CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 3 de Abril de 2003 [1]

I — Introdução

1. Na presente acção por incumprimento, a Comissão censura o Reino da Bélgica por este não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [2] (a seguir «Directiva 92/50» ou «directiva» — os artigos sem qualquer indicação adicional pertencem a esta directiva). O Reino da Bélgica violou, em especial, o artigo 11.°, n.° 3, e o artigo 15.°, n.° 2, ao ter adjudicado indevidamente um contrato para a prestação de serviços referentes à vigilância da costa mediante fotografia aérea, recorrendo a um procedimento por negociação (sem publicação prévia de um anúncio), e ao não ter anunciado previamente a intenção de escolher este processo. A Bélgica considera que a directiva não é aplicável, na medida em que o contrato diz respeito a interesses de segurança.

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 209, p. 1.

II — Enquadramento jurídico

Directiva 92/50

2. Os artigos seguintes dispõem:

Artigo 4.°, n.° 2

«A presente directiva não é aplicável aos serviços que sejam declarados secretos ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança nos termos das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor no Estado-Membro em questão, ou quando a protecção dos interesses essenciais da segurança desse Estado o exigir.»

Artigo 8.°

«Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI.»

Artigo 9.°

«Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.° e 16.°» [3]

Artigo 10.°

«Os contratos que tenham simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo I A e serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI sempre que o valor dos serviços enumerados no anexo I A seja superior ao valor dos serviços enumerados no anexo I B. Caso contrário, serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.° e 16.°»

Artigo 11.°, n.° 3

«As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos de serviços recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

[...]

b) Quando, por motivos técnicos ou artísticos, ou ainda atinentes à protecção de direitos exclusivos, os serviços apenas possam ser executados por um prestador de serviços determinado;

[...]»

Artigo 15.°, n.° 2

«As entidades adjudicantes que pretendam adjudicar um contrato público de serviços através de um concurso público, de um concurso limitado ou, nas condições definidas no artigo 11.°, de um procedimento por negociação darão a conhecer a sua intenção através de um anúncio.»

Artigo 30.°, n.° 1

«Na medida em que os candidatos a um contrato público ou os provenientes devam, para poder executar o serviço em questão, possuir uma autorização especial ou ser membros de uma organização específica no seu país de origem, a entidade adjudicante pode exigir-lhes prova da obtenção dessa autorização ou da sua qualidade de membro da referida organização.»

3 — O artigo 14.° regula as regras comuns no domínio técnico e o artigo 16.° impõe a publicação dos anúncios com os resultados dos processos de adjudicação.

O anexo I A, categoria 12, dispõe:

Categoria	Serviços	Número de referência CCP
12	Serviços de arquitectura, serviços de engenharia e serviços de engenharia integrados. Planeamento urbano e serviços de arquitectura paisagísticos. Serviços de consultoria científica e técnica afins. Serviços técnicos de ensaio e análise	867

O anexo I B, categoria 27, dispõe:

Categoria	Serviços	Número de referência CCP
27	Outros serviços	

3. CPC significa «Central Product Classification» (classificação comum dos produtos) das Nações Unidas.

III — Matéria de facto e tramitação processual

4. A administração belga das vias fluviais e da marinha[4], nessa altura ainda estatal, abriu em 7 de Abril de 1988 um concurso limitado para a apresentação de propostas relativas à prestação de serviços referentes à observação da costa belga mediante fotografia aérea. O contrato foi adjudicado à empresa belga Eurosense Belfotop NV (a seguir «Eurosense Belfotop»), que tinha obtido os melhores resultados, tanto na avaliação técnica como científica.

5. Atendendo ao processo de regionalização, a comissão ministerial para a industrialização económica e social, em funções

4 — De administratie Waterwegen en Zeewezen/l'Administration des Voies hydrauliques et de la marine.

na altura, decidiu adjudicar o contrato apenas por um ano. Em 29 de Junho de 1989, o então Governo flamengo decidiu prorrogar o contrato, celebrado com base no concurso de 1988, por um período de seis anos. Este contrato dizia essencialmente respeito à observação regular, mediante fotografia aérea, da faixa de dunas nas áreas de praia, tanto nas praias alagadas como nas praias secas ao longo da costa belga, incluindo ainda o tratamento dos dados obtidos.

