CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 16 de Fevereiro de 1995 *

A — Introdução

1. Em 11 de Julho de 1991, o Ministério da Indústria, da Energia e da Tecnologia helénico celebrou um acordo com seis produtores gregos de gaze. Esse «acordo-quadro» previa que os hospitais referidos no seu anexo A deviam comprar certos tipos de gaze exclusivamente a esses produtores. Ao mesmo tempo, os seis produtores comprometeram-se a fabricar essa mercadoria e a entregá-la a esses hospitais (artigo 1.° do acordo-quadro). Na hipótese de, no futuro, serem criados novos hospitais ou novos estabelecimentos abrangidos pelas disposições do acordo-quadro, estava previsto que, relativamente à mercadoria em causa, esses hospitais e esses estabelecimentos seriam igualmente obrigados a abastecer-se exclusivamente junto dos referidos produtores para fazer face às suas necessidades (artigo 8.° do acordo-quadro).

2. O período de validade do acordo-quadro era de três anos, a contar da sua entrada em vigor. A entrada em vigor do acordo dependia da autorização do ministro da Indústria, da Energia e da Tecnologia helénico, autorização que foi dada pelo despacho ministerial de 19 de Julho de 1991. O acordo-quadro previa, por outro lado, a possibilidade de uma prorrogação de um ou de dois anos (artigo 14.° do acordo-quadro).

3. Por carta de 9 de Setembro de 1991, a Comissão convidou o Governo helénico a pronunciar-se sobre a compatibilidade desse modo de proceder com as disposições da Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público (a seguir «directiva») [1].

4. Como essa carta não obteve resposta, a Comissão deu início ao processo previsto no artigo 169.° do Tratado CE, e, por carta de 14 de Novembro de 1991, deu oportunidade ao Governo helénico de apresentar as suas observações. Nessa carta, a Comissão referiu que, em seu entender, a directiva é aplicável ao acordo-quadro celebrado pelo Governo helénico e que, consequentemente, esse acordo, nos termos do artigo 9.° da directiva, deveria ter sido publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Não foi contestada a falta de uma publicação desse tipo.

* Língua original: alemão.

1 — JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29.

5. O Governo helénico contestou estas acusações. Foi por essa razão que a Comissão, em 21 de Setembro de 1992, emitiu um parecer fundamentado em que confirmou as acusações formuladas anteriormente e examinou os argumentos do Governo helénico.

6. Seguidamente, o Governo helénico, por carta de 10 de Dezembro de 1992, admitiu que a análise da Comissão quanto à aplicabilidade da directiva era correcta. No entanto, alegou que o acordo em causa não tinha efeitos negativos sobre a concorrência na Comunidade e que, além disso, a revogação unilateral desse acordo deparava com grandes dificuldades, nomeadamente, porque o Estado helénico se expunha, eventualmente, a pedidos de indemnização por parte dos produtores abrangidos. Aliás, as autoridades helénicas tinham já seguido as recomendações da Comissão. Assim, tinham suprimido o artigo do acordo-quadro que impunha a utilização exclusiva de matérias-primas gregas para a produção de gaze. Além disso, era considerada a hipótese de não utilizar a possibilidade de prorrogar o período de validade do acordo-quadro para além do período de três anos.

7. Depois de a Comissão ter comunicado que, em sua opinião, a infracção imputada não tinha sido suprimida devido a essas medidas, o Governo helénico enviou-lhe uma nova carta em 13 de Fevereiro de 1993. Nessa carta, o Governo helénico descreveu novamente as medidas já invocadas na sua carta de 10 de Dezembro de 1992, que tinha adoptado ou que se propunha adoptar. Além disso, o Governo helénico assinalou que tinha declarado às partes no acordo-quadro que considerava a possibilidade de denunciar unilateralmente o acordo antes do termo do seu período contratual inicial. Comunicou igualmente a sua intenção de abrir um concurso para o fornecimento de gaze antes do fim do ano de 1993, o qual respeitaria todos os procedimentos previstos pelas disposições comunitárias.

8. Como o Governo helénico não deu seguimento concreto às medidas anunciadas, a Comissão intentou, finalmente, uma acção no Tribunal de Justiça com fundamento no artigo 169.° do Tratado. A demandante conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) declarar que, ao celebrar um acordo-quadro para o fornecimento exclusivo de gaze para uso dos hospitais e do exército por seis empresas têxteis gregas e ao não publicar o aviso correspondente no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 77/62/CEE;

2) condenar a República Helénica nas despesas.

