CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 28 de Junho de 2001 [1]

I — Introdução

1. Por despacho de 17 de Fevereiro de 2000, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 10 de Março de 2000, o Vergabekontrollsenat (comissão de fiscalização das adjudicações) do *Land* de Viena (Áustria) submeteu, em aplicação do artigo 234.° CE, três questões prejudiciais relativas aos recursos judiciais susceptíveis de serem interpostos contra as decisões da entidade adjudicante que revogam o convite para apresentação de propostas para um concurso público. Em particular, o juiz de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, se o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665/CEE [2], impõe aos Estados-Membros a instituição, também no que diz respeito a este tipo de decisões, de vias de recurso jurisdicional destinadas a obter a sua anulação. Em caso de resposta afirmativa a essa questão, o Vergabekontrollsenat pergunta, de seguida, se as Directivas 89/665 e 92/50/CEE [3] obstam a que a jurisdição nacional, eventualmente em sede de recurso, se limite a examinar o carácter arbitrário ou fictício da decisão impugnada (segunda questão); e qual é o momento determinante para apreciar a legalidade da decisão (terceira questão).

II — Quadro jurídico

A — *A regulamentação comunitária*

2. O artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665, alterado pelo artigo 41.° da Directiva 92/50, prevê que:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, novamente, no n.° 7 do artigo 2.°, com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou

1 — Língua original: italiano.

2 — 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 e de fornecimentos (JO L 395, p. 33, a seguir «Directiva 89/665» ou «directiva sobre recursos»).

3 — Directiva 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 92/50»).

as regras nacionais que transpõem esse direito.»

Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665:

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

[...]

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.»

O n.° 6, segundo parágrafo, do artigo 2.°, da Directiva 89/665 dispõe em seguida que:

«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.»

O artigo 12.°, n.° 2, da Directiva 92/50, alterado pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, relativas à coordenação dos processos de adjudicação, respectivamente, de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas (JO L 328, p. 1), prevê que:

«As entidades adjudicantes informarão o mais rapidamente possível os candidatos ou proponentes das decisões que tiverem sido tomadas relativamente à adjudicação do contrato, incluindo os motivos pelos quais tenham decidido renunciar à adjudicação de um contrato para o qual fora aberto concurso, ou os motivos pelos quais tenham decidido recomeçar o processo, informação essa que será prestada por escrito, se tal lhes for solicitado. Informarão igualmente dessas decisões o Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.»

B — *A regulamentação nacional*

3. Na Áustria, o diploma relevante nesta matéria é a Wiener Landesvergabegesetz

(lei sobre adjudicações do *Land* de Viena, a seguir «WLVerG»)[4]. O § 32 (de epígrafe «Rectificação e anulação de um convite para apresentação de propostas») desta lei dispõe, nos n.os 2, 3 e 4, que[5]:

«2) O convite para apresentação de propostas pode ser anulado durante o prazo de apresentação das propostas quando ocorram circunstâncias que, a serem conhecidas antecipadamente, teriam excluído o convite para apresentação de propostas ou conduzido a um convite para apresentação de propostas de conteúdo substancialmente diferente.

3) Findo o prazo para apresentação de propostas, o convite para apresentação de propostas deve ser anulado quando existam razões imperativas. Em especial, existem razões imperativas:

1. quando as circunstâncias descritas no n.° 2 só forem conhecidas findo o prazo de apresentação das propostas,

ou

2. quando todas as propostas devam ser excluídas.

4) O convite para apresentação de propostas pode ser anulado quando, por exemplo:

1. não tenha sido apresentada qualquer proposta aceitável do ponto de vista económico,

ou

2. [...] apenas subsista uma proposta após a exclusão de todas as outras propostas».

4. No que concerne à competência jurisdicional do Vergabekontrollsenat, isto é, do órgão que efectuou o presente reenvio, o § 99 da WLVerG dispõe que é competente para decidir dos recursos em matéria de processos de adjudicação de contratos de direito público. Em particular, até à adjudicação de um contrato público, o mesmo pode adoptar providências provisórias ou anular as decisões ilegais da entidade adjudicante pelos motivos enunciados no § 101 da lei. Na hipótese de o contrato já ter sido adjudicado, o Vergabekontroll-

4 — LGBl. n.° 36/1995, na versão publicada no LGBl. n.° 30/1999.

5 — A tradução das disposições nacionais não é oficial.

senat pode declarar que o contrato não foi adjudicado ao melhor proponente em violação da WLVerG, assim como pode examinar, a pedido da entidade adjudicante, se, na falta da referida violação, o contrato não seria atribuído a um proponente que foi preterido.

5. O § 101 da WLVerG prevê seguidamente que:

«No âmbito de um processo de recurso, o Vergabekontrollsenat deve anular as decisões de uma entidade adjudicante quando:

1) a notificação pública pela qual as empresas foram convidadas a concorrer a um concurso limitado ou a um procedimento por negociação, ou os documentos do concurso, contenham exigências discriminatórias relativas ao tipo de prestações técnicas ou à capacidade económica ou financeira, ou

2) um candidato tenha sido afastado em violação dos critérios que se contêm na notificação pública em que as empresas foram convidadas a participar num concurso limitado ou num procedimento por negociação e a entidade adjudicante pudesse ter chegado, se tivesse observado as disposições que foram negligenciadas, a um resultado mais favorável ao recorrente.»

III — Factos e questões prejudiciais

6. Em 1996, a cidade de Viena, representada pelo Magistrat der Stadt Wien — Wiener Krankenanstaltenverbund (a seguir «cidade de Viena» ou «recorrida»), publicou um anúncio de concurso público que tinha por objecto a «Direcção do projecto de realização da concepção estratégica global do fornecimento de refeições nas instalações da Wiener Krankenanstaltenverbund» [6].