6. A partir de 1992, as autoridades flamengas estudaram a possibilidade de uma adaptação do contrato através de um aditamento. Em 13 de Abril de 1995, na sequência de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, o ministro flamengo responsável pelos contratos públicos assinou com a Eurosense Belfotop um aditamento ao contrato no valor de 534 milhões de BEF (sem IVA), válido por nove anos.

7. Na sequência de uma denúncia, a Comissão enviou, em 27 de Dezembro de 1995, uma notificação de incumprimento às autoridades belgas, na qual invocou que o referido aditamento ao contrato, de 13 de Abril de 1995, se insere no âmbito de aplicação da Directiva 92/50 e que, nos termos do artigo 15.°, n.os 1 e 2, deveria ter sido publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* um «anúncio indicativo» e um anúncio da intenção de adjudicação. A não publicação constitui uma violação do artigo 15.°, n.os 1 [5] e 2. De resto, também a adjudicação do contrato com recurso a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, não é justificada na acepção do artigo 11.°, n.° 3, da directiva.

8. Por carta de resposta, datada de 2 de Fevereiro de 1996, o Governo belga refutou estas acusações. Antes de mais, de acordo com o disposto no seu artigo 4.°, n.° 2, a directiva não é aplicável ao contrato em litígio. Deste modo, a adjudicação do contrato recorrendo ao procedimento por negociação é justificada nos termos do artigo 11.°, n.° 3, alínea b). Para este efeito, devem ser enunciados cinco critérios:

a) posse de um certificado de segurança militar;

b) posse de uma autorização por parte da administração aeronáutica para efectuar quaisquer trabalhos no espaço aéreo;

c) dispor do necessário *know-how*, da tecnologia e do equipamento exigido;

5 — O n.° 1 diz respeito ao anúncio indicativo pelo qual se dá a conhecer o total dos contratos que se tenciona celebrar no respectivo exercício orçamental.

d) a existência dos referidos elementos numa única empresa;

e) suficiente capacidade económica, que permita efectuar anualmente prestações de serviços num valor de aproximadamente 80 milhões de BEF.

Por fim, diversos outros elementos justificam a adjudicação recorrendo a um procedimento por negociação, como a existência de direitos exclusivos, particularmente de direitos de autor, a disponibilidade de aviões situados num raio de duas horas de voo e o domínio da língua neerlandesa.

9. Não obstante, a Comissão dirigiu, em 10 de Março de 1999, um parecer fundamentado ao Estado belga, no qual mantinha as suas acusações. O Governo belga respondeu por carta datada de 1 de Junho de 1999, tendo invocado em particular que o elemento principal do contrato é constituído por prestações de serviços de fotografia aérea, serviços esses que devem ser classificados na categoria 27 (outros serviços) do anexo I B da Directiva 92/50 e não na categoria 12 do anexo I A.

10. Com petição de 29 de Junho de 2001, a Comissão propôs uma acção por incumprimento de Estado, pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— declarar, nos termos do artigo 226.°, primeiro parágrafo, CE, que,

— ao não ter publicado um anúncio do concurso para a prestação de serviços referentes à vigilância da costa mediante fotografia aérea no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, como é imposto 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;

— ao ter adjudicado injustificadamente o concurso em causa aplicando o procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 11.°, n.° 3, e 15.°, n.° 2, da directiva.

— condenar o Reino da Bélgica no pagamento das despesas.

11. Apesar de o Governo belga não ter apresentado um pedido formal de improcedência da acção, defende, no entanto, expressamente a opinião de que não se verifica um incumprimento das obrigações decorrentes da Directiva 92/50.

