

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

M. POIARES MADURO

apresentadas em 17 de Dezembro de 2008¹

1. A presente acção, intentada pela Comissão Europeia contra a Grécia, tem por objecto a adjudicação de um contrato público relativo a uma central eléctrica na ilha de Creta. A Comissão sustenta, em primeiro lugar, que, não tendo publicado um anúncio de concurso e, em segundo lugar, não tendo fornecido atempadamente razões para a rejeição de uma das propostas, a entidade adjudicante não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações².

Matéria de facto

2. Em Julho de 2003, a Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Empresa Pública de Electricidade da Grécia, a seguir «DEI») publicou um anúncio de concurso para a aquisição e a instalação de duas unidades de produção de energia eléctrica para a central termoeléctrica de Atherinolakos na ilha de Creta. A DEI considerou que as propostas então apresentadas a concurso não preenchiam cabalmente

as condições exigidas nos termos do anúncio e cancelou o projecto. Em Maio de 2004, foi publicado novo anúncio de concurso, ligeiramente diferente do primeiro, para o mesmo projecto. As cinco propostas apresentadas neste segundo concurso foram consideradas «inadequadas» porquanto não satisfaziam determinadas especificações técnicas e o processo foi mais uma vez cancelado.

3. Em 14 de Dezembro de 2004, sem publicar novo anúncio de concurso, a DEI escreveu aos cinco proponentes que haviam participado no segundo concurso e convidou-os a apresentarem, no prazo de 15 dias, «propostas financeiras definitivas» nas quais corrigissem as discrepâncias, em especial de natureza técnica, entre as suas anteriores propostas e as especificações do projecto. Nessa carta, a DEI explicava que tinha decidido prescindir da publicação de um anúncio de concurso, atendendo, entre outras razões, «a todo o historial do processo», «ao tempo necessário para a instalação das duas unidades, de 29 e 31 meses, respectivamente», «ao imperativo de satisfazer atempadamente, a partir de 2007, as necessidades urgentes da ilha de Creta em electricidade» e «ao atraso imprevisto na adjudicação do contrato, devido aos resultados insatisfatórios dos anteriores concursos». Os cinco proponentes que haviam participado na segunda fase apresentaram novas propostas.

1 — Língua original: inglês.

2 — JO L 199, p. 84.

4. Em 7 de Fevereiro de 2005, a DEI enviou uma carta a um dos proponentes, rejeitando a sua proposta, sem dar qualquer explicação para o facto. Esse proponente enviou três cartas à DEI, em 10 e 11 de Fevereiro de 2005 e em 10 de Março do mesmo ano, e duas cartas ao Ministro do Desenvolvimento, em 17 e 31 de Março de 2005, solicitando que o informassem das razões pelas quais a sua proposta havia sido rejeitada. A DEI acabou por responder em 4 de Abril de 2005. O proponente apresentou então ao Monomeles Protodikeio Athinon (Tribunal de Primeira Instância de Atenas), um pedido de medidas provisórias, o qual foi indeferido em 7 de Julho de 2005. A DEI adjudicou o contrato a outro proponente, em 15 de Setembro de 2005.

5. O proponente preterido apresentou queixa junto da Comissão Europeia, a qual, por considerar a conduta da DEI incompatível com o direito comunitário e tendo em conta o elevado valor do contrato, deu início a um procedimento por incumprimento contra a Grécia. Considerando que a resposta das autoridades gregas à sua notificação para cumprir e ao seu parecer fundamentado não era satisfatória, a Comissão intentou a presente acção por incumprimento, pedindo ao Tribunal de Justiça que declare que, não tendo aberto um concurso e não tendo fornecido atempadamente razões para a rejeição de uma proposta, a Grécia não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbem, por força do artigo 20.º, n.º 2, alínea a), relativamente aos processos de celebração de contratos sem concurso prévio, e do artigo 41.º, n.º 4, da Directiva 93/38, relativamente à obrigação de comunicar aos proponentes eliminados as razões da rejeição da sua proposta.

