

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
19 de Junho de 2003 *

No processo C-315/01,

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

Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)

e

Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), bem como da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: J.-P. Puissochet, presidente de secção, R. Schintgen (relator), V. Skouris, F. Macken e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,

advogado-geral: L. A. Geelhoed,
secretário: R. Grass,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), por S. Korn, Universitätsassistent,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Nolin, na qualidade de agente, assistido por R. Roniger, Rechtsanwalt,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 10 de Outubro de 2002,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 11 de Julho de 2001, entrado no Tribunal de Justiça em 13 de Agosto seguinte, o Bundesvergabeamt submeteu, nos termos do artigo 234.º CE, cinco questões prejudiciais sobre a interpretação da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1, a seguir «Directiva 89/665»), bem como da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) (a seguir «GAT») à sociedade Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (a seguir «ÖSAG») a propósito da adjudicação de um contrato público de fornecimento para o qual a GAT tinha apresentado uma proposta.

Enquadramento jurídico

A regulamentação comunitária

A Directiva 89/665

- 3 O artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Directiva 89/665 estabelece:

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

[...]

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

4 Nos termos do artigo 2.º, n.ºs 1, 2, 6 e 8, da Directiva 89/665:

«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:

- a) Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes;
- b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa;
- c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.

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

[...]

6. Os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato celebrado na sequência da atribuição de um contrato de direito público serão determinados pelo direito nacional.

Além disso, excepto se a decisão tiver de ser anulada antes da concessão de indemnizações, os Estados-Membros podem prever que, após a celebração do contrato na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação.

[...]

8. Sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo [234.º] do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base.

A nomeação dos membros dessa instância independente e a cessação do seu mandato estão sujeitas às mesmas condições do que as aplicáveis aos juizes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua inamovibilidade. No mínimo, o presidente dessa instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente tomará as suas decisões na sequência de um processo contraditório e essas decisões produzirão, pelos meios determinados por cada Estado-Membro, efeitos jurídicos coercivos.»

A Directiva 93/36

5 O artigo 15.º da Directiva 93/36, que faz parte do capítulo 1, intitulado «Regras comuns de participação», do seu título IV, dispõe, no n.º 1:

«A atribuição do contrato faz-se com base nos critérios previstos no capítulo 3 do presente título, tendo em conta o disposto no artigo 16.º, após verificação pelas entidades adjudicantes da aptidão dos fornecedores não excluídos por força do artigo 20.º, de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica referidos nos artigos 22.º, 23.º e 24.º»

6 O artigo 23.º da Directiva 93/36, que faz parte do capítulo 2, intitulado «Critérios de selecção qualitativa», do seu título IV, prevê, no n.º 1, alíneas a) e d):

«A prova de capacidade técnica do fornecedor pode ser fornecida por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade e a finalidade dos produtos a fornecer:

a) Lista dos principais fornecimentos efectuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados:

— quando se trate de fornecimentos a entidades públicas, a prova dos fornecimentos é feita por meio de certificados emitidos ou visados pela autoridade competente,

- quando se trate de fornecimentos a particulares, a prova é feita por meio de declaração do comprador, admitindo-se, na sua falta, a apresentação de uma simples declaração do fornecedor;

[...]

- d) Relativamente aos produtos a fornecer, por amostras, descrições e/ou fotografias cuja autenticidade deve poder ser certificada a pedido da entidade adjudicante».
- 7 O artigo 26.º da Directiva 93/36, que faz parte do capítulo 3, intitulado «Critérios de adjudicação dos contratos», do seu título IV, precisa, no seu n.º 1:

«Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos são:

- a) Ou unicamente o preço mais baixo;
- b) Ou, quando a adjudicação contemplar a proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão: por exemplo, o preço, o prazo da entrega, o custo de utilização, a rentabilidade, a qualidade, o carácter estético e funcional, o valor técnico, o serviço após venda e a assistência técnica.»

A legislação nacional

8 As Directivas 89/665 e 93/36 foram transpostas para o direito austríaco pela Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (lei federal de 1997 sobre a adjudicação de contratos públicos, BGBl. I, 1997/56, a seguir «BVerG»).

9 O § 113 da BVerG determina as competências do Bundesvergabeamt (serviço federal das adjudicações). Este artigo dispõe:

«1. O Bundesvergabeamt é competente para apreciar os processos de recurso que lhe sejam submetidos em conformidade com as disposições do capítulo seguinte.

2. Até à adjudicação e com a finalidade de reparar as infracções a esta lei federal e aos seus regulamentos de execução, o Bundesvergabeamt é competente para:

1) decretar medidas provisórias bem como

2) anular as decisões ilegais tomadas pela entidade adjudicante.

3. Após a adjudicação ou o encerramento do processo de adjudicação, o Bundesvergabeamt é competente para declarar que, em razão de uma violação da presente lei ou dos seus regulamentos de execução, o contrato não foi adjudicado ao proponente que apresentou a proposta mais vantajosa. [...]»