9. A República Helénica sustenta que a acção da Comissão é inadmissível, contestando ao mesmo tempo a sua fundamentação quanto ao mérito. Consequentemente, a demandada conclui pedindo que a acção seja julgada improcedente e que a Comissão seja condenada nas despesas.

B — Análise

Quanto à admissibilidade

10. Para a demandada, a acção é inadmissível sob dois aspectos. Por um lado, refere que, já na sua resposta ao parecer fundamentado da Comissão, aceitou a acusação relativa ao incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CE. Invoca igualmente o facto de que, nessa carta, também declarou que o acordo-quadro não seria prorrogado para além do período de três anos inicialmente previsto e que, no futuro, as disposições comunitárias seriam respeitadas. Na opinião da demandada, a Comissão intentou abusivamente a acção, violando a obrigação relativa à igualdade de tratamento dos Estados-Membros. A República Helénica refere-se, desta forma, ao modo como a Comissão procedeu no âmbito de uma acção por incumprimento contra a República Italiana [2]. Precisa que, nesse caso concreto, a Comissão tinha considerado suficiente um compromisso escrito, segundo o qual, de futuro, as disposições comunitárias seriam respeitadas.

A demandada considera, por outro lado, que a petição é inadmissível porque a Comissão só interveio na fase da execução do acordo em causa. Refere que, nos termos do artigo 3.°, n.° 1, 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 fornecimentos [3], a Comissão deve agir antes da celebração do contrato em causa, se considerar que há violação das disposições comunitárias em matéria de celebração de contratos de direito público.

11. Este último argumento aduzido pelo Governo helénico deve ser afastado sem análise mais aprofundada. Se a Comissão não proceder com a diligência que legitimamente se espera nas circunstâncias do caso em apreço contra a violação das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos, isso pode ter importância quando se trate de decidir um pedido de medidas provisórias apresentado pela Comissão no âmbito de uma acção por incumprimento [4]. No entanto, isso não altera em nada a admissibilidade de uma acção por incumprimento enquanto tal. Por outro lado, a Comissão

2 — Acórdão de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colect., p. 1039).

3 — JO L 395, p. 33.

4 — V., por exemplo, o despacho do Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 1994, Comissão/Bélgica (C-87/94 R, Colect., p. I-1395, n.° 42).

sublinhou com razão que, já em 9 de Setembro de 1991 — quer dizer, menos de dois meses depois da entrada em vigor do acordo-quadro —, tinha informado o Governo helénico do seu ponto de vista.

12. O artigo 3.°, n.° 1, da Directiva 89/665 destinava-se a permitir à Comissão intervir junto dos Estados-Membros «antes da celebração de um contrato», quando considerasse que tinha sido cometida uma violação clara e manifesta das disposições comunitárias em matéria de contratos de direito público. Trata-se, assim, de uma competência para a adopção de medidas preventivas. Como a Comissão refere com razão, isto não podia modificar as competências da Comissão nos termos do artigo 169.° do Tratado. O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em 24 de Janeiro de 1995, num processo por incumprimento intentado pela Comissão contra o Reino dos Países Baixos [5], confirma-o. O Tribunal declarou aí: «Este processo especial da Directiva 98/665 constitui no entanto uma medida preventiva que não pode derrogar nem substituir as competências da Comissão nos termos do artigo 169.° do Tratado» [6].

13. De qualquer forma, no caso em apreço, esta questão não tem qualquer relevância. Se a Comissão tem de agir «antes da celebração de um contrato», isso pressupõe que tinha conhecimento desse contrato antes da sua celebração. A demandada, no entanto, não pretendeu (e, *a fortiori*, não demonstrou) que a Comissão já tinha conhecimento do acordo-quadro antes de 19 de Julho de 1991.

14. O primeiro argumento aduzido pela demandada para demonstrar a inadmissibilidade da acção é também pouco convincente. A República Helénica afirma que reconheceu e pôs termo à infracção que lhe era imputada pela Comissão. Esse argumento é já surpreendente pela simples razão de que, no presente processo, a demandada contesta igualmente os fundamentos da acção intentada pela Comissão — quer dizer, nega precisamente a existência de uma violação do Tratado. No entanto, o argumento do Governo helénico é igualmente desprovido de fundamento se não atendermos a essa contradição. Com efeito, esse argumento assenta essencialmente no facto de que a demandada se comprometeu por escrito perante a Comissão a dar cumprimento, no futuro (quer dizer, depois do termo do acordo-quadro), às disposições comunitárias aplicáveis na matéria. Noutros termos, isso significa que o Governo helénico considera que, ao prometer não cometer outras infracções, pôs termo à infracção que lhe é imputada.

