Processo C-272/91 R

Comissão das Comunidades Europeias
contra
República Italiana

«Concessão do sistema de automatização do jogo do loto»

Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1992 457

Sumário do despacho

Processo de medidas provisórias — Medidas provisórias — Condições de concessão — «Fumus boni juris» — Prejuízo grave e irreparável — Ponderação da globalidade dos interesses em causa — Tomada em consideração de um acórdão que declara verificado um incumprimento com objecto similar ao incumprimento imputado
(Tratado CEE, artigo 186.°)

DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
31 de Janeiro de 1992 *

No processo C-272/91 R,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Aresu e R. Pellicer, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Roberto Hayder, representante do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

requerente,

* Língua do processo: italiano.

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 M. Braguglia, avvocato dello Stato, com domicílio escolhido no Luxemburgo na embaixada de Itália, 5, rue Marie-Adélaïde,

requerida,

que tem por objecto um pedido de medidas provisórias destinado a que seja ordenado à República Italiana que tome as medidas necessárias para suspender a execução da adjudicação relativa à concessão do sistema de automatização do jogo do loto,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

profere o presente

Despacho

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 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 indicativo referindo o conjunto dos concursos que o Ministério das Finanças italiano previa lançar durante esse mesmo ano, e 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, 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 Através de requerimento separado, apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça no mesmo dia, a Comissão apresentou, nos termos do artigo 186.° do Tratado CEE e do artigo 83.° do Regulamento de Processo, um pedido de medidas provisórias destinado a que seja ordenado à República Italiana que tome as medidas necessárias para suspender os efeitos jurídicos do decreto do ministro das Finanças de 14 de Junho de 1991, atribuindo o contrato em causa ou os efeitos jurídicos do contrato eventualmente celebrado em seguida.

3 A requerida apresentou observações escritas sobre o pedido de medidas provisórias em 31 de Outubro de 1991 e as partes foram ouvidas em alegações em 2 de Dezembro de 1991.

4 Na audiência, a requerida apresentou dois documentos e as partes foram convidadas a apresentar as observações suplementares a que estes documentos davam origem. A Comissão apresentou observações em 9 de Dezembro e a requerida em 16 de Dezembro de 1991.

5 Convém, antes de examinar a razoabilidade do pedido de medidas provisórias, recordar brevemente os antecedentes do litígio.

6 O Ministério das Finanças italiano procedeu, em 13 de Novembro de 1990, à publicação na imprensa italiana de um aviso de concurso para a apresentação de propostas relativamente à concessão do sistema de automatização do jogo do loto.

7 Decorre dos autos que o jogo do loto é um jogo gerido pela administração autónoma dos monopólios de Estado, entidade administrativa dependente do Ministério das Finanças. Neste jogo, os jogadores apostam num ou em vários números com vista a extracções semanais. A recolha das apostas é efectuada em agências de registo autorizadas (nomeadamente tabacarias) e a extracção efectua-se todos os sábados em cada uma das dez zonas de extracção (ruote) em que se encontra dividido o território italiano. Uma aposta pode dizer respeito quer à extracção da zona em que se situa a agência de registo quer às extracções do conjunto das zonas. Os prémios, cujos montantes são determinados em função nomeadamente da aposta, segundo um modo de cálculo fixado pela legislação italiana, são pagáveis na agência de registo ou, relativamente aos prémios superiores a certo montante, nos serviços locais do Ministério das Finanças.

8 O sistema de automatização do jogo, cuja concessão é objecto do concurso, comporta, segundo o aviso de concurso, os locais, os fornecimentos, a instalação, a manutenção, o funcionamento, a transmissão de dados bem como qualquer outro elemento necessário à exploração do serviço do jogo do loto.

9 A duração da concessão é, segundo o aviso de concurso, limitada a nove anos e, no seu termo, a totalidade do sistema automatizado, incluindo os locais, os aparelhos, os terminais das agências de registo, as instalações, as estruturas, os programas, os arquivos e qualquer outro elemento necessário ao funcionamento, à gestão e à exploração do sistema, deve ser colocado gratuitamente à disposição exclusiva da administração.

10 Esclarece-se que a concessão comporta três fases: uma primeira fase de fornecimento, de instalação e de testes efectuados paralelamente com o sistema manual culminando com a entrada em serviço do sistema automatizado numa zona de extracção, uma segunda fase abrangendo a extensão do sistema à totalidade das zonas de extracção e, por último, uma terceira fase de exploração plena incluindo um aumento progressivo das agências de registo. As propostas devem indicar os prazos de realização de cada uma destas fases.

11 O concessionário do sistema automatizado não terá direito a qualquer remuneração durante a primeira fase, mas receberá, durante as segunda e terceira fases, uma percentagem das receitas brutas das apostas registadas automaticamente. As propostas devem indicar a percentagem em causa.

12 O aviso de concurso indicava, além disso, os critérios económicos e técnicos segundo os quais os organismos ou as empresas, que desejassem ser convidados a apresentar propostas, seriam seleccionados.