7. Após a recepção das propostas, entre as quais a da sociedade alemã Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) (a seguir «HI» ou «proponente») e a da sociedade austríaca Humanomed, a cidade de Viena renunciou ao concurso, retirando o convite para apresentação de propostas dentro do prazo previsto para a adjudicação do contrato público «por razões imperativas, em conformidade com o primeiro parágrafo do n.° 3 do § 32 da WLVerG». Na sequência de um pedido de informações que lhe tinha sido dirigido pelo proponente, a cidade de Viena explicou que, à luz dos resultados dos estudos efectuados pela Humanomed em 1996, se constatou que o projecto inicialmente previsto, objecto do anúncio

6 — Suplemento do JO de 30 de Dezembro de 1996 e anúncios legais do *Wiener Zeitung* de 30 de Dezembro de 1996.

de concurso, devia ser desenvolvido de forma descentralizada, tendo, portanto, sido decidido não instituir qualquer instância central de coordenação; em consequência, já não era necessária a adjudicação do contrato objecto do anúncio. No mesmo ofício era igualmente sublinhado que a anulação do convite para apresentação de propostas estava, evidentemente, justificada por circunstâncias supervenientes que, se conhecidas anteriormente, teriam excluído a própria abertura do processo de concurso.

8. A HI entendia que isto não se tinha passado assim, considerando que a anulação se devia, na realidade, à intenção da recorrida favorecer a austríaca Humanomed, em detrimento de uma sociedade, como é, justamente, o caso da recorrida, de um outro Estado-Membro. Para além da suspeita de que a cidade de Viena tinha uma participação, directa ou indirecta (através de empresas municipais), no capital social da Humanomed, a HI contestava o facto de esta empresa ter estado estreitamente ligada aos trabalhos de preparação do convite para apresentação de propostas para o concurso posteriormente anulado e de ter, portanto, influído na elaboração do esquema director que constituía o objecto desse concurso. Nestas circunstâncias, segundo a HI, a Humanomed deveria ter sido excluída do concurso em aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre os vários proponentes; o anúncio terá, pois, sido anulado, precisamente para evitar o dever de proceder a uma tal exclusão e, ao mesmo tempo, para continuar a colaboração com a Humanomed. Por todos estes motivos, a HI dirigiu-se ao Vergabekontrollsenat, pedindo, em particular, a abertura de um processo de recurso, a adopção de uma medida provisória, a anulação de determinados documentos do concurso, bem como a anulação da decisão de retirar o convite para apresentação de propostas, por ser ilegal e discriminatória.

9. Por decisões de 30 de Abril e 10 de Junho de 1997, o Vergabekontrollsenat negou provimento ao recurso da HI. Em particular, julgou inadmissíveis os pedidos de anulação da decisão de retirar o convite para apresentação de propostas, pela razão de, por força do § 101 da WLVerG, só certas decisões, adoptadas no decurso de um processo de adjudicação de contratos públicos, enumeradas de forma limitativa, poderem ser anuladas e entre as quais não figuram as decisões de anulação de um convite para apresentação de propostas.

10. Porém e na sequência do recurso interposto pela HI, o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) anulou as decisões do Vergabekontrollsenat. Em particular, considerou que, para se poder pronunciar, era necessário responder antes de mais à questão de saber se uma decisão de anulação de um convite para concorrer se insere ou não no âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665 e que, uma vez que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias não tinha tido ainda oportunidade de se pronunciar a este respeito, o Vergabekontrollsenat devia-lhe ter submetido esta questão a título prejudicial. Não o tendo feito, este último violou simultaneamente o artigo 234.° CE, terceiro parágrafo, e o

direito, constitucionalmente garantido, da HI a um processo perante o juiz legal.

11. Tendo-lhe sido de novo confiada a decisão desta questão, o Vergabekontrollsenat analisou-a, pois, à luz das referidas indicações do Verfassungsgerichtshof, decidindo finalmente submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias as seguintes questões:

«1) Exige o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665/CEE [...] que a decisão da entidade adjudicante de retirar o convite para apresentação de propostas para um concurso público de serviços seja fiscalizada através de um processo de recurso e, sendo caso disso, anulada?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, comportam a Directiva [89/665/CEE] e a Directiva 92/50/CEE uma disposição que se oponha a que o recurso se limite apenas ao exame do carácter arbitrário ou fictício da decisão de retirar o convite para apresentação de propostas?

3) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, qual é o momento adequado para apreciar a legalidade da decisão da entidade adjudicante de retirar o convite para apresentação de propostas?»

IV — Análise jurídica

A — *Quanto à primeira questão prejudicial*

1. Introdução

12. Com a primeira questão prejudicial, o juiz *a quo* pede essencialmente ao Tribunal de Justiça que esclareça se, nos termos do artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665, a obrigação que esta última impõe aos Estados-Membros de instituírem recursos eficazes contra as decisões tomadas pelas competentes entidades no âmbito dos processos de adjudicação, disciplinados pelas directivas comunitárias em matéria de contratos públicos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de prestação de serviços (ou seja, as directivas materiais), se estende também às decisões de anulação de um convite para concorrer (no caso em apreço, de prestação de serviços).

13. Contudo e como observou a Comissão, teria sido talvez mais apropriado estender a questão, pelo menos, ao artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665, nos termos do qual os Estados-Membros devem garantir que «as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos». Em todo o caso e nas páginas seguintes, como de resto aconteceu na discussão travada entre as partes, é a ambas as disposições que inevitavelmente importará fazer referência.

2. Argumentos das partes

14. De todas as partes que apresentaram observações no presente processo, só a recorrente no litígio principal propôs dar uma resposta afirmativa à questão. As outras, isto é, a Comissão e o Governo austríaco, mas em definitivo também o juiz de reenvio, propugnaram a solução oposta, com base no raciocínio que passo agora a expor.