10 O § 115, n.ºs 1 e 5, da BVergG, dispõe o seguinte:

«1. Uma empresa que afirme ter um interesse na celebração de um contrato abrangido por esta lei pode recorrer das decisões tomadas pela entidade adjudicante no decurso do processo de adjudicação, por violação da lei, na medida em que a referida ilegalidade lhe tenha causado ou ameace causar prejuízo.

[...]

5. A petição deve conter:

1) a identificação precisa do processo de adjudicação correspondente, bem como da decisão impugnada,

[...]»

11 Nos termos do § 117, n.ºs 1 e 3, da BVergG:

«1. O Bundesvergabeamt anulará, através de decisão administrativa e tendo em conta o parecer da comissão de conciliação emitido nesse processo, uma decisão da entidade adjudicante tomada no âmbito de um processo de adjudicação de contrato, quando essa decisão

- 1) for contrária às disposições da presente lei federal ou dos seus regulamentos de execução e

- 2) for determinante para o desfecho do processo de adjudicação.

[...]

3. Após a adjudicação do contrato, o Bundesvergabeamt, respeitando as condições do n.º 1, verificará unicamente se a ilegalidade invocada é ou não real.»

12 De acordo com o § 122, n.º 1, do BVergG «[e]m caso de violação culposa da lei federal ou dos seus regulamentos de execução pelos órgãos de uma entidade adjudicante, um candidato ou um proponente a quem não foi adjudicado o contrato tem o direito de exigir à entidade adjudicante a cujos órgãos essa conduta é imputável o reembolso das despesas efectuadas para elaborar a sua proposta e os outros custos suportados em virtude da sua participação no processo de adjudicação».

- 13 Nos termos do § 125, n.º 2, da BVergG, um pedido de indemnização, que deve ser introduzido nos tribunais civis, só é admissível se tiver havido uma declaração prévia do Bundesvergabeamt, nos termos do § 113, n.º 3. Esta declaração é vinculativa para o tribunal civil chamado a decidir do pedido de indemnização, bem como para as partes na instância no Bundesvergabeamt.
- 14 Nos termos do § 2, n.º 2, alínea c), ponto 40a, da Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (lei de 1991 introdutória às leis relativas aos procedimentos administrativos, BGBl. 1991/50), a Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (lei geral de 1991 relativa ao procedimento administrativo, BGBl. 1991/51, a seguir «AVG») aplica-se ao procedimento administrativo do Bundesvergabeamt.
- 15 O § 39, n.ºs 1 e 2, da AVG, na versão aplicável ao processo principal, dispõe:

«1. A aplicação do processo de instrução está sujeita às disposições administrativas.

2. No caso de a legislação administrativa ser omissa a este respeito, a autoridade competente deve agir oficiosamente e providenciar para que a instrução decorra no respeito das disposições constantes da presente parte. [...]»

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

- 16 Em 2 de Março de 2000, a ÖSAG, representada pelo Autobahnmeisterei (serviço de gestão e manutenção das auto-estradas) Sankt Michael/Lungau, lançou em toda a Europa um concurso público para o fornecimento de um «veículo especial: nova varredoura mecânica, em estado operacional e com as autorizações administrativas necessárias, destinada ao serviço de gestão e manutenção da auto-estrada de Kalwang, na auto-estrada A9, denominada ‘auto-estrada de Phyrn’».
- 17 As cinco propostas apresentadas foram abertas em 25 de Abril de 2000. A GAT tinha apresentado uma proposta no valor de 3 547 020 ATS, sem IVA. A proposta da empresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG era de 4 174 290 ATS líquidos; a de outro concorrente era de 4 168 690 ATS, sem IVA.
- 18 No que diz respeito à avaliação das propostas, o anúncio de concurso precisava, no seu ponto B.1.13:

«B.1.13 Avaliação das propostas

A proposta técnica e economicamente mais favorável é determinada segundo o princípio da proposta mais vantajosa. Condição essencial é que os veículos propostos cumpram os requisitos do caderno de encargos.

A avaliação é feita do seguinte modo:

Na avaliação das propostas, há que partir sempre da proposta mais vantajosa e calcular o número de pontos relativamente a esta última.

[...]

2) Outros critérios

Os outros critérios podem dar lugar à atribuição de 100 pontos, no máximo, que corresponderão a 20% na avaliação global.

2.1. Lista das referências de clientes de varredouras mecânicas nas regiões alpinas da União Europeia (referências em língua alemã): até 20 pontos.

Fórmula de cálculo:

Número de clientes mais elevado dividido pelo número de clientes imediatamente inferior, multiplicado por 20 pontos.»

