CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 23 de Outubro de 1997 *

1. Na presente acção por incumprimento, a República Federal da Alemanha é acusada (tendo-o admitido parcialmente) de não ter transposto exaustivamente a Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento [1] (a seguir «directiva»), ou de não ter informado a Comissão das suas medidas de transposição.

I — Fase pré-contenciosa

2. Um dos objectivos da directiva é o de actualizar 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 [2] (a seguir «directiva de 1976»), alterada várias vezes, e introduzir na mesma várias alterações de ordem redactorial a fim de melhorar a clareza de certas disposições existentes [3]. Introduz igualmente várias alterações de fundo, quanto à definição de entidade adjudicante [4], à obrigação de fundamentar a recusa de uma candidatura ou de uma proposta e de elaborar um relatório em relação a cada adjudicação [5], bem como às regras de participação e os critérios de adjudicação dos contratos [6]. O artigo 34.°, n.° 1, da directiva impõe aos Estados-Membros pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para lhe dar cumprimento antes de 14 de Junho de 1994 e informar imediatamente a Comissão desse facto.

3. Não tendo recebido da República Federal da Alemanha qualquer notificação neste sentido, a Comissão dirigiu, em 9 de Agosto de 1994, a este Estado-Membro, uma carta de notificação de incumprimento nos termos do artigo 169.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia (a seguir «Tratado»), convidando-a a apresentar as suas observações no prazo de dois meses. Na sua resposta de 6 de Outubro de 1994, a República Federal da Alemanha referiu-se a uma carta anterior à Comissão, de 25 de Julho de 1994, na qual tinha explicado que a directiva seria transposta através de uma alteração da parte A do Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen (a seguir «VOL/A»). O projecto de alteração estava então em discussão no Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen e devia ser publicado no Outono de 1994. Além disso, a

* Língua original: inglês.

1 — JO L 199, p. 1.

2 — JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29. Esta directiva foi alterada pelas Directivas do Conselho 80/767/CEE, de 22 de Julho de 1980 (JO L 215, p. 1; EE 17 F1 p. 83), 88/295/CEE, de 22 de Março de 1988 (JO L 127, p. 1), e 92/50/CEE, de 18 de Junho de 1992 (JO L 209, p. 1).

3 — V. primeiro e quarto considerandos da directiva.

4 — Artigo 1.°, alínea b), da directiva.

5 — Artigo 7.° da directiva.

6 — Título IV da directiva.

República Federal da Alemanha declarou que já tinha retomado a nova definição das «entidades adjudicantes» no § 57 da Haushaltsgrundsätzegesetz e que tinha, na pendência de uma transposição total, dirigido, em 22 de Junho de 1994, a todas as entidades adjudicantes, uma comunicação escrita destinada à observância dos termos da directiva, já que esta era directamente aplicável desde 14 de Junho de 1994.

4. Em 16 de Janeiro de 1996, a Comissão dirigiu à República Federal da Alemanha um parecer fundamentado, afirmando que ainda não tinha recebido qualquer informação, nos termos do artigo 34.°, quanto à transposição da directiva, e fixando a este Estado-Membro um prazo de dois meses para tomar as medidas necessárias. Na sua resposta de 10 de Abril de 1996, a República Federal da Alemanha declarou que, na medida em que a directiva constituía uma reformulação do texto alterado da directiva de 1976, já tinha sido transposta pela segunda lei de alteração da Haushaltsgrundsätzegesetz, de 26 de Novembro de 1993 [7], pelo Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (a seguir «VgV»), de 22 de Fevereiro de 1994 [8], e pelo VOL/A, de 3 de Agosto de 1993 [9]. Estava em estudo a transposição das inovações constantes da directiva. Tinha sido enviado à Comissão um projecto de alteração do VOL/A e do VgV, em 29 de Setembro de 1994, mas era ainda necessária a aprovação do Governo federal e do Bundesrat. A República Federal da Alemanha explicou este atraso imprevisto com a estrutura federal do Estado.

II — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

5. Não tendo recebido qualquer outra informação relativa à transposição da directiva, a Comissão intentou, em 15 de Outubro de 1996, uma acção no Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 169.° do Tratado, pedindo-lhe que declarasse que, ao não adoptar as disposições necessárias para dar cumprimento à directiva ou ao não informar a Comissão desse facto, a República Federal da Alemanha não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, e que condenasse a República Federal da Alemanha nas despesas. Nos termos do artigo 44.°-A do seu Regulamento de Processo, o Tribunal, com o acordo expresso das partes, decidiu que não haveria audiência.

III — Análise

6. É incontestável que a República Federal da Alemanha não adoptou e, deste modo, não comunicou à Comissão todas as disposições necessárias para dar pleno cumprimento à directiva no prazo fixado. Em especial, os

7 — BGBl. I, p. 1928.
8 — BGBl. I, p. 321.
9 — *Bundesanzeiger* n.° 175a, de 17 de Setembro de 1993.

aspectos da directiva que vão além de uma simples codificação não foram transpostos para direito alemão, com excepção, segundo parece, da nova definição das entidades adjudicantes. Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o incumprimento, por um Estado-Membro, das suas obrigações, incluindo as relativas à transposição de directivas, não pode ser justificado por obstáculos resultantes da ordem constitucional interna deste Estado. Além disso, o facto de uma directiva ser susceptível de produzir efeito directo na ausência de medidas de transposição não dispensa um Estado-Membro da sua obrigação de adoptar tais disposições. O efeito directo, quando ocorre, é simplesmente uma consequência do incumprimento dos Estados-Membros a este respeito, não garantindo a plena transposição da directiva e, em conformidade com o princípio da segurança jurídica, através de disposições nacionais obrigatórias.

IV — Conclusão

7. À luz do que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1) declare que, ao não adoptar e ao não comunicar à Comissão, no prazo fixado, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar pleno cumprimento à Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta directiva e do Tratado que institui a Comunidade Europeia;

2) condene a República Federal da Alemanha nas despesas.