

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 17 de Novembro de 1992 \*

*Senhor Presidente,  
Senhores juizes,*

1. Na acção em análise, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que o Reino da Dinamarca não cumpriu, no que toca à empreitada de obras públicas para a construção de uma ponte sobre o canal oeste do Grand-Belt, as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 30.º, 48.º e 59.º do Tratado CEE, bem como da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas<sup>1</sup>. São dois os aspectos do processo de adjudicação contestados pela Comissão: a) a presença, no caderno de encargos, de uma cláusula que convidava à apresentação de propostas com a condição de utilização o mais ampla possível de materiais e bens de consumo dinamarqueses, bem como de mão-de-obra e equipamento dinamarqueses (a seguir «reserva dinamarquesa»); b) o facto de as negociações com o consórcio escolhido terem tido lugar na base de uma proposta não conforme com o caderno de encargos.

2. Os factos e o processo pré-contencioso são descritos em detalhe no relatório para audiência, para que se remete. Aqui limitar-me-ei portanto a lembrar, na medida do necessário para tornar mais fácil a leitura das observações que se seguem, os termos essenciais da questão.

A empreitada para a construção da ponte sobre o canal oeste do Grand-Belt foi adju-

dicada ao European Storebælt Group (a seguir «ESG»), um dos cinco consórcios internacionais convidados a apresentar propostas no âmbito do anúncio de concurso limitado publicado pela Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (a seguir «Storebælt»), sociedade 100% controlada pelo Estado dinamarquês e encarregada dos trabalhos em questão. A Storebælt, que elaborara três projectos diferentes para servir de base às propostas, encetou discussões com as empresas pré-seleccionadas e prosseguiu as negociações com o ESG, que se prevalecera da possibilidade, prevista no artigo 3.º, n.º 2, do caderno de encargos, de apresentação de uma proposta alternativa; tais negociações terminaram com a assinatura do contrato em 26 de Junho de 1989.

3. Em 18 de Maio de 1989, a Comissão pôs-se em contacto com as autoridades dinamarquesas manifestando dúvidas quanto à conformidade com o direito comunitário tanto da reserva dinamarquesa como do facto de as negociações com a ESG terem sido conduzidas na base de uma proposta não conforme com o artigo 3.º, n.º 3, do caderno de encargos. Não satisfeita com as explicações do Governo dinamarquês, a Comissão, em 21 de Junho de 1989, procedeu a uma notificação em que pedia, entre outras coisas, que não se procedesse à assinatura do contrato. Em resposta a essa carta, as autoridades dinamarquesas fizeram saber que não tinham considerado oportuno adiar a assinatura do contrato, mas que haviam pedido à Storebælt, por carta de 21 de Junho, a supressão da reserva dinamarquesa, de tal maneira que esta já não aparecia no contrato definitivo.

\* Língua original: italiano.

1 — JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9.

Considerando ter sido praticada uma infracção e considerando que a eliminação da cláusula em questão posteriormente à adjudicação não pusera termo ao incumprimento, a Comissão endereçou à Dinamarca, por telex de 14 de Julho de 1989, um parecer fundamentado em que — entre outras coisas — afirmava que o único modo de remediar a situação assim criada, dado já se ter verificado a assinatura do contrato, consistia em pedir à Storebælt a rescisão do contrato firmado com o ESG e a reabertura do processo de adjudicação.

Considerando que o Reino da Dinamarca não se tinha conformado com o parecer fundamentado, a Comissão propôs uma acção nos termos do artigo 169.º, assim como um pedido de medidas provisórias ao abrigo do artigo 186.º do Tratado, pedido este tendo por único objecto a acusação relativa à reserva dinamarquesa.

4. Na audiência relativa ao processo de medidas provisórias, que teve lugar em 22 de Setembro de 1989, o Governo dinamarquês declarou reconhecer que a reserva dinamarquesa constituía violação do princípio fundamental de não discriminação consagrado no Tratado CEE e comprometer-se-ia: a) a evitar qualquer cláusula ou prática discriminatória em futuros concursos de obras públicas ou de fornecimento; b) garantir o ressarcimento do dano sofrido pelas empresas proponentes desde que estas empresas consigam provar o fundamento das suas pretensões à luz do direito dinamarquês; c) garantir, em qualquer caso, o reembolso das despesas de apresentação das propostas mediante um processo de arbitragem: sem que as empresas em questão tenham de provar que o alcance discriminatório da reserva dinamarquesa foi a causa da sua exclusão.