IV — Argumentos das partes

12. Os argumentos das partes relacionam-se com os argumentos de defesa suscitados pelo Estado-Membro demandado, já apresentados na fase pré-contenciosa. A exposição dos argumentos das partes insere-se nos seguintes domínios de questões:

A — *Quanto à inaplicabilidade da Directiva 92/50 por força do artigo 4.°, n.° 2 (medidas especiais de segurança)*

13. A *Comissão* é da opinião de que a cláusula de excepção do artigo 4.°, n.° 2, que deve ser interpretada em sentido estrito, não é aplicável ao presente caso. A circunstância de a empresa à qual são confiados os serviços de fotografia aérea e o seu tratamento ter de possuir um certificado de segurança militar não poderá ser classificado como «medida especial de segurança» na acepção da disposição, devendo antes ser considerada uma licença ou «autorização especial» que o candidato deve possuir, na acepção do artigo 30.°, n.° 1, da directiva.

14. O *Governo belga*, pelo contrário, é da opinião de que o artigo 4.°, n.° 2, é aplicável, na medida em que um dos critérios de selecção qualitativa consistia na posse de um certificado de segurança militar. As empresas que, ao executarem um contrato público, teriam acesso a dados, locais ou equipamentos que tenham sido identificados pelas autoridades nacionais ou pela NATO poderiam receber um certificado de segurança deste tipo após um controlo de segurança. Apenas as empresas autorizadas receberiam uma lista com os objectos identificados, que lhes permitiria trabalhar de acordo com os objectivos previamente definidos e disfarçá-los caso, eventualmente, fossem divulgados ou anunciados, ou seja, torná-los irreconhecíveis. As empresas que não dispunham de um certificado de segurança teriam que transmitir os dados ao serviço de informações gerais [6] antes de proceder ao seu tratamento, para que este serviço verifique se contêm objectos identificados e, caso seja necessário, os torne irreconhecíveis. Este procedimento é impraticável, por um lado, por causar atrasos que não são conciliáveis com missões em caso de emergência, como, por exemplo, em caso de intempéries, e, por outro lado, devido à perda de informações relevantes, caso os negativos tenham sido tornados irreconhecíveis.

B — *Quanto à inaplicabilidade da Directiva 92/50 por força do anexo I B da directiva*

15. A *Comissão* é da opinião de que o contrato em causa é abrangido pela rubrica 867 (serviços de arquitectura, serviços de engenharia e serviços de engenha-

6 — Algemene Dienst Inlichting en Veiligheit/Service de renseignements généraux, SRG.

ria integrados) CCP e, consequentemente, pela categoria 12 do anexo I A da directiva, aplicando-se, deste modo, sem excepção as disposições da directiva. A rubrica 867 engloba várias sub-rubricas como, por exemplo, o n.º 8675 (serviços de consultoria científica e técnica afins), que por sua vez se dividem em diversas subcategorias. Os serviços do contrato em litígio estão abrangidos pela categoria n.º 86753 (serviços de topografia) e n.º 86754 (serviços de cartografia).

16. Embora o contrato envolva serviços de fotografia aérea que, considerados em si mesmos, poderiam estar abrangidos pela rubrica 87404 CCP, o contrato tem, no entanto, um objecto mais amplo, na medida em que está intimamente relacionado com o programa de vigilância costeira, definido pela administração com o objectivo de garantir a segurança da costa e dos seus habitantes.

17. De resto, o valor das prestações de fotografia aérea não representa a maior parte da totalidade do contrato. A Comissão estima que do valor do contrato, fixado em 527 194 225 BEF, 245 464 732 BEF recaiam sobre a fotografia aérea, ou seja, 46,56%.

18. O *Governo belga* alega que o elemento principal do contrato é constituído por serviços de fotografia aérea que não são abrangidos pela categoria 12 do anexo I A da directiva, mas sim pela categoria 27 (outros serviços) do anexo I B da directiva. Nenhuma das 27 categorias enumeradas nos anexos I A e I B da directiva contém a designação «serviços de fotografia aérea». Para além das designações, é ainda feita referência à nomenclatura CCP das Nações Unidas. Esta nomenclatura indica a fotografia aérea no número 87504.1, número esse que não se encontra, porém, nos anexos da directiva. No entanto, a categoria 27 do anexo I B engloba «outros serviços», sendo deste modo uma categoria aberta que não especifica quaisquer números CCP. Neste sentido, a fotografia aérea deve ser classificada nesta categoria.

