

DIRECTIVA DO CONSELHO

de 21 de Dezembro de 1989

que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos

(89/665/CEE)

O CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 100ºA,

Tendo em conta a proposta da Comissão ⁽¹⁾,

Em cooperação com o Parlamento Europeu ⁽²⁾,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ⁽³⁾,

Considerando que as directivas comunitárias em matéria de contratos de direito público e, nomeadamente, a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas ⁽⁴⁾, com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/440/CEE ⁽⁵⁾, e a Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público ⁽⁶⁾, com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 88/295/CEE ⁽⁷⁾, não contêm disposições específicas que permitam garantir uma aplicação efectiva;

Considerando que os mecanismos actualmente existentes, tanto a nível nacional como a nível comunitário, para assegurar essa aplicação, nem sempre permitem garantir o respeito das disposições comunitárias, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas;

Considerando que a abertura dos contratos de direito público à concorrência comunitária requer um aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação e que convém, para que dessa abertura resultem efeitos concretos, que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito;

Considerando que, em determinados Estados-membros, a ausência de meios de recurso eficazes ou o número insuficiente dos meios de recurso existentes desencorajam as

empresas comunitárias a tentar a sua sorte no Estado da entidade adjudicante em causa; que é conveniente, por isso, que os Estados-membros em questão obstem a essa situação;

Considerando que, dada a brevidade dos processos de adjudicação dos contratos de direito público, as instâncias de recurso competentes devem nomeadamente estar habilitadas a tomar medidas provisórias para suspender um processo dessa natureza ou a execução de decisões eventualmente tomadas pela entidade adjudicante; que a brevidade dos processos exige um tratamento urgente das violações acima mencionadas;

Considerando que é necessário assegurar que, em todos os Estados-membros, procedimentos apropriados permitam a anulação das decisões ilegais e a indemnização das pessoas lesadas por uma violação;

Considerando que, sempre que as empresas não interponham recurso, determinadas infracções apenas podem ser corrigidas mediante o accionamento de um mecanismo específico;

Considerando que importa, por isso, que, sempre que considerar ter havido infracção clara e manifesta no decorrer de um processo de adjudicação de um contrato de direito público, a Comissão possa intervir junto das autoridades competentes do Estado-membro e da entidade adjudicante em questão a fim de que sejam tomadas medidas apropriadas com vista à correcção rápida de qualquer alegada violação;

Considerando que a aplicação efectiva do disposto na presente directiva deve ser reanalisada antes do final de um período de quatro anos após o início da aplicação da presente directiva com base em informações a fornecer pelos Estados-membros sobre o funcionamento dos processos nacionais de recurso,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

Artigo 1º

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 e 77/62/CEE, 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 nº 7 do artigo 2º, com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.

⁽¹⁾ JO nº C 230 de 28. 8. 1987, p. 6, e JO nº C 15 de 19. 1. 1989, p. 8.

⁽²⁾ JO nº C 167 de 27. 6. 1988, p. 77, e JO nº C 323 de 27. 12. 1989.

⁽³⁾ JO nº C 347 de 22. 12. 1987, p. 23.

⁽⁴⁾ JO nº L 185 de 16. 8. 1971, p. 5.

⁽⁵⁾ JO nº L 210 de 21. 7. 1989, p. 1.

⁽⁶⁾ JO nº L 13 de 15. 1. 1977, p. 1.

⁽⁷⁾ JO nº L 127 de 20. 5. 1988, p. 1.

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

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

Artigo 2º

1. Os Estados-membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1º 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 nº 1 podem ser atribuídos a instâncias distintas responsáveis por aspectos diferentes dos processos de recurso.

3. Os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem.

4. Os Estados-membros podem prever que, sempre que a instância responsável se debruce sobre a necessidade de tomar medidas provisórias, lhe seja possível tomar em consideração as prováveis consequências de tais medidas para todos os interesses susceptíveis de ser lesados, bem como o interesse público, e decidir não conceder essas medidas sempre que as consequências negativas possam

superar as vantagens. A decisão de recusa de medidas provisórias não prejudicará os outros direitos reclamados pela pessoa que solicita essas medidas.

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

6. Os efeitos do exercício dos poderes referidos no nº 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.

7. Os Estados-membros garantirão que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser executadas de modo eficaz.

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 177º 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.

Artigo 3º

1. A Comissão pode invocar o processo previsto no presente artigo sempre que, antes da celebração de um contrato, considerar que houve infracção clara e manifesta das disposições comunitárias em matéria de contratos de direito público no decorrer de um processo de adjudicação de contrato abrangido pelo campo de aplicação das Directivas 71/305/CEE e 77/62/CEE.

2. A Comissão notificará ao Estado-membro e à entidade adjudicante em questão as razões pelas quais considera ter sido cometida uma infracção clara e manifesta e solicitará a sua correcção.

3. Nos vinte e um dias que se seguem à recepção da notificação referida no nº 2, o Estado-membro em questão comunicará à Comissão:

- a) A confirmação de que a infracção foi corrigida;
ou
- b) Uma conclusão fundamentada, explicando as razões por que não foi efectuada qualquer correcção;
ou
- c) Uma notificação indicando que o processo de adjudicação do contrato em causa foi suspenso, seja por iniciativa da entidade adjudicante, seja no âmbito do exercício dos poderes previstos no nº 1, alínea a), do artigo 2º

4. Uma conclusão fundamentada na aceção da alínea b) do nº 3 pode basear-se, nomeadamente, no facto de a alegada infracção ser já objecto de um recurso jurisdicional ou de um recurso do tipo previsto no nº 8 do artigo 2º. Nesse caso, o Estado-membro informará a Comissão dos resultados desses processos logo que forem conhecidos.

5. Em caso de notificação que indique que um processo de adjudicação de contrato foi suspenso nas condições previstas na alínea c) do nº 3, o Estado-membro notificará a Comissão do levantamento da suspensão ou do início de um outro processo de adjudicação de contrato ligado, na totalidade ou em parte, ao processo anterior. Essa nova notificação deve confirmar que a alegada infracção foi corrigida ou incluir uma conclusão fundamentada que explique por que razões não foi efectuada qualquer correcção.

Artigo 4º

1. Antes do final de um período de quatro anos a contar do início da aplicação da presente directiva, a Comissão, em

colaboração com o Comité Consultivo para os Contratos de Direito Público, reanalisará a aplicação das disposições da presente directiva e proporá, se for caso disso, as alterações que julgar necessárias.

2. Todos os anos, antes de 1 de Março, os Estados-membros comunicarão à Comissão informações sobre o funcionamento dos processos nacionais de recurso que tiveram lugar durante o ano anterior. A Comissão determinará, em consulta com o Comité Consultivo para os Contratos de Direito Público, a natureza dessas informações.

Artigo 5º

Os Estados-membros porão em vigor as medidas necessárias para dar cumprimento à presente directiva antes de 21 de Dezembro de 1991. Comunicarão à Comissão o texto das disposições essenciais de direito interno, de carácter legislativo, regulamentar e administrativo, que adoptarem no domínio regulado pela presente directiva.

Artigo 6º

Os Estados-membros são os destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas, em 21 de Dezembro de 1989.

Pelo Conselho

O Presidente

E. CRESSON