ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

26 de Abril de 1994 *

No processo C-272/91,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Antonio Aresu e Rafael Pellicer, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

demandante,

contra

República Italiana, representada pelo professor Luigi Ferrari Bravo, chefe do Serviço do Contencioso Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, assistido por Ivo Braguglia, avvocato dello Stato, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada de Itália, 5, rue Marie-Adélaïde,

demandada,

que tem por objecto obter a declaração de que a República Italiana, ao não comunicar, para efeitos da publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em primeiro lugar no início de 1990, um aviso englobando o conjunto dos concursos, por grupos de produtos, cujo montante estimado é igual ou superior a 750 000 ecus, que o Ministério das Finanças italiano previa lançar durante esse mesmo ano, em seguida no mês de Novembro de 1990, um aviso relativo ao concurso para a concessão do sistema de automatização do jogo do loto e ao reservar a participação neste concurso apenas aos organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto,

* Língua do processo: italiano.

seja de participação pública maioritária, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 30.°, 52.° e 59.° do Tratado CEE e dos artigos 9.° e 17.° a 25.° da 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 (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988 (JO L 127, p. 1),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: O. Due, presidente, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida (relator) e M. Díez de Velasco, presidentes de secção, C. N. Kakouris, R. Joliet, F. A. Schockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg, P. J. G. Kapteyn e J. L. Murray, juízes,

advogado-geral: C. Gulmann
secretário: J.-G. Giraud

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 26 de Maio de 1993,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 14 de Julho de 1993,

profere o presente

Acórdão

1 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 18 de Outubro de 1991, a Comissão das Comunidades Europeias intentou, nos termos do artigo

169.° do Tratado CEE, uma acção destinada a obter a declaração de que, ao não comunicar, para efeitos da publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em primeiro lugar no início de 1990, um aviso indicativo englobando o conjunto dos concursos, por grupos de produtos, cujo montante estimado é igual ou superior a 750 000 ecus, que o Ministério das Finanças italiano previa lançar durante esse mesmo ano, em seguida no mês de Novembro de 1990, um aviso relativo ao concurso para a concessão do sistema de automatização do jogo do loto e ao reservar a participação neste concurso apenas aos organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, seja de participação pública maioritária, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 30.°, 52.° e 59.° do Tratado CEE e dos artigos 9.° e 17.° a 25.° da 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 (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988 (JO L 127, p. 1).

2 Os antecedentes do litígio resumidos nos n.os 6 a 16 do despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1992 (C-272/91 R, Colect. p. I-457) proferido no processo relativo a um pedido de medidas provisórias apresentado pela Comissão no âmbito da presente acção, ordenava à República Italiana que tomasse todas as medidas necessárias para suspender os efeitos jurídicos do decreto do ministro das Finanças de 14 de Junho de 1991 que adjudicou a concessão do sistema de automatização do jogo do loto ao consórcio Lottomatica, bem como a execução do contrato celebrado para o efeito.

Quanto à acusação baseada na violação dos artigos 52.° e 59.° do Tratado

3 A Comissão alega que, ao reservar a participação no concurso relativo à concessão do sistema de automatização do jogo do loto italiano unicamente aos «organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, seja de participação pública maioritária», a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 52.° e 59.° do Tratado.

4 Com efeito, trata-se de um caso de aplicação concreta da reserva que o Tribunal de Justiça condenou no acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (C-3/88, Colect., p. 4035), e segundo a qual apenas as sociedades nas quais o Estado ou o sector público detêm, de forma directa ou indirecta, participação maioritária ou total tinham a possibilidade de celebrar com o Estado italiano convenções relativas à realização de sistemas informáticos por conta da administração pública.

5 O Governo italiano contesta o incumprimento alegado. Sustenta que os concursos considerados no acórdão citado são relativos ao fornecimento de sistemas informáticos, em que o fornecedor deve assegurar igualmente a gestão enquanto prestador de serviços em proveito da administração, ao passo que o concurso em questão na presente acção se reporta — como se infere nomeadamente do programa técnico anexo ao caderno de encargos especial relativo ao anúncio de concurso em litígio — a uma concessão na qual a administração em causa transferiu para um terceiro o exercício de actividades no âmbito dos poderes públicos, ou seja, uma parte dos poderes de organização, inspecção e atestação relativos ao jogo do loto que, de acordo com a legislação italiana, é estritamente reservado ao Estado. Em conformidade com o artigo 55.° do Tratado, as disposições dos artigos 52.° e 59.° não são aplicáveis às actividades que num Estado-membro estejam ligadas ao exercício da autoridade pública.