Na sequência de tais declarações, a Comissão retirou o pedido de medidas provisórias, mantendo, todavia, a acção nos termos do artigo 169.º também quanto à acusação objecto deste pedido. Por outro lado, depois dessa data, a Comissão que se reservara na petição inicial o direito de completar e desenvolver posteriormente os fundamentos e argumentos deduzidos em apoio dessa acção, solicitou ao Governo dinamarquês — e, em larga medida, obteve-os — vários documentos relativos ao processo de adjudicação e ao contrato definitivo, com base nos quais veio depois, na réplica, formular novos fundamentos em apoio do pedido. Tal modo de proceder conduziu o Governo dinamarquês suscitar, na tréplica, uma série de excepções de inadmissibilidade, tanto em relação à acusação relativa à reserva dinamarquesa, como no que respeita à acusação concernente às negociações ocorridas entre a Storebælt e o ESG. Tais excepções suscitadas pelo Governo dinamarquês serão adiante examinadas no contexto dos dois fundamentos invocados pela Comissão.

a) *A reserva dinamarquesa*

5. O Governo dinamarquês opõe-se a que a Comissão amplie o objecto do litígio por forma a abranger cláusulas do caderno de encargos diversas das mencionadas na notificação e no parecer fundamentado, na medida em que se trataria — em substância — de novas acusações contidas e desenvolvidas apenas na réplica.

Na verdade, a Comissão referira-se unicamente na fase pré-contenciosa à reserva dinamarquesa tal como formulada no artigo 6.º, n.º 2, das condições gerais do caderno de encargos; na acção, sobretudo na réplica,

impugnou, pelo contrário, várias outras cláusulas contidas no mesmo caderno ou directamente introduzidas pela primeira vez no contrato definitivo e de que resultaria que as condições da reserva dinamarquesa se mantinham no contrato de empreitada, sob a forma, em particular, de prescrições atinentes aos materiais.

A Comissão justifica tal comportamento sustentando ter pretendido, na fase pré-contenciosa, contestar em geral a reserva dinamarquesa e que, portanto, os fundamentos formulados na réplica deverão ser entendidos como meras especificações daquela contestação mais geral, não constituindo fundamentos novos e autónomos. E é certamente incontestável que as cláusulas citadas pela Comissão na petição inicial e na réplica não são mais, no essencial, do que especificações da reserva dinamarquesa, tal como formulada no artigo 6.º, n.º 2, das condições gerais do caderno de encargos.

6. Dito isto, deve salientar-se que, em conformidade com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça<sup>2</sup>, o objecto da acção proposta nos termos do artigo 169.º do Tratado é circunscrito pela fase administrativa pré-contenciosa prevista nesta disposição bem como pelos pedidos da acção; e que o parecer fundamentado e a acção devem assentar nos mesmos fundamentos e argumentos. Se é certo, além disso, que o Tribunal de Justiça admite a possibilidade de se invocarem na acção factos novos «da mesma natureza que os referidos no parecer fundamentado e que sejam constitutivos de um

comportamento idêntico»<sup>3</sup>, terá todavia de se tratar, em conformidade com o artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, de factos ocorridos posteriormente ao parecer fundamentado ou de qualquer forma não conhecidos do demandante no momento da propositura da acção.

Ora, na medida em que as acusações formuladas pela primeira vez pela Comissão na acção e na réplica dizem respeito a cláusulas do caderno de encargos, portanto a cláusulas já existentes no momento da notificação, não pode deixar de observar-se, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a Comissão delas devia, ou pelo menos podia, ter conhecimento. Daqui decorre que tais cláusulas «discriminatórias» não podem ser tomadas em consideração no presente processo: a excepção de inadmissibilidade do Governo dinamarquês deve, por isso, ser acolhida.

A este propósito, não posso todavia deixar de acrescentar que, posto nestes termos, o problema é puramente formal. Explico-me: na medida em que a reserva dinamarquesa é incompatível com o direito comunitário, facto este não impugnado, parece-me que o Estado infractor é de qualquer forma obrigado a tirar as consequências óbvias, isto é, a suprimir todas as prescrições que sejam expressão da reserva em causa. E que o próprio Governo dinamarquês estava bem consciente disso, pode deduzir-se quer do facto de na resposta ao parecer fundamentado ter assegurado que o contrato definitivo não continha qualquer cláusula do tipo da reserva dinamarquesa, quer da afirmação, feita pelo

2 — V., por último, o acórdão de 31 de Março de 1992, Comissão/Dinamarca (C-52/90, Colect., p. I-2187, n.º 23).

3 — V. acórdão de 22 de Março de 1983, Comissão/França (42/82, Recueil, p. 1013), e o acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, Comissão/Itália (113/86, Colect., p. 607).

mesmo governo, de que, vendo-se obrigado a proceder à supressão da reserva dinamarquesa antes da assinatura do contrato, portanto em espaço de tempo muito curto, ter-lhe-ão escapado algumas indicações concretas relativas à utilização de materiais dinamarqueses; e isto precisamente por causa da pressa <sup>4</sup>.

