colect., p. I-4961, n.º 23), de 31 de Maio de 2005, Syfait e o. (C-53/03, Colect., p. I-4609, n.º 29), e de 18 de Outubro de 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Colect., p. I-8817, n.º 19).

15 — V. acórdãos de 14 de Novembro de 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Colect., p. I-10567, em especial os n.os 25 a 28), de 18 de Março de 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, Colect., p. I-2549), e de 2 de Junho de 2005, Koppensteiner (C-15/04, Colect., p. I-4855). A organização actual do Bundesvergabeamt, prevista na BVergG de 2006, corresponde no essencial, segundo a decisão de reenvio prejudicial, àquela que já vigorava no caso Koppensteiner.

16 — Neste mesmo sentido o Tribunal de Justiça chegou a considerar que uma comissão federal de fiscalização em matéria de contratos públicos, tal como à data existia na Alemanha, constitui um órgão jurisdicional com poderes para apresentar pedidos de decisão prejudicial [acórdão Dorsch Consult (já referido na nota 14, n.º 38)].

17 — Acórdãos de 10 de Julho de 1984, Campus Oil e o. (72/83, Recueil, p. 2727, n.º 10), de 12 de Junho de 2003, Schmidberger (C-112/00, Colect., p. I-5659, n.º 39), e de 17 de Abril de 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Colect., p. I-2749, n.º 45).

18 — Acórdão Schmidberger (já referido na nota 17, n.os 40 e 41).

3. *Quanto à admissibilidade da sexta questão, em especial*

35. Não obstante, a sexta questão prejudicial, que tem por objecto a interpretação dos conceitos de «lesada» e de «lesadas», contidos respectivamente no artigo 1.º, n.º 3, e no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, suscita um problema específico de admissibilidade.

36. O Bundesvergabeamt, no âmbito do processo principal — que corresponde ao processo previsto no § 331 da BVergG de 2006 —, só tem competência para *declarar ter existido uma eventual violação* do direito dos contratos públicos, mas não tem competência para *conceder indemnizações*, uma vez que esta matéria está reservada aos tribunais civis austríacos [19]. Por isso, não pode submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais ligadas à própria concessão ou às condições de concessão de indemnizações [20].

37. Neste sentido, a sexta questão prejudicial só é admissível na parte em que se refere aos pressupostos de admissibilidade do pedido de recurso, na acepção do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665. Mas já é inadmissível na parte em que se refere ao artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, uma vez que esta disposição se refere apenas à concessão de indemnizações.

4. *Conclusão intercalar*

38. O presente pedido de decisão prejudicial é admissível, em geral, com excepção da parte da sexta questão que se refere ao artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665.

VI — Apreciação do mérito das questões prejudiciais

39. Este pedido de decisão prejudicial, extremamente extenso, visa, em substância, apurar em que condições é que a alteração de um contrato vigente deve ser considerada como adjudicação de um contrato público de serviços, uma vez que, a sê-lo, pode eventualmente ser necessário lançar-se um processo de adjudicação e conceder-se tutela jurídica às empresas prejudicadas.

40. Não é objecto do processo uma outra questão, altamente interessante, que é a de

19 — A Áustria fez uso da possibilidade prevista no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 89/665, tendo atribuído a instâncias distintas os poderes para conhecer aspectos diferentes dos processos de recurso.

20 — Acórdão de 19 de Junho de 2003, GAT (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.º 38).

saber se o direito dos contratos públicos ou outras disposições do direito comunitário de algum modo limitam o estabelecimento de relações jurídicas por tempo indeterminado. Uma vez que o contrato de base de 1994 foi celebrado ainda antes da entrada da Áustria na União Europeia [21], não se afigura necessário analisar esta questão, nem mesmo a título prévio [22].

A — *Quanto à primeira, à segunda e à terceira questões*

41. Por via das três primeiras questões pretende o Bundesvergabeamt saber em que condições é que as alterações a uma relação jurídica em vigor entre uma entidade adjudicante e um prestador de serviços devem ser consideradas como uma nova adjudicação de um contrato público de serviços, na acepção da Directiva 92/50.

42. Este problema ainda não se encontra suficientemente tratado na jurisprudência dos tribunais comunitários [23].

1. Nota prévia: o critério da alteração essencial do contrato

43. Em especial no que respeita a contratos por tempo indeterminado e a contratos com prazos de vigência mais longos pode tornar-se necessário, durante a sua execução, proceder-se a adaptações do respectivo conteúdo, quando certas disposições contratuais deixam de se revelar ajustadas ao caso concreto (por exemplo, em caso de alteração não prevista das circunstâncias). Uma adaptação do conteúdo do contrato a essas novas circunstâncias pode contribuir para permitir uma melhor concretização do fim do contrato.

44. Mas se o contrato originário constitui um contrato público, coloca-se a questão de saber se as alterações de conteúdo posteriores implicam que se realize um (eventualmente novo) processo de adjudicação. Neste contexto, existirá sempre tendência para haver tensão entre, por um lado, o prosseguimento tão eficaz quanto possível da execução

21 — V., a este propósito, acórdão de 24 de Setembro de 1998, Tögel (C-76/97, Colect., p. I-5357, n.os 53 e 54). Ao contrário do que sucede com os procedimentos ora controvertidos, dos anos 2000, 2001 e 2005, que se situam no âmbito de aplicação temporal do direito comunitário, o contrato de base não estava sujeito às directivas relativas a contratos públicos, uma vez que em 1994 a Áustria ainda não era membro da União Europeia.

22 — No tocante ao problema específico da conjugação da opção por um contrato por tempo indeterminado com a adopção de uma cláusula de renúncia à rescisão v. *infra*, em especial o n.º 74 destas conclusões.

23 — Um pedido de decisão prejudicial do Oberlandesgericht alemão de Rostock não conduziu a uma decisão do Tribunal de Justiça (C-50/03, eliminado em 9 de Novembro de 2004).

contratual e, por outro lado, o dever de garantia da igualdade de oportunidades entre os actuais e os potenciais adjudicatários.

45. Por princípio, não é de excluir à partida que alterações de conteúdo posteriores em contratos vigentes possam preencher os pressupostos da (eventualmente nova) adjudicação de um contrato público, com a consequência de se dever realizar um processo de adjudicação. Pois os conceitos jurídicos que definem o âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos devem ser interpretados em sentido amplo [24].

46. Contudo, a interpretação do conceito de adjudicação deve orientar-se, ao fim e ao cabo, pelos objectivos das respectivas directivas. A coordenação ao nível comunitário dos processos de adjudicação de contratos públicos tem por objectivo suprimir os entraves à livre circulação dos serviços e das mercadorias e, deste modo, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos noutro Estado-Membro [25]. O objectivo das directivas relativas a contratos públicos é excluir simultaneamente o risco de que seja dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais e a possibilidade de a entidade adjudicante se guiar por considerações diferentes das económicas [26].

47. Assim sendo, também a Directiva 92/50 tem como objectivo principal a concretização da livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada do modo mais amplo possível, nos Estados-Membros [27]. Para tal, importa que se adoptem procedimentos transparentes e não discriminatórios de adjudicação de contratos públicos de serviços, de modo a se garantir a igualdade de oportunidades entre todos os possíveis prestadores de serviços.

48. Ainda que com este objectivo como pano de fundo, é certo que não é toda e qualquer alteração de um contrato público de serviço, por mais insignificante que seja, que fica sujeita à necessidade de um procedimento de adjudicação prévio. Só as *alterações essenciais do contrato*, que sejam susceptíveis, no caso concreto, de falsear a concorrência no mercado em causa e de beneficiar o parceiro contratual em relação a outros possíveis prestadores de serviços, é que justificam a realização de um novo processo de adjudicação [28].

24 — Quanto à interpretação em sentido amplo de vários conceitos que definem o âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos v. acórdãos de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Colect., p. I-1931, n.º 43), de 8 de Setembro de 2005, Espace Trianon e Sofibail (C-129/04, Colect., p. I-7805, n.º 73), e de 29 de Novembro de 2007, Comissão/Itália (C-119/06, n.º 43).

25 — Acórdãos de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821, n.º 41), de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Colect., p. I-8035, n.º 16), de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, Colect., p. I-9777, n.º 27), e de 13 de Dezembro de 2007, Bayerischer Rundfunk e o. (C-337/06, Colect., p. I-11173, n.º 38); v., também, segundo e sexto considerandos da Directiva 92/50.

26 — Acórdãos University of Cambridge (já referido na nota 25, n.º 17), Felix Swoboda (já referido na nota 15, n.º 45) e Bayerischer Rundfunk e o. (já referido na nota 25, n.º 36).

27 — Acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colect., p. I-1, n.os 44 e 47), e acórdão Bayerischer Rundfunk e o. (já referido na nota 25, n.º 39).

28 — Neste sentido, acórdãos de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França (C-337/98, Colect., p. I-8377, n.os 46, 50 e 51), e de 29 de Abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Colect., p. I-3801, n.º 117), onde se faz referência a termos essenciais do contrato e a condição importante do concurso.

49. Deve-se presumir existir uma alteração essencial do contrato, em especial, sempre que não seja de excluir que outros prestadores de serviços se abstiveram de se candidatar a um contrato público por causa de condições anteriores, menos favoráveis, ou que em virtude das novas condições contratuais passariam a ter interesse em se candidatar ao contrato público, ou ainda que uma candidatura de um proponente derrotado pudesse agora vencer, atendendo às novas condições contratuais [29].

50. Estes raciocínios preliminares formam a base da exposição que ora se segue, relativa às três primeiras questões prejudiciais.

2. Quanto à primeira questão

a) Primeira parte da primeira questão: intervenção da APA-OTS

51. Com a primeira parte da primeira questão o Bundesvergabeamt pretende saber se está em causa uma nova adjudicação de um contrato público de serviços preexistente, na acepção da Directiva 92/50, no caso em que uma entidade adjudicante aceita que a execução de uma parte desse contrato seja transferida para uma filial do adjudicatário, quando este adjudicatário tem poderes para dar instruções à filial e a detém a 100%, ainda que esta titularidade de 100% das participações sociais não esteja assegurada para a totalidade do período de vigência do contrato.