6 Importa salientar que, como o advogado-geral demonstrou nos n.^{os} 18 a 23 das conclusões, a introdução do sistema de automatização ora em discussão que, de acordo com o anúncio de concurso em questão, abrange os locais, fornecimentos, instalação, manutenção, funcionamento e transmissão de dados bem como qualquer outro elemento necessário à exploração do jogo do loto, não implica qualquer transferência de responsabilidades para o concessionário quanto às diversas operações inerentes ao jogo do loto.

7 Com efeito, em primeiro lugar, os agentes do loto são responsáveis pelo recebimento das apostas, limitando-se o terminal do concessionário ao registo, controlo automático e transmissão de dados que resultam das manipulações do responsável do registo. De acordo com o programa técnico, este último deve estar em condi-

ções, em caso de erro, de corrigir o registo e mesmo de anular um bilhete emitido pelo terminal.

8 Em segundo lugar, as extracções são efectuadas por comissões de extracção (Commissioni di estrazione), que são organismos estatais, bem como por comissões de zona (Commissioni di zona), responsáveis pelo controlo e validação dos bilhetes premiados.

9 Em terceiro lugar, tal como o próprio Governo italiano o admitiu, é sempre a administração pública que aprova e paga os prémios em última instância.

10 Em quarto lugar, o facto de o primeiro ponto do programa técnico referir que o anúncio de concurso abrange igualmente «qualquer outro elemento necessário ao funcionamento do jogo» não permite deduzir que o concessionário participe no exercício da autoridade pública, significando simplesmente que este deve actuar nos limites da concessão.

11 Em quinto lugar, não se pode sustentar, como faz o Governo italiano, que os pagamentos voluntários, a que procedem os participantes no jogo do loto, representam um encargo fiscal que implica por parte do concessionário uma participação no exercício da autoridade pública.

12 Nestas condições, as prestações que incumbem ao concessionário do sistema de automatização do jogo do loto, a saber, nomeadamente, a concepção do sistema informatizado e do suporte lógico necessário, bem como a gestão deste sistema, não se diferenciam das prestações, de natureza técnica, abrangidas pelas convenções relativas à elaboração de sistemas informáticos por conta da administração pública em causa no acórdão Comissão/Itália, já referido.

13 Não estando as actividades em causa abrangidas pela excepção prevista no artigo 55.° do Tratado, é de concluir que a reserva em discussão é contrária aos artigos 52.° e 59.° do Tratado e, por consequência, de admitir a acusação baseada na violação destes artigos.

Quanto à acusação baseada na violação do artigo 30.° do Tratado

14 É de salientar que para fundamentar a acusação baseada na violação do artigo 30.°, a Comissão limitou-se, na fase pré-contenciosa, a afirmar que a reserva em discussão, isto é, a limitação da participação no referido concurso apenas aos organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, seja de participação pública maioritária, exclui de facto as sociedades dos outros Estados-membros que se vêem impedidas de propor os seus sistemas informáticos bem como o seu «suporte lógico» para a gestão do serviço a que se reporta o concurso. No entender da Comissão, daí decorre que esta reserva, como a medida em causa no acórdão de 20 de Março de 1990, Du Pont de Nemours Italiana (C-21/88, Colect. p. I-889), segundo a qual uma percentagem dos contratos de fornecimento de direito público era reservada para empresas estabelecidas em determinadas regiões do território nacional, tem como resultado que os produtos originários de outros Estados-membros são discriminados em relação aos produtos fabricados no Estado-membro em questão e que, assim, é entravado o curso normal das trocas intracomunitárias.

15 É de constatar que a Comissão não expõe, nesta fase, as razões pelas quais entende que a exclusão das empresas estrangeiras da participação no concurso controvertido obsta à utilização pelo adjudicatário de produtos originários de outros Estados-membros na instalação do sistema informático em causa.

16 Ora, de acordo com a jurisprudência do Tribunal (v., designadamente, acórdão de 14 de Fevereiro de 1984, Comissão/Alemanha, 325/82, Recueil, p. 777), a notificação de incumprimento e o parecer fundamentado devem ser suficientemente

circunstanciados para permitir ao Estado-membro em causa elaborar a sua defesa. Pelas razões acima expostas, tal não se verifica no caso em apreço.

17 Em consequência, a acusação baseada na violação do artigo 30.° deve ser declarada oficiosamente inadmissível.

Quanto às acusações baseadas na violação da Directiva 77/62 na redacção dada pela Directiva 88/295

18 A Comissão censura, em primeiro lugar, à República Italiana ter violado as disposições do artigo 9.° da Directiva 77/62, na redacção dada pela Directiva 88/295 (a seguir a «directiva»), ao não comunicar, para efeitos da publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em primeiro lugar no início de 1990, um aviso englobando o conjunto dos concursos, por grupos de produtos, cujo montante estimado é igual ou superior a 750 000 ecus, que o Ministério das Finanças italiano previa lançar durante esse mesmo ano, em seguida no mês de Novembro de 1990, um aviso relativo ao concurso para a concessão do sistema de automatização do jogo do loto. Considera, em segundo lugar, que ao reservar a participação neste concurso apenas aos organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, seja de participação pública maioritária, a República Italiana violou igualmente os artigos 17.° a 25.° desta directiva.