7. Além disso, quanto às cláusulas pela primeira vez inseridas no contrato definitivo e que, na opinião da Comissão, são também especificações da reserva dinamarquesa, deve, antes de mais, salientar-se que as conclusões da Comissão sobre o fundamento em análise dizem unicamente respeito à irregularidade do processo de adjudicação e que portanto, diversamente das cláusulas «discriminatórias» contidas nas condições gerais e especiais do caderno de encargos, as aditadas no contrato definitivo não podem ter tido qualquer incidência no desenvolvimento de tal processo <sup>5</sup>. Em rigor, portanto, tais cláusulas poderão constituir fundamento de um processo autónomo de incumprimento: é de facto evidente que, se ilegítimas, tais cláusulas configurarão uma infracção actual ao direito comunitário dado que ainda estão em curso os trabalhos para a construção da ponte.

Certamente, poder-se-ia também sustentar que a tomada em consideração, para efeitos do presente processo, das eventuais prescrições ilícitas contidas em tais cláusulas, visto tratar-se de acusações da mesma natureza das invocadas no parecer fundamentado e que

4 — V. p. 44 da tréplica. Com efeito, o Governo dinamarquês reconheceu expressamente que tais disposições do contrato, definidas como de carácter secundário, contêm ainda prescrições relativas à reserva dinamarquesa.

5 — Bem entendido, valem também neste caso as observações há pouco desenvolvidas: seria de facto no mínimo ilógico que o Governo dinamarquês, após ter reconhecido a incompatibilidade da reserva dinamarquesa com o direito comunitário e ter solicitado a respectiva supressão, permitisse em seguida que no contrato definitivo fossem introduzidas prescrições ilícitas do mesmo tipo.

são constitutivas de um comportamento idêntico, não é de natureza a implicar uma modificação essencial do objecto da acção. Além disso, se é verdade que o contrato definitivo foi concluído antes do envio do parecer fundamentado, não é menos verdade que a instituição demandante, que aliás não pode ser acusada nem de inércia nem de negligência dados os prazos curtíssimos em que instruiu o presente processo (desde o início da fase pré-contenciosa à propositura da acção passou menos de um mês), só dele teve materialmente conhecimento em data posterior à propositura da acção.

Todavia, dado o rigor de que o Tribunal de Justiça tem dado provas quanto à ampliação do objecto da causa a factos não conhecidos do demandante no momento do envio do parecer fundamentado, proponho, em homenagem aos princípios processuais que regem a acção nos termos do artigo 169.º, que também quanto a este ponto seja acolhida a excepção de inadmissibilidade suscitada pelo Governo dinamarquês.

8. Estabelecido que o objecto da acusação em análise deve limitar-se à reserva dinamarquesa tal como formulada no artigo 6.º, n.º 2, das condições gerais do caderno de encargos, e tendo presente que não há dúvida no caso vertente quanto à incompatibilidade de tal reserva com os artigos 30.º, 48.º e 59.º do Tratado, convém em primeiro lugar verificar se o Governo dinamarquês, ao eliminar a reserva em questão, se conformou ou não com o parecer fundamentado. Na verdade, como se recordará, tal cláusula foi suprimida antes da assinatura do contrato (26 de Junho) e, por isso, também antes de a Comissão ter notificado o parecer fundamentado ao Governo dinamarquês (14 de Julho). E é exactamente invocando tal circunstância que o referido governo sustenta que a acção deve

ser declarada inadmissível, ou pelo menos julgada improcedente, em termos análogos ao decidido pelo Tribunal de Justiça no processo C-362/90<sup>6</sup>. A este propósito, direi de imediato que não considero que o caso vertente possa ser equiparado ao que se acaba de referir.

Recordo, com efeito, que no processo C-362/90 o incumprimento contestado tinha produzido já todos os seus efeitos no momento do envio do parecer fundamentado e que, além disso, o Tribunal de Justiça censurou particularmente a Comissão porque não «actuou em tempo útil para evitar, mediante os procedimentos de que dispõe, que o incumprimento imputado produzisse efeitos, nem sequer invocou a existência de circunstâncias que a tenham impedido de terminar o processo pré-contencioso, previsto no artigo 169.º do Tratado, antes de o referido incumprimento ter deixado de existir»<sup>7</sup>.

9. No caso em apreço, a situação apresentase, pelo contrário, de forma completamente diversa. Como já se disse, com efeito, a Comissão solicitou na notificação não só que lhe fossem fornecidas as explicações pedidas no prazo de sete dias, mas também que fosse entretanto adiada a assinatura do contrato. O Governo dinamarquês podia, portanto, ter evitado que «se consumasse» o inadimplemento anuindo aos pedidos da Comissão; pelo contrário, precisamente na pendência do processo de incumprimento comunicou, em resposta à notificação, que a Storebælt procedera já à assinatura do contrato. Este modo de agir impediu a reabertura do processo de adjudicação, o que conduziu a instituição demandante a pedir no parecer fundamentado, como único remédio para pôr termo ao

incumprimento, que fosse resolvido o contrato e reaberto o processo de adjudicação. Por outro lado, na medida em que o contrato de empreitada foi celebrado na base de uma adjudicação irregular, não me parece que se possa nutrir qualquer dúvida — sendo pacífica a ilegalidade da reserva dinamarquesa — sobre a existência da infracção.