52. O pano de fundo desta questão é a transmissão em 2000 dos serviços OTS, da APA para a sua filial APA-OTS. Independentemente de no seguimento da reestruturação dentro do grupo APA se ter procedido a um «splitting» contratual, a uma cessão da posição contratual, a uma novação ou a uma assunção de dívida [30], é certo que os serviços em questão passaram a ser directamente prestados pela APA-OTS, com a anuência do Bundeskanzleramt, e que a remuneração respectiva também passou a ser directamente paga à APA-OTS.

53. Assim sendo, deu-se necessariamente em 2000, na execução prática do contrato, uma substituição parcial do prestador de serviços.

29 — Reconhece-se que, na prática, poderá não ser sempre fácil distinguir uma alteração essencial duma alteração não essencial do contrato, uma vez que essa distinção exige que se analise criticamente as circunstâncias de cada caso concreto. Contudo, em nenhuma área do direito é possível evitar totalmente a utilização de conceitos indeterminados e carentes de interpretação. Esta é, aliás, uma realidade que não é desconhecida do direito dos contratos públicos.

30 — Parece que, a este propósito, não existe unanimidade entre os intervenientes no processo principal. Também na decisão de reenvio prejudicial não se utiliza uma terminologia uniforme. Seja como for, compete ao Bundesvergabeamt esclarecer como é que a operação deve ser qualificada, em termos de direito civil.

54. Uma substituição do prestador de serviços durante a vigência de um contrato público permite *a priori* presumir existir uma alteração essencial do contrato, uma vez que se está a confiar a totalidade ou parte da execução de um contrato público a certa empresa que não teve de concorrer em igualdade com outros proponentes e cuja escolha também não teve origem numa análise comparativa com outros eventuais proponentes. Uma actuação deste tipo acarreta o perigo de se contornar o direito dos contratos públicos e permite falsear o mercado e favorecer o novo prestador de serviços em detrimento de outros possíveis prestadores de serviços.

55. Não obstante, é possível que certas circunstâncias do caso concreto permitam concluir que determinadas alterações na esfera do prestador de serviços não constituem, excepcionalmente, uma alteração essencial do contrato. É o que sucede, em especial, nos dois grupos de casos que a seguir se expõem.

56. O primeiro grupo de casos refere-se à *intervenção de subempreiteiros* na esfera do parceiro contratual da entidade adjudicante. A fim de não se limitar desrazoavelmente o círculo de possíveis prestadores de serviços, a Directiva 92/50 prevê expressamente a possibilidade de a entidade adjudicante aceitar a subcontratação de terceiros [31]. É característico deste grupo de casos o prestador de serviços principal manter a totalidade da responsabilidade contratual pelo cumprimento do contrato de prestação serviços, ou pelo menos ser co-responsável por esse cumprimento, mesmo após adjudicação do subcontrato.

57. O segundo grupo de casos refere-se a *alterações organizativas meramente internas* na esfera do parceiro contratual da entidade adjudicante. Este tipo de casos pode abranger o da intervenção de uma filial na execução do contrato. Saber quão estreita tem de ser a ligação do adjudicatário à respectiva filial é questão que não carece de resposta conclusiva, no presente caso. Pois estarão sempre abrangidas as filiais que são objecto de um controlo pelo adjudicatário que é análogo ao que por sua vez é exercido sobre os seus próprios serviços. Nesse sentido, a intervenção de uma filial na execução do contrato assemelha-se a um negócio «in house» [32] celebrado na esfera do prestador de serviços, através do qual nada de essencial se altera (pelo menos sob um prisma económico) no tocante às condições de execução do contrato público.

58. Em ambos os grupos de casos está garantido que a alteração na esfera do prestador de serviços não conduz a uma falsificação da concorrência e consequentemente a uma alteração essencial do contrato.

31 — V. artigo 25.º e artigo 32.º, n.º 2, alíneas c) e h), da Directiva 92/50 e acórdão de 2 de Dezembro de 1999, Holst Italia (C-176/98, Colect., p. 8607, n.os 26 e 27). Porém, o direito nacional pode limitar a adjudicação de subcontratos para execução de partes essenciais do contrato [acórdão Siemens e ARGE Telekom (já referido na nota 15, n.º 45)].

32 — Quanto aos pressupostos da admissibilidade de um negócio «in house» v., em especial, acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121, n.º 50), acórdão Stadt Halle e RPL Lochau (já referido na nota 27, n.º 49), e acórdãos de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 62), e de 19 de Abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Colect., p. I-2999, n.º 55); quanto ao conceito de negócio «in house», v. minhas conclusões de 1 de Março de 2005 no processo Parking Brixen, n.os 1 e 2.

59. A transmissão ora controvertida dos serviços OTS para a APA-OTS, no ano 2000, parece constituir, à primeira vista, a adjudicação de um subcontrato pela APA (primeiro grupo de casos). A favor deste entendimento releva o facto de os serviços em questão passarem a ser prestados por uma pessoa jurídica diferente da APA, mas esta continuar, ela própria, a responder solidariamente pela execução da totalidade do contrato público de serviços, incluindo as tarefas assumidas pela APA-OTS.

60. Contudo, procedendo-se a uma análise mais detalhada, constata-se que uma organização como a APA-OTS se parece não tanto com um subempreiteiro independente da APA, mas mais com um serviço da própria APA. A intervenção da APA-OTS na execução do contrato público, no ano 2000, constitui uma mera reestruturação interna por parte do prestador de serviços APA (segundo grupo de casos).

61. É verdade que uma parte dos serviços devidos pela APA passa a ser prestada por uma pessoa jurídica diferente, a APA-OTS. Não obstante, de um ponto de vista económico a APA-OTS não é um terceiro, pois é totalmente controlada pela sociedade-mãe. Não apenas a titularidade de 100% das participações sociais pela APA, mas também o facto de esta ter poderes para dar instruções e de ter sido celebrado um contrato de contrato de exclusão de lucros e perdas garantem que a APA-OTS é dominada pela sociedade-mãe como se estivesse em causa um serviço seu. Deste modo, sob um prisma económico não ocorreu nenhuma alteração essencial ao nível das condições da execução do contrato público.

62. Por conseguinte, uma operação como a que foi levada a cabo em 2000 não conduz a uma alteração essencial do contrato, pelo que não tinha de ser tratada como uma (nova) adjudicação de um contrato público de serviços.

63. Esta conclusão não é afectada pelo facto de a titularidade de 100% das participações sociais na APA-OTS, pela APA, não se encontrar assegurada para a totalidade do período de vigência do contrato [33]. É verdade que em teoria a APA poderia, a qualquer momento, alienar participações sociais na APA-OTS a terceiros. Porém, para se apurar se no ano 2000 ocorreu uma alteração essencial do contrato e consequentemente uma nova adjudicação de um contrato público de serviços só relevam os factos que nessa data eram concretamente previsíveis.

64. O princípio da segurança jurídica exige que a obrigação de lançar um processo de adjudicação seja sempre apreciada *ex ante*, ou seja, com referência ao momento da celebração do negócio jurídico [34]. Pois tanto do ponto de vista da entidade adjudicante e do seu parceiro de negócio, como também do ponto de vista de outros concorrentes, tem de se poder constatar logo no momento da prática de certos actos se tinha ou não de ser lançado um processo de adjudicação. Só se poderão eventualmente tomar em consideração determinadas circunstâncias posteriores se as mesmas já fossem previsíveis,

33 — O mesmo se aplica à dissolução do contrato de exclusão de lucros e perdas.

34 — V. as minhas conclusões de 1 de Março de 2005 no processo Parking Brixen (já referidas na nota 32, n.º 56). A questão da previsibilidade concreta da alienação de participações a terceiros também é determinante nos acórdãos de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria (C-29/04, Colect., p. I-9705, n.os 38 a 41), e de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.os 30 a 32), bem como no acórdão Parking Brixen [já referido na nota 32, n.º 67, alínea c)].

com certezas, no momento da prática desses actos.

65. Resulta dos autos que no momento em que se fez intervir a APA-OTS na execução do contrato público não existiam indícios concretos de uma eventual futura alienação de participações detidas pela APA. Dentro deste circunstancialismo, mantenho a minha apreciação segundo a qual uma operação como a que se realizou em 2000 não conduziu a uma alteração essencial do contrato, pelo que também não obriga ao lançamento de um processo de adjudicação.

b) Segunda parte da primeira questão: composição dos participantes na APA

66. O Bundesvergabeamt pretende ainda saber se no âmbito de uma operação como a que se realizou em 2000 o facto de o círculo dos membros da APA se poder alterar no decurso do período de vigência do contrato é relevante.

67. Do ponto de vista do direito dos contratos públicos uma tal alteração só pode ter relevância se tiver como efeito uma alteração pelo menos parcial do prestador de serviços e dever, por esse motivo, ser considerada como uma alteração essencial do contrato.

68. Por exemplo, se o prestador de serviços for uma mera sociedade irregular sem personalidade jurídica própria, então, em regra, será cada participante na mesma que por via do contrato com a entidade adjudicante adquire direitos e assume obrigações. Neste caso, uma alteração na composição da sociedade irregular pode implicar que a execução total ou parcial de um contrato público acabe por ser confiada a uma empresa que não teve de concorrer com outros proponentes e cuja escolha também não assentou numa comparação com outros eventuais proponentes. Neste caso, sem prejuízo das excepções acima mencionadas [35], estar-se-ia perante uma alteração essencial do contrato [36].

69. Diversamente, se o prestador de serviços for uma pessoa colectiva, então é unicamente esta que é parte no contrato com a entidade adjudicante, pelo que eventuais posteriores alterações dos titulares de participações na mesma não constituem alterações essenciais do contrato [37].

35 — V. *supra*, n.os 55 a 58 destas conclusões.