19 Nos termos do artigo 9.°, n.^{os} 1, 2 e 4, da directiva,

«1. A partir de 1 de Janeiro de 1989, e no mais curto prazo possível após o início do respectivo exercício orçamental, as entidades adjudicantes referidas no Anexo I da Directiva 80/767/CEE darão a conhecer, por meio de anúncio indicativo, por grupos de produtos, o total dos contratos que tencionam celebrar durante os doze meses seguintes e cujo valor estimado, tendo em conta o disposto no artigo 5.° da presente directiva, seja igual ou superior a 750 000 ecus.

O Conselho, deliberando sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, decidirá, antes de 1 de Março de 1990, se essa obrigação deve ser tornada extensiva às outras entidades adjudicantes abrangidas pelo artigo 1.°

2. As entidades adjudicantes que pretendam celebrar um contrato de fornecimento, de direito público mediante concurso público ou limitado ou nas condições estabelecidas no n.° 3 do artigo 6.°, mediante procedimento por negociação, na acepção do artigo 1.°, darão a conhecer a sua intenção através de anúncio.

...

4. Os anúncios referidos nos n.^{os} 1, 2 e 3 serão enviados logo que possível pela entidade adjudicante e pelas vias mais adequadas ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. No caso do procedimento previsto no artigo 12.°, os anúncios serão enviados por telex, telegrama ou telecopiador.

a) o anúncio previsto no n.° 1 será enviado no mais curto prazo possível após o início de cada exercício orçamental;

b) o anúncio previsto no n.° 3 será enviado o mais tardar quarenta e oito horas após a data de celebração do contrato em causa».

20 Quanto aos artigos 17.° a 25.° da directiva estes enumeram os critérios de selecção qualitativa e de atribuição do contrato.

21 Na opinião do Governo italiano, as disposições citadas não são aplicáveis ao caso em apreço.

22 A este propósito sustenta, antes de mais, que o anúncio de concurso em litígio está excluído do âmbito de aplicação da directiva, uma vez que o contrato em causa não tem por objecto o fornecimento de bens a favor dos poderes adjudicadores, mas a concessão, pela administração a um terceiro, de uma actividade que se enquadra no exercício da autoridade pública em matéria de fiscalidade e caracterizada pela inexistência de transmissão de bens e dos correspondentes preços.

23 Esta argumentação não merece acolhimento.

24 Tal como decorre dos n.os 7 a 11 do presente acórdão, a introdução do sistema de automatização em discussão não implica qualquer transferência de responsabilidades para o concessionário no que concerne às diversas operações inerentes ao jogo do loto. É, aliás, certo que o contrato em causa se refere ao fornecimento de um sistema de automatização integrado, compreendendo, designadamente, o fornecimento de determinados bens à administração.

25 Contrariamente à tese do Governo italiano, é, neste contexto, indiferente que o sistema em questão apenas se torne propriedade da administração no termo das relações contratuais com o adjudicatário e que o «preço» deste fornecimento seja constituído por uma retribuição anual proporcional ao volume das receitas. Como o advogado-geral salientou muito justamente no n.° 40 das conclusões, o alargamento, pelo artigo 2.° da Directiva 88/295, da definição do âmbito de aplicação da directiva aos «contratos que tenham por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a venda a prazo, com ou sem opção de compra, de produtos» evidencia a vontade do legislador comunitário de fazer igualmente integrar no domínio da

directiva o fornecimento de produtos que não se tornam necessariamente propriedade da administração pública e cuja contrapartida é fixada em abstracto.

26 O Governo italiano sustenta, em seguida, que a administração concedente, a saber, a administração autónoma dos monopólios de Estado (a seguir «AAMS») não consta da lista das entidades adjudicantes que figuram no Anexo I da Directiva 80/767/CEE do Conselho, de 22 de Julho de 1980, que adapta e completa, no que diz respeito a certas entidades adjudicantes, a Directiva 77/62/CEE (JO L 215, p. 1; EE 17 F1 p. 83). Por conseguinte, o artigo 9.° da Directiva 77/62 na nova redacção, que enuncia as regras de publicidade exigidas às entidades adjudicantes consideradas no referido anexo, não seria aplicável no caso em apreço. Esta posição é confirmada pela nota 2 da lista relativa à Itália onde, a propósito do Ministero delle finanze, consta a reserva seguinte: «não incluídos os contratos públicos celebrados pelos monopólios dos tabacos e do sal». Na opinião do Governo italiano, com efeito, esta reserva visa não só os contratos públicos celebrados pelos monopólios dos tabacos e do sal, geridos pela AAMS quando da adopção desta directiva, como também todas as outras actividades que são presentemente geridas por esta administração.