19. No essencial, o contrato consiste em serviços de fotografia aérea. Engloba, antes de mais, fotografias aéreas, assim como os processos e as operações com esta relacionados. Além disso, os critérios materiais de adjudicação do contrato em causa têm como objecto a fotografia aérea. Finalmente, o valor que recai sobre a fotografia aérea eleva-se a 295 202 732 BEF de uma quantia total de 527 194 225 BEF, equivalente a 56%, o que significa que a maior parte do orçamento recai sobre a fotografia aérea. O contrato de prestação de serviços em litígio deve ser, por conseguinte, qualificado como serviço de fotografia aérea e, deste modo, como «outros serviços». Consequentemente, a Directiva 92/50 não é, em conclusão, aplicável.

C — *Quanto à justificação da adjudicação do contrato recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, na acepção do artigo 11.°, n.° 3, alínea b), da Directiva 92/50*

20. A *Comissão* considera incorrecto que seja invocado o artigo 11.°, n.° 3, alínea b). Antes de mais, é da opinião de que a obrigação de possuir um certificado de segurança militar não se prende com «motivos técnicos», na acepção da disposição, relacionando-se apenas com a posse de determinadas autorizações ou licenças.

21. O Governo belga, além disso, também não declarou nem demonstrou que a Eurosense Belfotop é a única empresa a possuir o *know-how*, a tecnologia e o equipamento exigidos. Ao não terem sido aplicadas as regras relativas à publicação de contratos públicos, os outros candidatos foram impedidos de provar que reuniam as condições impostas. Além disso, deve ser observado que o contrato impõe à empresa em causa a obrigação de desenvolver uma nova tecnologia, a denominada aerolaserhipsometria [7]. Esta tecnologia já é no entanto aplicada no estrangeiro, o que demonstra que os critérios técnicos foram estabelecidos atendendo à empresa em causa e não o contrário. Também não é de excluir que várias empresas teriam a capacidade de desenvolver, dentro de prazos determinados, programas idênticos ou equivalentes aos programas especializados até ao momento apenas utilizados pela Eurosense Belfotop.

22. No que diz respeito aos direitos exclusivos e aos direitos de propriedade intelectual no processo e nos programas referidos, estes não poderão ser considerados direitos exclusivos na acepção do artigo 11.°, n.° 3, da directiva, na medida em que são apenas a consequência do desenvolvimento de determinados processos no âmbito da execução do contrato de 1989 e, por conseguinte, também não poderão ser considerados indispensáveis à execução do contrato. No âmbito da execução do contrato, qualquer outro contratante teria tido a possibilidade de adquirir da mesma forma determinados direitos exclusivos.

23. De resto, é admissível que os resultados das fotografias tenham ficado na posse da Região da Flandres, não dispondo a Eurosense Belfotop, por conseguinte, de quaisquer direitos exclusivos na acepção do artigo 11.°, n.° 3, alínea b). Tendo em consideração a interpretação estrita a que estão sujeitas as cláusulas de excepção, é, além disso, duvidoso que os direitos de autor possam ser considerados direitos exclusivos na acepção do artigo 11.°, n.° 3, alínea b).

24. Apenas para o caso de o contrato em litígio ser abrangido pelo anexo I A da directiva, o que é expressamente contestado

7 — Relativa à altimetria.

pelo *Governo belga*, este alega que a adjudicação do contrato recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, é justificado nos termos do artigo 11.°, n.° 3, da directiva. A execução dos serviços apenas poderia ter sido confiada à Eurosense Belfotop, tanto por motivos técnicos, como por motivos de protecção de direitos exclusivos.

25. Os motivos técnicos estariam relacionados com os critérios de selecção qualitativa utilizados pela Região da Flandres nas negociações. Assim, seria necessário para a execução do contrato a posse de um certificado de segurança militar, que tanto a Eurosense Belfotop como outras três sociedades possuíam na altura das negociações. A Região da Flandres não podia ter adjudicado o contrato a uma empresa que não possuísse o referido certificado. O processo de obtenção deste é extremamente moroso e dispendioso. Além disso, a realização de fotografias aéreas carecia de uma autorização especial no domínio da fotografia especializada.