I — Não abertura de concurso

6. A disposição aplicável nesta matéria é o artigo 20.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 93/38, que dispõe: «[a]s entidades adjudicantes podem recorrer a um processo sem concurso prévio nos seguintes casos: [...] Sempre que, na sequência de um processo com concurso prévio, não tenha sido apresentada qualquer proposta ou qualquer proposta adequada, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas;». Como o Governo grego correctamente observa, esta disposição permite às entidades adjudicantes serem dispensadas do requisito da abertura de concurso, desde que estejam preenchidos, cumulativamente, os três requisitos seguintes: i) já tenha sido aberto concurso anteriormente, ii) não tenha sido apresentada nenhuma proposta ou nenhuma proposta adequada e iii) as condições iniciais do contrato se tenham mantido essencialmente inalteradas.

7. No caso vertente, não existem dúvidas de que o primeiro requisito está satisfeito. O Governo grego e a Comissão não estão, porém, de acordo quanto à questão de saber se o segundo e o terceiro requisitos também se encontram satisfeitos.

O conceito de proposta inadequada

8. A DEI rejeitou as propostas apresentadas no âmbito do segundo concurso por considerá-las «inadequadas», dado não satisfa-

zerem cabalmente determinadas especificações técnicas. Será que teve razão ao caracterizar as propostas desse modo? Por outras palavras, como interpretar o termo «inadequada»? Esta questão é importante porquanto a sua resposta vai determinar se a entidade adjudicante pode adjudicar o contrato sem publicar um anúncio de concurso. Se as propostas apresentadas puderem ser correctamente qualificadas de «inadequadas», então não há que abrir novamente concurso; se, pelo contrário, as propostas rejeitadas não puderem ser consideradas «inadequadas», a entidade adjudicante tem a obrigação de repetir todo o procedimento.

9. A Comissão sustenta que só uma proposta que não satisfaça claramente as necessidades da entidade adjudicante pode ser incluída na categoria de «inadequada»; outras discrepâncias de menor importância podem justificar a rejeição de uma proposta, mas não a tornam «inadequada», de forma a permitir à entidade adjudicante adjudicar o contrato sem seguir o procedimento normal de concurso. Ao invés, o Governo grego advoga uma definição mais abrangente do termo «inadequada». Dando especial ênfase ao considerando 45 da directiva, que indica que «as regras a aplicar pelas entidades em causa devem criar um enquadramento para práticas comerciais leais e permitir a maior flexibilidade», o Governo grego alega que as entidades adjudicantes devem dispor de uma ampla margem de apreciação para rejeitar como «inadequadas» todas as propostas que não satisfaçam cabalmente os critérios estabelecidos no anúncio de concurso e para, seguidamente, devem poder prosseguir o processo de adjudicação sem terem de abrir um novo concurso.

10. Penso que a interpretação sugerida pelo Governo grego é demasiado lata. Para determinar o alcance da margem de apreciação das entidades adjudicantes, importa começar por analisar as exigências do Tratado. No seu acórdão Teleaustria, o Tribunal de Justiça considerou que os contratos de concessão de serviços públicos estão excluídos do âmbito de aplicação das directivas em matéria de contratos públicos, mas declarou que, não obstante, as entidades adjudicantes que os celebram se encontram vinculadas às regras fundamentais do Tratado, em geral, e ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, em particular, o que implica uma obrigação de transparência³. Seguidamente, o Tribunal de Justiça explicou qual o conteúdo dessa obrigação: «[e]sta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação»⁴. Por conseguinte, a transparência, em matéria de adjudicação de contratos públicos, é uma exigência do direito comunitário primário e implica, no mínimo, alguma publicidade. A publicidade é importante por duas razões: em primeiro lugar, os potenciais proponentes tomam conhecimento de que existe uma oportunidade de negócio, o que pode conduzir a um aumento da concorrência para efeitos da obtenção do contrato, visto ser provável que seja apresentado um maior número de propostas; em segundo lugar, a publicidade constitui um meio de prevenir os favoritismos e a corrupção, pois facilita a fiscalização dos

3 — Acórdão de 7 de Dezembro de 2000 (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 60 e 61).

4 — *Ibidem*, n.º 62.

processos de adjudicação⁵. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, a transparência está relacionada com o princípio da não discriminação e é considerada um mecanismo que garante a observância desse princípio fundamental de direito comunitário⁶.