19 Em 16 de Maio de 2000, a ÖSAG rejeitou a proposta da GAT com o fundamento de que não era compatível com as condições do caderno de encargos, pois o aparelho de limpeza dos passeios proposto só podia funcionar a temperaturas iguais ou superiores a 0° C, quando o anúncio de concurso previa uma temperatura mínima de funcionamento de -5° C. Além disso, apesar dos convites feitos nesse sentido pela ÖSAG, a GAT, não satisfez o requisito previsto no anúncio do concurso segundo o qual o aparelho devia poder ser examinado num raio de 300 km do local da sede da entidade adjudicante. Por outro lado, a ÖSAG pôs em dúvida o preço proposto pela GAT. Finalmente, apesar dos convites feitos nesse sentido pela ÖSAG, a GAT não apresentou de forma suficientemente pormenorizada o sistema técnico de limpeza dos reflectores da máquina que propunha.

20 A empreitada foi adjudicada à empresa ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG, por carta de 23 de Agosto de 2000, em conformidade com a proposta de adjudicação de 31 de Julho de 2000. Os outros proponentes tinham sido notificados da adjudicação por carta de 12 de Julho de 2000. A GAT foi notificada da rejeição da sua proposta por carta de 17 de Julho de 2000. O nome da empresa adjudicatária e o montante do contrato foram-lhe notificados por carta de 5 de Outubro de 2000.

21 Em 17 de Novembro de 2000, a GAT interpôs recurso para o Bundesvergabeamt com vista a obter a declaração de que o contrato não tinha sido adjudicado ao concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa e alegou que a sua proposta tinha sido ilegalmente excluída. Em sua opinião, a descrição técnica da limpeza dos reflectores que havia junto à sua proposta era suficiente para um especialista. Além disso, tinha convidado a ÖSAG a visitar a fábrica do seu fornecedor. Em qualquer caso, o critério de adjudicação relativo à «possibilidade de examinar o aparelho objecto do concurso, num raio de 300 km do local da sede da entidade adjudicante», é contrário às exigências do direito comunitário, na medida em que constitui uma discriminação indirecta. A ÖSAG deveria ter admitido todos os objectos de referência situados na Europa. Além disso, segundo a GAT, este critério apenas poderia ter servido de critério de adjudicação e não, como a ÖSAG veio erradamente a fazer, a título de critério de aptidão. É certo que a versão de base da varredoura mecânica proposta pela GAT não poderia funcionar a temperaturas inferiores a 0° C. No entanto, a GAT reservou-se a possibilidade de adquirir um acessório opcional complementar. Esse acessório

proposto pela GAT permitiria operar, como era exigido pelo caderno de encargos, a uma temperatura de -5° C. Finalmente, o preço proposto pela GAT não era de modo algum injustificado. Pelo contrário, a GAT teve a oportunidade de explicar de forma suficiente à ÖSAG por que razão o seu preço era tão baixo.

- 22 Por considerar que a solução do litígio que lhe tinha sido submetido exige a interpretação de várias disposições do direito comunitário, o Bundesvergabeamt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) a) Resulta do artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665, de outra disposição desta directiva ou de qualquer outra disposição de direito comunitário que a instância responsável pela apreciação dos processos de recurso na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, incluindo a que dispõe da competência referida no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), não tem o direito de suscitar oficiosamente, e independentemente dos pedidos das partes, circunstâncias juridicamente relevantes para a adjudicação que, em sua opinião, tenham importância para a decisão a tomar no processo de recurso?

b) O disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, eventualmente em conjugação com outros princípios do direito comunitário, opõe-se a que a instância responsável pela apreciação dos processos de recurso na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, incluindo a que dispõe da competência referida no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), indefira um pedido de um proponente destinado indirectamente a obter uma indemnização, nas situações em que o processo de adjudicação já padece de um vício material em razão de outra decisão da entidade adjudicante que não a impugnada por este proponente, com o fundamento de que o eventual prejuízo deste último se teria igualmente verificado por outras razões e independentemente da decisão impugnada?

- 2) Em caso de resposta negativa à questão 1), alínea a), as disposições da Directiva 93/36, em especial as dos artigos 15.º a 26.º desta directiva, proíbem que a entidade adjudicante, ao lançar processos de adjudicação, tenha em conta referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes não para efeitos de avaliação da aptidão destes últimos, mas como critério de adjudicação, de modo que a apreciação negativa dessas referências não levará à exclusão do proponente do processo de adjudicação, mas simplesmente à avaliação da sua proposta de forma menos favorável, por exemplo, no quadro de um sistema por pontos, no qual uma apreciação desfavorável das referências poderia ser compensada por um preço menos elevado?
- 3) Em caso de resposta negativa às questões 1), alínea a), e 2, um critério de adjudicação nos termos do qual só o número das referências de produtos é tomado em consideração, sem uma análise detalhada da questão de saber se a experiência dos compradores com esse produto foi boa ou má, e que apenas tem em conta referências provenientes das regiões alpinas da União Europeia é compatível com as disposições pertinentes do direito comunitário, incluindo o artigo 26.º da Directiva 93/36, com o princípio da igualdade de tratamento e com os compromissos de direito público internacional assumidos pelas Comunidades?
- 4) Um critério de adjudicação segundo o qual apenas podem ser objecto de apreciação positiva as propostas que possam ser examinadas visualmente, num raio de 300 km do local da sede da entidade adjudicante, é compatível com as disposições do direito comunitário, especialmente com o princípio da igualdade de tratamento?
- 5) Em caso de resposta afirmativa à questão 2) ou de resposta negativa às questões 3) e 4), o disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, eventualmente em conjugação com outros princípios do direito comunitário, deve ser interpretado no sentido de que, quando a infracção cometida pela

entidade adjudicante consiste na fixação de um critério de adjudicação ilegal, o proponente só tem direito a indemnização se se puder provar, em concreto, que, sem o critério de adjudicação ilegal, teria apresentado a proposta mais vantajosa?»

