CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CLAUS GULMANN

apresentadas em 18 de Novembro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. A Comissão propôs a presente acção com o objectivo de obter a declaração de que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 71/305/CEE do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [1]. A infracção consiste no facto de a Itália «aceitar, sem intervir para evitar imediatamente os efeitos jurídicos contrários ao direito comunitário», que a administração provincial de Ascoli Piceno contratasse por ajuste directo e sem publicação de anúncio de concurso, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, a empreitada de construção de um troço de via rápida.

2. O referido troço fazia parte da via rápida «Ascoli-Mare», ligando a cidade de Ascoli Piceno, capital da província do mesmo nome e situada no interior a cerca de 25 km do Mar Adriático, à auto-estrada A 14 e à estrada nacional n.° 16, que acompanha o litoral, e ainda à cidade costeira de San Benedetto del Tronto.

Os primeiros troços da via rápida, ou seja, os lanços I-III e a primeira parte do lanço IV, foram adjudicados por concurso limitado e concluídos no início dos anos 70. No que se refere ao lanço IV, os trabalhos foram confiados à empresa Rozzi Costantino. O lanço IV, que incluía designadamente as ligações à auto-estrada A 14 e à estrada nacional n.° 16, foi aumentado em extensão nos anos seguintes através de estudos ditos suplementares, que, entre outros aspectos, implicavam um prolongamento do traçado original da via rápida.

3. O presente processo incide sobre os décimo primeiro e décimo segundo estudos suplementares, que, na sua última fase, foram considerados como um projecto único. O projecto previa um prolongamento da via rápida. A sua finalidade era suprimir as barreiras físicas criadas pela estrada nacional n.° 16 e pela linha de caminho de ferro Bolonha-Lecce, permitindo assim uma ligação fácil entre o porto de San Benedetto del Tronto, por um lado, e os grandes eixos de comunicação e a zona industrial de Ascoli Piceno, por outro. A obra incluía, designadamente, a construção de um viaduto sobre a linha ferroviária Bolonha-Lecce. O troço em questão, com alguns quilómetros, devia ligar o troço de auto-estrada incluído no décimo estudo suplementar a uma estrada que era construída ao mesmo tempo pela comuna de Ascoli Piceno em direcção a San Benedetto.

* Língua original: dinamarquês.

1 — Directiva de 26 de Julho de 1971, JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9.

4. É facto assente nos autos que a execução dos dez primeiros estudos suplementares do lanço IV foi confiada à mesma empresa que tinha executado o lanço IV inicial, ou seja, a empresa Rozzi Costantino.

Os décimo primeiro e décimo segundo estudos tinham sido aprovados pela Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, que transferiu a responsabilidade pela execução do projecto para a administração provincial de Ascoli Piceno. Esta, sem ter publicado anúncios de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* confiou os trabalhos mediante ajuste directo, em 21 de Maio de 1990, à empresa Rozzi Costantino, por um preço de cerca de 36 mil milhões de liras italianas.

Além disso, o Governo italiano esclareceu que a construção do prolongamento, em direcção a San Benedetto, do troço de estrada em questão no presente processo, cujo dono da obra era não a administração provincial, mas, como indicou, a comuna de Ascoli Piceno, também tinha sido confiada à empresa Rozzi Costantino.

5. A Comissão, tendo-lhe sido chamada a atenção para as condições que envolviam a construção da via rápida «Ascoli-Mare», decidiu iniciar o processo previsto no artigo 169.° do Tratado CEE contra a Itália, limitando o seu objecto aos décimo primeiro e décimo segundo estudos suplementares. A Comissão enviou ao Governo italiano uma notificação de incumprimento em 17 de Janeiro de 1991.

6. Está assente nos autos que o projecto em causa é abrangido pela Directiva 71/305.

As partes também estão de acordo em que a forma escolhida para a celebração do contrato de empreitada implica objectivamente uma violação da directiva, a menos que seja de aplicar a norma especial derrogatória contida no artigo 9.°, alínea b), da directiva, isto é, que o projecto seja referente a «obras cuja execução, por motivos técnicos... só possam ser confiadas a um determinado empreiteiro».

7. Seria relativamente simples tomar posição no processo se a única questão controvertida fosse a de saber se estão ou não preenchidas as condições do artigo 9.°, alínea b).

Porém, o Governo italiano alega que a Comissão formulou o seu pedido de forma tal que a República Italiana não deveria ser condenada pela conduta, contrária à directiva, seguida pela administração provincial, mas por não ter intervindo para evitar a referida conduta e, portanto, ter faltado ao seu dever de vigilância.

O Governo italiano contesta que tenha faltado ao seu dever de vigilância em relação à administração provincial e pede, a título principal, que, nesta base, a acção seja julgada improcedente. Só a título subsidiário alega que estavam preenchidas as condições do artigo 9.°, alínea b).