11. Outro aspecto relevante para a interpretação do termo «inadequada» é o facto de um dos objectivos das regras em matéria de adjudicação de contratos públicos ser o desenvolvimento da concorrência efectiva no mercado. No seu recente acórdão proferido no processo Comissão/Itália, em que a Comissão sustentava que a Itália não tinha dado cumprimento às obrigações que lhe incumbiam por força de uma série de directivas, incluindo a Directiva 93/38, o Tribunal de Justiça declarou que «[a]s [d]irectivas [t]êm por objectivo eliminar as práticas que restringem a concorrência em geral e a participação de nacionais de outros Estados-Membros nos processos de adjudicação de contratos públicos, para realizar, nomeadamente, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços consagradas, respectivamente, nos artigos 43.º CE e 49.º CE»⁷. Como o Tribunal de Justiça explicou no quadro de um anterior processo respeitante à Directiva 93/37/CEE⁸, «o objec-

tivo primordial da directiva [...] é [...] a abertura dos mercados de empreitadas de obras públicas a uma concorrência efectiva. Com efeito, é a abertura à concorrência comunitária segundo os procedimentos previstos pela directiva que garante a ausência de risco de favoritismo por parte dos poderes públicos»⁹. Por conseguinte, a concorrência efectiva remove barreiras que impedem novos operadores de entrarem no mercado; beneficia as entidades adjudicantes, que podem assim escolher de entre um maior número de propostas e, portanto, têm mais probabilidades de obter ganhos financeiros; e contribui para manter a integridade dos processos de adjudicação de contratos públicos enquanto tais.

12. Como os acórdãos acima referidos deixam bem claro, a exigência de abertura de concurso tem raízes no direito comunitário primário e deve, portanto, ser satisfeita. Adjudicar contratos sem concurso prévio pode prejudicar não apenas os potenciais proponentes mas também o público, que financia as adjudicações através dos seus impostos, e pode distorcer a natureza concorrencial do mercado dos contratos públicos, pondo em causa a efectividade das regras do Tratado relativas às liberdades comunitárias fundamentais. Por este motivo, uma disposição que permite a uma entidade adjudicante prescindir da abertura de concurso deve ser interpretada de forma estrita. O artigo 20.º, n.º 2, da Directiva 93/38 faz parte dessas disposições. Começa por declarar que uma

5 — As novas directivas em matéria de contratos públicos impõem expressamente uma obrigação de transparência às entidades adjudicantes. O artigo 2.º da nova directiva respeitante ao sector público [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)] e o artigo 10.º da nova directiva sobre serviços públicos [Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1)] dispõem que essas entidades «[devem agir] de forma transparente».

6 — V., designadamente, acórdãos de 18 de Novembro de 1999, *Unitron Scandinavia e 3-S* (C-275/98, *Colect.*, p. I-8291, n.º 31); de 18 de Outubro de 2001, *SIAC Construction* (C-19/00, *Colect.*, p. I-7725, n.º 41); e de 19 de Junho de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, *Colect.*, p. I-4401, n.º 32).

7 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 2008 (C-412/04, *Colect.*, p. I-619, n.º 2).

8 — Directiva do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

9 — Acórdão de 12 de Julho de 2001, *Ordine degli Architetti e o.* (C-399/98, *Colect.*, p. I-5409, n.º 75). V., no mesmo sentido, acórdãos de 27 de Novembro de 2001, *Lombardini e Mantovani* (C-285/99 e C-286/99, *Colect.*, p. I-9233, n.º 35), e de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau* (C-26/03, *Colect.*, p. I-1, n.º 44).

entidade adjudicante pode adjudicar um contrato sem concurso prévio e, em seguida, apresenta uma lista exaustiva dos casos em que tal é possível. O Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a correcta interpretação daquela disposição, no processo Comissão/Grécia, que tinha por objecto as suas alíneas c) e d), respeitantes, respectivamente, aos contratos que, por motivos de ordem técnica ou artística, apenas podem ser executados por determinado adjudicatário e a casos de extrema urgência: «[...] importa recordar, a título liminar, que, como derrogações às regras relativas aos processos de celebração de contratos públicos, as disposições do artigo 20.º, n.º 2, alíneas c) e d), da Directiva 93/38 devem ser objecto de interpretação estrita»¹⁰. O caso vertente enquadra-se na situação prevista na alínea a) (inexistência de qualquer proposta ou qualquer proposta «adequada»), a qual deve ser interpretada de uma forma tão estrita como as alíneas c) e d), uma vez que nada no espírito ou na letra do referido artigo 20.º, n.º 2, ou no acórdão do Tribunal de Justiça no processo Comissão/Grécia, já referido, justificam uma interpretação diferente.