É de facto evidente que só um novo processo de adjudicação teria sido adequado a eliminar a infracção, dado que tal processo fora conduzido com clara violação do direito comunitário. Por outras palavras, tendo a reserva dinamarquesa influenciado a apresentação das propostas, está fora de dúvida que a sua posterior eliminação, ainda que antes da assinatura do contrato, em caso algum pode ter sanado um tão importante vício processual do processo de adjudicação da empreitada.

Além disso, duvido que o Governo dinamarquês possa prevalecer-se da afirmação da Comissão, segundo a qual já não é possível, no estágio actual, obter o pleno respeito do direito comunitário, para sustentar que já não seriam pertinentes as conclusões desta última relativas à reserva dinamarquesa. Na verdade, seria pelo menos singular que um Estado-membro, que teve a possibilidade de impedir que o inadimplemento produzisse efeitos definitivos, pudesse depois vir invocar o facto de que o inadimplemento em questão ter já sido consumado para... evitar que seja declarado «verificado» na acepção do artigo 171.º Um eventual acórdão nesse sentido do Tribunal de Justiça não tem, de facto, por objectivo declarar que a Storebælt devia ter reaberto o processo de adjudicação, mas de forma bem mais simples a declarar verificado que o processo em causa se desenrolou em violação das normas de direito comunitário aplicáveis.

6 — Acórdão de 31 de Março de 1992, Comissão/Itália, Colect., p. I-2353.

7 — Acórdão de 31 de Março de 1992, já referido, n.º 12.

Em suma, aceitar a tese do governo demandado, segundo a qual a reserva dinamarquesa fora suprimida já antes do envio do parecer fundamentado e que portanto, e de qualquer forma, a acusação relativa a tal reserva deixara de ser pertinente depois da assinatura do contrato, significaria premiar o facto de o inadimplemento ter sido «consumado», apesar de estar em curso o processo por incumprimento.

Uma última observação a este respeito. Parece-me demasiado evidente que se o Tribunal aderisse à tese do Governo dinamarquês, o processo por incumprimento perderia a sua razão de ser sempre que se tratasse de incumprimentos pontuais, isto é, em relação aos quais existe o risco de o próprio incumprimento ter sido «consumado» durante a fase pré-contenciosa, eventualmente antes do envio do parecer fundamentado. Trata-se de um risco que, de forma patente, é quase normal num sector como o das empreitadas de obras públicas. Nesta óptica, e a menos que se esvazie e se desvalorize o processo previsto no artigo 169.º em relação a incumprimentos do tipo em questão, não pode ser utilmente invocada a afirmação do Tribunal segundo a qual «só é possível o recurso ao Tribunal se o Estado em causa não proceder em conformidade com o parecer fundamentado»<sup>8</sup>, nem pode sustentar-se, como no já referido processo C-362/90, que «na data em que expirou o prazo fixado no parecer fundamentado... o incumprimento imputado já não existia», na medida em que produzira já todos os seus efeitos. No caso em apreço, na verdade, a Comissão deu início ao processo por incumprimento em tempo útil para evitar que o incumprimento contestado produzisse efeitos, no sentido de que, não tendo ainda sido assinado o contrato definitivo, o Estado em

causa tinha a possibilidade de reabrir o processo de adjudicação.

10. Esclarecido isto, cabe apurar em seguida se, e eventualmente em que medida, a declaração de 22 de Setembro de 1989 do Governo dinamarquês feita no decurso do processo de medidas provisórias é relevante para efeitos do presente processo. A este respeito, o Governo dinamarquês alega que, através dessa declaração, não só reconheceu a existência da infracção como admitiu também a própria responsabilidade patrimonial face às empresas proponentes, pelo que a declaração em causa equivaleria, à semelhança de um acórdão, a uma declaração definitiva do incumprimento.

Ora, se é verdade que o Governo dinamarquês reconheceu o incumprimento e garantiu a reparação dos danos sofridos pelas empresas proponentes, é também verdade — em minha opinião — que tal circunstância não é susceptível de anular o interesse no prosseguimento da instância. O facto de tal declaração ter induzido a instituição demandante a retirar o pedido de medidas provisórias é mero fruto de um acordo entre as partes exclusivamente relativo ao processo de medidas provisórias e destinado, em especial, a pôr-lhe termo por forma extrajudicial. Contudo, não me parece poder deduzir-se deste comportamento da Comissão a inadmissibilidade ou, em qualquer caso, a improcedência da acção. Caso contrário, isso significaria estabelecer-se o princípio segundo o qual a Comissão é obrigada a renunciar à acção sempre que, na pendência do processo, o incumprimento deixe de ser contestado e que, ao mesmo tempo, seja reconhecido o direito ao ressarcimento dos danos eventualmente sofridos pelos particulares em consequência do incumprimento em causa.