- 23 O órgão jurisdicional de reenvio pediu igualmente ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 104.º-A do Regulamento de Processo, que o processo fosse submetido a tramitação acelerada, alegando, por um lado, que a primeira questão se coloca em cerca de metade dos processos de recurso que lhe foram submetidos e, por outro, que o Verfassungsgerichtshof já anulou várias decisões do Bundesvergabeamt com fundamento, precisamente, em que este tinha suscitado oficiosamente a ilegalidade de certos aspectos dos processos de adjudicação em causa.
- 24 Por decisão de 13 de Setembro de 2001, este pedido foi, contudo, indeferido pelo presidente do Tribunal de Justiça, sob proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, com fundamento em que as circunstâncias invocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio não justificam a urgência extraordinária em responder às questões submetidas a título prejudicial.

Quanto à competência do Tribunal de Justiça

- 25 Baseando-se no despacho de reenvio do Bundesvergabeamt, de 11 de Julho de 2001, proferido no âmbito de outro processo de adjudicação de um contrato público, registado na Secretaria do Tribunal de Justiça sob o número C-314/01 e que, actualmente, corre aí os seus trâmites, a Comissão exprime dúvidas quanto ao carácter jurisdicional da instância de reenvio, pelo facto de esta última ter reconhecido, no referido despacho, que as suas decisões «não contêm intimações à entidade adjudicante, susceptíveis de execução coerciva». Nestas condições, a Comissão interroga-se sobre a admissibilidade das questões apresentadas pelo Bundesvergabeamt no presente processo à luz da jurisprudência do Tribunal de

Justiça, nomeadamente, dos acórdãos de 12 de Novembro de 1998, Victoria Film (C-134/97, Colect., p. I-7023, n.º 14), e de 14 de Junho de 2001, Salzmann (C-178/99, Colect., p. I-4421, n.º 14), nos termos dos quais os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional.

26 A este respeito, importa referir, por um lado, que, depois da adjudicação do contrato, o Bundesvergabeamt é competente, nos termos do § 113, n.º 3, da BVergG, para declarar que, em razão de uma violação à regulamentação nacional pertinente, o contrato não foi adjudicado ao proponente que apresentou a proposta mais vantajosa.

27 Por outro lado, resulta dos próprios termos do § 125, n.º 2, da BVergG que uma declaração do Bundesvergabeamt nos termos do § 113, n.º 3, da mesma lei não só constitui uma condição de admissibilidade de qualquer pedido de indemnização apresentado nos tribunais civis, com fundamento numa violação culposa da referida regulamentação, mas, além disso, vincula tanto as partes na instância no Bundesvergabeamt como o tribunal civil chamado a decidir.

28 Nestas condições, nem a natureza vinculativa de uma decisão tomada pelo Bundesvergabeamt nos termos do § 113, n.º 3, da BVergG nem, portanto, o carácter jurisdicional deste último podem ser validamente postos em causa.

29 Nestes termos, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões submetidas, no caso em apreço, pelo Bundesvergabeamt.

Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

- 30 O Governo austríaco alega que a primeira questão, alínea a), e a quinta questão não são admissíveis, na medida em que foram colocadas no âmbito de um processo intentado nos termos do § 113, n.º 3, da BVergG, que não constitui um processo de recurso na acepção da Directiva 89/665, mas um simples processo de declaração.
- 31 O Governo austríaco expõe a este respeito que o legislador austríaco utilizou a faculdade oferecida pelo artigo 2.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Directiva 89/665, ao prever que, após a celebração do contrato, na sequência da adjudicação, os poderes da instância de recurso responsável se limitam à concessão de indemnizações a qualquer pessoa lesada por uma violação. Ora, na ordem jurídica austríaca, o poder de conceder estas indemnizações, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, os Estados-Membros são obrigados a prever, não foi atribuído ao Bundesvergabeamt, mas, como resulta dos §§ 122 e 125 da BVergG, aos tribunais civis.
- 32 O Governo austríaco entende que, nestas condições, uma resposta à primeira questão, alínea a), e à quinta questão não é necessária para a solução do litígio no processo principal.
- 33 A este respeito há que sublinhar, por um lado, que uma repartição do poder previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665 entre diversas instâncias responsáveis não é contrária ao disposto nesta directiva, uma vez que o seu artigo 2.º, n.º 2, permite expressamente que os Estados-Membros atribuam os poderes referidos no n.º 1 desta disposição a instâncias distintas, responsáveis por aspectos diferentes dos processos de recurso.