8. Deve observar-se, antes de mais, que a formulação do pedido da Comissão deu origem, no caso presente, a determinados problemas processuais.

O Governo italiano, na contestação, concentrou-se em tentar demonstrar que não tinha faltado à sua obrigação de vigilância. É certo que alegou que o incumprimento das obrigações da directiva pode basear-se no artigo 9.°, alínea b), mas a análise que fez desta disposição mostra que pretendeu servir-se da mesma principalmente para demonstrar que no caso em apreço está longe de ser manifesto que a directiva tenha sido violada. O governo não apresentou uma argumentação detalhada sobre a questão de saber se estavam preenchidas as condições do artigo 9.°, alínea b).

Na réplica, a Comissão concentrou-se, por um lado, em salientar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os Estados-membros podem ser condenados, numa base objectiva, por uma conduta das autoridades nacionais, regionais ou locais, contrária à directiva, e, por outro lado, em demonstrar que a República Italiana não só aceitou a conduta da administração provincial, contrária à directiva, como também se absteve de intervir posteriormente para eliminar os efeitos jurídicos ilegais desta conduta.

Só na tréplica é que o Governo italiano apresentou uma argumentação de fundo relativamente à questão de saber se estavam preenchidas as condições do artigo 9.°, alínea b), juntando para tal, designadamente, planos das obras.

9. A Comissão pediu ao Tribunal de Justiça autorização para comentar, num novo articulado, os planos das obras juntos aos autos. Tal autorização foi concedida e a Comissão apresentou observações escritas, a que juntou o parecer de um perito, contestando que estivessem preenchidas as condições do artigo 9.°, alínea b).

Além disso, a Comissão alegou, nas suas novas observações, que os planos das obras apresentados pela demandada deviam ser considerados fundamentos novos, cuja dedução é proibida pelo artigo 42.° do Regulamento de Processo.

10. Na minha opinião, o Tribunal não deve abster-se, com base no artigo 42.° do Regulamento de Processo, de tomar em consideração os argumentos e informações apresentados pelo Governo italiano, na tréplica, relativos à aplicação do artigo 9.°, alínea b).

O artigo 9.°, alínea b), foi invocado pelo governo tanto na sua resposta ao memorando da Comissão, no processo administrativo, como na contestação.

É certo que, em princípio, é grave que uma argumentação de mérito respeitante à questão da aplicabilidade do artigo 9.°, alínea b), só seja apresentada na tréplica, mas a razão deste facto está, pelo menos parcialmente, no conteúdo do pedido da Comissão. Além disso, a Comissão teve inteira possibilidade de apresentar os seus pontos de vista relativamente aos novos argumentos e informações contidos na tréplica, de forma que, na prática, não foram lesados os direitos da Comissão em matéria processual.

11. Considero oportuno analisar a seguir, em primeiro lugar, a questão de saber se a administração provincial podia, com base no artigo 9.°, alínea b), não fazer o concurso para adjudicação da empreitada e a publicação do anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias.*

A condição essencial para que a República Italiana possa ser condenada é que a administração provincial tenha agido em violação da directiva.

12. A questão reside em saber se a construção do troço em causa e, em particular, do viaduto sobre a linha de caminho de ferro, eram de considerar«obras cuja execução, por motivos técnicos... só possam ser confiadas a um determinado empreiteiro», ou seja, no caso presente, o empreiteiro encarregado da construção do troço de auto-estrada que, segundo o projecto controvertido, devia ser prolongado (o troço objecto do décimo estudo suplementar).

13. O Governo italiano alegou a esse propósito que resulta dos planos das obras apresentados que tais «motivos técnicos» existiam no caso presente, uma vez que era impossível

— terminar as obras objecto do décimo estudo suplementar antes da realização de determinadas estruturas incluídas no projecto contestado,

— ter dois estaleiros distintos a funcionar ao mesmo tempo, em virtude da exiguidade de espaço no local e

— efectuar separadamente as obras em curso e as obras controvertidas, em virtude da íntima conexão das estruturas ao nível das fundações.

14. A Comissão contesta que estas circunstâncias possam constituir em si motivos técnicos que justifiquem a atribuição exclusiva das obras ao empreiteiro encarregado da construção objecto do décimo estudo suplementar.

15. Resulta do parecer técnico, que a Comissão obteve de um perito — um engenheiro francês —, que, com base nas considerações apresentadas pelo governo, se verificava sem dúvida a necessidade de uma coordenação, no tempo e no espaço, das obras controvertidas com as que estavam em curso, mas esta coordenação também devia existir mesmo estando todas as obras confiadas a uma única empresa, pelo que não se pode considerar existirem «motivos técnicos» que justifiquem a escolha efectuada no caso concreto pela autoridade administrativa italiana.

16. Não me parece que o Governo italiano se tenha desonerado do ónus da prova que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [2], incumbe a quem pretende invocar uma disposição derrogatória.