11. Por outro lado, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria, que

8 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Itália (121/84, Collect., p. 107, n.º 10).

tem por vezes sublinhado de modo expresso que o interesse no prosseguimento da acção pode consistir em estabelecer o fundamento da responsabilidade em que pode incorrer um Estado-membro em consequência do seu incumprimento<sup>9</sup>, que se deve em qualquer caso presumir o interesse da Comissão nos processos por ela intentados nos termos do artigo 169.º, mesmo em caso de incumprimentos não contestados<sup>10</sup>.

Em suma, a Comissão, como é reconhecido pelo Tribunal<sup>11</sup>, não é obrigada a demonstrar um interesse «em agir» para poder prosseguir a própria acção. Enquanto «guardiã» dos tratados, a Comissão tem de qualquer modo interesse em ver declarado o incumprimento através de um acórdão do Tribunal de Justiça: para este efeito, o único elemento relevante é que o Estado em questão não tenha providenciado no sentido de eliminar o incumprimento de que é acusado nos prazos fixados no parecer fundamentado. A circunstância de a infracção em causa ter sido reconhecida antes do envio do parecer fundamentado é pelo contrário, diversamente do que pensa o Governo dinamarquês, totalmente irrelevante.

À luz das considerações que precedem, considero, portanto, que, tendo a Storebælt procedido à adjudicação de uma empreitada de obras públicas na base de uma cláusula que convidava a apresentar propostas sob a condição de utilização o mais ampla possível de materiais e mão-de-obra dinamarqueses, o Reino da Dinamarca não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 30.º, 48.º e 59.º do Tratado.

9 — V., por último, o acórdão de 18 de Março de 1992, Comissão/Grécia (C-29/90, Colect., p. I-1971, n.º 12).

10 — A este propósito, basta observar que o Tribunal de Justiça nunca contestou o interesse da Comissão em ver condenado o Estado-membro por incumprimento: mesmo que o incumprimento em questão fosse amplamente reconhecido pelo Estado-membro e não se pusesse, com evidência, qualquer problema de ressarcibilidade dos danos causados.

11 — V. acórdão de 4 de Abril de 1974, Comissão/França (167/73, Recueil, p. 359, n.º 15).

b) *Negociações levadas a cabo na base de uma proposta não conforme com o caderno de encargos.*

12. Também relativamente a esta acusação, o Governo dinamarquês alegou uma série de excepções de inadmissibilidade, relativas quer às circunstâncias de facto adicionais que a Comissão teria introduzido na réplica em apoio da acusação em questão, quer — e sobretudo — a uma pretensa modificação dos pedidos, traduzida na sua ampliação.

Quanto aos factos pela primeira vez citados pela Comissão na réplica, isto é, as «pretensas» negociações ocorridas entre a Storebælt e o ESG, das quais teriam derivado disposições do contrato definitivo incompatíveis com cláusulas do caderno de encargos<sup>12</sup>, valem as considerações já desenvolvidas em relação ao fundamento baseado na reserva dinamarquesa. Em conformidade com a já referida jurisprudência do Tribunal de Justiça, é, de facto, de excluir que a Comissão possa invocar em apoio do fundamento em análise factos não impugnados na fase pré-contenciosa.

Mais delicado se revela, pelo contrário, o exame relativo à reformulação dos pedidos. De facto, a Comissão censurou inicialmente o Governo dinamarquês pela circunstância de a Storebælt ter levado a cabo negociações com o ESG com base numa proposta não conforme com o artigo 3.º, n.º 3, do caderno de encargos. Na réplica, a Comissão veio reformular tais pedidos, sustentando que ao

12 — Na réplica, a Comissão, com efeito, já não se referia unicamente às negociações relativas à reserva posta pela ESG em relação ao artigo 3.º, n.º 3, do caderno de encargos, mas também a negociações que teriam ocorrido relativamente ao preço unitário pela areia de aterro, às sanções e à recuperação dos atrasos, ao contributo em favor do mercado de trabalho, à fórmula do ajustamento dos preços, etc.

basear-se numa proposta não conforme com o caderno de encargos, a Storebælt terá levado a cabo negociações com o ESG das quais terá resultado a inserção no contrato definitivo de modificações das condições do anúncio de concurso em benefício exclusivo da referida empresa proponente, relativas, em particular, aos elementos determinantes para efeitos de preços. Além disso, a Comissão aditou uma referência expressa ao princípio da igualdade de tratamento enquanto fundamento da Directiva 71/305, ao passo que nos pedidos tal como são formulados na petição inicial se tinha referido, em especial, ao título IV dessa directiva.