13 A participação no concurso era, no entanto, segundo o aviso de concurso, reservada aos organismos, sociedades ou consórcios, bem como aos grupos cujo capital social, considerado isoladamente ou no seu conjunto, fosse maioritariamente detido pelo sector público, devendo o Ministério das Finanças ter em conta a natureza e a importância especial da exploração automatizada do jogo do loto que, gerido no âmbito dos monopólios fiscais para daí resultar um máximo de receitas, exige garantias particulares bem como uma confiança e segurança absolutas na instalação e exploração do sistema.

14 Foram convidados a participar no concurso três organismos ou empresas. Por decreto do ministro das Finanças de 14 de Junho de 1991, a concessão foi adjudicada ao consórcio Lottomatica.

15 Em 8 de Abril de 1991, a Comissão fez chegar às autoridades italianas uma carta de notificação de incumprimento, seguida, em 2 de Setembro de 1991, de um parecer fundamentado. A Comissão salienta, nomeadamente, que o facto de reservar o concurso em causa apenas às sociedades ou entidades cujo capital seja maioritariamente detido pelo sector público constitui, na medida em que esta limitação favorece as empresas italianas, uma infracção aos artigos 52.° e 59.° do Tratado CEE, bem como uma medida de efeito equivalente proibida pelo artigo 30.° do Tratado. A este respeito, a Comissão recorda às autoridades italianas que, no acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (C-3/88, Colect., p. 4035), o Tribunal considerou que a regulamentação italiana, ao reservar a possibilidade de

celebrar convenções relativas à realização de sistemas informáticos por conta da administração pública apenas às sociedades de participação pública maioritária, era contrária, nomeadamente, aos artigos 52.° e 59.° do Tratado CEE e condenou a República Italiana por não ter cumprido as suas obrigações. As autoridades italianas não tomaram ainda as medidas necessárias à execução desse acórdão, tendo a Comissão, aliás, dado início a um processo por incumprimento ao abrigo do artigo 171.° do Tratado CEE.

16 Na sua resposta ao parecer fundamentado, as autoridades italianas alegam, nomeadamente, que o concurso em causa não releva dos concursos visados pelo referido acórdão do Tribunal. Estes últimos concursos dizem respeito, com efeito, ao fornecimento de sistemas informáticos, cuja gestão deve ser igualmente assegurada pelo fornecedor, mas enquanto serviço prestado à administração, ao passo que o concurso em causa diz respeito a uma concessão pela qual a administração confia a um terceiro o exercício de uma actividade que releva da autoridade pública, ou seja, o registo das apostas do loto. Ora, em conformidade com o artigo 55.° do Tratado CEE, as disposições dos artigos 52.° e 59.° não são aplicáveis às actividades que estejam ligadas, nos Estados-membros, ao exercício da autoridade pública.

17 Convém recordar que por força do artigo 186.° do Tratado CEE o Tribunal pode, nas causas submetidas à sua apreciação, ordenar as medidas provisórias necessárias.

18 De acordo com o artigo 83.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, uma decisão que ordene medidas provisórias como as aqui solicitadas está subordinada à existência de circunstâncias que comprovem a urgência, bem como de fundamentos de facto e de direito que justifiquem, à primeira vista, a sua concessão. Em conformidade com uma jurisprudência constante, o carácter urgente de um pedido de medidas provisórias deve ser apreciado tendo em conta a necessidade de decidir provisoriamente, a fim de evitar que seja causado um prejuízo grave e irreparável à parte que solicita as medidas provisórias.

19 Há que examinar se estas condições se encontram satisfeitas no caso vertente.

20 No que diz respeito, em primeiro lugar, à condição do *fumus boni juris,* a Comissão alega que a violação dos artigos 52.° e 59.° do Tratado CEE é manifesta e que o caso vertente é perfeitamente similar ao que deu origem ao acórdão de 5 de Dezembro de 1989, já referido. A concessão do sistema de automatização em causa não pode, nomeadamente, considerar-se ligada ao exercício da autoridade pública nos termos do artigo 55.°, primeiro parágrafo, do Tratado. Este mesmo argumento foi adiantado pelo Governo italiano quanto às convenções para a realização de sistemas informáticos para a administração pública em causa no acórdão de 5 de Dezembro de 1989. A este respeito, o Tribunal recordou que a excepção à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, prevista no artigo 55.° do Tratado, deve ser restringida às actividades que, em si mesmas, envolvem uma ligação directa e específica ao exercício da autoridade pública e declarou não ser esse o caso das actividades relativas à concepção, ao *software* e à gestão de sistemas informáticos, que são actividades de natureza técnica.