36 — O acórdão de 23 de Janeiro de 2003, Makedoniko Metro e Michaniki (C-57/01, Colect., p. I-1091, n.º 61), limita-se a esclarecer que a regulamentação da composição de agrupamentos se inscreve na competência dos Estados-Membros. Compete portanto aos Estados-Membros regulamentar se a alteração da composição de agrupamentos é, sequer, admissível. Mas esta questão é distinta da outra que aqui importa, que é a de saber se tais alterações, após a adjudicação do contrato, devem ser consideradas alterações essenciais do mesmo, preenchendo concomitantemente e uma vez mais os pressupostos da adjudicação de um contrato público. Esta última questão constitui uma questão de direito comunitário.

37 — Caso se pretendesse que qualquer alteração nas relações de propriedade de uma pessoa colectiva constituísse motivo para a realização de um novo processo de adjudicação, então tornar-se-ia impossível, na prática, a adjudicação de contratos públicos a sociedades cotadas em bolsa, uma vez que os respectivos accionistas podem mudar diariamente.

70. No presente caso, resulta dos autos que a APA é uma «sociedade cooperativa de responsabilidade limitada registada». Assim sendo, pode-se presumir que a APA tem personalidade jurídica. Sem prejuízo de entendimento diferente do Bundesvergabeamt, a este propósito, não são os cooperantes da APA, mas apenas a própria APA, que deve ser considerada parte no contrato com a República da Áustria. Num caso como este as eventuais alterações no círculo dos membros não implicam uma alteração essencial do contrato.

72. O pano de fundo desta questão é o segundo aditamento, celebrado entre a APA e a República da Áustria em 2005, ao contrato de base.

a) Primeira parte da terceira questão: renovação da renúncia à rescisão

3. Quanto à terceira questão

71. Com a sua terceira questão, o Bundesvergabeamt pretende apurar se se deve considerar existir uma nova adjudicação de um contrato público de serviços, na acepção da Directiva 92/50, quando a entidade adjudicante e o prestador de serviços alteram um contrato de prestação de serviços celebrado entre ambos, no decurso da sua vigência, no sentido de:

— se renovar por mais três anos uma cláusula de renúncia à rescisão que já não estava em vigor; e

— se modificar a remuneração, passando-se a prever um desconto superior em 10% ao que antes vigorava.

73. A primeira parte da terceira questão diz respeito à renovação, acordada em 2005, da cláusula de renúncia à rescisão, a qual já não estava então em vigor.

74. De um ponto de vista do direito dos contratos públicos, seria problemático relativamente a um contrato de execução continuada, introduziu-se adicionalmente uma cláusula de renúncia à rescisão por um período de tempo mais longo, ou até mesmo uma cláusula através da qual se excluísse a possibilidade de a entidade adjudicante poder rescindir o contrato. É que uma tal estipulação acabaria, a prazo, por excluir qualquer concorrência entre os possíveis prestadores de serviços, pelo que estaria em frontal contradição com os objectivos das directivas relativas a contratos públicos.

75. Contudo, a situação é diferente num caso como o presente, no qual se acordou em 2005 uma cláusula de renúncia à rescisão pelo período de três anos. Não se pode considerar logo à partida que uma renúncia à rescisão é inadmissível à luz do direito dos contratos públicos. Não obstante, importa analisar se a mesma imporia a realização de um processo de adjudicação. O que, por sua vez, depende de saber se a estipulação de uma tal renúncia à rescisão pode ser considerada como uma alteração essencial do contrato de base em vigor [38].

76. A fim de poder ser qualificada como alteração essencial do contrato, a renúncia à rescisão, válida por poucos anos, tem de ser adequada a falsear a concorrência no mercado em causa e de beneficiar o parceiro contratual da entidade adjudicante em relação a um outro possível prestador de serviços [39].

77. Esta situação só sucede excepcionalmente, mais concretamente no caso de, no momento da estipulação da renúncia à rescisão, existirem indícios concretos de que a entidade adjudicante, se não fosse essa cláusula, teria, no decurso do prazo de validade da mesma, posto termo ao contrato em vigor. É que só neste caso é que outros possíveis prestadores de serviços podiam ter criado seriamente expectativas de poder vir a substituir total ou parcialmente o actual prestador de serviços.

78. A este propósito, importa fazer notar, em primeiro lugar, que a entidade adjudicante não tinha qualquer obrigação de pôr antecipadamente termo a uma relação contratual em vigor, constituída sem violação da lei vigente; a entrada da Áustria na União Europeia não impõe a uma entidade adjudicante que rescinda um contrato de base existente ou abra novo concurso relativamente ao mesmo [40]. Neste sentido, a República da Áustria podia eventualmente, de um ponto de vista jurídico, ter rescindido o contrato de prestação de serviços com a APA, a partir do momento em que decorreu o prazo de vigência da cláusula de renúncia à rescisão inicialmente prevista (1994), mas não estava obrigada a fazê-lo.

79. Em segundo lugar, sem prejuízo do que o Bundesvergabeamt ainda possa vir a julgar como provado, também não existia em 2005 estímulo económico para que a República da Áustria mudasse de prestador de serviços, tendo em conta as previsões possíveis mas ainda assim relativamente fáceis que podiam ser feitas para o período de vigência da cláusula de renúncia à rescisão, ou seja, até 2008. Tanto quanto se sabe, a entidade adjudicante podia razoavelmente supor que até 2008 não estariam disponíveis propostas do mesmo nível com condições mais favoráveis que pudessem justificar o esforço inerente à mudança.

80. Deste modo, segundo as informações disponíveis, a nova renúncia à rescisão por três anos, estipulada em 2005, não

38 — V. *supra*, n.º 48 destas conclusões.

39 — V. *supra*, n.os 48 e 49 destas conclusões.

40 — Neste sentido, acórdão Tögel (já referido na nota 21, n.os 53 e 54).

apresentava o perigo de implicar uma distorção da concorrência e não é, por isso, de qualificar como uma alteração essencial do contrato de base.

b) Segunda parte da terceira questão: acordo de descontos superiores

81. A segunda parte da terceira questão incide sobre o acordo celebrado em 2005, relativo ao aumento dos descontos para obtenções de informação «online» a partir dos serviços de informação APA. Enquanto o contrato de base previa que os serviços da administração federal austríaca usufruíssem de um desconto de 15% desde o segundo aditamento ao mencionado contrato passou-se a aplicar um desconto de 25%.

82. Tal como já foi referido [41], só poderá estar em causa uma nova adjudicação de um contrato público de serviços em vigor se ocorrer uma alteração essencial do contrato. Esta afirmação é igualmente válida quando está em causa a ocorrência de alterações ao nível da remuneração contratualmente estipulada. É que ainda que o modo de pagamento em si mesmo possa constituir uma condição importante do contrato [42], não é toda e qualquer alteração das disposições relativas à remuneração, por mais pequena que seja, que constitui, só por si, uma alteração essencial do contrato.

83. Importa começar por analisar se o aumento em 10% do desconto inicialmente concedido constitui sequer uma *alteração do conteúdo* das disposições relativas à remuneração aplicáveis ao contrato público de serviços.

84. A APA e a APA-OTS alegam que o desconto que se passou a conceder, de 25%, não é mais do que o desenvolvimento lógico daquilo que já estava previsto no contrato de base. Segundo afirmam, o próprio contrato de base já se referia a uma tabela por escalões das tarifas da APA. O novo desconto, superior, tem de ser visto em paralelo com a introdução de um novo escalão, mais reduzido, na tabela de preços da APA.

85. A este respeito, há que recordar que a apreciação em concreto dos factos com relevância no processo principal cabe ao Bundesvergabeamt. Na decisão de reenvio prejudicial, que é aquela que define o contexto factual relevante para o presente pedido de decisão prejudicial [43], a alteração da percentagem de 15% para 25% é descrita como «desconto maior do que aquele que era praticado até ao presente». O que indicia estar em causa uma alteração do conteúdo das disposições relativas à remuneração.

41 — V. *supra*, n.os 48 e 49 destas conclusões.

42 — Neste sentido, acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta (já referido na nota 28, n.º 117).

43 — Acórdãos de 29 de Abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, Colect., p. I-5257, n.º 42), e de 12 de Janeiro de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Colect., p. I-589, n.º 21).

86. Releva também a favor desta avaliação o facto de o desconto inicialmente concedido, de 15%, se reportar ao «escalão tarifário» mais baixo. Ou seja, por ocasião da celebração do contrato de base, em 1994, aplicou-se logo à entidade adjudicante o nível tarifário mais favorável possível. Dentro destas circunstâncias, afigura-se pouco provável que as partes contratuais planeassem ou admitissem sequer como possível aplicar-se um nível de preços ainda mais favorável. Assim, a concessão em 2005 de um desconto superior em 10%, o qual, por sua vez, corresponde também ao escalão tarifário mais baixo, indicia haver uma verdadeira alteração do preço e não apenas um mero desenvolvimento lógico do modo de cálculo da remuneração, tal como já se encontrava previsto no contrato de base.

87. Contudo, uma tal alteração do preço só deve ser considerada como *alteração essencial do contrato* se for concretamente susceptível de falsear a concorrência no mercado em causa e de beneficiar o parceiro contratual da entidade adjudicante, em relação a outros possíveis prestadores de serviços.

88. A fim de se poder apreciar se é esse o caso, importa, por um lado, averiguar qual é a medida da alteração do preço para a prestação em causa e também, por outro lado, analisar a importância relativa dessa alteração do preço no conjunto do contrato público em causa.

89. No que respeita à alteração do preço enquanto tal, o perigo de falseamento da concorrência é, em regra, menor no caso de reduções do que no caso de aumentos do preço. Pois a redução do preço beneficia a entidade adjudicante e, além disso, conduz normalmente, do seu ponto de vista, a uma melhoria da economicidade da execução do contrato adjudicado.

90. Contudo, não fica excluída logo à partida a possibilidade de também um acordo relativo a uma redução da remuneração poder falsear a concorrência. O Governo lituano chamou a atenção para este aspecto, com razão.