15. Se o artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/665 impõe aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para assegurar que as decisões adoptadas pela entidade adjudicante possam ser objecto de recursos rápidos e eficazes, é, evidentemente, para atingir o objectivo, consagrado na mesma directiva, de garantir a efectiva aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos. Daqui resulta que a obrigação de instituir vias de recurso destinadas a anular ou a fazer anular «as decisões ilegais» tomadas pelas entidades adjudicantes, prevista no artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da directiva sobre recursos, só se pode referir às decisões da entidade adjudicante que entrem no campo de aplicação das directivas materiais, isto é, unicamente às decisões que, sendo objecto de específica regulamentação por parte de tais directivas, possam integrar uma violação das mesmas. Como realça a Comissão, neste sentido apontam também os trabalhos preparatórios da Directiva 89/665. A primeira versão do já recordado artigo 1.°, n.° 1, previa de facto, na proposta inicial, que a referida obrigação dos Estados-Membros se estendesse à anulação de todas as decisões tomadas em violação da regulamentação *comunitária e/ou nacional* em matéria de contratos públicos. Porém, maugrado as propostas da Comissão e de alguns Estados-Membros, o projecto foi posteriormente modificado no sentido de limitar a obrigação à anulação das decisões tomadas em violação do *direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito.*

16. Consequentemente e para sustentar que a anulação do convite para apresentação de propostas se inclui entre as «decisões ilegais» de que fala o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665, seria necessário que a mesma fosse objecto de específica regulamentação na relevante directiva material: no caso concreto, a Directiva 92/50. Mas esta directiva, seguindo os partidários da tese em exame, não institui quaisquer regras relativas às condições e à forma da anulação de um concurso público de prestação de serviços, assim como também não impõe a obrigação de a entidade adjudicante levar até ao seu termo um processo de adjudicação. O artigo 12.°, n.° 2, da Directiva 92/50 limita-se, de facto, a prever que, se questionada por um proponente, a entidade adjudicante deve comunicar-lhe os motivos da anulação. Contrariamente, pois, às decisões que põem termo ao concurso, adjudicando o contrato, as decisões de anulação do convite para apresentação de propostas não constituirão uma decisão nos termos da Directiva 89/665. Esta conclusão será de resto confirmada, segundo o Governo austríaco, pelo facto de o artigo 2.°, n.° 1, alínea b), dizer unicamente respeito a decisões que a entidade adjudicante deve tomar, no respeito da Directiva 92/50, *no decurso* do

processo de adjudicação de um contrato público, ao passo que uma decisão de anulação do convite para apresentação de propostas *põe termo* a esse processo [7].

17. Mas não é tudo. Resulta da mesma jurisprudência comunitária que as entidades adjudicantes gozam de uma ampla discricionaridade quanto à opção por pôr termo a um processo de concurso público, seja decidindo não adjudicar o concurso, seja revogando o respectivo anúncio; como se viu, de facto, as directivas comunitárias não impõem limites ou condições particulares a este respeito, nem tão pouco exigem a verificação de «circunstâncias graves ou excepcionais» [8]. Ora, se a entidade adjudicante não se encontra obrigada a adjudicar um contrato — observam os defensores da tese em exame — confirma-se que a decisão de pôr termo a um processo de adjudicação, anulando o respectivo convite para apresentação de propostas, não é objecto da directiva e, portanto, não constitui uma decisão nos termos do artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 89/665.

18. O Governo austríaco argumenta por último que, nos termos do artigo 2.°, n.° 6, da Directiva 89/665, quando entre a entidade adjudicante e o proponente vencedor do concurso já tenha sido celebrado um contrato, os Estados-Membros podem limitar a protecção dos direitos das partes eventualmente lesadas à reparação do prejuízo, excluindo assim a possibilidade de obter a anulação da decisão de adjudicação. Não se vislumbra portanto — observa aquele governo — porque razão, relativamente às decisões de revogação de um anúncio de concurso público, se deva oferecer aos interessados uma maior protecção. A única obrigação que o legislador nacional deverá neste caso respeitar será a de garantir o direito dos participantes no concurso obterem o ressarcimento dos seus danos no caso de a entidade adjudicante revogar o anúncio de forma abusiva. Em todo o caso, sublinha por sua vez a Comissão, o proponente lesado por uma revogação ilegal não se encontra privado de meios para tutelar os seus interesses. Por um lado, este dispõe, de facto, das vias de recurso previstas no direito nacional para o caso da violação das disposições nacionais; por outro, poderá recorrer às vias de recurso garantidas pela Directiva 89/665 quando verifique que a entidade adjudicante abriu um novo concurso sem respeitar as directivas comunitárias.

7 — Neste sentido aponta também, segundo esta tese, o acórdão de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Áustria e o. (C-81/98, Colect., p. I-7671), segundo o qual podem ser impugnadas todas as decisões tomadas no decurso de um processo de adjudicação até ao momento da celebração do contrato entre a entidade adjudicante e o proponente que tenha resultado vencedor.

8 — V. acórdão de 16 de Setembro de 1999, Fracasso e Leitschutz (C-27/98, Colect., p. I-5697, em particular n.os 23 a 25). Nas conclusões apresentadas neste processo, o advogado-geralA. Saggio exprime a opinião segundo a qual «com efeito, não cremos que possam existir dúvidas quanto ao facto de que a faculdade de revogação do acto administrativo de um anúncio de concurso é a expressão de um poder reconhecido às entidades adjudicantes nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e que, enquanto não for tomada uma decisão final de adjudicação, a entidade adjudicante é essencialmente livre de não adjudicar por razões de interesse público ou de proceder a uma nova apreciação das condições em que a obra projectada não foi realizada (falta de recursos adequados, evolução dos conhecimentos num sector técnico específico, etc.)» (n.° 13). Sobre a discricionaridade das entidades adjudicantes ver também, de modo mais geral e entre outros, acórdão de 23 de Novembro de 1978, Agence européenne d'interims/Comissão (56/77, Recueil, p. 2215, Colect., p. 761, n.° 20), assim como, na jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, acórdãos de 8 de Maio de 1996, Adia interim/Comissão (T-19/95, Colect., p. II-321, n.° 49); de 17 de Dezembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento (T-203/96, Colect., p. II-4239, n.° 54); de 24 de Fevereiro de 2000, ADT Projekt/Comissão (T-145/98, Colect., p. II-387, n.° 147); e de 6 de Julho de 2000, AICS/Parlamento (T-139/99, Colect., p. II-2849, n.° 39).