27 Esta argumentação carece de fundamento.

28 Tal como a Comissão o salientou muito justamente, resulta do artigo 4.°, n.° 4, da Lei italiana n.° 528 de 2 de Agosto de 1982 (GURI n.° 222 de 13.8.1982), com a redacção dada pelo artigo 2.° da Lei n.° 85 de 19 de Abril de 1990 (GURI n.° 97 de 27.4.1990), que o Ministério das Finanças italiano é a única e autêntica entidade adjudicante no contrato em questão. De todo o modo, a AAMS, que gere o jogo do loto, é um mero órgão administrativo do Ministério das Finanças, sem personalidade jurídica autónoma, de modo que mesmo os actos formalmente imputáveis à AAMS se enquadram, quanto ao fundo, na esfera decisória do referido ministério.

29 Quanto à nota 2 constante do Anexo I da Directiva 80/767, infere-se do próprio texto que se reporta apenas aos contratos celebrados pelos monopólios dos tabacos e do sal.

30 O Governo italiano sustenta, por último, que de todo o modo, tratando-se no caso vertente da atribuição ao concessionário de um direito especial e exclusivo de exercer uma actividade de serviço público, ou seja, pelo menos em parte, o jogo do loto, a única regra a respeitar é a indicada no n.° 3 do artigo 2.° da directiva. Nos termos desta disposição, «Quando o Estado, uma pessoa colectiva territorial ou uma pessoa colectiva de direito público e entidades equivalentes enumeradas no Anexo I conferir a entidades diferentes das entidades adjudicantes, seja qual for o seu estatuto jurídico, faculdades especiais ou exclusivas de exercício de actividades de serviço público, o acto pelo qual tais poderes são conferidos deve prescrever que a entidade em questão deve respeitar, quanto à adjudicação de fornecimentos a terceiros no quadro dessa actividade, o princípio da não discriminação por razões de nacionalidade».

31 Também esta argumentação não procede.

32 Com efeito, como resulta dos n.^{os} 7 a 11 do presente acórdão, a organização do jogo do loto não é transferida para o concessionário, limitando-se o papel deste a actividades de carácter técnico ligadas à instalação e à gestão do sistema de automatização. Estas actividades consistem, por um lado, no fornecimento de prestações de serviços à administração pública e, por outro, na entrega de certos bens a esta.

33 Por conseguinte, é de concluir que as disposições da directiva invocadas pela Comissão são aplicáveis no caso vertente e examinar as acusações de violação destas.

34 Quanto à acusação baseada na violação das disposições do artigo 9.° da directiva, a República Italiana não contesta a falta de comunicação dos avisos controvertidos.

35 Relativamente à acusação baseada na violação dos artigos 17.° a 25.° da directiva, cabe salientar que estas disposições enumeram taxativa e imperativamente os critérios de selecção qualitativa e de atribuição do contrato e que estes não prevêem a possibilidade de reservar a participação neste contrato apenas aos organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, seja de participação pública maioritária.

36 Das considerações que precedem resulta que as acusações baseadas na violação da Directiva 77/62, na redacção dada pela Directiva 88/295, devem igualmente ser acolhidas.

Quanto às despesas

37 Nos termos do artigo 69.° do n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas. Tendo a demandada sido vencida no essencial da sua argumentação, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) Ao não comunicar, para efeitos de publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, em primeiro lugar no início de 1990, um aviso indicativo englobando o conjunto dos concursos, por grupos de produtos, cujo montante estimado é igual ou superior a 750 000 ecus, que o Ministério das Finanças italiano previa lançar durante esse mesmo ano, em seguida no mês de Novembro de 1990, um aviso relativo ao concurso para a concessão do sistema de automatização do jogo do loto e ao reservar a participação neste concurso apenas aos organismos, sociedades, consórcios ou agrupamentos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, seja de participação pública maioritária, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 52.° e 59.° do Tratado CEE e dos artigos 9.° e 17.° a 25.° da 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, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988.

2) O pedido é julgado improcedente quanto ao restante.

3) A República Italiana é condenada nas despesas.

Due Mancini Moitinho de Almeida

Díez de Velasco Kakouris Joliet

Schockweiler Grévisse Zuleeg

Kapteyn Murray

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 26 de Abril de 1994.

O secretário

R. Grass

O presidente

O. Due