91. O que é sempre determinante é saber que condições a entidade adjudicante poderia ter obtido, no mercado, *no momento da alteração do contrato*. Se por exemplo ocorreu no mercado uma redução generalizada dos preços dos serviços objecto do contrato, desde o momento da adjudicação inicial, então o (aparentemente simples) acordo de uma remuneração mais baixa do que a praticada até ao momento não oferece garantia de cumprimento dos princípios da concorrência e da economicidade. Na realidade, importa apurar se outros possíveis prestadores de serviços não conseguiriam, à data da alteração do contrato, oferecer à entidade adjudicante preços ainda mais vantajosos, para os serviços desejados, do que o actual parceiro contratual.

92. Mas, à luz dos elementos disponíveis, não existem indícios concretos de que a entidade adjudicante, no caso em apreço, se lançasse um processo de adjudicação, conseguisse obter preços ainda mais vantajosos

para serviços do mesmo nível do que aqueles que logrou obter nos termos do segundo aditamento ao contrato de base, sendo a APA a actual prestadora de serviços.

93. Por fim, no que toca à importância da alteração do preço em relação ao conjunto do contrato público em causa, importa ter em devida conta que o desconto superior só foi acordado para uma parte dos serviços a prestar pela APA. Ainda que um desconto superior em 10% para a parte dos serviços em causa possa não ser insignificante, o mesmo acaba, no conjunto do contrato, por ter um peso menor.

94. Contudo, em última análise, é ao Bundesvergabeamt que compete apurar os factos necessários para poder aquilatar da importância da alteração do preço, tanto no que se refere à parte dos serviços em causa como também à sua relação com o conjunto do contrato público.

95. Seja como for, à luz dos elementos disponibilizados ao Tribunal de Justiça não se me afigura que uma alteração do preço por aumento do desconto, tal como resultou do segundo aditamento celebrado em 2005, deva ser considerada como uma alteração essencial do contrato.

4. Quanto à segunda questão

96. Com a segunda questão, o Bundesvergabeamt pretende essencialmente apurar se se deve considerar existir uma nova adjudicação de um contrato público de serviços, na acepção da Directiva 92/50, quando a entidade adjudicante e o prestador de serviços alteram um contrato de prestação de serviços celebrado entre ambos, no decurso da sua vigência, no sentido de:

— as remunerações estipuladas no contrato passarem por ocasião da conversão monetária para o euro a ser expressas não em moeda nacional, mas sim em euros;

— se reformular uma cláusula de indexação do preço contida no contrato, por adopção de um índice diferente do até então utilizado;

— determinadas remunerações passarem a divergir das anteriormente previstas.

97. O pano de fundo desta questão é o primeiro aditamento ao contrato de base, celebrado em 2001, nos termos do qual se procedeu às referidas alterações das disposições relativas à remuneração.

98. As adaptações puramente técnicas, que não têm uma influência decisiva na relação obrigacional entre a entidade adjudicante e o seu parceiro contratual, não chegam sequer a constituir uma alteração do conteúdo do contrato. E muito menos podem ser consideradas alterações essenciais do contrato, das quais decorra a necessidade de lançamento de um processo de adjudicação.

99. Não há qualquer alteração essencial do contrato, mas apenas uma mera adaptação técnica de um contrato em vigor em virtude da alteração superveniente de circunstâncias exteriores, quando o mesmo é alterado, por ocasião da conversão monetária para o euro, de modo que as remunerações até então acordadas passem a estar expressas na nova moeda, sem que materialmente sejam aumentadas ou reduzidas [44]. Também faz parte desta adaptação puramente técnica o eventual arredondamento, por excesso ou por defeito, após conversão para o euro, nos termos das disposições legais em vigor.

100. Do mesmo modo, a adopção de um índice de preços diferente daquele que até então vigorou pode constituir uma adaptação puramente técnica, desde que ambos os índices sejam equivalentes. A decisão de reenvio prejudicial sugere existir essa equivalência, ao afirmar que o novo índice constitui o índice sucessivo ao anteriormente utilizado. Contudo, o Bundesvergabeamt terá ainda de se assegurar que também o modo de funcionamento do novo índice equivale ao do anterior. Neste sentido, importa em especial que os cabazes de mercadorias ou outras medidas de referência, considerados pelos respectivos índices, sejam essencialmente equivalentes.

101. Diferentemente, se uma conversão monetária ou uma alteração do índice for utilizada pelos parceiros contratuais como um pretexto para alterar também materialmente as remunerações inicialmente acordadas, então esta medida extravasa os limites de uma adaptação puramente técnica do contrato. Neste caso, não fica desde logo excluída a hipótese de se estar perante uma alteração essencial do contrato com produção de efeitos sobre a concorrência entre prestadores de serviços.

102. Segundo a decisão de reenvio prejudicial, no caso em apreço, as adaptações do contrato de base através do primeiro aditamento levaram também a que se passasse a prever para os anos 2002, 2003 e 2004 remunerações máximas, insusceptíveis de serem aumentadas, para o registo no OTS de determinados comunicados dos serviços da administração federal.

103. O Bundesvergabeamt terá que analisar se por via dessa previsão se procedeu a uma alteração essencial das remunerações,

44 — É certo que a adaptação do contrato por ocasião da conversão monetária não era absolutamente necessária, uma vez que já existia um quadro jurídico que assegurava que os montantes anteriormente expressos em moeda nacional passassem futuramente a ser entendidos como se estivessem indicados em euros, sem que daí decorresse qualquer alteração das obrigações contratuais anteriormente assumidas [v., também, artigos 3.º e 5.º do Regulamento (CE) n.º 1103/97 do Conselho, de 17 de Junho de 1997, relativo a certas disposições respeitantes à introdução do euro (JO L 162, p. 1)]. Contudo, como bem referem a APA e a APA-OTS, pode fazer sentido proceder-se a uma adaptação expressa do contrato, em especial num caso como o presente em que está em causa um contrato de execução continuada, de modo a evitar-se o aumento do trabalho administrativo que decorreria de um constante e reiterado cálculo da conversão.

tais como previstas no contrato de base. Neste contexto, é determinante saber qual a evolução das remunerações indexadas no contrato de base que seria expectável, nos termos de uma apreciação objectiva segundo os indícios disponíveis em 2001.

104. Se as remunerações máximas previstas para 2002, 2003 e 2004 corresponderem no essencial aos preços que previsivelmente também teriam resultado da aplicação da cláusula de indexação do preço contida no contrato de base, então não se está perante uma alteração essencial do contrato [45]. Contudo, se, pelo contrário, divergirem significativamente do desenvolvimento dos preços que era esperado nos termos do contrato de base, então importa apurar quais são os efeitos que esta alteração produz sobre a concorrência, segundo os critérios expostos *supra* a propósito da segunda parte da terceira questão [46].

105. Em todo o caso, com base nos elementos que o Tribunal de Justiça tem disponíveis, sou da opinião de que as alterações dos preços, tal como foram acordadas no primeiro aditamento, têm correspondência no aumento anual dos preços, tal como este era expectável em 2001, pelo que, já só por esta razão, não constituem uma alteração essencial do contrato.

45 — As remunerações máximas por linha acordadas no primeiro aditamento, para os anos 2002, 2003 e 2004, diferenciam-se muito pouco. Sem prejuízo de uma análise mais detalhada pelo Bundesvergabeamt, parece que tais pequenas diferenças de preço, de ano para ano, correspondem à evolução geral dos preços que, em 2001, seria expectável para os anos seguintes.

46 — V. *supra*, n.os 81 a 94 destas conclusões.

B — *Quanto à quarta e à quinta questões*

106. A quarta e a quinta questões, que o Bundesvergabeamt dedica ao processo de adjudicação aplicável e à prova da capacidade de um prestador de serviços, pressupõem que operações como as que se realizaram em 2000, 2001 e 2005 devam ser consideradas adjudicações de um contrato público de serviços.

107. À luz dos elementos que o Tribunal de Justiça tem disponíveis sou da opinião de que nenhuma dessas operações constitui uma tal adjudicação [47]. Neste sentido, pronuncio-me sobre a quarta e a quinta questões apenas a título subsidiário.

1. Quanto à quarta questão

108. Com a quarta questão o Bundesvergabeamt pretende essencialmente saber se um contrato público de serviços pode ser adjudicado unitariamente por via de procedimento por negociação, sem publicação prévia de um concurso, quando estão maioritariamente em

47 — V., a este propósito, o que expus acerca da primeira, da segunda e da terceira questões (n.os 41 a 105 destas conclusões).

causa prestações de serviços não prioritários e não existe um direito exclusivo, na acepção do artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, em relação a todos os serviços a prestar, mas só em relação a alguns deles.

a) Prestação de serviços prioritários e não prioritários

109. A Directiva 92/50 distingue por via dos seus artigos 8.º a 10.º entre serviços prioritários e não prioritários. Os primeiros encontram-se definidos no anexo I A da referida directiva e os segundos no anexo I B. A razão de ser deste regime jurídico é não se atribuir aos contratos relativos à prestação de serviços não prioritários, *a priori*, tendo em conta a sua natureza específica, um interesse transfronteiriço susceptível de justificar que a sua atribuição se faça mediante um processo de concurso [48].

110. No sentido do que foi alegado pela APA e pela APA-OTS, o Bundesvergabeamt parte do princípio de que no caso de serviços prestados por agências de notícias, como os que foram objecto do contrato em análise, existe um misto de serviços prioritários e não prioritários [49], sendo que os não prioritários têm um valor consideravelmente superior.

111. Pressupondo o acerto desta apreciação [50], então o contrato público de serviços adjudicado à APA fica todo ele sujeito ao regime dos serviços não prioritários (artigo 10.º da Directiva 92/50). Assim sendo, está em causa um contrato público que não está de todo sujeito a um processo de adjudicação específico, na acepção do Título III da Directiva 92/50 [51].

b) Aplicabilidade da obrigação de transparência

112. Mesmo no caso de procedimentos de adjudicação para os quais as directivas relativas a contratos públicos não prevêem processos específicos de adjudicação, importa, segundo jurisprudência constante, respeitar as regras fundamentais do Tratado CE, em geral, e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, em

48 — Acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 25, n.º 25).