13. À luz da análise precedente, a interpretação lata do termo «inadequada», preconizada pelo Governo grego, não pode ser aceite. Permitir que as entidades adjudicantes se baseiem em discrepâncias, mesmo mínimas, das propostas apresentadas, para as rejeitar como «inadequadas», significa, na prática, dar-lhes ampla discricção para decidir se devem ou não publicar um anúncio de concurso. Uma entidade adjudicante que pretenda incorrer em «favoritismo», para utilizar a linguagem do Tribunal de Justiça no acórdão *Ordine degli Architetti*, já refe-

rido, pode facilmente identificar um aspecto relativamente ao qual determinada proposta não satisfaz cabalmente as especificações contratuais, rejeitá-la como «inadequada» e proceder à adjudicação do contrato sem organizar previamente um novo concurso. Esta afirmação é particularmente verdadeira a respeito de grandes projectos que requerem uma tecnologia avançada e cujas especificações contratuais são, compreensivelmente, bastante complexas. Mas este é exactamente o perigo que as regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos, quer estejam consagradas no Tratado ou no direito derivado, se destinam a prevenir. Ao invés, a interpretação proposta pela Comissão, a saber, que uma proposta só pode ser rejeitada como «inadequada», permitindo, consequentemente, à entidade adjudicante prosseguir a adjudicação sem nova abertura de concurso, quando não puder dar resposta às necessidades dessa entidade, deixa a esta última uma margem suficiente de apreciação para avaliar as propostas apresentadas e, ao mesmo tempo, garante que as regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos não sejam contornadas.

14. Para fundamentar a interpretação lata do artigo 20.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 93/38, o Governo grego baseou-se, em grande medida, no considerando 45 da directiva, que refere a necessidade da «maior flexibilidade» das regras sobre adjudicação de serviços públicos. O Governo grego conclui que, nesse sector, é atribuída às autoridades adjudicantes uma ampla margem de apreciação para aplicarem as disposições da directiva, incluindo a disposição respeitante às propostas «inadequadas», e adjudicarem os contratos sem abertura de concurso. Existem duas objecções a esta argumentação.

10 — Acórdão de 2 de Junho de 2005 (C-394/02, Colect., p. I-4713, n.º 33).

15. Em primeiro lugar, o considerando 45 não constitui uma disposição jurídica autónoma que atribua direitos ou imponha obrigações. Desempenha antes, como todos os preâmbulos de directivas, uma função explicativa, isto é, destina-se a auxiliar, quem interpreta a directiva, a compreender os seus objectivos e o espírito com que foi adoptada. No caso vertente, o considerando 45 explica por que motivo o legislador comunitário adoptou, para o sector dos serviços públicos, um conjunto de regras em matéria de processos de adjudicação que são menos rigorosas do que as adoptadas noutros domínios, como o das prestações de serviços e o dos fornecimentos. Mais importante ainda, o próprio artigo 20.º, n.º 2, alínea c), é a expressão da abordagem mais flexível aplicada ao sector dos serviços públicos, uma vez que permite às entidades adjudicantes procederem à adjudicação sem concurso em mais casos do que no âmbito das directivas que regulam outros sectores¹¹. Por outras palavras, foi o próprio legislador comunitário que, ao adoptar as disposições específicas da Directiva 93/38, decidiu em que medida as regras sobre serviços públicos deviam ser mais flexíveis e seria errado partir do princípio de que o considerando 45 atribui às entidades adjudicantes uma flexibilidade autónoma adicional relativamente à que é atribuída pelas disposições, já de si flexíveis, da directiva.

16. Em segundo lugar, como já referi, o Tribunal de Justiça tem entendido que a publicidade constitui uma obrigação positiva imposta às entidades adjudicantes pelo Tratado. Derrogações a esta obrigação devem estar expressamente previstas na lei e ser interpretadas de forma estrita. Mesmo que existisse esse princípio geral de flexibilidade na interpretação da Directiva 93/38, não poderia afastar obrigações que radicam no direito comunitário primário.