34 Por outro lado, importa recordar que, embora, após a adjudicação do contrato, o Bundesvergabeamt não seja competente para conceder uma indemnização às pessoas lesadas por uma violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das regras nacionais que transpõem este direito, mas unicamente para declarar que, em razão dessa violação, o contrato não foi adjudicado ao proponente que apresentou a proposta mais vantajosa, esta declaração, como resulta do n.º 27 do presente acórdão, não só constitui uma condição de admissibilidade de qualquer pedido de indemnização apresentado nos tribunais civis, mas, além disso, vincula tanto as partes na instância no Bundesvergabeamt como o tribunal civil chamado a decidir.

35 Nestas condições, há que concluir que, mesmo quando é chamado a decidir nos termos do § 113, n.º 3, da BVergG, o Bundesvergabeamt actua no âmbito de um processo de recurso previsto pela Directiva 89/665 e, como já resulta do n.º 28 do presente acórdão, é chamado a adoptar uma decisão de natureza vinculativa.

36 Além disso, como confirma o § 117, n.º 3, da BVergG, no âmbito de um processo intentado nos termos do § 113, n.º 3, da mesma lei, o Bundesvergabeamt é competente para verificar a existência da ilegalidade invocada. Ora, não se pode excluir que, no exercício desta competência, o mesmo entenda ser necessário submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça.

37 Um vez que estas questões, consideradas necessárias pelo Bundesvergabeamt para poder verificar a existência de uma ilegalidade, respeitam à interpretação do direito comunitário, não podem ser declaradas inadmissíveis (v., neste sentido, acórdãos de 13 de Março de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 38, e de 10 de Dezembro de 2002, Der Weduwe, C-153/00, Colect., p. I-11319, n.º 31.).

- 38 Ao invés, o Bundesvergabeamt, que não é directamente competente para conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma ilegalidade, não pode submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais ligadas à própria concessão ou às condições de concessão de indemnizações.
- 39 Resulta do que precede que todas as questões prejudiciais submetidas, no caso em apreço, pelo Bundesvergabeamt são admissíveis, com excepção da quinta, que visa precisamente esclarecer em que condições um proponente alegadamente lesado pela adopção de um critério de adjudicação ilegal tem direito a indemnização.

Quanto à primeira questão, alíneas a) e b)

- 40 O Bundesvergabeamt expõe, no despacho de reenvio, que resulta dos §§ 113, n.º 3, e 115, n.º 1, da BVergG que, num processo de recurso interposto após a adjudicação de um contrato, deve verificar a legalidade da decisão de adjudicação impugnada, mas apenas pode dar provimento ao recurso se foi a decisão ilegal recorrida que teve como efeito a não adjudicação do contrato ao proponente que apresentou a proposta mais vantajosa na aceção da referida lei. Assim, é-lhe impossível dar provimento ao recurso se o processo de adjudicação já estiver ferido, devido a outra decisão, eventualmente anterior, do poder adjudicante, de uma ilegalidade essencial que leva a que o recorrente não seja, em caso algum, o proponente que apresentou a proposta mais vantajosa na aceção da lei e esta outra decisão da entidade adjudicante não tiver sido impugnada pelo recorrente no processo de recurso. Neste caso, com efeito, o recorrente não foi «lesado» pela violação impugnada, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, pois o prejuízo, que poderia assumir a forma de despesas de apresentação efectuadas em vão, teria por origem uma outra infracção da entidade adjudicante.

41 Por outro lado, o Bundesvergabeamt recorda que, nos termos do § 39, n.º 2, da AVG, tem de determinar oficiosamente os factos pertinentes e, por conseguinte, examinar oficiosamente se, no processo principal, são legais outros critérios de adjudicação que não o da «possibilidade de exame visual», contestado pela recorrente. Refere igualmente que, segundo um acórdão do Verfassungsgerichtshof (Áustria) de 8 de Março de 2001 (B 707/00), a questão da aplicabilidade das regulamentações processuais caracterizadas pelo princípio da actuação oficiosa — que, independentemente da argumentação das partes, autoriza a instância de recurso responsável a suscitar todos os aspectos pertinentes à luz do processo de adjudicação — pode suscitar, tendo em conta o processo de recurso contraditório previsto no artigo 2.º, n.º 8, segundo parágrafo, da Directiva 89/665, certos problemas de direito comunitário que tornam necessária a intervenção do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º, terceiro parágrafo, CE.