3. Apreciação

19. Passando a uma apreciação desta tese, quero antes de tudo recordar, ainda que muito resumidamente, a finalidade das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos, que nos argumentos até aqui recordados me parece ter ficado um pouco na sombra. Como é evidente, estas directivas regulamentaram a matéria com o objectivo de tornar efectivas, também neste sector, a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, garantindo a todos os operadores comunitários o direito de participarem em absoluta igualdade de condições e com plena transparência nos concursos públicos. Como ocorreu noutros sectores, também no que toca aos contratos públicos a exigência de dar cumprimento àquele resultado impôs uma regulamentação que superasse a mera proibição de discriminações assentes na nacionalidade, para se estender a todos os aspectos que, de qualquer forma, pudessem prestar-se a provocar uma diferenciação nas condições de acesso e de participação numa actividade. Também neste caso se passou, gradualmente, de uma regulamentação mais limitada, como a da primeira directiva relativa aos contratos públicos de empreitadas e de fornecimentos, a uma mais pontual, incisiva e sobretudo tendencialmente global, como aquela que se tem vindo a desenhar e que, agora, se pode considerar, nas suas linhas fundamentais, quase concluída.

20. Para o que aqui interessa, realçamos que as directivas em causa se inspiram num objectivo preciso, que constitui o seu fio condutor e que é explicitamente enunciado nas mesmas e ainda frequentemente sublinhado pela jurisprudência comunitária: as mesmas visam, com efeito, garantir a igualdade de tratamento entre os participantes num concurso e a transparência do mesmo em todas as fases do processo de adjudicação [9], impondo também, como no caso da directiva em exame, a obrigação de os Estados-Membros instituírem as adequadas vias de recurso, a nível nacional, a fim de tornar efectivo o respeito daqueles princípios [10]. Devo ainda sublinhar que estes princípios se impõem, na matéria em exame, numa medida que transcende os próprios termos das directivas, as quais nem os instauram, nem constituem o seu fundamento, mas apenas se destinam a facilitar e a tornar efectiva a sua aplicação. Como observou a este respeito o Tribunal de Justiça, «embora a directiva [71/305/CEE [11]] não faça expressa referência ao princípio da igualdade de trata-

9 — V., em especial, acórdãos de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica (C-87/94, Colect., p. I-2043), no qual o Tribunal de Justiça afirmou que «O procedimento de comparação das propostas deve pois respeitar, em todas as suas fases, tanto o princípio da igualdade dos concorrentes como o da transparência» (n.º 54); Embassy Limousines and Services (já referido, n.º 85); de 14 de Outubro de 1999, CAS Succhi di Frutta/Comissão (T-191/96 e T-106/97, Colect., p. II-3181, n.º 72); e ADT Projekt/Comissão (já referido, n.º 164).

10 — Relembramos que os primeiros três «considerandos» da Directiva 89/665 expressamente sublinham, em primeiro lugar, que o objectivo da directiva é precisamente obviar a falta, no contexto das directivas em matéria de contratos públicos, de disposições específicas que permitam garantir a sua efectiva aplicação; por outro lado, a necessidade de reforçar os mecanismos de controlo, nacionais e comunitários, que nem sempre permitiam garantir o respeito das disposições comunitárias; em terceiro lugar e por último, a exigência de realizar um «aumento substancial» das garantias de transparência e de não discriminação, impondo aos Estados-Membros a instituição de meios de recurso eficazes e rápidos em caso de infracções à regulamentação comunitária e nacional.

11 — Directiva do Conselho, de 26 de Julho de 1971, que coordena os processos de adjudicação das empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5).

mento dos proponentes, não é menos verdade que o dever de respeitar esse princípio corresponde à própria essência da directiva» [12].

21. Daqui resulta, pois, que não só as directivas relativas aos contratos públicos devem ser interpretadas segundo os princípios tradicionais da jurisprudência comunitária, e em especial o que impõe que seja dada às disposições que transpõem os fundamentais princípios da livre circulação uma interpretação que não lhes restrinja o alcance nem lhes prejudique o efeito útil [13], mas sobretudo que essas directivas devem ser lidas à luz da sua função expressa de garantir, de modo pleno e efectivo, o respeito dos superiores princípios de igualdade de tratamento e de transparência. Em particular, a directiva sobre recursos deve ser interpretada em estrita coerência com as finalidades que inspiram essas directivas e todo o sistema, no sentido em que mesma visa assegurar, plena e efectivamente, o respeito das directivas materiais e seus princípios subjacentes, de modo que, para além dos casos expressamente previstos, não se possam presumir ou deduzir implicitamente, no âmbito dos processos objecto daquelas directivas, limitações na protecção judicial que deixem a descoberto etapas ou fases desses processos. E isto também em coerência com o princípio do «controlo jurisdicional» dos actos produtores de efeitos jurídicos definitivos, que «constitui um princípio geral de direito comunitário, que decorre das tradições constitucionais comuns do Estados-Membros e que teve a sua consagração nos artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem» [14]. Por outras palavras, impõe-se seguir uma lógica exactamente oposta à que inspirou os defensores da tese anteriormente referida.

22. Se analisarmos agora a questão em exame à luz do que ficou dito, a resposta

12 — V. acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão/Dinamarca (C-243/89, Colect., p. I-3353, n.° 33). V., no mesmo sentido, acórdão de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica (C-87/94, Colect., p. I-2043, n.° 51). De resto, também, a Comissão recordou recentemente que «Como resulta da jurisprudência do Tribunal, mesmo se, por força do Tratado, os Estados-Membros mantêm a liberdade de fixar regras materiais e processuais, devem, no entanto, respeitar todas as disposições pertinentes do direito comunitário, nomeadamente as proibições que decorrem dos princípios consagrados no Tratado em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços. Por outro lado, o Tribunal sublinhou a importância dos princípios e das regras decorrentes do Tratado, especificando nomeadamente que as directivas relativas aos contratos públicos visam, por um lado, 'facilitar a realização efectiva no interior da Comunidade da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços' e, por outro, 'garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector dos contratos de empreitadas e de fornecimentos de direito público'» [v. a comunicação interpretativa sobre as concessões em direito comunitário (dos contratos públicos) (JO 2000, C 121, n.° 3, onde são citados os acórdãos de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colect., p. 1039), e de 17 de Novembro de 1993, Comissão/Espanha (C-71/92, Colect., p. I-5923)]. É também precisamente com base nisto, que a mesma pôde afirmar, justamente em referência às concessões, que, apesar de não se encontrarem definidas no Tratado e serem praticamente ignoradas pelas directivas relativas aos contratos públicos, isso não significa que as mesmas «escapem às regras e aos princípios do Tratado. Com efeito, na medida em que resultem de actos estatais que tenham por objecto a prestação de actividades económicas ou o fornecimento de bens, as concessões estão sujeitas às disposições pertinentes do Tratado, bem como aos princípios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal na matéria» (*ibidem*, n.° 2).