49 — A APA e a APA-OTS entendem que os seus serviços de documentação se encontram abrangidos pela área de actividade «Serviços de bibliotecas» («Library services», referência CPC n.º 96311) e que os serviços OTS devem ser classificados como «serviços de informação electrónica» («Electronic message and information services», referência CPC n.º 75232).

50 — É a decisão de reenvio prejudicial que define o quadro factual no âmbito do qual se responde às questões prejudiciais; v., a este propósito, jurisprudência indicada na nota 43.

51 — Segundo o artigo 9.º da Directiva 92/50, em conjugação com seu o artigo 10.º, a tais contratos (só) são aplicáveis os artigos 14.º e 16.º da mesma, os quais não têm relevância para as questões ora em apreço. As outras normas procedimentais previstas na Directiva 92/50, em especial as que se reportam à abertura de concurso com publicação prévia de um anúncio, não se aplicam a estes contratos [acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 25, n.ºs 23 e 24)]. Contudo, aplica-se o princípio da não discriminação, previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50 [acórdão de 27 de Outubro de 2005, Contse e o. (C-234/03, Colect., p. I-9315, n.º 47)].

particular [52]. O Tribunal de Justiça esclareceu recentemente que o mesmo se aplica em relação a adjudicações de contratos de prestação de serviços não prioritários [53].

113. Deste modo, se um contrato de prestação de serviços não prioritário apresentar, ainda assim, um interesse transfronteiriço inequívoco, então aplica-se-lhe a *obrigação de transparência*, a qual é corolário das liberdades fundamentais, pelo que o contrato não pode ser adjudicado sem qualquer transparência [54].

114. O Bundesvergabeamt terá de analisar se na prestação de serviços de agência de notícias, objecto do contrato ora em apreço, existe um interesse transfronteiriço inequívoco [55]. Neste contexto, importa ter em consideração os seguintes aspectos:

— Milita a favor da existência de um interesse transfronteiriço o facto de haver um grande número de agências de notícias que exercem internacionalmente a sua actividade. A entrada no mercado da PN, em 1999, também demonstra que o mercado austríaco não é totalmente desinteressante para novos proponentes.

— O facto de actualmente vigorarem acordos de cooperação entre diversas agências de notícias que operam nos respectivos mercados nacionais, tal como foi referido na fase oral, não exclui logo à partida que algumas destas agências queiram futuramente fortalecer a sua intervenção num mercado como o austríaco, através de uma presença própria no local.

— Pode militar contra a existência de um interesse transfronteiriço a circunstância de uma grande parte dos serviços de que as autoridades federais austríacas necessitam terem uma relação específica com a Áustria, bem como com os acontecimentos regionais nos vários *Länder*.

c) Conteúdo da obrigação de transparência

115. Resulta materialmente da obrigação de transparência a obrigação de garantir

52 — Acórdão Parking Brixen (já referido na nota 32, n.º 46); v., também, acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 60), de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, p. I-7287, n.º 16), de 20 de Outubro de 2005, Comissão/França (C-264/03, Colect., p. I-8831, n.º 33), de 14 de Junho de 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Colect., p. I-4557, n.º 33), e acórdão ANAV (já referido na nota 34, n.º 18); v., também, despacho de 3 de Dezembro de 2001, Vestergaard (C-59/00, Colect., p. I-9505, n.º 20).

53 — Acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 25, n.º 29).

54 — Acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 25, n.º 30); v., quanto à obrigação de transparência, os acórdãos Telaustria e Telefonadress (já referido na nota 52, n.º 62), Coname (já referido na nota 52, n.ºs 16 e 17), Parking Brixen (já referido na nota 32, n.ºs 46 a 49) e ANAV (já referido na nota 34, n.ºs 18 a 21).

55 — Acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 25, n.ºs 29 e 30)); no mesmo sentido, acórdão de 31 de Janeiro de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Colect., p. I-349, n.º 67).

um grau de publicidade adequado [56]. Presentemente encontra-se em grande parte por esclarecer que exactas exigências é que daí decorrem para os procedimentos de adjudicação, para os quais as directivas relativas a contratos públicos não prevêem um processo de adjudicação específico. Apenas é certo que a obrigação de transparência não implica necessariamente uma obrigação de realização de um concurso público [57].

116. Em última análise, compete à entidade adjudicante avaliar, em cada caso concreto, qual é o grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência do respectivo procedimento de adjudicação, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação [58].

117. Muito genericamente, a obrigação de transparência não deve ser interpretada no sentido de que tenha de ser aplicado um processo análogo em todos os pormenores ao que vem previsto nas directivas relativas a contratos públicos [59]. Pois de outro modo tornar-se-ia inútil a distinção entre procedimentos de adjudicação que se encontram abrangidos pelo âmbito de aplicação dessas directivas e aqueles que o não estão; também os níveis financeiros fixados pelo legislador comunitário ficariam em grande parte esvaziados de sentido.

118. Em qualquer caso, é certo que a obrigação de transparência não pode impor maiores exigências para os procedimentos de adjudicação em relação aos quais as directivas relativas a contratos públicos prescindem de processos de adjudicação específicos do que para os procedimentos de adjudicação em relação aos quais as referidas directivas prevêem a necessidade de tais processos [60]. Pois as directivas relativas a contratos públicos não são senão uma concretização da obrigação de transparência para determinados procedimentos de adjudicação especialmente significativos [61].

119. Ou seja, no tocante a contratos públicos que têm por objecto, total ou pelo menos prevalentemente, serviços não prioritários, a obrigação de transparência não pode impor um nível de publicidade superior ao exigido para contratos que têm por objecto, total ou pelo menos prevalentemente, serviços prioritários.

56 — Acórdãos Telaustria e Telefonadress (já referido na nota 52, n.º 62), Coname (já referido na nota 52, n.ºs 16 e 17), Parking Brixen (já referido na nota 32, n.º 49) e ANAV (já referido na nota 34, n.º 21).

57 — Acórdão Coname (já referido na nota 52, n.º 21); nesta parte, é equívoco o acórdão Parking Brixen (já referido na nota 32, n.º 50), em cuja versão vinculativa alemã se refere «Ausschreibung» [concurso público], o que contudo pode ser decorrência de uma tradução menos feliz da expressão francesa «mise en concurrence».

58 — Acórdãos Telaustria e Telefonadress (já referido na nota 52, n.º 62), Parking Brixen (já referido na nota 32, n.ºs 49 e 50) e ANAV (já referido na nota 34, n.º 21). Neste contexto, a Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO 2006, C 179, p. 2), também fornece indicações úteis.

59 — V., a este propósito, minhas conclusões no processo Parking Brixen (já referidas na nota 32, n.º 37).

60 — Neste sentido, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs de 2 de Junho de 2005, no processo Comissão/Itália (C-525/03, Colect., p. I-9405, n.º 47), da advogada-geral C. Stix-Hackl de 14 de Setembro de 2006, no processo Comissão/Irlanda (C-532/03, acórdão de 18 Dezembro de 2007, Colect., p. I-11353, n.º 111), e da advogada-geral E. Sharpston de 18 de Janeiro de 2007, no processo Comissão/Finlândia (C-195/04, Colect., p. I-3351, n.ºs 76 e 77); v. também as minhas conclusões no processo Parking Brixen (já referidas na nota 32, n.º 46).

61 — Neste sentido, acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 25, n.ºs 27 a 29); v., também, minhas conclusões no processo Parking Brixen (já referidas na nota 32, n.º 47).

120. Isto significa, em relação a contratos de prestação de serviços que, em virtude da protecção de direitos exclusivos [62], só podem ser executados por um prestador de serviços determinado, que os mesmos podem ser sempre adjudicados no âmbito de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, independentemente de estarem em causa serviços prioritários ou não prioritários. É que se o artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50 permite que se deite mão de um tal processo em caso de serviços prioritários, então, por maioria de razão, admite-o também quando está em causa a adjudicação da prestação de serviços não prioritários. Neste sentido, as valorações expressas no artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50 podem ser aplicadas também no âmbito das prestações de serviços não prioritários. Onde o artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50 não exige uma publicação prévia de um anúncio, tampouco o poderá fazer a obrigação de transparência [63].

121. No caso dos serviços a que se reporta o artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, a transparência adequada, que garante que o procedimento de adjudicação é aberto à concorrência e assegura o controlo da sua imparcialidade, também pode ser conseguida através de uma comunicação posterior.

d) Adjudicação unitária de um contrato de prestação de serviços misto

122. Fica por averiguar se um contrato público de serviços pode ser *unitariamente* adjudicado mediante um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, quando só alguns dos serviços estão abrangidos por um direito exclusivo, na acepção do artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50.

123. A regra geral é a de que o artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 92/50, enquanto derrogação às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado CE no sector dos contratos públicos de serviços, deve ser objecto de interpretação estrita [64]. O que aponta no sentido de que, em relação a procedimentos de adjudicação que têm por objecto um conjunto de serviços, só é admissível deitar mão do procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio para os serviços concretamente abrangidos pelo artigo 11.º, n.º 3.

124. No entanto, só é possível tomar em linha de conta uma forma especial de adjudicação de serviços, tal como prevista no artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50,

62 — Compete ao Bundesvergabeamt apurar se no presente caso existe ou não um tal direito exclusivo.

63 — Neste sentido, também, a Comunicação da Comissão (já referida na nota 58, ponto 2.1.4.).

64 — Acórdão de 18 de Novembro de 2004, Comissão/Alemanha (C-126/03, Colect., p. I-11197, n.º 23), e de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha (C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609, n.º 58). V. também o artigo 11.º, n.º 4, da Directiva 92/50, nos termos da qual «[e]m todos os outros casos» tem de haver recurso a processo de concurso público ou de concurso limitado.

se o contrato público for divisível. Neste sentido, para além da divisibilidade teórica do contrato, importa considerar também o seu fim e a utilidade prática dos serviços, consoante sejam prestados separadamente ou por uma única entidade.