42 O Bundesvergabeamt explica que foi esta jurisprudência do Verfassungsgerichtshof que o levou a submeter a primeira questão, alíneas a) e b), embora tenha pleno conhecimento de que a necessidade de dar ao processo um carácter contraditório — a qual decorre não do artigo 2.º, n.º 8, segundo parágrafo, da Directiva 89/665, apenas aplicável às «instâncias independentes» de recurso, mas das exigências que se impõem a um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.º CE — não está em contradição com o princípio da actuação oficiosa aplicável nos procedimentos administrativos e de que o Tribunal de Justiça já declarou implicitamente que o Bundesvergabeamt aplica um processo contraditório, na medida em que reconheceu o seu direito a apresentar pedidos prejudiciais.

43 Decorre das considerações que precedem, bem como do enquadramento regulamentar no qual se inscrevem, que, com a sua primeira questão, alíneas a) e b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Directiva 89/665 se opõe, por um lado, a que, no âmbito de um pedido apresentado por um proponente com vista a obter a declaração da ilegalidade da decisão de adjudicação de um contrato público, para efeitos de uma posterior indemnização, a instância de recurso responsável suscite oficiosamente a ilegalidade de uma

decisão da entidade adjudicante diferente da que foi impugnada pelo proponente e, por outro, a que a referida instância negue provimento ao pedido do proponente, com o fundamento de que, devido à ilegalidade suscitada oficiosamente, o processo de adjudicação era, de qualquer forma, irregular e de que o eventual prejuízo do proponente ter-se-ia, assim, verificado, mesmo na inexistência da ilegalidade invocada por este último.

44 A este respeito, importa recordar que, tal como resulta dos seus primeiro e segundo considerandos, a Directiva 89/665 visa reforçar os mecanismos existentes, tanto no plano nacional como comunitário, para assegurar a aplicação efectiva das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas. Para esse efeito, o artigo 1.º, n.º 1, da referida directiva impõe aos Estados-Membros a obrigação de garantirem que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível (v., designadamente, acórdãos de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria e o., C-81/98, Colect., p. I-7671, n.ºs 33 e 34, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 74).

45 A Directiva 89/665 apenas prevê, contudo, as condições mínimas que devem ser preenchidas pelos processos de recursos interpostos nas ordens jurídicas nacionais, a fim de garantir o respeito das normas de direito comunitário em matéria de contratos públicos (v., designadamente, acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Santex, C-327/00, Colect., p. I-1877, n.º 47).

46 Face à inexistência de uma disposição específica na matéria, compete, assim, à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro determinar se, e em que condições, uma instância responsável pelos referidos processos de recurso pode suscitar oficiosamente ilegalidades que não foram invocadas pelas partes no litígio que lhe foi submetido.

47 Nem a finalidade da Directiva 89/665 nem a necessidade de conferir carácter contraditório aos processos de recurso que esta prevê se opõem a que a ordem jurídica interna de um Estado-Membro institua esta possibilidade.

48 Por um lado, com efeito, não pode ser considerado contrário ao objectivo desta directiva, que é garantir o respeito das normas de direito comunitário em matéria de contratos públicos através de recursos rápidos e eficazes, que a instância de recurso responsável suscite oficiosamente as ilegalidades que afectam um processo de adjudicação, sem esperar que as partes o façam.

49 Por outro lado, a necessidade de conferir aos processos de recurso carácter contraditório não impede que a instância de recurso responsável pelo referido processo possa suscitar oficiosamente uma ilegalidade que é a primeira a constatar, mas implica simplesmente que, antes de proferir a sua decisão, essa instância deve respeitar o direito das partes a serem ouvidas sobre a ilegalidade suscitada oficiosamente.

50 Daqui resulta que a Directiva 89/665 não se opõe a que, no âmbito de um pedido apresentado por um proponente com vista a obter a declaração da ilegalidade da decisão de adjudicação de um contrato público, para efeitos de uma posterior indemnização, a instância de recurso responsável suscite oficiosamente a ilegalidade de uma decisão da entidade adjudicante diferente da que foi impugnada pelo proponente.

51 Contudo, nem por isso decorre do que precede que a referida instância possa negar provimento ao pedido do proponente com o fundamento de que, devido à ilegalidade suscitada oficiosamente, o processo de adjudicação era, de qualquer forma, irregular e de que o eventual prejuízo do proponente se teria, assim, verificado, mesmo na inexistência da ilegalidade invocada por este último.

- 52 Com efeito, por um lado, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665 é aplicável a todas as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes que estão sujeitas às regras do direito comunitário em matéria de concursos públicos (v., designadamente, acórdãos de 18 de Junho de 2002, HI, C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 37, e de 23 de Janeiro de 2003, Makedoniko Metro e Michaniki, C-57/01, Colect., p. I-1091, n.º 68) e não prevê qualquer restrição em relação à natureza e ao conteúdo das referidas decisões (v., designadamente, acórdãos, já referidos, Alcatel Austria e o., n.º 35, e HI, n.º 49).
- 53 Por outro lado, de entre os processos de recurso que a Directiva 89/665 obriga os Estados-Membros a instituir para garantir que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível, figura expressamente, no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea c), o que permite conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.
- 54 Consequentemente, um proponente lesado por uma decisão de adjudicação de um contrato público, cuja legalidade impugna, não pode ser privado do direito de reclamar uma indemnização pelo prejuízo causado por esta decisão com o fundamento de que o processo de adjudicação era, de qualquer forma, irregular devido à ilegalidade, suscitada oficiosamente, de outra decisão, eventualmente anterior, da entidade adjudicante.
- 55 Esta conclusão impõe-se, por maioria de razão, na hipótese em que um Estado-Membro utilizou a faculdade, que lhe reserva o artigo 2.º, n.º 6, segundo parágrafo, da Directiva 89/665, de limitar, após a celebração do contrato que se segue à adjudicação, os poderes da instância de recurso responsável à concessão de indemnizações. Nestes casos, com efeito, a ilegalidade invocada pelo proponente não poderá ser afectada por nenhuma das sanções previstas pela Directiva 89/665.