15. Não se pode duvidar seriamente da necessidade de rejeitar esta análise. Caso contrário, dar-se-ia aos Estados-Membros um meio tão simples quanto fácil para se protegerem contra uma acção por incumprimento nos termos do artigo 169.° do Tratado. Aliás, o presente processo é a ilustração perfeita disso. Como foi anteriormente referido, o acordo-quadro em causa tinha sido celebrado em Julho de 1991 para um período de três anos. Na sua carta de 10 de Dezembro de 1992 — quer dizer, numa altura em que o período de validade do acordo não tinha mesmo chegado a meio —, o Governo helénico informou a Comissão de que se propunha não prorrogar o acordo-quadro. Na sua

5 — C-359/93, Colect. 1995, p. I-157.
6 — Já referido (nota 5), n.° 13.

carta de 13 de Fevereiro de 1993, o Governo helénico comunicou que considerava a hipótese de denunciar o acordo-quadro antes do seu termo. No entanto, não agiu nesse sentido, como o confirma a contestação. O Governo helénico também não apresentou elementos de onde se possa deduzir que lhe era impossível pôr prematuramente termo ao acordo-quadro. A indicação geral e não quantificada, relativa a eventuais pedidos de indemnização por parte dos produtores envolvidos, a que eventualmente se expunha o Governo helénico, não é suficiente. A simples promessa de respeitar, no futuro, as disposições comunitárias não era susceptível de suprimir a infracção.

16. Contrariamente à opinião do Governo helénico, não se pode deduzir outra coisa da acção por incumprimento intentada pela Comissão contra a República Italiana e que foi objecto do acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Março de 1987 [7]. Nesse processo, tratava-se da construção de uma instalação de reciclagem de detritos sólidos pela cidade de Milão, em que as disposições da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9), não tinham sido respeitadas. No parecer fundamentado que tinha emitido nesse processo, a Comissão acusava a República Italiana dessa violação e convidava-a a tomar as «medidas necessárias». Nesse parecer fundamentado, também tinha precisado que, por medida necessária, se devia entender essencialmente um compromisso escrito da cidade de Milão de respeitar, no futuro, todas as disposições da Directiva 71/305.

7 — Já referido (nota 2).

17. No entanto, a República Helénica não tem razão ao invocar o modo de proceder da Comissão no referido processo, e isso, pelo menos, sob dois aspectos. Há que referir, por um lado, que, nesse processo, a Comissão tinha intentado uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça, *apesar* do compromisso escrito do presidente do município de Milão no sentido referido, e que o Tribunal deu provimento à acção. Assinale-se que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça, no âmbito da análise da admissibilidade, declarou que as autoridades italianas não tinham tomado qualquer «medida prática» para dar cumprimento ao compromisso em questão [8]. Por outro lado, há que sublinhar que, nesse processo, a situação inicial era completamente diferente da que está em causa no caso em apreço. No referido processo, a Comissão, quando emitiu o seu parecer fundamentado, baseava-se no facto de os trabalhos de construção em questão estarem praticamente terminados e de os contratos celebrados não poderem, portanto, ser suspensos nem anulados [9]. Se se considerar a situação sob esse aspecto, compreende-se por que razão, nesse processo, a Comissão estava disposta a contentar-se com uma declaração de compromisso válida para o futuro. No entanto, no presente processo, o Governo helénico tinha perfeitamente a possibilidade — pelo menos no respeitante ao período de validade residual do acordo-quadro — de pôr termo à infracção quando recebeu o parecer fundamentado da Comissão, dado que, nessa altura, os efeitos do acordo-quadro estavam longe de estar esgotados.

18. Na contestação, o Governo helénico também invocou o facto de, após as acusações da Comissão, ter sido revogada uma das

8 — Já referido (nota 2), n.º 8.

9 — V., sobre este ponto, as minhas conclusões apresentadas no processo 199/85 (acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 2, pp. 1047, 1049, n.º 8).

disposições do acordo-quadro. Como referimos anteriormente, trata-se de um artigo nos termos do qual só podiam ser utilizadas matérias-primas gregas na produção de gaze. Não há dúvida de que a revogação desse artigo constitui um passo na boa direcção. No entanto, essa alteração não é suficiente para suprimir a infracção imputada pela Comissão, dado que não atinge o elemento essencial do acordo-quadro — isto é, a obrigação de os hospitais e outros estabelecimentos abrangidos se abastecerem unicamente junto dos seis produtores gregos referidos no acordo.