125. No presente caso, a APA e a APA-OTS, a República da Áustria e o Bundeskanzleramt expuseram convincentemente quão estreita é a ligação entre os serviços de agência de notícias previstas no contrato de base. Alegaram que não é materialmente viável obter contribuições redactoriais de um prestador de serviços e enviar as reacções às mesmas através de outro, pois não existe garantia de que ambos os prestadores de serviços forneçam os mesmos destinatários. Não se pode responder a uma reportagem publicada no jornal A com uma declaração no jornal B. Além disso, também tem uma importância determinante ao nível da facilidade de utilização dos serviços poder-se aceder através de um único servidor aos vários bancos de dados que entre si se encontram ligados.

126. O facto de os serviços OTS terem passado a ser prestados pela APA-OTS e não pela APA não é um indício a favor da divisibilidade dos elementos dos contratos. Pois como já foi referido, trata-se aqui de uma mera reestruturação interna por parte do prestador de serviços; sob um ponto de vista económico não ocorreu qualquer alteração do prestador de serviços, sendo que a APA-OTS é controlada pela APA como se estivesse em causa um serviço seu [65]. Além disso, os vários serviços permanecem ligados entre si e unitariamente acessíveis.

127. Sem prejuízo da apreciação concreta da matéria de facto que o Bundesvergabeamt venha a fazer, tudo o que agora foi referido pesa em desfavor da divisibilidade do contrato de prestação de serviços entre a República da Áustria e a APA e, concomitantemente, em desfavor da existência de um dever de se proceder a adjudicações separadas dos vários objectos do contrato.

128. O que em nada se altera pelo facto de o contrato de prestação de serviços ter por objecto tanto serviços prioritários como não prioritários. Como se conclui pela rápida leitura do artigo 10.º da Directiva 92/50, não é de modo algum exigível adjudicar separadamente serviços prioritários e não prioritários [66].

129. Só assim não sucederia se a entidade adjudicante agrupasse arbitrariamente no mesmo contrato os vários serviços ou só os sujeitasse a um único contrato de prestação de serviços a fim de contornar disposições de direito dos contratos públicos [67]. Porém, não existem indícios de que assim tenha sido. Pelo contrário, segundo os elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe, existem motivos concretos que justificam que se tenham adjudicado unitariamente todos os serviços controvertidos [68].

65 — V. *supra*, n.os 20, 61 e 62 destas conclusões.

66 — V. também acórdão Felix Swoboda (já referido na nota 15, n.os 56 e 60).

67 — V. também acórdão Felix Swoboda (já referido na nota 15, n.os 57 e 60).

68 — V. *supra*, n.º 125 destas conclusões.

e) Conclusão intercalar

130. Resumindo, quanto à quarta questão:

Um contrato público de serviços pode ser adjudicado unitariamente, por via de procedimento por negociação, se o contrato tiver por objecto prevalentemente serviços não prioritários e existir um direito exclusivo, na acepção do artigo 11.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 92/50, não em relação a todos mas em relação a alguns dos serviços a prestar, a menos que os vários serviços tenham sido arbitrariamente agrupados no mesmo contrato ou tal agrupamento só tenha ocorrido a fim de se contornarem disposições de direito dos contratos públicos.

2. Quanto à quinta questão

131. Com a sua quinta questão o Bundesvergabeamt pretende essencialmente apurar se uma empresa pode fundamentar a sua capacidade para cumprir integralmente um contrato público de serviços limitando-se a invocar que uma outra empresa tem a obrigação, nos termos do artigo 82.º CE, de lhe disponibilizar determinados dados em condições razoáveis.

132. O pano de fundo desta questão é a circunstância de a prestação de serviços de agência de notícias, tal como pretendido pelas autoridades federias austríacas, pressupor o acesso a um vasto arquivo, através do qual se pode aceder, nomeadamente, a informações e textos históricos. De acordo com a decisão de reenvio prejudicial, a PN não dispõe nem de longe nem de perto de um arquivo de dados histórico comparável ao da APA. A APA não concede acesso aos seus arquivos aos seus concorrentes, pelo menos para efeitos de transmissão a terceiros dos elementos aí disponíveis. Importa agora esclarecer se a PN, para prova de que efectivamente dispõe de capacidade, na acepção do artigo 31.º da Directiva 92/50, pode alegar que tem direito a aceder aos arquivos da APA, em especial ao banco de dados APADok.

133. Está aqui em causa a doutrina relativa aos «essential facilities», que vem sendo debatida no direito da concorrência. Segundo a jurisprudência relevante, pode ser considerado abusivo — ainda que em circunstâncias excepcionais —, no âmbito do artigo 82.º CE, que determinada empresa com posição dominante no mercado se recuse a permitir a outra empresa o acesso a bens, serviços ou dados essenciais («essential facilites») [69]. Nestes casos pode decorrer do artigo 82.º CE, para a empresa que domina o mercado, uma obrigação de contratar.

69 — Acórdãos de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, dito «Magill» (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.os 49 a 57), de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791, n.os 38 a 47), e de 29 de Abril de 2004, IMS Health (C-418/01, Colect., p. I-5039).

134. Contudo, no caso em apreço não é necessário chegar a analisar se um banco de dados como o arquivo APADok, mantido pela APA, contém ou não dados imprescindíveis para os seus concorrentes, ou seja, se constitui um «essential facility», e se existem circunstâncias excepcionais que pudessem obrigar a APA a conceder aos seus concorrentes acesso a esse seu arquivo, em condições razoáveis.

135. Pois um prestador de serviços que, com vista à sua admissão num concurso, quer invocar os meios de outros organismos ou empresas, tem de provar que pode *efectivamente* dispor dos mesmos[70]. Pois de outro modo, a entidade adjudicante não consegue proceder a uma comparação rigorosa entre a sua capacidade e a dos outros possíveis prestadores de serviços. Se a entidade adjudicante confiasse numa mera disponibilidade *potencial*, por parte do prestador de serviços, dos meios em causa, correria o perigo de adjudicar o contrato a uma empresa cuja capacidade viria, mais tarde — ou seja, no caso de vir a ter dificuldades no acesso aos referidos meios —, a revelar-se insuficiente. Ao mesmo tempo, a entidade adjudicante estaria possivelmente a privar uma outra empresa, com efectiva capacidade, de celebrar o contrato. Uma situação deste tipo não está em consonância nem com a ideia de igualdade de oportunidades de todos os possíveis prestadores de serviços, nem com o princípio da economicidade do processo de adjudicação.

70 — Acórdãos Holst Italia (já referido na nota 31, n.º 29), Siemens e ARGE Telekom (já referido na nota 15, n.º 44) e Comissão/Alemanha (já referido na nota 64, n.º 22). V. também, para casos futuros, o artigo 48.º, n.º 3, da Directiva 2004/18, através do qual se procedeu à consagração legal da referida jurisprudência.

136. Assim sendo, uma agência de notícias como a PN não pode limitar-se a afirmar ter direito a aceder aos arquivos da APA, tendo antes de provar em concreto que esse acesso lhe vai ser concedido, prova essa que pode ser produzida, por exemplo, através da apresentação de uma confirmação expressa ou de um contrato de licença já celebrado. De outro modo, não consegue fazer a devida prova da sua capacidade, que consiste no acesso aos arquivos da APA.

137. Os prazos habitualmente curtos, dentro dos quais se tem de tomar uma decisão no âmbito de processos de adjudicação, não permitem o esclarecimento, frequentemente muito moroso, de difíceis questões jurídicas no contexto do artigo 82.º CE e da doutrina relativa aos «essential facilities». A empresa em causa terá de dar início a uma eventual lide sobre este assunto ainda antes de se candidatar a um contrato público.

138. Assim, em relação à quinta questão, importa reter que uma empresa não pode fundamentar a sua capacidade para cumprir integralmente um contrato de serviços público limitando-se a invocar que uma outra empresa tem a obrigação, nos termos do artigo 82.º CE, de lhe disponibilizar determinados dados em condições razoáveis.

C — *Quanto à sexta e à sétima questões*

139. Com a sexta e a sétima questões o Bundesvergabeamt pretende obter informações quanto à abrangência da tutela jurídica que deve ser concedida a uma empresa prejudicada pela entidade adjudicante. Também estas questões assentam logicamente no pressuposto segundo o qual as operações realizadas nos anos 2000, 2001 e 2005 constituem adjudicações de um contrato público de serviços. É também o que refere o Bundesvergabeamt, na decisão de reenvio prejudicial.

140. Como referido, à luz dos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe, sou da opinião de que nenhuma dessas operações constitui uma adjudicação [71]. Por esta razão, só a título subsidiário é que passo a analisar a sexta e a sétima questões.

1. Quanto à sexta questão

141. A sexta questão do Bundesvergabeamt tem por objecto a interpretação dos conceitos de «lesada» e de «lesadas», previstos respectivamente no artigo 1.º, n.º 3, e no artigo, 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665. Como referido [72], esta questão só é admissível no tocante ao artigo 1.º, n.º 3, da mencionada directiva.

142. Com a sua questão o Bundesvergabeamt pretende essencialmente saber se para a interposição do recurso basta que o recorrente invoque que foi privado da possibilidade de participar num processo de adjudicação por a entidade adjudicante não ter procedido, antes da adjudicação, à publicação do anúncio, ou se o recorrente tem, além disso, que fazer prova da sua própria capacidade para prestar os serviços em questão. Ou seja, importa analisar com mais pormenor a questão da *legitimidade activa* para interposição do recurso.

143. O artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 permite aos Estados-Membros limitar a dois níveis diferentes a legitimidade activa para interposição de recurso contra a adjudicação de contratos públicos [73]: por um lado, através da exigência de um interesse do recorrente no contrato público em causa e, por outro lado, através da ocorrência ou de um risco de ocorrência de uma lesão na esfera do mesmo. Neste sentido, pode ficar excluída tanto a propositura de acções populares como a utilização de outros meios de impugnação por parte de candidatos manifestamente sem hipótese.