A argumentação do governo foi desenvolvida num plano relativamente abstracto. Não se mostra provada de forma convincente —

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

mesmo após a apresentação dos planos das obras — a existência das pretensas graves dificuldades que derivariam da atribuição das obras referentes ao troço controvertido a um empreiteiro diverso do que estava encarregado dos trabalhos de construção do troço objecto do décimo estudo complementar. É dificilmente crível que existam tais dificuldades, se se tomar em consideração o que vem expresso no parecer técnico junto pela Comissão.

A meu ver, não se pode abstrair do facto de o próprio Governo italiano, na contestação, ter manifestado algumas dúvidas sobre se se mostravam preenchidas as condições de aplicação do artigo 9.°, alínea b).

17. A minha opinião é a de que a administração provincial de Ascoli Piceno, como a Comissão alega, agiu em violação da Directiva 71/305.

18. A questão é, contudo, saber se a República Italiana pode ser condenada pela sua conduta, tendo em conta que o que lhe é censurado, nos termos do pedido, é o facto de ter agido em violação da directiva, «ao aceitar» a conduta da administração provincial, contrária à directiva, «sem intervir para evitar imediatamente os efeitos jurídicos contrários ao direito comunitário».

19. Não se me apresenta muito claro por que razão a Comissão redigiu o seu pedido desta forma. A formulação é tanto mais surpreendente pelo facto de, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um Estado-membro poder ser condenado, numa base objectiva, pela violação da directiva, independentemente de ser estatal, regional ou local o órgão que não respeitou as normas da directiva [3].

20. O Tribunal de Justiça pode naturalmente analisar se será oportuno declarar a existência de uma obrigação geral de cada Estado-membro, enquanto tal, de exercer vigilância em todos os casos, para que as autoridades estatais, regionais e locais respeitem a directiva nas suas empreitadas de obras públicas, considerando-se existir incumprimento sempre que objectivamente se verifique uma omissão da vigilância, por tal constituir uma conduta contrária à directiva.

Isso implicaria todavia uma posição jurídica correspondente àquela em que a Comissão limita o seu pedido à declaração de que o Estado não cumpriu as suas obrigações comunitárias pelo facto de um dos seus órgãos ter agido em violação da directiva.

Assim, deixa de ter importância que a Comissão tenha formulado o seu pedido de uma ou de outra maneira.

3 — V., nomeadamente, acórdão de 5 de Maio de 1970, Comissão/Bélgica (77/69, Recueil, p. 237), assim como o acórdão mencionado na nota anterior, no qual foi declarado que a República Italiana era responsável pela violação da Directiva 71/305 por uma autarquia local.

21. Abstraindo do facto de o pedido dever evidentemente ser entendido de acordo com os termos em que é redigido, os problemas processuais que surgiram no caso em apreço mostram que é importante que o Tribunal de Justiça estabeleça certas exigências quanto ao grau de precisão dos pedidos da Comissão.

22. Por estas razões, e considerando as alegações escritas e orais apresentadas, parece-me que o pedido deve necessariamente ser entendido no sentido de que a República Italiana deverá, se for caso disso, ser condenada não pelo facto de a administração provincial ter agido em violação da directiva, mas pelo facto de esta violação ter sido aceite pela República Italiana e de esta não ter intervindo para corrigir a situação.

Não foi discutida nos autos a questão de saber quais as autoridades que eventualmente permitiram a conduta da administração provincial e se abstiveram de intervir. Não existe razão para discutir posteriormente tal questão. O pedido da Comissão pressupõe necessariamente que existam autoridades a quem incumbe tal obrigação de vigilância e que no caso presente deverão ser naturalmente as autoridades estatais.

23. Desta forma, um acórdão condenatório pressupõe que se considere assente a existência de autoridades estatais que aceitaram a conduta da administração provincial e se abstiveram de intervir contra essa conduta.

A Comissão deve demonstrar que tal se verificou no caso em apreço.

Como foi dito, o Governo italiano contesta que as autoridades estatais tenham aceitado esta conduta e que tenham tido, na prática, a possibilidade de agir contra a mesma. O governo remete para o facto de só ter tido conhecimento dessa conduta, através da Comissão, em Janeiro de 1991, isto é, oito meses depois de a empreitada ter sido confiada ao empreiteiro em questão, e de, nos termos da legislação italiana, não ter qualquer possibilidade de intervir de forma eficaz.

24. Por estas razões, considero dever propor ao Tribunal de Justiça que julgue a acção improcedente.

A Comissão não demonstrou que o Governo italiano ou quaisquer autoridades estatais tenham de forma expressa ou tácita aceitado a conduta da administração provincial e a Comissão também não demonstrou suficientemente que o Governo italiano ou quaisquer autoridades estatais tenham tido possibilidades reais de intervir posteriormente para corrigir a situação.

Conclusão

25. Pelos fundamentos expostos, proponho que o Tribunal de Justiça julgue a acção improcedente e condene a Comissão nas despesas.