26. Para além disso, de modo a executar o contrato, os resultados das fotografias, ou seja, os rolos com as fotografias aéreas e os registos multiespectrais por digitalização, necessitariam de um tratamento muito especial e de uma transposição para dados numerados, tabelas, gráficos e mapas, o que pressupõe a utilização de técnicas especiais e de programas concebidos para este efeito. O registo de dados mediante fotografia aérea, assim como o seu tratamento e a sua análise, apenas é possível graças à utilização de equipamento de alta tecnologia por pessoal especializado que dispõe de uma experiência específica.

27. O *know-how*, a tecnologia e o equipamento necessários deveriam também existir numa única empresa, sem que haja a necessidade de recorrer à subcontratação. No que diz respeito a este ponto, o certificado de segurança militar permitia transmitir à empresa uma lista de segredos militares de modo a que esta pudesse proceder por si própria à dissimulação. De modo a obter o referido certificado, é efectuado previamente um controlo intensivo do pessoal e das instalações. Além disso, são impostos processos muito rígidos relativos ao acesso ao material fotográfico. As instalações de arquivo e depósito, assim como aquelas destinadas à utilização de documentos de base, deviam satisfazer várias normas de segurança. Uma das exigências contratuais consiste na obrigação imposta ao co-contratante de armazenar todos os materiais de base nas suas próprias instalações, aprovadas pelo certificado militar. Na verdade, esta exigência exclui qualquer ligação temporária com outros co-contratantes ou o recurso à subcontratação.

28. De resto, o pessoal de voo deverá estar disponível no período de tempo correspondente a duas horas de voo e dever-se-á utilizar a língua neerlandesa de modo a

possibilitar a comunicação com a região numa área particularmente complexa. O candidato deverá também possuir suficientes garantias financeiras, de modo a garantir a continuidade dos seus serviços em caso de celebração de um contrato a longo prazo. Tendo em conta a experiência tanto da Eurosense Belfotop como da administração belga das vias fluviais e da marinha, entendeu-se que nenhuma outra sociedade teria as condições para executar devidamente o contrato e zelar pela continuidade do programa.

pela Eurosense Belfotop e não conseguiria, deste modo, reproduzir as alterações verificadas na costa belga.

V — Apreciação

A — *Quanto à inaplicabilidade da Directiva 92/50 por força do artigo 4.º, n.º 2*

29. A questão dos direitos exclusivos, considerando tanto os direitos de autor dos diversos programas como também os direitos exclusivos relativamente aos dados recolhidos, levou a Região da Flandres a considerar a Eurosense Belfotop como sendo a única empresa com a qual podia negociar. A própria empresa desenvolveu os programas e as técnicas para a execução das medições e concepção dos mapas para a observação da costa belga, que foram considerados exemplares. No que diz respeito a estes elementos, os direitos de autor e os direitos da patente pertencem a esta empresa. Para além disso, o contrato originário de 1989 tinha previsto que as fotografias permaneceriam na propriedade exclusiva da Eurosense Belfotop. O contrato tinha também previsto que os resultados das fotografias da Região da Flandres apenas poderiam ser utilizados para o «uso pessoal» desta. Os resultados não poderiam ser transmitidos a terceiros sem a autorização da Eurosense Belfotop. Esta obrigação era válida para o período de duração total do contrato e nos três anos subsequentes. Por conseguinte, uma outra empresa não poderia ter utilizado os dados recolhidos

30. Antes de mais, deve ser analisado se a Directiva 92/50 é de facto aplicável ao contrato em litígio. Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, esta não é expressamente aplicável aos serviços cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança nos termos das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor no Estado-Membro em questão. O Governo belga é da opinião de que o contrato em causa constitui um contrato do tipo referido, que deve ser acompanhado de medidas especiais de segurança.