71 — V., a este propósito, o que expus relativamente à primeira, à segunda e à terceira questões (*supra*, n.os 41 a 105 destas conclusões).

72 — V., a este propósito, n.os 35 a 37 destas conclusões.

73 — A referência aos contratos de fornecimento público ou de obras públicas, desde o alargamento do campo de aplicação da Directiva 89/665 pela Directiva 92/50, tem de ser interpretada no sentido de que abrange todos os contratos públicos, ou seja, também os contratos de prestação de serviços. O facto de só o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 ter sido adaptado, não tendo o mesmo sucedido com o n.º 3, afigura-se resultar de um lapso de redacção do legislador comunitário, o qual foi corrigido, para o futuro, através da Directiva 2007/66.

144. Todavia, não se pode, por essa via, pôr em causa o efeito útil da directiva [74]. Por isso, as limitações ao nível da legitimidade activa têm de ser interpretadas à luz do duplo objectivo da directiva, que é, por um lado, conceder *tutela jurídica efectiva* ao particular, no contexto da adjudicação de contratos públicos, e, por outro lado, possibilitar um *adequado controlo da legalidade* das decisões das entidades adjudicantes.

145. Com efeito, como resulta dos seus primeiro e segundo considerandos, a Directiva 89/665 tem por objectivo reforçar os mecanismos existentes, tanto no plano nacional como no plano comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de celebração de contratos de direito público; para esse efeito o artigo 1.º, n.º 1, da directiva em apreço impõe aos Estados-Membros a obrigação de garantirem que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser apreciadas eficaz e, sobretudo, tão rapidamente quanto possível [75].

146. Perante este cenário não se pode limitar excessivamente a legitimidade activa para a interposição de recursos em matéria de direito dos contratos públicos. Em especial, não se pode fazer com que a *legitimidade* activa para a interposição dos referidos recursos dependa das mesmas condições de que se faz depender o seu *provimento* [76].

147. Assim sendo, não é possível querer-se exigir ao particular que logo na fase da interposição do recurso apresente a prova concreta de que efectivamente foi lesado ou que pode vir a sê-lo. Pelo contrário, tem de bastar, para que exista legitimidade activa no âmbito do recurso ora em apreço, que o particular *alegue concludentemente* — para além das disposições violadas pela entidade adjudicante — ter interesse no contrato controvertido e existir a *possibilidade* de ocorrência de uma lesão.

148. Dever-se-á supor existir a possibilidade de lesão se não for manifestamente de excluir que o recorrente tivesse conseguido a adjudicação, não fosse a alegada violação por parte da entidade adjudicante. Tendo o contrato público sido adjudicado por via de adjudicação directa [77], sem publicação prévia de um anúncio — como efectivamente sucedeu no caso em apreço —, então resulta desde logo desta privação — alegadamente ilícita — da possibilidade de participação no processo de adjudicação, que é possível que o recorrente tenha ficado impedido de contratar e que, por isso, tenha sido lesado [78].

74 — Acórdãos de 19 de Junho de 2003, Fritsch, Chiari & Partner e o. (C-410/01, Colect., p. I-6413, n.os 31 e 34), de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o. (C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 72), e de 12 de Fevereiro de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Colect., p. I-1829, n.º 42).

75 — Acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671, n.os 33 e 34), e acórdãos Fritsch, Chiari & Partner e o. (já referido na nota 74, n.º 30), Universale-Bau e o. (já referido na nota 74, n.º 74), e Grossmann Air Service (já referido na nota 74, n.º 36).

76 — O simples facto de no termo do recurso poder eventualmente não ficar provada a ocorrência ou o risco de ocorrência de um dano não é, enquanto tal, suficiente para que o recurso não deva ser admitido; neste sentido, acórdão de 19 de Junho de 2003, Hackermüller (C-249/01, Colect., p. I-6319, n.º 27).

77 — Também denominada «adjudicação livre».

78 — Neste sentido, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional) alemão, despacho de 29 de Julho de 2004 (2 BvR 2248/03, parágrafo n.º 36, parte final).

149. Tal como não é exigível ao particular que na fase de interposição de recurso apresente prova de que teria conseguido a adjudicação se não fosse a alegada violação, também não lhe é exigível que apresente prova concreta da sua capacidade [79]. De outro modo, estar-se-ia a tornar essa interposição do recurso impossível, de facto, ou, pelo menos, estar-se-ia a dificultá-la excessivamente [80]. Em especial nos casos de adjudicações directas, seria praticamente impossível ao particular apresentar uma prova concreta da sua capacidade, uma vez que em princípio lhe faltariam informações exactas quanto às exigências formuladas pela entidade adjudicante, visto não se ter procedido à publicação prévia de um anúncio.

150. Só excepcionalmente é que a interposição de recurso pode ser rejeitada liminarmente com fundamento na sua inadmissibilidade por falta de capacidade, e isto no caso em que essa falta de capacidade é tão manifesta logo no momento da interposição do recurso que não carece de ser apreciada mais pormenorizadamente. Mas tudo o mais é uma questão do mérito do recurso.

151. Importa assim reter, quanto à sexta questão, que uma interposição de recurso, na acepção do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665, é sempre admissível desde que o recorrente alegue ou invoque concludentemente o seu interesse no contrato público, o erro de direito e a lesão sofrida ou que possa vir a sofrer. Se o contrato foi adjudicado sem publicação prévia de um anúncio, então resulta desde logo da privação da possibilidade de participação no processo de adjudicação que é possível que o recorrente tenha sido lesado, a menos que a sua falta de capacidade seja manifesta.

2. Quanto à sétima questão

152. Com a sua sétima questão o Bundesvergabeamt pretende essencialmente saber se o direito nacional é compatível com os princípios da equivalência e da efectividade ao prever que o recurso previsto no direito comunitário, que é condição essencial para a que se possa posteriormente intentar uma acção de indemnização, tenha de ser interposto no prazo de seis meses a contar da data da adjudicação alegadamente ilegal, sob pena de caducidade. O Bundesvergabeamt pergunta ainda se o princípio da efectividade impõe que ao referido prazo de seis meses acresçam outros eventuais períodos de tempo durante os quais o direito nacional não previsse ainda um meio de impugnação eficaz.

153. O pano de fundo desta questão é constituído pelo facto de a PN só ter interposto o seu recurso junto do Bundesvergabeamt em Julho de 2006, ou seja, dentro do prazo de seis meses a contar da entrada em vigor, em 1 de Fevereiro de 2006, das novas disposições processuais do § 331 da BVergG de 2006, mas mais de seis meses depois das operações ora controvertidas, ocorridas nos anos 2000, 2001 e 2005. O Bundesvergabeamt considera que, na Áustria, as adjudicações directas («adjudicações *de facto*») só podem ser «impugnadas efectivamente» desde a entrada em vigor do § 331 da BVergG de 2006.

79 — Neste mesmo sentido, o Bundesverfassungsgericht (já referido na nota 78, parágrafos n.os 26 e 29).

80 — Neste mesmo sentido — ainda que no contexto da atribuição de uma indemnização —, conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed de 10 de Outubro de 2002 no processo GAT (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.º 66).

154. A Directiva 89/665 não contém qualquer regra expressa relativa aos prazos aplicáveis aos recursos previstos no seu artigo 1.º

155. Assim sendo, o ponto de partida para se responder à questão colocada ao Tribunal de Justiça é constituído pelo *princípio da autonomia processual* dos Estados-Membros [81]: segundo jurisprudência constante, na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que decorrem para os particulares do direito comunitário, desde que, por um lado, essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (*princípio da equivalência*) e, por outro, não tornem impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (*princípio da efectividade*) [82]. Ambos os princípios têm também consagração no artigo 1.º da Directiva 89/665: o princípio da equivalência no n.º 2 e o princípio da efectividade no n.º 1.

156. O *princípio da equivalência* é corolário do princípio geral da igualdade de tratamento e da não discriminação [83], que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, excepto se esse tratamento for objectivamente justificado [84].

157. A Comissão, a APA e a APA-OTS chamaram neste contexto a atenção, com razão, para uma especificidade que caracteriza o recurso previsto no direito dos contratos públicos. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 exige dos Estados-Membros que as decisões possam ser objecto de recursos *tão rápidos quanto possível*. Deste modo, pretende-se garantir, por um lado, tutela jurídica efectiva e, por outro lado, tão rapidamente quanto possível, segurança jurídica. Este objectivo justifica que os recursos, na acepção da Directiva 89/665, possam estar sujeitos a prazos mais curtos do que os prazos de prescrição aplicáveis ao exercício do direito de indemnização, segundo as regras gerais previstas no direito interno.

158. Por conseguinte, o princípio da equivalência não obsta a que os recursos tenham de ser interpostos no prazo de seis meses, sob pena de caducidade, tal como previsto no § 332, n.os 2 e 3, da BVergG de 2006, ainda

81 — Acórdão Universale-Bau (já referido na nota 74, n.º 71); quanto ao conceito de autonomia processual v. acórdãos de 7 de Janeiro de 2004, Wells (C-201/02, Colect., p. I-723, n.º 67), de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/4, Colect., p. I-6057, n.º 95), e de 28 de Junho de 2007, Bonn Fleisch (C-1/06, Colect., p. I-5609, n.º 41).

82 — Acórdãos de 19 de Dezembro de 1968, Salgoil (13/68, Colect., p. 903), de 16 de Dezembro de 1976, Rewe-Zentralfinanz (33/76, Colect., p. 813, n.º 5), de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12), de 13 de Março de 2007, Unibet (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.os 39 e 43), e de 7 de Junho de 2007, Van der Weerd e o. (C-222/05 a C-225/05, Colect., p. I-4233, n.º 28).