19. Apenas com a preocupação de ser exaustivo, saliente-se que o facto de, no parecer fundamentado da Comissão (bem como na petição), se referir a obrigação de abastecimento exclusivo que incumbe aos «hospitais e ao exército», ao passo que, na carta de notificação de incumprimento de 14 de Novembro de 1991, apenas estavam em causa os «hospitais», não tem qualquer relevância quanto à admissibilidade. Como o agente do Governo helénico precisou no decurso da audiência no Tribunal de Justiça, a obrigação de abastecimento exclusivo visava, desde o início, também os hospitais do exército. A formulação adoptada pela Comissão na carta de notificação de incumprimento corresponde, consequentemente, do ponto de vista do conteúdo, à petição. Em minha opinião, isso é suficiente [10]. Aliás, o Governo helénico não fez censuras a esse respeito.

10 — V. também o acórdão de 28 de Março de 1985, Comissão/Itália (274/83, Colect., p. 1077), nos termos do qual não se podem colocar, relativamente a essa notificação, «exigências... tão estritas» como as aplicáveis ao parecer fundamentado (já referido, n.º 21).

Quanto ao mérito

20. A directiva foi alterada várias vezes ao longo do tempo [11], para, finalmente, ser consolidada pela Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento [12]. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a existência de incumprimento deve ser apreciada em função da situação que se verifique no termo do prazo fixado no parecer fundamentado [13]. Por conseguinte, no caso em apreço, devemos colocar-nos na situação de facto e de direito que se verificava no final do ano de 1992. O texto das disposições aplicáveis a esse período, e que, por conseguinte, há que examinar no vertente caso, é o da Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988 [14]. Na sua petição, a Comissão baseou-se nessas disposições tais como resultam da primeira versão da directiva. Como as modificações ocorridas desde então não fizeram, quanto ao fundo, qualquer modificação significativa em relação ao presente processo, isso não tem qualquer incidência negativa. Em seguida, vou basear-me nas disposições que eram aplicáveis no final de 1992.

11 — Em último lugar, pela 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).

12 — JO L 199, p. 1.

13 — Acórdão de 27 de Novembro de 1990, Comissão/Grécia (C-200/88, Colect., p. I-4299, n.º 13).

14 — Directiva que altera a Directiva 77/62/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público e revoga determinadas disposições da Directiva 80/767/CEE (JO L 127, p. 1). As modificações ulteriores da Directiva 77/62 feitas pela Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1), não têm qualquer relevância no presente caso.

21. Nos termos do artigo 9.°, n.° 2, da directiva, as entidades adjudicantes que pretendam celebrar um contrato de fornecimento de direito público são obrigadas a dar a conhecer a sua intenção através de um anúncio. No entanto, como decorre do artigo 5.°, n.° 1, alínea a), primeiro travessão, essa obrigação só se aplica — exceptuados os contratos de fornecimento referidos no artigo 5.°, n.° 1, alínea a), segundo travessão, contratos que não entram em linha de conta no presente processo — aos contratos de fornecimento de direito público celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no artigo 1.°, alínea b), da directiva, cujo montante estimado seja igual ou superior a 200 000 ecus. Nos termos do artigo 1.°, alínea a), da directiva, os «contratos de fornecimento de direito público» são contratos celebrados «a título oneroso... por escrito e que tenham por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a venda a prazo, com ou sem opção de compra, de produtos» entre um fornecedor, por um lado, e uma das entidades adjudicantes definidas no artigo 1.°, alínea b), por outro.

22. A Comissão argumenta que tanto o Ministério da Indústria, da Energia e da Tecnologia helénico como os hospitais e os outros estabelecimentos referidos pelo acordo em causa devem ser considerados «entidades adjudicantes» na acepção da directiva. Esta análise parece-me pertinente e, aliás, não foi contestada pelo Governo helénico. No entanto, este último afirmou que o acordo-quadro não releva das disposições da directiva, porque só constitui «uma estrutura» no âmbito da qual foram celebrados numerosos contratos de fornecimento cujo valor respectivo não excede o limiar dos 200 000 ecus.

23. Deste modo, o Governo helénico é de opinião que os contratos de fornecimento celebrados pelos hospitais e pelos outros estabelecimentos em questão devem ser considerados de modo individual. Como nenhum desses contratos atingiu o valor de 200 000 ecus, a directiva não seria aplicável. É possível que esta análise contenha um argumento suplementar, quer dizer, a questão de saber, relativamente ao acordo-quadro em questão, se se trata efectivamente de um «contrato de fornecimento» na acepção da directiva. As observações apresentadas pelo seu agente no decurso da fase oral do processo no Tribunal de Justiça não permitiram determinar com certeza se o Governo helénico se opõe à acção da Comissão igualmente quanto a este aspecto. É por esta razão que tratarei também, a título de precaução e de forma breve, esta questão.