21 A requerida alega que a concessão do sistema de automatização do jogo do loto implica uma verdadeira transferência de poderes públicos para o concessionário e não pode ser assimilada a um contrato de fornecimento de bens e de serviços. A remuneração do concessionário através de uma percentagem das receitas é inconciliável com essa equiparação. O jogo do loto é, nos termos da legislação italiana, estritamente reservado ao Estado e qualquer operação relativa ao jogo releva, assim, do exercício da autoridade pública que, nos termos do artigo 55.°, primeiro parágrafo, do Tratado, pode abranger não só poderes de decisão, mas igualmente poderes de organização, de inspecção ou de certificação. O programa técnico relativo ao concurso, apresentado pela requerida aquando da audiência, põe em evidência os poderes que a concessão transfere para o concessionário. Trata-se, nomeadamente, da recolha das apostas, uma vez que os boletins de loto, para serem válidos, devem ser emitidos pelos terminais do concessionário, instalados nas agências de registo, e do apuramento dos boletins premiados efectuado pelos centros de elaboração do concessionário em cada zona de extracção.

22 Convém, em primeiro lugar, salientar que a introdução do sistema de automatização em causa não parece, à primeira vista, trazer modificações às diferentes operações inerentes ao jogo do loto, como se realizam actualmente, segundo a descrição que das mesmas é feita no programa técnico apresentado pela requerida. A primeira vista não é transferida para o concessionário a responsabilidade de nenhuma

destas operações. Assim, as agências de registo continuam responsáveis pela recolha das apostas, limitando-se a função do terminal do concessionário ao registo, ao controlo automático e à transmissão dos dados resultantes das manipulações do responsável da agência de registo, que, segundo o programa técnico, deve estar em condições, em caso de erro, de corrigir o registo e mesmo de anular um boletim pelo terminal. O mesmo acontece com o apuramento dos bilhetes premiados, sendo a comissão de zona, órgão administrativo, responsável pelo controlo e pela validação destes bilhetes.

23 Em segundo lugar, convém salientar que as prestações que incumbem ao concessionário do sistema de automatização do jogo de loto não parecem, à primeira vista, diferenciar-se das prestações derivadas das convenções para a realização de sistemas informáticos por conta da administração pública em causa no acórdão de 5 de Dezembro de 1989, já referido. Trata-se nos dois casos da concepção de sistemas informatizados, do fornecimento do material e do *software* necessários, bem como da gestão deste sistema. É um facto que o sistema de automatização do jogo do loto só se torna propriedade do Estado no termo fixado da concessão e que a remuneração do concessionário consiste numa participação nas receitas resultantes da exploração do sistema, mas estas circunstâncias parecem, à primeira vista, irrelevantes tendo em conta as normas de direito comunitário em causa.

24 Deve assim declarar-se que, tendo em conta o acórdão de 5 de Dezembro de 1989, já referido, a acção da Comissão não se afigura, neste estádio, desprovida de fundamento encontrando-se satisfeita a condição do *fumus boni juris.*

25 No que diz respeito, em seguida, à condição relativa à urgência, a Comissão alega que não pode esperar o resultado do litígio principal sem sofrer, enquanto instituição encarregada de velar pela aplicação do Tratado, um prejuízo grave e irreparável. Quando o Tribunal apreciasse este litígio, o sistema de automatização do jogo do loto estaria, há muito, instalado e restaria à Comissão aceitar este facto apesar de uma violação flagrante do direito comunitário. Para que o acórdão a proferir pelo Tribunal possa ter um efeito útil, é necessário ordenar medidas provisórias.

26 A requerida observa, a este respeito, que o contrato de concessão com o consórcio Lottomatica foi assinado em 22 de Novembro de 1991 e que a primeira fase de concessão deve terminar em 1 de Abril de 1992, a segunda fase em 31 de Dezembro de 1992. Alega que a entrada em funcionamento do sistema de automatização representará uma melhoria considerável do jogo que é o único meio de lutar contra o importante jogo clandestino actualmente existente. As perdas de receitas para o Estado, no caso de o sistema de automatização não entrar em funcionamento, podem ser avaliadas em 500 mil milhões de LIT por ano. A erradicação do jogo clandestino e as importantes receitas fiscais resultantes da automatização do jogo deviam assim ser confrontadas com o interesse da Comissão em assegurar o respeito de regras formais do Tratado.

27 A este respeito convém declarar, como alegado pela Comissão, que se ela vencesse a acção principal, o acórdão não teria qualquer efeito útil na ausência de medidas provisórias.

28 No que diz respeito à ponderação dos interesses, deve salientar-se que o interesse que a parte requerida tem em realizar uma automatização rápida do jogo do loto, deve ser confrontado com o interesse que a Comissão tem, enquanto guardiã dos tratados, em impedir uma infracção às regras fundamentais destes. Tendo em conta, nomeadamente, o acórdão do Tribunal de 5 de Dezembro de 1989, o interesse da Comissão deve prevalecer sobre o do Estado-membro em causa.

29 Estando igualmente satisfeita a condição relativa à urgência, convém ordenar as medidas provisórias solicitadas.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) **A República Italiana tomará as medidas necessárias para suspender os efeitos jurídicos do decreto do ministro das Finanças de 14 de Junho de 1991 que adjudica a concessão do sistema de automatização do jogo do loto e a execução do contrato concluído para o efeito com o consórcio Lottomatica.**

2) **As despesas são reservadas para final.**

Proferido no Luxemburgo, em 31 de Janeiro de 1992.

O secretário

J.-G. Giraud

O presidente

O. Due