O Governo dinamarquês sustenta que a reformulação dos pedidos quanto a este ponto constitui uma ampliação dos mesmos e invoca a *jurisprudência constante do Tribunal de Justiça* segundo a qual uma parte não pode modificar o objecto do litígio no decurso da instância e que, por conseguinte, o fundamento do recurso deve ser examinado unicamente em relação aos pedidos contidos na petição inicial<sup>13</sup>. Além disso, ainda segundo o governo demandado, os pedidos assim reformulados baseiam-se numa nova base jurídica, isto é, no princípio de igualdade de tratamento em que se inspira a directiva. Tal modo de proceder não é aceitável por comportar uma violação dos direitos da defesa, não tendo o Estado demandado tido a possibilidade de se pronunciar quanto a esse ponto nos prazos e formas prescritos.

13. Direi de imediato que considero não poder partilhar essa tese. Em primeiro

lugar, como foi reconhecido pelo próprio Governo dinamarquês, a reformulação dos pedidos é legítima quando tenda a delimitar, no sentido de «restringir», os pedidos. É justamente esta, em minha opinião, a situação no caso em apreço, na medida em que a Comissão, não contestando já, em geral, que as negociações tenham sido levadas a cabo na base de uma proposta não conforme com o caderno de encargos, mas no facto que as mesmas tenham tido por objecto uma cláusula inderrogável do caderno de encargos e tenham conduzido a resultados manifestamente contrários ao princípio que inspira a Directiva 71/305 — a saber, a igualdade de tratamento entre os proponentes —, acabou, no essencial, por delimitar e limitar o alcance da acusação, tal como formulada no parecer fundamentado.

Em seguida quanto à tese segundo a qual o princípio da igualdade de tratamento constitui uma nova base jurídica, observo, antes de mais, que, se é verdade que tal princípio foi inserido materialmente nos pedidos pela primeira vez na réplica, também é verdade que já na fase pré-contenciosa a Comissão criticara o Governo dinamarquês por ter violado tal princípio. Em particular, recorde que, no parecer fundamentado, a Comissão afirmou expressamente que o facto de terem sido levadas a cabo negociações na base de uma proposta não conforme com o caderno de encargos «infringed the principle of equal treatment of all contractors which lies at the heart just as much of national laws in the field of procurement as of Council Directive 71/305.» Decorre daqui, portanto, que o Governo dinamarquês teve oportunidade de exprimir as suas observações sob este ponto, como resulta aliás quer da resposta ao parecer fundamentado quer da contestação.

13 — V., por exemplo, o acórdão de 14 de Outubro de 1987, Comissão/Dinamarca (278/85, Colect., p. 4069).

14. Dito isto, passo a examinar o mérito dessa acusação. É oportuno recordar antes de mais o conteúdo do artigo 3.º, n.º 3, do caderno de encargos, isto é, o teor da cláusula com a qual o ESG não se terá conformado na apresentação da sua proposta.

Em aplicação desta disposição, o preço proposto para uma proposta alternativa deve compreender os custos da elaboração detalhada do projecto apresentado pelo proponente ao dono da obra, para efeitos da sua aceitação; além disso, o próprio proponente deve assumir integralmente a responsabilidade da realização e execução do próprio projecto, incluindo o risco inerente às variações quantitativas decorrentes da proposta alternativa. O próprio artigo 3.º, n.º 3, prevê a seguir que o proponente é obrigado a indicar, no caso de o dono da obra se encarregar directamente da elaboração detalhada do projecto, a redução aplicável ao preço do projecto. Em tal caso, a responsabilidade da concepção do projecto e os riscos inerentes às variações quantitativas, nos limites em que sejam consequência da elaboração detalhada do projecto, estão a cargo do dono da obra.

Ora, a proposta alternativa apresentada pelo ESG, traduzida numa ponte de cimento armado, previa no ponto 6.1 (proposta actual) que o dono da obra se encarregasse da elaboração detalhada do projecto e assumisse integralmente a responsabilidade da realização do mesmo projecto e ainda o risco inerente às variações quantitativas. Como variante, a ESG propunha-se, no ponto 6.2 da proposta, proceder ela própria à elaboração do projecto com o custo suplementar de 42 milhões de DKR; mesmo em tal caso, todavia, o proponente em questão considerava que a responsabilidade da realização do projecto e o risco inerente às variações quan-

titativas, risco avaliado em cerca de 5 milhões de DKR, devia incumbir ao dono da obra.

15. A não conformidade com o artigo 3.º, n.º 3, do caderno de encargos de tal proposta parece-me resultar de forma inequívoca da própria formulação do ponto 6.2. A tese do Governo dinamarquês, segundo a qual a assunção — por parte do dono da obra — da responsabilidade pela execução do projecto e dos riscos inerentes às variações quantitativas se refere apenas às hipóteses em que o próprio dono da obra se tenha encarregado da elaboração do projecto, é, aliás, contrariada pela própria Storebælt, como resulta da nota de 21 de Junho de 1989 anexa à resposta do Governo dinamarquês ao pedido de esclarecimentos por parte da Comissão <sup>14</sup>.