24. O primeiro argumento não me parece convincente. Ao celebrar o acordo-quadro, o próprio Governo helénico (ou o ministério competente) juntou os diferentes contratos de fornecimento numa unidade. Nesse caso, é lógico, para determinar o valor do contrato, basearmo-nos na totalidade dos fornecimentos e não nos diferentes fornecimentos considerados individualmente. Esta análise é confirmada pelo argumento da Comissão, segundo o qual, em caso contrário, se criaria a possibilidade de contornar as disposições da directiva. Não é contestado que o valor determinado com fundamento na totalidade dos contratos de fornecimento abrangidos pelo acordo-quadro excede o limiar dos 200 000 ecus.

25. No entanto, poderia ser mais importante saber se o acordo-quadro constitui um

«contrato de fornecimento» na acepção da directiva. Com efeito, também é necessário, com vista a preencher o quadro criado pelo acordo, que os contratos de fornecimento sejam efectivamente celebrados pelos hospitais e os outros estabelecimentos em questão. Por outro lado, o «pagamento» só é exigível com fundamento nesses diferentes contratos de fornecimento. Todavia, estas considerações são principalmente de natureza teórica. Todos os elementos essenciais do contrato — tais como, nomeadamente, o compromisso de abastecimento exclusivo e a determinação do preço a pagar — estão já fixados no acordo-quadro, de modo que os diferentes contratos de fornecimento não podem fixar mais nada senão a quantidade a entregar. Nessas condições, dificilmente se pode duvidar, de acordo com a análise que se impõe no caso em apreço devido ao objectivo das disposições da directiva, que esse acordo-quadro deve também ser considerado um contrato de fornecimento na acepção da directiva [15]. É um facto que, se não se adoptar esta análise, teria de se negar provimento à presente acção (por não haver violação da directiva). Nesse caso, no entanto, não havia qualquer dúvida de que o acordo-quadro devia ser qualificado como medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação, nos termos do artigo 30.° do Tratado CE, dado que impede os proponentes originários dos outros Estados-Membros de fornecer certos clientes na Grécia.

26. O Governo helénico, por outro lado, alegou que não procedeu à publicação do anúncio previsto no artigo 9.° da directiva porque, até à presente data, nenhum proponente originário de outro Estado-Membro manifestou interesse na celebração desse tipo de contratos de fornecimento. Daí deduz que a publicação teria sido uma formalidade inútil. Há que contestar esta análise de modo categórico. É evidente que a situação de facto invocada pelo Governo helénico pode precisamente ter a sua origem na falta de informação dos proponentes originários dos outros Estados-Membros.

27. Por último, o Governo helénico afirmou que, no caso em apreço, não era necessário proceder a uma publicação devido a uma derrogação prevista no artigo 6.° da directiva [16]. Essa disposição refere os casos em que «se trate de produtos cujo fabrico ou entrega, devido à sua especificidade técnica, ou artística, ou por razões relativas à protecção de direitos exclusivos, apenas possam ser confiados a um fornecedor determinado». No decurso da fase oral do processo no Tribunal de Justiça, o agente do Governo helénico não estava em situação de explicar de que modo essa disposição podia ser aplicável ao presente caso, que é respeitante ao fornecimento de gaze. Como o Tribunal de Justiça recentemente confirmou (e, precisamente, relativamente a essa disposição da directiva), o ónus da prova incumbe a quem pretender invocar essa derrogação [17]. Foi em vão que, no decurso da fase oral do processo, o Governo helénico afirmou que a gaze em questão, de

15 — V., a este respeito, também, o parecer nesse sentido emitido pela Comissão no seu *vade-mécum* sobre os contratos de direito público na Comunidade (JO 1987, C 358, p. 1, p. 16).

16 — O Governo helénico refere-se ao artigo 6.°, n.° 1, alínea b), da directiva. Na versão da directiva aplicável no caso em apreço, essa disposição encontra-se no artigo 6.°, n.° 4, alínea c).

17 — Acórdão de 3 de Maio de 1994, Comissão/Espanha (C-328/92, Colect., p. I-1569, n.° 16).

qualquer modo, só poderia ser fornecida pelos seis produtores gregos — sem contar o facto de que o agente do Governo helénico, instado nesse sentido por parte do Tribunal de Justiça, não estava em condições de apresentar as provas das suas alegações —, dado que a directiva não prevê qualquer derrogação a esse respeito.

C — Conclusão

28. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que julgue procedente a acção da Comissão e condene a República Helénica nas despesas.