31. É certo que o Governo belga não invocou quaisquer disposições legislativas, regulamentares ou administrativas das quais se possa deduzir, por um lado, a obrigação de verificação de qualquer fotografia aérea pelo serviço de informações gerais, que, na opinião do Governo belga, representaria indubitavelmente uma «medida especial de segurança» na acepção da disposição, e, por outro lado, da qual

resulte a substituição desta obrigação de verificação sistemática por um certificado de segurança militar. Apesar de o Governo belga não ter invocado quaisquer disposições determinadas, não parece existir qualquer motivo para se duvidar da sua existência. Em qualquer caso, a Comissão não levantou dúvidas relativamente à existência desta obrigação e à sua base legal, tendo apenas levantado objecções à classificação destas como «medida especial de segurança» na acepção do artigo 4.°, n.° 2.

32. A primeira dúvida que se coloca prende-se com a questão de saber em que medida se pode recorrer à obrigação geral de verificação de fotografias aéreas pelo serviço de informações para a qualificação do contrato em causa, uma vez que esta obrigação deixa de existir assim que uma empresa disponha de um certificado de segurança militar, que no presente caso foi estabelecido como condição de adjudicação do contrato.

33. Considero sustentável que a fiscalização acompanhada de fotografias aéreas por parte do serviço de informações por motivos de política de segurança seja considerada uma «medida especial de segurança». O Governo belga referiu, neste contexto, que o perigo de ocorrência de eventuais actos de sabotagem ou atentados terroristas exigiria a manutenção do segredo relativamente a determinadas instalações militares ou pontos estratégicos. Na audiência, a representante do Governo belga referiu, a título de exemplo, a base militar em Koksijde, na costa belga. Nesta medida, não tenho quaisquer dúvidas quanto à justificação da adopção de determinadas medidas de segurança em caso de serviços de fotografia aérea e da sua qualificação como «medidas especiais de segurança» na acepção do artigo 4.°, n.° 2, da directiva.

34. No entanto, é discutível que se possa falar de necessidade de medidas especiais de segurança durante a «execução» [8] do contrato quando a empresa contratada dispõe de um certificado de segurança militar, não se verificando, portanto, o controlo das fotografias aéreas pelo serviço de informações durante a execução do contrato.

35. A Comissão é da opinião de que o certificado de segurança militar, estabelecido como critério de selecção qualitativa do prestador de serviços, deve ser considerado uma «autorização especial» na acepção do artigo 30.°, n.° 1, da directiva, devendo ser avaliado como um pressuposto para a obtenção do contrato. Caso, porém, o prestador de serviços já possua o referido certificado de segurança militar, não serão necessárias outras «medidas especiais de segurança» durante a execução do contrato.

8 — De acordo com o teor do artigo 4.°, n.° 2, da Directiva 92/50.

36. Na minha opinião, esta concepção não tem em consideração que a atribuição ou a posse do certificado de segurança militar não torna dispensáveis todas as outras medidas de segurança. Apenas o recurso sistemático ao serviço de informação geral se torna dispensável. No decurso do processo perante o Tribunal de Justiça, foi exposto que são confiadas listas com os objectos identificados pelas autoridades nacionais ou pela NATO à empresa que possui um certificado de segurança militar. Compete à empresa decidir sobre a forma como são tomadas em consideração as exigências de segurança e, caso seja necessário, proceder à dissimulação dos objectos militares relevantes em caso de publicação das fotografias aéreas. Considero que este caso constitui uma transmissão das medidas especiais de segurança para a empresa que possui o certificado de segurança militar. O facto de a atribuição do certificado de segurança militar constituir um processo de tal modo oneroso prende-se, certamente, com a referida transmissão da responsabilidade. O certificado de segurança não consiste apenas num instantâneo da situação de uma empresa no que diz respeito à segurança, devendo acima de tudo oferecer uma certa garantia de que as exigências de segurança serão observadas em caso de continuação da actividade.

37. Pelas razões expostas, sou da opinião de que a necessidade de dispor de um certificado de segurança militar não se esgota com a existência de um «autorização especial» na acepção do artigo 30.°, n.° 1, que excluiria a qualificação de um contrato executado por uma empresa que dispõe deste tipo de identificação como um contrato que deva ser acompanhado de medidas especiais de segurança.