56 Face às considerações que precedem, há que responder à primeira questão que a Directiva 89/665 não se opõe a que, no âmbito de um pedido apresentado por um proponente com vista a obter a declaração da ilegalidade da decisão de adjudicação de um contrato público, para efeitos de uma posterior indemnização, a instância de recurso responsável suscite oficiosamente a ilegalidade de uma decisão da entidade adjudicante diferente da que foi impugnada pelo proponente. Ao invés, esta directiva opõe-se a que a referida instância negue provimento ao pedido do proponente com o fundamento de que, devido à ilegalidade suscitada oficiosamente, o processo de adjudicação era, de qualquer forma, irregular e de que o eventual prejuízo do proponente se teria, assim, verificado, mesmo na inexistência da ilegalidade invocada por este último.

Quanto à segunda questão

57 Resulta do n.º 18 do presente acórdão, bem como da própria redacção da terceira questão, que, no processo principal, o anúncio de concurso previa que, a fim de avaliar as propostas para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante devia ter em conta o número das referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes, sem examinar se a experiência destes últimos com os produtos adquiridos tinha sido boa ou má.

58 Nestas condições, há que entender a segunda questão como visando saber de a Directiva 89/665 se opõe a que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público de fornecimento, a entidade adjudicante tenha em conta o número das referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes não como critério de verificação da aptidão destes últimos para executar o contrato em causa, mas como critério de adjudicação do referido contrato.

- 59 A este respeito, importa sublinhar que, no sistema da Directiva 93/36, nomeadamente do seu título IV, a verificação da aptidão dos fornecedores para entregar os produtos objecto do contrato a adjudicar e a adjudicação são duas operações diferentes no âmbito da adjudicação de um contrato público. De facto, o artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 93/36 prevê que a adjudicação da empreitada se faça depois de verificada a aptidão dos fornecedores (v., neste sentido, a propósito dos contratos de empreitadas de obras públicas, acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, C-31/87, Colect., p. I-4635, n.º 15).
- 60 Mesmo se a Directiva 93/36, que, nos termos dos seus quinto e sexto considerandos, pretende a coordenação dos processos nacionais de adjudicação de contratos públicos de fornecimento, respeitando, na medida do possível, os processos e as práticas em vigor em cada um dos Estados-Membros, não exclui que a verificação da aptidão dos proponentes e a adjudicação das obras possam ter lugar simultaneamente, as duas operações são reguladas por normas diferentes (v., neste sentido, acórdão Beentjes, já referido, n.º 16).
- 61 O artigo 15, n.º 1, da Directiva 93/36 prevê que a verificação da aptidão dos proponentes seja feita pela entidade adjudicante de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica mencionados nos artigos 22.º, 23.º e 24.º da mesma directiva. O objectivo desses artigos não é delimitar a competência dos Estados-Membros para fixar o nível de capacidade económica, financeira e técnica requerido com vista à participação nos diferentes contratos públicos, mas determinar quais as referências demonstrativas ou os meios de prova que podem ser fornecidos para demonstrar a capacidade financeira, económica e técnica dos fornecedores (v., neste sentido, acórdão Beentjes, já referido, n.º 17).
- 62 No que respeita aos critérios que podem ser utilizados como critérios de adjudicação de um contrato público de fornecimento, o artigo 26.º, n.º 1, da Directiva 93/36 prevê que as entidades adjudicantes se baseiem ou unicamente no preço mais baixo, ou, quando a adjudicação se faz à proposta economicamente

mais vantajosa, em diversos critérios variáveis consoante o contrato em causa, como o preço, o prazo de entrega, o custo de utilização, a rentabilidade, a qualidade, o carácter estético e funcional, o valor técnico, o serviço pós-venda e a assistência técnica.

63 Como resulta claramente da redacção desta disposição, designadamente, da utilização da expressão «por exemplo», os critérios que podem ser acolhidos a título de critérios de adjudicação de um contrato público à proposta economicamente mais vantajosa não são enumerados de modo taxativo (v., neste sentido, a propósito de contratos públicos de empreitadas de obras públicas, acórdão de 18 de Outubro de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Colect., p. I-7725, n.º 35, e, a propósito dos contratos públicos de serviços, acórdão de 17 de Setembro de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 54).