13 — Entre muitos, v. os recentes acórdãos de 24 de Fevereiro de 2000, Comissão/França (C-434/97, Colect., p. I-1129, n.° 21, onde figuram outras remissões, e de 9 de Março de 2000, EKW e Wein & Co (C-437/97, Colect., p. I-1157, n.° 41, onde figuram outras remissões). No mesmo sentido, v. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral J. Mischo no processo Alcatel Austria e o. (n.° 40, com específica referência ao artigo 1.° da Directiva 89/665).

14 — Acórdãos de 3 de Dezembro de 1992, Oleificio Borelli/Comissão (C-97/91, Colect., p. I-6313, n.° 14, onde figuram outras remissões), de 11 de Janeiro de 2001, Kofisa Itália (C-1/99, Colect., p. I-207, n.° 46) e Siples (C-226/99, Colect., p. I-277, n.° 17).

negativa que à mesma aquela tese se propõe dar parece muito discutível e, no que concerne à Comissão, diria mesmo surpreendente, a se terem em conta as tradicionais orientações por ela professadas nesta matéria [15]. Em todo o caso, não me parece que a tese consiga resistir a uma análise crítica.

23. Realço em primeiro lugar que do texto da Directiva 89/665 não emerge qualquer limite quanto à natureza e ao conteúdo das decisões em relação às quais os Estados-Membros devem garantir meios de recurso. Pelo contrário, no seu artigo 1.°, n.° 1, a directiva declara, sem ulteriores especificações, que se refere aos «processos de adjudicação» disciplinados pelas relevantes directivas materiais e que no âmbito de tais processos os Estados-Membros devem tomar as providências necessárias para garantir que possam ser objecto de um recurso eficaz e rápido «as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes»: isto é, todas as decisões tomadas no âmbito daqueles processos, do início ao termo dos mesmos, quer esses se concluam com a adjudicação do concurso, quer terminem, pelo contrário, com uma decisão de retirada ou de revogação do convite para concorrer. Em suma, como realça o próprio Tribunal de Justiça no acórdão Alcatel Austria e o., o artigo não prevê qualquer «restrição no que diz respeito à natureza e ao conteúdo» das decisões que violaram o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as respectivas normas nacionais de transposição (n.° 35).

24. Por outro lado, o teor literal do artigo seguinte, isto é, do artigo 2.°, n.° 1, alínea b), da directiva em análise («Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo», etc.) conduz à mesma conclusão, uma vez que do mesmo não emerge nenhuma indicação limitativa ou outro indício que autorize, de forma alguma, a restringir o âmbito das decisões, consideradas em função do seu conteúdo, em função da fase do processo de adjudicação em que intervenham ou de outro motivo [16]. Uma confirmação neste sentido decorre, por último, do texto da alínea a) do n.° 1 do artigo 2.°, que impõe que os Estados-Membros prevejam processos de medidas provisórias relativamente a «qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes»; não se compreende, de facto, porque razão o objecto dos recursos de anulação previstos na subsequente alínea b) deveria ser mais limitado.

25. Resulta, portanto, de uma simples análise textual, não só que a directiva não

15 — Limito-me a relembrar, por exemplo, que no «Livro Verde» sobre os «Concursos públicos na União Europeia», de 9 de Novembro de 1996 [COM (96) 583 final], a Comissão sustentou que, também no que respeita a situações que não integram o âmbito de aplicação da directiva (contratos públicos de valores inferiores ao limiar, concessões ou contratos análogos), os princípios de não discriminação, da igualdade de tratamento e de transparência, devem, de qualquer modo, encontrar aplicação (v. n.° 3.24). V., na mesma linha, também a comunicação sobre «Os contratos públicos na União Europeia» de 11 de Março de 1998 [COM (1998) 143 final] e, sobretudo, a já referida comunicação interpretativa sobre as concessões em direito comunitário.

16 — V. também, nesta ordem de ideias, os n.os 32 e 33 do acórdão Alcatel Austria e o., já referido.

fornece quaisquer argumentos que permitam sustentar a tese em exame, mas antes que os fornece em sentido contrário. O que porém pretendo realçar é que a interpretação aqui proposta é, igualmente, mais conforme às referidas finalidades das directivas em matéria de contratos públicos e, principalmente, da Directiva 89/665 que, como relembrou o Tribunal de Justiça no seu acórdão Alcatel Austria, serve justamente para reforçar os mecanismos existentes. Mas também do ponto de vista da lógica do sistema não se compreende, como observa a HI, porque motivo, das duas principais formas de conclusão de um processo de contrato público, ou seja, a adjudicação do concurso e a anulação do mesmo, só a primeira devesse estar sujeita a fiscalização jurisdicional, enquanto a segunda escapava: e isto também mesmo quando, porventura, a adjudicação fosse decidida de uma forma completamente arbitrária ou com o único intuito de favorecer um determinado proponente e até mesmo quando o concurso fosse sucessivamente repetido até ao sucesso do proponente que se quisesse, por hipótese, favorecer. Isto significaria, por um lado, criar uma evidente e injustificada diferenciação em relação às decisões de adjudicação; por outro, dar liberdade à entidade adjudicante para fazer prevalecer motivações diversas das económicas e, portanto, abrir a porta aos riscos de discriminação e de opacidade que as directivas visam justamente eliminar: com efeito, significaria retirar-lhes qualquer efeito útil e, portanto, pôr em causa a sua finalidade.