17. Por último, algo deve ser dito acerca da relação entre as várias directivas em matéria de contratos públicos. O Governo grego contestou vigorosamente a sugestão da Comissão de que um paralelismo com as directivas respeitantes ao sector público pode ser útil para interpretar a Directiva 93/38. Sustenta o Governo grego que esta última directiva introduz um sistema de regras específico para o sector dos serviços públicos e que seria errado compará-las com as que regulam os contratos de obras ou de fornecimentos. Não concordo com esta tese. Só muito raramente deparamos com disposições jurídicas isoladas. As regras jurídicas devem ser inseridas no respectivo contexto; adquirem significado quando lidas no quadro jurídico mais amplo em que vigoram. No domínio dos contratos públicos, o Tribunal de Justiça qualificou frequentemente as directivas em matéria de contratos públicos como um corpo de regras com objectivos comuns e assentes em princípios comuns. Já mencionei o acórdão Comissão/Itália, em que o Tribunal de Justiça declarou que as Directivas 92/50¹², 93/36¹³, 93/37 e 93/38 têm por objectivo eliminar as práticas

11 — Como a Comissão observa, esta abordagem da «flexibilidade» como explicação para a natureza das regras em matéria de adjudicação da Directiva 93/38 é sustentada, por analogia, pelo considerando 28 da nova directiva sobre serviços públicos, que substituiu a Directiva 93/38. Esse considerando indica, relativamente aos serviços postais: «os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes que prestem serviços postais f[icam] sujeitos às regras da presente directiva, nomeadamente às do artigo 30.º, [...] salvaguard[am] a aplicação dos princípios referidos no considerando 9 e, simultaneamente, cri[am] um quadro para práticas comerciais leais e permit[em] mais flexibilidade que a proporcionada pela Directiva 2004/18/CE [...]». Nesta passagem, a nova directiva respeitante ao sector público, a fim de explicar em que medida as disposições da primeira são mais flexíveis do que as da segunda.

12 — 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).

13 — 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).

anticoncorrençiais, nos processos de adjudicação de contratos públicos¹⁴, e há outros exemplos recentes em que o Tribunal de Justiça usou uma linguagem que indica que as directivas em matéria de contratos públicos devem ser interpretadas de forma sistemática e coerente¹⁵. Terá o Tribunal ignorado, nesses casos, que cada directiva regula uma área diferente da contratação pública e que há diferenças entre as regras que as mesmas estabelecem? Obviamente que não. O que o Tribunal quis dizer foi que, apesar das suas diferenças, as referidas directivas constituem uma rede de normas com o objectivo comum de garantir que os processos de adjudicação de contratos públicos sejam leais, abertos e eficientes.

As condições contratuais

19. Uma vez que o segundo dos três requisitos do artigo 20.º, n.º 2, alínea a), não estava satisfeito, a DEI não podia invocar esta disposição, independentemente de as condições iniciais do contrato se terem mantido inalteradas. Todavia, para ser exaustivo, explicarei sucintamente as razões por que penso que a Comissão tem razão ao alegar que houve uma alteração substancial das condições iniciais.

18. Em conclusão, penso que, ao ter qualificado de «inadequada» a proposta rejeitada e ao não publicar um anúncio de concurso, a DEI não deu cumprimento ao artigo 20.º, n.º 2, da Directiva 93/38.

20. O segundo anúncio de concurso indicava que não eram aceites discrepâncias entre as especificações técnicas exigidas pela entidade adjudicante e as submetidas pelos proponentes. Contudo, as propostas que não correspondessem inteiramente a essas especificações podiam ser aceites desde que tais discrepâncias tivessem a ver com características técnicas da maquinaria que o proponente se propunha utilizar, constassem de uma lista separada nos documentos da proposta e não afectassem o desempenho global da central eléctrica. Nesse caso, o proponente não era obrigado a corrigir as discrepâncias e a suportar o custo financeiro adicional dessa correcção. Na terceira fase do processo, porém, foi pedido aos proponentes que corrigissem, a expensas suas, qualquer discrepância contidas nas anteriores propostas e que, para o efeito, apresentassem uma declaração de compromisso.

14 — Acórdão Comissão/Itália, já referido, n.º 2.