64 Contudo, se o artigo 26.º, n.º 1, da Directiva 93/36 deixa à entidade adjudicante a escolha dos critérios de adjudicação que entenda fixar, essa escolha só pode fazer-se entre critérios para identificação da proposta economicamente mais vantajosa (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Beentjes, n.º 19, SIAC Construction, n.º 36, e Concordia Bus Finland, n.º 59).

65 Ora, há que referir que a apresentação de uma lista dos principais fornecimentos efectuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados, figura expressamente entre os elementos de referência ou os meios de prova que, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 93/36, podem ser exigidos para justificar a capacidade técnica dos fornecedores.

66 Além disso, uma simples lista de referências, como a exigida no anúncio do concurso em causa no processo principal, que contenha unicamente a identidade e o número dos clientes anteriores dos proponentes, sem outras precisões

relativamente aos fornecimentos efectuados a esses clientes, não dá qualquer indicação que permita identificar a proposta economicamente mais vantajosa, na acepção do artigo 26.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 93/36, e não pode, portanto, em caso algum, constituir um critério de adjudicação na acepção desta disposição.

- 67 Face às considerações que precedem, importa responder à segunda questão que a Directiva 93/36 se opõe a que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público de fornecimento, a entidade adjudicante tenha em conta o número das referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes não como critério de verificação da aptidão destes últimos para executar o contrato em causa, mas como critério de adjudicação do referido contrato.

Quanto à terceira questão

- 68 Não há que responder a esta questão, uma vez que foi colocada apenas no caso de resposta negativa à segunda questão.

Quanto à quarta questão

- 69 Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o direito comunitário, em particular o princípio da igualdade de tratamento, se opõe a um critério de adjudicação de um contrato público de fornecimento segundo o qual só é possível uma apreciação positiva da proposta se o produto objecto da mesma puder ser examinado visualmente pela entidade adjudicante, num raio de 300 km do local da sede desta última.

- 70 Para responder a esta questão, há que referir que um critério deste tipo não pode constituir um critério de adjudicação do contrato.
- 71 Por um lado, com efeito, resulta do artigo 23.º, n.º 1, alínea d), da Directiva 93/36 que, no âmbito de um contrato público de fornecimento, as entidades adjudicantes podem exigir a apresentação de amostras, de descrições e/ou de fotografias dos produtos a fornecer enquanto elementos de referência ou meios de prova da capacidade técnica dos fornecedores para executarem o contrato em causa.
- 72 Por outro lado, um critério como o que é objecto da quarta questão não é susceptível de permitir a identificação da proposta economicamente mais vantajosa, na acepção do artigo 26.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 93/36, e não pode, portanto, em caso algum, constituir um critério de adjudicação na acepção desta disposição.
- 73 Nestas condições, não é necessário examinar se este critério é igualmente contrário ao princípio da igualdade de tratamento, que, como o Tribunal de Justiça reiteradamente declarou, constitui a base das directivas relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos (v., designadamente, acórdãos, já referidos, III, n.º 45, e Universale-Bau e o., n.º 91).
- 74 Face às considerações que precedem, há que responder à quarta questão que a Directiva 93/36 se opõe a que, no âmbito de um contrato público de fornecimento, a exigência de que os produtos objecto das propostas possam ser examinados visualmente pela entidade adjudicante, num raio de 300 km do local da sede desta última, constitua o critério de adjudicação do referido contrato.

Quanto às despesas

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

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Bundesvergabeamt, por despacho de 11 de Julho de 2001, declara:

- 1) A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, não se opõe a que, no âmbito de um pedido apresentado por um proponente com vista a obter a declaração da ilegalidade da decisão de adjudicação de um contrato público, para efeitos de uma

posterior indemnização, a instância de recurso responsável suscite officiosamente a ilegalidade de uma decisão da entidade adjudicante diferente da que foi impugnada pelo proponente. Ao invés, esta directiva opõe-se a que a referida instância negue provimento ao pedido do proponente com o fundamento de que, devido à ilegalidade suscitada officiosamente, o processo de adjudicação era, de qualquer forma, irregular e de que o eventual prejuízo do proponente se teria, assim, verificado, mesmo na inexistência da ilegalidade invocada por este último.

- 2) A Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, opõe-se a que, no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público de fornecimento, a entidade adjudicante tenha em conta o número das referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes não como critério de verificação da aptidão destes últimos para executar o contrato em causa, mas como critério de adjudicação do referido contrato.

- 3) A Directiva 93/36 opõe-se a que, no âmbito de um contrato público de fornecimento, a exigência de que os produtos objecto das propostas possam ser examinados visualmente pela entidade adjudicante, num raio de 300 km do local da sede desta última, constitua o critério de adjudicação do referido contrato.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Macken

Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 19 de Junho de 2003.

O secretário

O presidente da Sexta Secção

R. Grass

J.-P. Puissochet