26. Contudo, como já tive oportunidade de relembrar, os defensores da tese em exame insistem sobretudo no paralelismo entre a directiva sobre recursos e as directivas materiais, sublinhando que estas últimas nada dispõem no que diz respeito à retirada de um convite para apresentação de propostas e que, portanto e por definição, as respectivas providências ficarão fora do âmbito de aplicação da primeira, qualquer que seja o alcance da expressão «decisões ilegais» por esta utilizada. Observo, porém e antes de mais, que falta demonstrar o próprio fundamento desta tese, segundo o qual só serão objecto da directiva sobre recursos os processos e as decisões relativamente às quais as directivas materiais prevejam uma regulamentação específica. É, com efeito, igualmente legítimo, e mais conforme aos princípios e à lógica do sistema, como já por várias vezes sublinhei, considerar que a primeira cobre todas as etapas e fases do processo de adjudicação objecto das segundas, incluindo aquelas que, em virtude da sua particular natureza, não exijam uma específica regulamentação ou não exijam mais do que uma regulamentação sucinta, como é justamente o caso da retirada do convite para apresentação de propostas.

27. Contudo e para além do que ficou dito, devo observar que a directiva material aqui em causa, isto é, a Directiva 92/50, não ignora completamente as decisões de anulação de um convite para concorrer, ainda que se limite a prescrever a este respeito, como já assinalamos, que a entidade adjudicante, se para tal solicitada, deve comunicar por escrito «as razões que a levaram a decidir não adjudicar um contrato» (artigo 12.°, n.° 2, da Directiva 92/50). Ora, parece-me evidente que esta obrigação de motivação não é de pouca monta para

os presentes efeitos, pois que a motivação de um acto e a sua fiscalização jurisdicional constituem dois elementos estreitamente relacionados: como ensina ainda a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o primeiro serve directamente o segundo, pois deve fazer surgir, de forma clara e inequívoca, o raciocínio seguido pelo autor do acto, de modo a permitir aos interessados conhecer as razões da decisão e ao juiz competente o exercício do seu controlo [17]. Portanto, se as directivas prevêem um dever de motivação, por maioria de razão se deverá presumir a obrigação de instituir uma fiscalização jurisdicional.

28. Nem pode, de modo algum, assumir qualquer relevância a este respeito a objecção acima relembrada, segundo a qual a entidade adjudicante goza de ampla discricionaridade quanto à possibilidade de retirar um convite para concorrer, de tal modo que os participantes no processo não terão direito a que este se conclua com uma adjudicação. Se, com efeito, para além do dever de motivação que acabamos de referir, não estão estabelecidas condições formais e substanciais para a anulação, isto não significa nem que as respectivas decisões não caiam na alçada da directiva sobre recursos nem que o poder reconhecido às autoridades nacionais possa ser exercido sem qualquer controlo ou limitação. A incontestável discricionaridade de que gozam, nesta matéria, essas autoridades poderá, com efeito, influir, como veremos examinando a segunda questão, no alcance da fiscalização jurisdicional, mas não implica certamente uma liberdade absoluta e a ausência de qualquer controlo. Com efeito, estas autoridades devem agir sempre no respeito das relevantes disposições comunitárias e nacionais e, sobretudo, no respeito dos princípios da igualdade de tratamento e de transparência que, como declarou o Tribunal de Justiça, «constituem a própria essência» da regulamentação nesta matéria e que, portanto, se impõem de modo absoluto e incondicional [18].

29. Antes de concluir a este respeito, devo ainda tomar posição sobre alguns argumentos que foram apresentados, respectivamente, pelo Governo austríaco e pela Comissão em apoio de uma resposta negativa à questão em análise.

17 — V., recentemente, acórdão de 22 de Março de 2001, França/Comissão (C-17/99, Colect., p. I-2481, n.° 35, onde constam outras remissões). Partilho plenamente, portanto, das observações feitas, a este respeito, pelo advogado-geralA. Saggio nas conclusões apresentadas no processo Fracasso e Leitschutz, onde sublinhou que «Importa ainda acrescentar que, seja como for, a obrigação de comunicar as razões pelas quais a administração pretende renunciar à celebração do contrato ou recomeçar o processo a que se refere o artigo 8.°, n.° 2, da Directiva [93/37/CEE 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), disposições análogas ao artigo 12.°, n.° 2, da Directiva 92/50] deve ser correctamente analisada. Este processo, com efeito, permite que possa ser exercido o controlo da legalidade da acção administrativa, pelo menos na hipótese em que o cancelamento não passe de um pretexto ou que tenha lugar com violação de outras normas de direito comunitário» (n.° 17).

18 — Como observou o advogado-geralA. Saggio nas referidas conclusões apresentadas no processo Fracasso e Leitschutz, «a faculdade de revogação do acto administrativo de um anúncio de concurso [...] não implica que o poder da administração de se defender seja absoluto e insusceptível de controlo judicial». Esta não pode, pois, constituir «acto arbitrário ou mero pretexto» ou dar lugar a uma «violação de normas da directiva ou de outras normas ou princípios do direito comunitário». O artigo 8.°, n.° 2, da Directiva 93/37 (correspondente ao artigo 12.° da Directiva 92/50), em suma, «visa impedir a entidade adjudicante de se livrar de um potencial contraente arbitrariamente ou à margem dos princípios fundamentais do direito comunitário» (n.os 13 a 18).

30. O primeiro assenta, como se viu (n.º 18), no artigo 2.º, n.º 6, da Directiva 89/665, para concluir que, se, nas hipóteses em que já se procedeu à adjudicação, os Estados-Membros podem limitar a protecção dos interessados a uma acção de indemnização dos danos sofridos, não há razão para lhes oferecer uma maior protecção jurisdicional no caso de uma decisão de anulação do convite para concorrer. Deve-se, todavia, objectar com o facto de não existir qualquer analogia entre as duas hipóteses referidas, isto é, entre a fase anterior à adjudicação do contrato objecto do concurso (a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, e que importa para o presente caso) e a fase seguinte à dita adjudicação (a que respeita o artigo 2.º, n.º 6). Como esclareceu o Tribunal de Justiça no seu acórdão Alcatel Austria e o., é a própria directiva que traça uma clara distinção entre aquelas duas fases, submetendo-as a um regime diferente (n.º 37). Por outro lado, uma extensão analógica das disposições do artigo 2.º, n.º 6, não só não teria qualquer justificação na economia do sistema em exame, como se colocaria em clara oposição à finalidade do mesmo [19].