15 — V., designadamente, acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Colect., p. I-1931, n.º 42) («resulta também de jurisprudência assente que o objectivo das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos é excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se deixar levar por considerações não económicas»), e acórdão Presstext Nachrichtenagentur, já referido, n.º 31 («Resulta da jurisprudência que o objectivo principal das regras comunitárias em matéria de contratos públicos é assegurar a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros»). De igual modo, no acórdão de 17 de Setembro de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Colect., p. I-7213, n.º 91), o Tribunal de Justiça declarou que «não há qualquer razão para interpretar de forma diferente duas disposições que se inserem no mesmo domínio do direito comunitário e têm redacção substancialmente idêntica». O critério, afirma o Tribunal de Justiça neste último acórdão, reside na substância das disposições a interpretar; se a substância for a mesma, a interpretação deve ser idêntica.

21. O Governo grego alega que o artigo 20.º, n.º 2, não proíbe toda e qualquer alteração das condições iniciais do contrato, mas apenas as alterações «substanciais». Quando, na audiência, o juiz-relator perguntou de que forma aquele Governo conseguia conciliar a sua alegação segundo a qual as cinco propostas apresentadas na segunda fase do concurso eram inadequadas e que não eram aceites alterações substanciais na terceira fase com o facto de o contrato ter finalmente sido adjudicado a um dos proponentes cuja proposta havia sido inicialmente rejeitada, o representante do referido governo sustentou que as únicas alterações exigidas pela DEI, na terceira fase, diziam respeito a discrepâncias nas especificações técnicas que já tinham sido identificadas na segunda fase e que tinham sido conduzido à rejeição da proposta, mantendo-se idênticas as restantes condições contratuais.

modo, do ponto de vista dos proponentes, tal alteração das condições contratuais é, de facto, substancial, pois exclui da corrida aqueles que podem não ter meios ou vontade de corrigir as discrepâncias das suas propostas originais e de suportar os custos correspondentes. Tais alterações às condições iniciais do contrato devem ser sempre consideradas «substanciais». Além disso, como já referi, uma disposição como o artigo 20.º, n.º 2, alínea a), que permite que uma entidade adjudique um contrato sem abertura de concurso deve ser interpretada de forma estrita, porque introduz uma derrogação à regra da transparência decorrente do Tratado. Por conseguinte, as entidades adjudicantes podem prescindir da abertura de concurso apenas se for manifesto que as alterações em causa não afectam, efectiva ou potencialmente, o processo de adjudicação. No caso vertente, não se pode considerar que as alterações das condições contratuais não fossem substanciais ou não fossem suficientemente substanciais na acepção do artigo 20.º, n.º 2, alínea a).

22. Concorro com o Governo grego em que o critério relevante reside na natureza *substancial* da alteração das condições contratuais, mas não estou convencido de que a alteração em questão não tenha sido substancial ou não tenha sido suficientemente substancial para efeitos do artigo 20.º, n.º 2, alínea a). Na terceira fase, foi introduzida uma nova condição importante: os proponentes tinham de corrigir todas as discrepâncias, a expensas suas, quando, nos termos do anúncio de concurso da segunda fase, essas mesmas discrepâncias podiam ter sido aceites. É manifesto que a própria entidade adjudicante considerou importante esta nova obrigação; de outra forma, não teria pedido aos participantes que apresentassem declarações sob compromisso para o efeito. De igual

23. Tendo em conta que a DEI rejeitou as cinco propostas apresentadas na segunda fase, porque não satisfaziam plenamente as especificações técnicas exigidas, era impossível, na prática, adjudicar, na terceira fase, o contrato a um dos cinco proponentes sem a respectiva proposta fosse primeiro alterada. Por conseguinte, a DEI alterou as condições contratuais na terceira fase para ter a certeza de que os proponentes assumiriam a obrigação de corrigir qualquer discrepância e pediu-lhes que preparassem uma nova proposta financeira que incluísse os custos correspondentes.

Ora, se a DEI tivesse publicado um novo anúncio de concurso, este procedimento teria sido inteiramente apropriado. Em vez disso, convidou apenas determinados proponentes a apresentarem propostas, apesar de as condições iniciais do contrato terem sido substancialmente alteradas. Ao fazê-lo, desrespeitou o artigo 20.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 93/38.