Em virtude da não conformidade de tal proposta com o caderno de encargos, a Comissão sustentou inicialmente que o próprio facto de a Storebælt a ter tomado em consideração, e encetado as negociações com essa base, constitui violação do princípio da igualdade de tratamento, como decorre do título IV da Directiva 71/305.

Em particular, a Comissão, reconhecendo embora que as empresas proponentes possam inserir reservas nas suas propostas, considera que tal faculdade encontra um limite nas prescrições fundamentais do caderno de encargos, entre as quais se inclui seguramente o artigo 3.º, n.º 3. Daí decorre que a Storebælt não procedeu a uma comparação objectiva das propostas apresentadas em condições

<sup>14</sup> — Em tal nota, a Storebælt, a fim de demonstrar que a proposta do ESG nos termos indicados no ponto 6.2 da própria proposta, não terá tido qualquer incidência no resultado das negociações, afirma, não ter, de facto, acolhido a proposta do ESG segundo a qual o dono da obra teria assumido «o risco decorrente da concepção do projecto e das quantidades, mesmo que tal concepção tenha sido da responsabilidade do empresário».

idênticas, com a posterior consequência de a última fase do processo de adjudicação não se ter desenvolvido regularmente face às outras empresas proponentes. Na réplica, como já se disse, a Comissão precisou depois o fundamento em questão, afirmando que as negociações entre o ESG e a Storebælt eram incompatíveis com o direito comunitário na medida em que terão tido incidência sobre os preços.

16. Na verdade, como se evidenciou há pouco, o ESG assumira o compromisso de se encarregar da elaboração detalhada do projecto pelo montante fixo de 42 milhões de DKR, mas não o de assumir a responsabilidade ou os riscos relativos ao projecto. Estas condições foram portanto necessariamente objecto de negociações e o mesmo deve presumir-se também em relação ao risco inerente às variações quantitativas.

Dada a recusa do Governo dinamarquês em fornecer à Comissão os documentos relativos às negociações em questão <sup>15</sup>, não é possível indicar de que modo a Storebælt terá atendido à reserva em causa e fixado os preços a ela relativos. Resta, todavia, o facto de algumas condições do caderno de encargos terem sido alteradas ao longo das negociações, com a consequência — dada a própria natureza de tais condições — de o preço da empreitada, tal como fixado na proposta, ter sido modificado.

Além disso, como resulta dos documentos apresentados pela Comissão, o contrato celebrado com o ESG prevê a limitação da sua

responsabilidade a 300 milhões de DKR e a um prazo máximo de seis anos: o que é obviamente contrário não apenas ao disposto no artigo 3.º, n.º 3, do caderno de encargos, nos termos do qual o empreiteiro deve assumir integralmente a responsabilidade da realização e execução do projecto, como também e sobretudo ao princípio de igualdade de tratamento: é com efeito patente que os outros proponentes fixaram o preço da empreitada tendo em conta o facto de terem de assumir a plena responsabilidade dos trabalhos. Além disso, quanto ao risco das variações quantitativas, o contrato prevê um montante fixo de 5 milhões de DKR, correspondente à estimativa feita pelo ESG na proposta alternativa: é claro, portanto, que as negociações em questão tiveram incidência sobre os preços.

Todos estes elementos não podem deixar de conduzir à conclusão de que as condições da adjudicação, tal como estabelecidas no caderno de encargos (e, para o que aqui releva, no artigo 3.º, n.º 3), foram modificadas em benefício de um único proponente. Daqui se conclui, em definitivo, que foram desse modo falseadas as condições de concorrência entre os proponentes e portanto violado o princípio de igualdade de tratamento entre eles.

17. O Governo dinamarquês objecta, todavia, que o aumento de preço é perfeitamente proporcionado em relação ao custo total da obra em questão e que, de qualquer forma, os factos que lhe são imputados pela Comissão não seriam regulados pelo direito comunitário; em especial, a possibilidade de aceitar propostas prevendo reservas e a faculdade de o dono da obra levar a cabo negociações com as empresas proponentes regem-se pelas normas nacionais. Insiste, assim, no facto de a Directiva 71/305 não regular a

15 — Recusa fundamentada no facto de: a) tratar-se de documentos confidenciais; e b) a Storebælt não ter tido, de qualquer forma, a obrigação de determinar o preço das reservas em questão.

questão dos limites dentro dos quais podem decorrer as negociações e de o direito nacional pertinente ter sido aplicado sem qualquer discriminação entre os diversos proponentes.