31. Também não se pode considerar, como parece conjecturar ainda o Governo austríaco, que um pedido de indemnização dos danos causados por uma decisão ilegal de anulação do convite bastará para satisfazer os direitos de um proponente lesado por essa anulação. Limito-me, com efeito, a recordar que a directiva sobre recursos autoriza os Estados-Membros a subordinar as acções de indemnização à prévia procedência de um recurso de anulação (v. artigo 2.º, n.º 5, da Directiva 89/665), de modo que, pelo menos na presença de tal eventualidade, não se poderá prescindir deste último tipo de recurso. E não apenas, pois daqui também me parece resultar um outro argumento a favor de uma resposta afirmativa à primeira questão do Vergabekontrollsenat, pois que, caso contrário, os eventuais interessados não poderão sequer intentar uma acção de indemnização quando o Estado-Membro em causa tenha feito uso da faculdade que lhe é conferida pelo já referido artigo 2.º, n.º 5.

32. Quanto à Comissão, esta insiste sobretudo no facto de o proponente eventualmente lesado por uma decisão ilegal de retirada do convite para concorrer dispor, todavia, das vias de recurso previstas pelo ordenamento dos Estados-Membros no caso de violação das disposições nacionais. Não sei se essa perspectiva pode produzir efeitos mitigatórios; pelo contrário, o certo é que não preenche os assinalados requisitos nesta matéria e, francamente, soa assaz singular da parte de uma instituição que há

19 — Como sublinhou o advogado-geral J. Mischo nas conclusões apresentadas no mesmo processo: «O efeito útil da directiva-recursos, e em especial o objectivo, recordado no artigo 1.º, de prever recursos rápidos e eficazes, seria comprometido se fosse permitido que um Estado-Membro desse ao limite previsto pelo artigo 2.º, n.º 6, um alcance de tal ordem que a decisão mais importante da entidade adjudicante, isto é, a atribuição do contrato, fosse sistematicamente abrangida, escapando assim à protecção completa prevista pelo artigo 2.º, n.º 1. O objectivo de reforço das vias de recurso prosseguida pela directiva-recursos pressupõe, com efeito, que a possibilidade permitida aos Estados-Membros de as limitar seja considerada como excepcional e interpretada de forma estrita» (n.ºs 39 e 40). Obviamente, é inútil acrescentar que estas observações, ainda que se refiram às decisões de adjudicação, são igualmente válidas para as decisões de retirar um convite para apresentação de propostas para um concurso público.

mais de dez anos se bate para que as directivas em matéria de concursos públicos sejam aplicadas de modo efectivo e que propôs mesmo mais do que uma (como é o caso, precisamente, da Directiva 89/665) justamente para reforçar esta garantia a nível comunitário, subtraindo-a às disparidades e às carências das legislações nacionais.

33. Também mitigatória, mas igualmente pouco decisiva para os presentes efeitos, me parece a outra observação da Comissão, segundo a qual os participantes num concurso cujo convite para concorrer foi posteriormente anulado estão sempre protegidos pelo facto de, no caso de a entidade adjudicante decidir adjudicar o contrato em causa através da abertura de um novo concurso, a mesma estará, em todo o caso, obrigada ao respeito das relevantes directivas comunitárias, respeito esse que poderá, eventualmente, ser submetido a fiscalização jurisdicional em conformidade com as disposições da Directiva 89/665. Observo, além disso, que nem sempre a entidade adjudicante decide anunciar novamente um concurso anteriormente retirado; contudo e mesmo sendo esse o caso, nem por isso o recurso de anulação da decisão de retirada do convite terá menos utilidade, pois que, caso esse recurso seja bem sucedido, para além das consequências que acabo de indicar (n.º 31), ficará inevitavelmente limitada a discricionaridade da administração por ocasião de eventual nova abertura do concurso, devendo esta ater-se aos princípios fixados no acórdão de anulação [20].

34. Tendo em conta as precedentes observações, considero, pois, que se deve responder à primeira questão prejudicial no sentido de que o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/665 impõe que a decisão da entidade adjudicante de retirar o convite para apresentação de propostas para um contrato público de serviços possa ser objecto de um processo de recurso e, eventualmente, anulada.

B — *Quanto à segunda questão prejudicial*

35. Com a segunda questão prejudicial, o Vergabekontrollsenat interroga, na eventualidade de uma resposta afirmativa à primeira questão, se alguma disposição da Directiva 89/665 ou da Directiva 92/50 obsta a que a fiscalização jurisdicional da legalidade da anulação de um convite para apresentação de propostas para um concurso se limite apenas ao exame do carácter arbitrário ou fictício desse acto.

20 — Realço a este respeito que, no acórdão Simmenthal, o Tribunal de Justiça reconheceu que um recorrente tem interesse na anulação de uma decisão de adjudicação (tomada no caso concreto pela Comissão), mesmo quando esta tenha já sido plenamente executada a favor de outros concorrentes, «quer para obter, da parte da Comissão, uma adequada reposição da sua situação, quer para levar a Comissão a introduzir, para o futuro, as modificações adequadas ao regime dos concursos, no caso de este se verificar contrário a determinadas exigências jurídicas» (acórdão de 6 de Março de 1979, Simmenthal/Comissão, 92/78, Colect., p. 407, n.º 32). V., no mesmo sentido, acórdão CAS Succhi di Frutta/Comissão (já referido, n.º 63).

36. Trata-se, na verdade, de uma questão assaz obscura, que nem mesmo a motivação do despacho de reenvio ajuda a esclarecer, embora talvez por essa questão reflectir provavelmente os problemas e preocupações próprios do ordenamento austríaco. Todavia, creio poder entender que o Vergabekontrollsenat se inclina para propor uma resposta negativa, isto é, tendente a limitar a fiscalização jurisdicional da decisão de retirada de um concurso, ao passo que a HI se situa no sentido oposto, sustentando que da Directiva 89/665 não é possível deduzir que um recurso de anulação de uma decisão de retirar o concurso se deva limitar ao simples exame do carácter arbitrário ou fictício do acto impugnado; pelo contrário, uma decisão de retirada do concurso deverá poder, na sua opinião, ser objecto de um controlo jurisdicional completo. Pela sua parte, por último, após ter repetido que as decisões de retirada de um concurso estão excluídas da Directiva 89/665, a Comissão limita-se a observar que, em todo o caso, se for submetido a um juiz nacional um recurso relativo à legalidade da retirada de um concurso, este pode verificar se os motivos dessa retirada são conformes às disposições nacionais e, eventualmente, comunitárias.