Urgência

24. O artigo 20.º, n.º 2, alínea d), da Directiva 93/38 dispõe que pode ser utilizado um procedimento sem concurso prévio «[n]a medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes não for compatível com os prazos exigidos para a realização de concursos públicos ou limitados». A Comissão alega que a forma como a DEI justificou, na carta que enviou aos cinco proponentes da segunda fase do concurso, a sua decisão de prosseguir o procedimento sem abrir novo concurso (por exemplo, as referências às «necessidades urgentes» da ilha de Creta em electricidade, ao «tempo necessário à instalação das duas unidades», ao «atraso imprevisto») implica que se baseou não apenas no artigo 20.º, n.º 2, alínea a), mas também no artigo 20.º, n.º 2, alínea d). O Governo grego discorda. Alega que, desde o início, a DEI se baseou exclusivamente no artigo 20.º, n.º 2, alínea a), e deixou claro que o motivo pelo qual tinha decidido prosseguir o procedimento sem novo concurso se devia ao facto de as duas fases anteriores não terem produzido resultados satisfatórios. Era esse o significado da frase «todo o historial do processo». A referência à urgência da situação era acessória, indicando que um dos factores que tinham sido tomados

em consideração pela DEI era a necessidade de agir rapidamente.

25. É verdade que a carta de 14 de Dezembro de 2004 foi redigida em termos que podiam dar a impressão de que a DEI invocava a urgência como uma das razões justificativas do recurso a um procedimento sem concurso prévio. Contudo, não é claro se essa razão foi utilizada como justificação autónoma baseada no artigo 20.º, n.º 2, alínea d). Em qualquer caso, tendo em conta que o Governo grego não invoca esta alínea, o Tribunal de Justiça não tem de aprofundar o exame da questão.

II — O atraso na justificação

26. O artigo 41.º, n.º 4, da Directiva 93/38 dispõe o seguinte: «As entidades adjudicantes que exerçam uma das actividades previstas nos anexos I, II, VII, VIII e IX informarão, no mais curto prazo a contar da data de recepção de um pedido por escrito, qualquer candidato ou proponente eliminado das razões da rejeição da sua candidatura ou da sua proposta e, no caso dos proponentes que tenham apresentado uma proposta admissível, das características e vantagens relativas da proposta seleccionada, bem como do nome do adjudicatário». A Comissão sustenta que os dois meses que a DEI demorou a informar o proponente preterido das razões da rejeição da sua proposta não podem ser considerados

«[o] mais curto prazo», na acepção daquela disposição. O Governo grego admite que houve um pequeno atraso, mas sustenta que o critério para determinar se esse atraso viola o artigo 41.º, n.º 4, consiste em saber se o proponente sofreu algum prejuízo no exercício dos direitos que para ele decorrem da regulamentação comunitária. Além disso, o representante do Governo grego alegou na audiência que o historial legislativo do artigo 41.º, n.º 4 — a Comissão tinha inicialmente proposto um prazo de 15 dias para apresentar razões, à semelhança das directivas respeitantes ao sector público, mas, visto essa sugestão ter sido rejeitada pelo Parlamento Europeu, foi adoptada a expressão «no mais curto prazo» — indica que deve ser dada uma certa latitude às entidades adjudicantes no tratamento dos pedidos de explicação da rejeição de uma proposta. Segundo o Governo grego, no caso vertente, uma vez que o proponente preterido dispunha de uma via de fiscalização da legalidade da decisão da entidade adjudicante, não se pode afirmar que a DEI não deu cumprimento à directiva ao demorar dois meses a responder ao seu pedido.

27. Concorro com o Governo grego em que a utilização da expressão «no mais curto prazo», sem referência a um prazo específico, significa que a interpretação do artigo 41.º, n.º 4, não deve ser demasiado rígida. O facto de as directivas respeitantes ao sector público preverem expressamente um prazo de 15 dias¹⁶, o mesmo não acontecendo com a Directiva 93/38 sobre os serviços públicos, significa que o legislador comunitário deixou deliberadamente que a questão da rapidez

com que a entidade adjudicante deve dar uma resposta fosse decidida caso a caso.

28. Para determinar, num caso concreto, o que é uma resposta dada «no mais curto prazo», um dos factores a ter em conta é saber se o proponente podia fazer uso das vias que o direito comunitário e o direito nacional puseram à sua disposição para obter a fiscalização, por parte de um tribunal, da legalidade da decisão. Com efeito, a menos que a entidade adjudicante explique por que é que determinada proposta foi rejeitada, o proponente preterido não pode saber se se justifica impugnar a decisão e com que fundamentos o deve fazer.