A este propósito, direi de imediato que não me parece merecer particulares comentários a afirmação do Governo dinamarquês segundo a qual «não se pode inferir da Directiva 71/305 uma regra que imponha aos Estados-membros obrigações superiores às exigências do direito dinamarquês em matéria de empreitadas de obras públicas no que diz respeito a não tomar em consideração uma proposta que contenha uma reserva ou a abster-se inteiramente de qualquer negociação»<sup>16</sup>. É óbvio, de facto, que, na medida em que as normas dinamarquesas se revelem incompatíveis com o direito comunitário, será este último a ter a primazia.

Aliás, não consigo apreender o sentido da crítica dirigida por aquele governo à Comissão, por esta ter interpretado a directiva como inspirada no princípio da igualdade de tratamento. Seria no mínimo singular considerar tal princípio estranho à própria directiva porquanto não codificado expressamente em qualquer das disposições, quando o respectivo objectivo é justamente o de garantir, antes e acima de tudo, a igualdade entre todos os participantes num processo de adjudicação.

18. Na verdade, é certo que a Directiva 71/305 não contém qualquer norma específica sobre reservas, nem tão-pouco codifica expressamente o princípio da igualdade de tratamento; isto não implica, todavia, que o direito nacional possa regular os elementos relativos às empreitadas sem atender àquele

princípio fundamental. E, francamente, é de admirar que as partes tenham dispendido tantas energias para demonstrar e, respectivamente, contestar que o princípio da igualdade de tratamento está ou não na base da Directiva 71/305. A este propósito, basta sublinhar, de facto, que, no âmbito de um processo de adjudicação de empreitada, precisamente por se tratar de um processo de concurso, deverá necessariamente ser garantida a igualdade de todos os participantes nesse mesmo concurso: de outra forma não se trataria de um processo de empreitada, quando muito de uma negociação... privada. Em suma, a igualdade de tratamento está na base de qualquer regime de processo de adjudicação de empreitada, na medida em que constitui a sua própria essência.

Aliás, tanto os considerandos do preâmbulo da Directiva 71/305 como as suas disposições, consideradas no seu conjunto, são mais do que indicativas a este propósito. Basta aqui recordar ser aí expressamente afirmado que a elaboração dos critérios objectivos de participação constitui um dos princípios fundamentais cujo respeito deve ser assegurado no âmbito dos processos de adjudicação (terceiro considerando); que as propostas devem ser apresentadas em conformidade com as condições prescritas no aviso de concurso com a finalidade de assegurar «o desenvolvimento de uma concorrência efectiva» por maioria de razão no âmbito dos processos de concurso limitado (penúltimo considerando).

19. Além disso, quanto à declaração comum de Julho de 1989<sup>17</sup>, anexa à Directiva 89/440 do Conselho<sup>18</sup>, declaração segundo a qual nos concursos públicos ou limitados fica

17 — JO L 210, p. 22.

18 — Directiva de 18 de Julho de 1989 que altera a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 210, p. 1).

16 — V. p. 54 da réplica do Governo dinamarquês.

excluída qualquer negociação com os candidatos ou concorrentes acerca dos elementos fundamentais dos contratos cuja variação seja susceptível de falsear o jogo da concorrência e, nomeadamente, acerca dos preços, não me parece que possa acolher-se a tese do Governo dinamarquês de que se trata de uma declaração sem qualquer relevância jurídica e, em qualquer caso, porquanto posterior aos factos da causa, sem qualquer valor em relação ao presente processo.

Nem considero, dadas as observações que precedem, que o Governo dinamarquês possa prevalecer-se da afirmação do Tribunal de Justiça, no acórdão Antonissen<sup>19</sup>, segundo a qual a relevância de uma declaração depende do respectivo conteúdo e do facto de encontrar expressão no texto da disposição em causa. Está de facto fora de questão, em minha opinião, que a citada declaração tenha um valor meramente declarativo, o princípio da igualdade de tratamento entre proponentes, princípio que no sector que nos ocupa tem por finalidade — em especial — garantir que não seja falseada a concorrência entre os participantes num processo de adju-

dicação, constituindo o fundamento da regulamentação examinada no presente processo.

Uma última observação. A circunstância alegada pelo governo demandado, segundo a qual o direito nacional em matéria de adjudicação teria sido aplicado sem qualquer discriminação em relação a todos os participantes no processo de adjudicação, põe a questão de saber se, em tal caso, se pode considerar existir violação do princípio da não discriminação, tal como estabelecido na Directiva 71/305. Pessoalmente, não tenho qualquer dúvida a este respeito: se, como no caso em apreço, a regulamentação dinamarquesa em matéria de empreitadas for de natureza — mesmo se aplicada indiscriminadamente — a contrariar o princípio da igualdade de tratamento que decorre da Directiva 71/305, tal como reafirmado na declaração comum de Julho de 1989, tal regulamentação deve ser considerada incompatível com o direito comunitário.

20. À luz das considerações que precedem, proponho, em consequência, ao Tribunal de Justiça que julgue a acção procedente e condene o Estado demandado nas despesas.

19 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1991 (C-292/89, Colect., p. I-745).