37. Fazendo da questão uma apreciação de carácter geral e prescindindo portanto das eventuais situações específicas da ordem jurídica austríaca, devo referir que tenho muita dificuldade em identificar nas correspondentes directivas comunitárias disposições relevantes do ponto de vista da questão que nos foi colocada, isto é, disposições que permitam deduzir, ou pelo contrário excluir, limites ao alcance da fiscalização jurisdicional da decisão de retirada de um concurso. É certamente necessário ter bem presente o que referi anteriormente a propósito da discricionaridade de que goza nesta matéria a entidade adjudicante e dos limites que daí derivam, neste como em todos os casos análogos, no plano da fiscalização jurisdicional. A jurisprudência comunitária sublinhou por diversas vezes que, dada a natureza do poder de que gozam aquelas entidades, o controlo do juiz deve limitar-se à verificação do respeito das regras de processo e de fundamentação, bem como à exactidão material dos factos e à ausência de erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder[21]. Mas, para além desta limitação, directamente relacionada, repito, com a natureza do poder exercido no caso concreto, resta o facto de as autoridades nacionais deverem sempre respeitar os princípios de igualdade de tratamento e de transparência, como já por diversas vezes referi, e que, portanto, a fiscalização jurisdicional deve estender-se também a esses aspectos.

38. Consequentemente, considero que deve responder-se à questão em exame no sentido de que nenhuma disposição das Directivas 89/665 e 92/50 permite limitar a fiscalização da legalidade da anulação de um convite para apresentação de propostas unicamente ao exame do carácter arbitrário ou fictício desta decisão.

21 — Acórdão ADT Projekt/Comissão (já referido, n.° 147). V. igualmente acórdão Embassy Limousines & Services/Parlamento, no qual se enuncia que o controlo sobre o exercício do poder de apreciação para efeitos da eventual anulação de uma decisão de retirada de um concurso público se limita à verificação da falta de erro grave e manifesto (n.° 56). V. ainda, no mesmo sentido, acórdãos Agence européene d'interims/Comissão (já referido, n.° 20); Adia interim/Comissão (já referido, n.° 49); e AICS/Parlamento (já referido, n.° 39).

C — *Quanto à terceira questão prejudicial*

39. Com esta questão, igualmente subordinada a uma resposta afirmativa à primeira, o órgão jurisdicional austríaco interroga, por último, qual é o momento determinante para os efeitos da apreciação da legalidade da decisão da entidade adjudicante de anular um convite para apresentação de propostas.

40. O Vergabekontrollsenat, na motivação desta questão, observa que a Directiva 89/665 não contém nenhuma indicação a este respeito e que, na sua opinião, as soluções possíveis serão duas: ou o momento da decisão da entidade adjudicante ou o momento da decisão do órgão de controlo. A favor da primeira solução estará o facto de a decisão de anulação constituir o objecto do recurso, ao passo que a favor da segunda estará o princípio do efeito útil da directiva, a qual visa garantir a existência de «meios de recurso eficazes e rápidos». De acordo com a HI, importará, pelo contrário, fazer referência ao momento da decisão sobre a legalidade do acto impugnado, ao passo que, segundo a Comissão, uma vez que a anulação de um convite para concorrer não é regulada pelo direito comunitário, mas sim pelo direito nacional aplicável, será deste último que dependerá a resposta à terceira questão prejudicial.

41. Pela minha parte, observo que a Directiva 89/665 nada dispõe sobre o momento determinante para o exame da legalidade de uma decisão de retirada de um concurso. Penso que isto se deve à natureza desta directiva, que não é de harmonização legislativa, mas apenas de coordenação dos processos existentes; a mesma não visa, portanto, criar um quadro normativo completo nesta matéria, limitando-se a fixar as regras necessárias à garantia da plena e efectiva aplicação das directivas materiais. È a cada um dos ordenamentos nacionais que importa, seguidamente, fazer referência para identificar, obviamente dentro do respeito das regras e dos princípios traçados por aquela directiva, as modalidades e os processos previstos para o exercício da tutela nela consagrada. Como recordou recentemente o Tribunal de Justiça, na falta de regulamentação comunitária específica na matéria, «incumbe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que decorrem, para os cidadãos, do direito comunitário» [22].

42. Entendo, pois, relativamente à terceira questão, que se deve responder ao órgão jurisdicional de reenvio no sentido de que, sem prejuízo da eficácia e da tempestividade da protecção jurisdicional garantida pelos princípios e pelas normas do direito comunitário, a identificação do momento determinante para os efeitos do exame da legalidade da decisão de uma entidade adjudicante de retirar o convite para concorrer deve ser feita com base na legislação nacional aplicável.

22 — Acórdão de 15 de Setembro de 1998, Edis (C-231/96, Colect., p. I-4951, n.º 19, onde constam outras remissões).

V — Conclusões

43. Em virtude das precedentes considerações, proponho que o Tribunal de Justiça declare que:

«1) O artigo 2.°, n.° 1, alínea b), 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, impõe que a decisão da entidade adjudicante de retirar o convite para apresentação de propostas para um contrato público de serviços possa ser objecto de um processo de recurso e, eventualmente, anulada.

2) Nenhuma disposição da Directiva 89/665/CEE ou da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, permite limitar a fiscalização da legalidade da anulação de um convite para apresentação de propostas unicamente ao exame do carácter arbitrário ou fictício desta decisão.

3) Sem prejuízo da eficácia e da tempestividade da protecção jurisdicional garantida pelos princípios e pelas normas do direito comunitário, a identificação do momento determinante para os efeitos do exame da legalidade da decisão de uma entidade adjudicante de retirar o convite para concorrer deve ser feita com base na legislação nacional aplicável.»