29. Todavia, salvaguardar os interesses dos proponentes que participam num concurso para a adjudicação de um contrato público é apenas um dos objectivos do artigo 41.º, n.º 4. Esta disposição também se destina a salvaguardar a integridade e a eficiência dos procedimentos de adjudicação enquanto tais; nestes processos, os beneficiários são as próprias entidades adjudicantes e, em última instância, os contribuintes. Por conseguinte, ao interpretar a expressão «no mais curto prazo», há que ter presente que a obrigação que incumbe às entidades adjudicantes, de apresentarem razões atempadamente, desencoraja favoritismos e promove o respeito das exigências do direito comunitário. O artigo 41.º, n.º 4, constitui uma garantia processual que contribui para assegurar que as razões apresentadas para a rejeição de uma proposta não sejam um pretexto para adjudicar contratos de forma arbitrária. Por outras palavras, esta regra desempenha uma função

16 — Artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 93/37; artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 93/36; e artigo 12.º, n.º 1, da Directiva 92/50.

dissuasora: uma entidade adjudicante que sabe que, imediatamente a seguir à selecção de uma proposta, será interpelada para justificar a sua escolha e explicar por que razão as outras propostas foram rejeitadas terá menos tendência para desrespeitar as regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos.

30. Além disso, os atrasos excessivos na resposta a um pedido de justificação podem ter custos de eficiência elevados. Por exemplo, no caso vertente, a própria DEI sublinhou que a ilha de Creta tem uma necessidade *urgente* de fornecimentos adicionais de electricidade. Todavia, atrasou o projecto dois meses ao não explicar as razões por que havia seleccionado determinada proposta e rejeitado as outras. O Governo grego não justificou o atraso da DEI, o qual é dificilmente conciliável com a natureza urgente do contrato em causa. Visto que, em vários Estados-Membros, muitos projectos são financiados, em certa medida, através do orçamento da Comunidade, é razoável esperar que as entidades adjudicantes cumpram as regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos, de forma a ter em conta a necessidade de eficiência.

31. Importa também referir que a nova directiva sobre serviços públicos, que substi-

tuiu a Directiva 93/38, dispõe no artigo 49.º, n.º 2, que as entidades adjudicantes devem comunicar aos proponentes eliminados as razões da rejeição das suas propostas, «no mais breve prazo», e que «[e]stes prazos não podem nunca exceder 15 dias a contar da recepção de um pedido escrito». Os próprios autores da directiva determinaram o que é um prazo aceitável para apresentar justificações e, dessa forma, retiraram qualquer margem de discricionariedade às entidades adjudicantes. Há que reconhecer que o presente caso deve ser decidido, *ratione temporis*, à luz da Directiva 93/38, e não da Directiva 2004/17. Contudo, não se pode ignorar que o legislador comunitário entendeu que, independentemente das considerações que, no passado, justificaram uma abordagem mais flexível desta questão no sector dos serviços públicos, essas considerações já não são válidas. Por conseguinte, os serviços públicos estão agora sujeitos à mesma regra, mais rigorosa, que a aplicável aos contratos de obras, de fornecimentos e de serviços, de acordo com a qual esse prazo nunca pode exceder 15 dias. Embora essa disposição não seja aplicável ao caso vertente, seria claramente artificial sugerir ao Tribunal de Justiça que a ignorasse. Em última análise, o que constitui um prazo razoável à luz da Directiva 93/38 terá de ser decidido caso a caso, tendo presente a necessidade geral de celeridade na adjudicação de contratos públicos, que não está limitada à protecção dos direitos dos proponentes. Penso, portanto, que o conceito de resposta «no mais curto prazo» deve ser interpretado de forma estrita, tendo em conta os prazos habituais noutras áreas da contratação pública. Em minha opinião, tendo demorado dois meses a apresentar aos proponentes preteridos as razões da rejeição das suas propostas — na falta de qualquer justificação específica para esse atraso, o qual excede claramente o prazo habitual em matéria de contratos públicos —, a DEI violou o artigo 41.º, n.º 4, da Directiva 93/38.

III — Conclusão

32. Proponho que o Tribunal de Justiça declare que, não tendo, através da DEI, publicado um anúncio de concurso e não tendo fornecido aos proponentes preteridos, no mais curto prazo, as razões para a rejeição das suas propostas, a Grécia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 20.º, n.º 2, e 40.º, n.º 4, da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.