83 — V. minhas conclusões de 9 de Janeiro de 2008 no processo Impact (C-268/06, n.º 67); quanto ao princípio da igualdade de tratamento v. jurisprudência constante, nomeadamente acórdãos de 12 de Setembro de 2006, Eman e Sevinger (C-300/04, Colect., p. I-8055, n.º 57), de 3 de Maio de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Colect., p. I-3633, n.º 56), e de 11 de Setembro de 2007, Lindorfer/Conselho (C-227/04 P, Colect., p. I-6767, n.º 63).

84 — Também neste sentido, ainda que no contexto de restituição de imposições, acórdão de 15 de Setembro de 1998, Edis (C-231/96, Colect., p. I-4951, n.º 37).

que segundo o direito nacional os prazos de prescrição gerais, aplicáveis ao exercício do direito de indemnização, sejam mais longos.

159. Porém, importa ainda apurar, no que respeita ao *princípio da efectividade*, se um prazo de caducidade do direito de recurso, como previsto no direito austríaco, não acaba por tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício posterior do direito à indemnização, na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665.

160. Por regra, a existência de prazos razoáveis de recurso, sob pena de caducidade, não viola o princípio da efectividade, na medida em que constitui uma aplicação do princípio fundamental da segurança jurídica [85].

161. A razoabilidade de um prazo de caducidade deve ser apreciada à luz da natureza e dos efeitos jurídicos do meio de impugnação em causa, bem como dos direitos e interesses controvertidos de todos os interessados.

162. Neste sentido, considera-se, em princípio, razoável um prazo peremptório de caducidade de seis meses para a interposição de recursos cujo objecto seja o de considerar — retroactivamente ou não — certo contrato desprovido de efeitos [86]. Pois a consequência jurídica particularmente gravosa da ineficácia de um contrato já celebrado justifica que se preveja um prazo que corra independentemente de o requerente ter tido conhecimento da ilegalidade da adjudicação, por violação do direito dos contratos públicos, ou de, ao menos, ter o dever de a conhecer. Tanto para a entidade adjudicante como também para o seu parceiro contratual existe uma clara necessidade, merecedora de tutela, de segurança jurídica relativamente à eficácia do contrato celebrado.

163. Contudo, em relação a um caso como o que agora se discute importa ter em conta que o prazo de caducidade peremptório de seis meses, tal como estatuído no § 332, n.os 2 e 3, da BVergG de 2006 para os recursos previstos no § 331, n.º 1, desta mesma lei, afecta não só aquele que efectivamente tem por objectivo obter a declaração de ineficácia de um contrato já celebrado, mas também quem pretende praticar um acto processual imprescindível para poder, mais tardar, intentar uma acção de indemnização junto dos tribunais civis austríacos.

164. Assim sendo, se o interessado só tiver conhecimento do dano depois de terem decorrido mais de seis meses após a sua ocorrência, dano esse que lhe foi infligido por via de uma adjudicação sem publicação prévia

85 — Jurisprudência constante; v., por exemplo, acórdãos Rewe-Zentralfinanz (já referido no n.º 82, n.º 5), Edis (já referido na nota 84, n.os 20 e 35), e de 17 de Junho de 2004, Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Colect., p. I-6051, n.º 18); especificamente quanto à Directiva 89/665, v., ainda, acórdãos Universale-Bau (já referido na nota 74, n.º 76), de 27 de Fevereiro de 2003, Santex (C-327/00, Colect., p. I-1877, n.º 50), e de 11 de Outubro de 2007, Lämmerzahl (C-241/06, Colect., p. I-8415, n.º 50).

86 — V., a este propósito, artigo 2.º-F, n.º 1, alínea b), em conjugação com o artigo 2.º-D, n.º 1, da Directiva 89/665, na redacção da Directiva 2007/66.

de um anúncio (adjudicação directa ou adjudicação *de facto*), em violação do direito dos contratos públicos, então nem poderá sequer exercer o seu direito ao ressarcimento do dano perante os tribunais civis, uma vez que, nos termos do § 341, n.º 2, da BVergG de 2006, teria necessariamente de ter interposto previamente recurso, cujo prazo de interposição já expirou.

165. Neste sentido, o prazo de caducidade previsto no § 332, n.os 2 e 3, da BVergG de 2006 extravasa o seu verdadeiro âmbito de aplicação e acaba por influenciar também outros processos subsequentes, relativamente aos quais, porém, o seu nível de exigência já não é razoável. Pois no que concerne ao exercício de meros direitos ao ressarcimento de danos não existe por parte da entidade adjudicante a mesma necessidade de segurança jurídica que existe em relação à eficácia de um contrato já celebrado.

166. Se um Estado-Membro fizer uso da possibilidade prevista no artigo 2.º, n.os 2 e 5, da Directiva 89/665 e previr que a reclamação de indemnizações depende da prévia anulação da decisão contestada, os prazos em questão têm de estar configurados e de ser aplicados em termos tais que permitam que o efectivo exercício do direito ao ressarcimento de danos não seja impossibilitado na prática ou excessivamente dificultado [87].

167. No cômputo geral, o princípio da efectividade exige que o prazo para interposição de um recurso, através do qual o recorrente se limita a criar as condições para uma posterior exercício do direito ao ressarcimento de danos, não possa começar a correr antes de o recorrente ter ou dever ter conhecimento da ocorrência do dano. Diversamente, se o recorrente pretender também obter a anulação do contrato celebrado, então podem prever-se prazos mais exigentes, que começam a correr independentemente do conhecimento ou da possibilidade de conhecimento da ocorrência do dano.

168. Cabe ao juiz nacional dar à lei processual interna, em toda a medida do possível, uma interpretação que assegure o princípio da efectividade resultante da Directiva 89/665, deixando, se necessário, de aplicar qualquer disposição nacional, na medida em que a sua aplicação, nas circunstâncias do caso, conduza a um resultado contrário ao direito comunitário [88].

169. Num caso como o presente, em que está em causa uma adjudicação directa sem publicação prévia de um anúncio, isto significa que o prazo de interposição de recurso não pode começar a correr antes de o interessado conhecer ou ter obrigação de conhecer a alegada violação do direito dos contratos públicos, sempre que esse mencionado recurso seja condição necessária para uma posterior acção de indemnização.

87 — A importância da configuração concreta e da aplicação prática das regras sobre prazos é sublinhada, por exemplo, no acórdão Lämmerzahl (já referido na nota 85, n.os 52, 56 e 61).

88 — Acórdãos Santex (já referido na nota 85, n.os 62 a 64) e Lämmerzahl (já referido na nota 85, n.os 62 e 63).

170. O Bundesvergabeamt refere, na decisão de reenvio prejudicial, que na sua opinião é possível, no caso em apreço, atingir efectivamente um resultado conforme com o direito comunitário, desde que, por um lado, se aplique o meio de impugnação inovadoramente criado pelo § 331, n.º 1, ponto 4, da BVergG de 2006 a procedimentos anteriores à sua entrada em vigor e, por outro lado, se apliquem os prazos em causa deitando mão de determinadas disposições gerais do direito civil, de modo que os mencionados prazos não comecem a correr antes de o recorrente ter conhecimento da ocorrência do dano e se prolonguem pelo período de tempo durante o qual não existia meio de impugnação eficaz.

171. Em síntese, importa referir quanto à sétima questão:

O princípio da efectividade exige que o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 seja interpretado no sentido de que tem de existir um prazo razoável para interposição de recurso que, nos termos do direito interno, seja condição necessária para uma posterior acção de indemnização, sendo que esse prazo, por um lado, não pode começar a correr antes de o interessado conhecer ou ter a obrigação de conhecer a alegada violação do direito dos contratos públicos e, por outro lado, se deve suspender pelo período de tempo durante o qual não existia meio de impugnação eficaz. O juiz nacional deve dar à lei processual interna, em toda a medida do possível, uma interpretação que permita atingir esse resultado, deixando, se necessário, de aplicar qualquer disposição nacional, na medida em que a sua aplicação, nas circunstâncias do caso concreto, conduza a um resultado contrário ao direito comunitário.

VII — Conclusão

172. Tendo em conta as observações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que apenas responda às três primeiras questões que lhe foram submetidas pelo Bundesvergabeamt austríaco, nos seguintes termos:

1) Quanto à primeira, à segunda e à terceira questões, em geral:

Um contrato abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 92/50, cujo conteúdo seja alterado durante a sua vigência, não carece do lançamento de

processo de adjudicação, a menos que estejam em causa alterações essenciais do contrato.

2) Quanto à primeira questão, em especial:

a) Não é de supor existir uma alteração essencial do contrato quando uma entidade adjudicante aceita que a execução de uma parte do contrato público seja transferida para uma filial do adjudicatário, que este último detém a 100% e que é por ele dominada como se estivesse em causa um serviço seu. Esta conclusão não é afectada pelo facto de em teoria o adjudicatário poder, mais tarde, alienar a terceiros participações sociais na filial.

b) Se o adjudicatário for uma pessoa colectiva, então eventuais alterações dos titulares de participações na mesma durante a vigência do contrato não constituem alterações essenciais do mesmo.

3) Quanto à segunda e à terceira questões, em especial:

a) Não é de supor existir uma alteração essencial do contrato quando se procede a adaptações puramente técnicas em virtude da alteração superveniente de circunstâncias exteriores; entre essas adaptações conta-se a conversão para euros de remunerações inicialmente previstas em moeda nacional e a referência a um novo índice de preços, que é considerado índice equivalente sucessivo ao anteriormente utilizado.

b) Do mesmo modo, não é de supor existir uma alteração essencial do contrato quando se estipula uma renúncia à rescisão, por três anos, relativamente a um contrato público de execução continuada, a menos que existam indícios concretos de que a entidade adjudicante, se não fosse essa cláusula, teria, no decurso do prazo de validade da mesma, posto termo ao contrato em vigor, seja por motivos jurídicos ou económicos.

c) Saber se a alteração material das remunerações relativas a parte dos serviços a prestar constitui uma alteração essencial do contrato depende da importância da alteração de cada uma das remunerações em causa, tanto em relação à parte dos serviços em questão como em relação ao conjunto do contrato público.