38. Considero que a documentação completa da costa belga mediante fotografia aérea, incluindo o porto marítimo de Zeebrugge — que deverá ser efectuada durante um período de tempo mais longo —, parece efectivamente adequada a pôr em causa os interesses de segurança do Estado belga. Deste modo, considero também plausível que o Governo belga invoque que a execução do contrato deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança.

39. Considero também que a avaliação e definição dos interesses de segurança do Estado pertencem em grande medida à competência do governo de um Estado-Membro. Deste modo, se o Governo belga invoca que a execução do contrato deve ser acompanhada de medidas especiais de segurança e, caso não subsistam dúvidas evidentes relativamente a esta declaração, o Tribunal de Justiça deverá considerar que estão reunidos os pressupostos suficientes para que se possa recorrer ao artigo 4.°, n.° 2, da Directiva 92/50. A meu ver, a Bélgica pode, portanto, recorrer de forma legítima ao artigo 4.°, n.° 2, da directiva, sendo a directiva deste modo inaplicável. Nesta medida, não se verifica um incumprimento por parte do Estado belga.

40. Apenas para o caso de o Tribunal de Justiça não seguir a apreciação exposta, procede-se à analise dos demais argumentos das partes.

B — *Quanto à inaplicabilidade da Directiva 92/50 devido à inclusão do contrato no anexo I B da directiva*

41. Supondo que a Directiva 92/50 seria, em princípio, aplicável ao contrato de prestação de serviços em litígio, levanta-se agora a questão se saber se os serviços em questão são abrangidos pelo anexo I A ou pelo anexo I B. A directiva prevê uma «aplicação a dois níveis» [9]. Nos termos do vigésim primeiro considerando, «por um período transitório, a aplicação integral da presente directiva deve limitar-se aos contratos de serviços em relação aos quais as disposições da directiva permitirão a plena concretização do potencial de acréscimo do comércio transfronteiriço; [...] os contratos de outros serviços carecem de controlo durante um certo período até que seja tomada uma decisão quanto à aplicação integral da presente directiva [...]».

42. O sétimo considerando dispõe o seguinte:

«Considerando que, para efeitos de aplicação das regras de aquisição e para efeitos de controlo, a melhor forma de descrever o domínio dos serviços é subdividi-los em categorias que correspondam a posições específicas de uma nomenclatura comum; que os anexos I A e I B da presente directiva fazem referência à nomenclatura CCP (classificação comum dos produtos) das Nações Unidas; que, no futuro, esta nomenclatura poderá ser substituída por uma nomenclatura comunitária [...]» [10].

43. De acordo com o disposto no artigo 8.° da directiva, os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI, verificando-se, portanto, uma aplicação completa das regras de adjudicação da Directiva 92/50. Nos termos do artigo 9.° da directiva, os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.° e 16.° Apenas se aplicam, portanto, as regras comuns no domínio técnico, nos termos do artigo 14.°, e a obrigação de dar a conhecer os resultados do processo de adjudicação, nos termos do artigo 16.° Nesta medida, a classificação dos serviços que estão na base do contrato na respectiva categoria do anexo I é de uma importância elementar para o dever comunitário de respeito das regras de adjudicação.

44. A Comissão considera que o contrato em litígio é abrangido pela categoria 12 do anexo I A, enquanto o Governo belga é da opinião de que o contrato está subordinado à categoria 27 do Anexo I B. Considero incontestável o facto de o contrato em questão conter elementos de serviços de arquitectura paisagísticos e serviços de

9 — V. a denominação do título II da directiva.

10 — Uma classificação comunitária dos produtos para fins estatísticos foi adoptada pelo Regulamento (CEE) n.° 3696/93 do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativo à classificação estatística dos produtos por actividade (CPA) na Comunidade Económica Europeia (JO L 342, p. 1).

consultoria económica e técnica afins. No entanto, não é de contestar que o contrato envolva também serviços de fotografia aérea que, *a priori*, não são abrangidos pela categoria 12 do anexo I A. Também é incontestável que os serviços de fotografia aérea não são expressamente enumerados nem no anexo I A nem no anexo I B.

45. O Governo belga alega que a nomenclatura CCP contém expressamente uma posição designada «serviços de fotografia aérea» sob o n.º 87504. A classificação comunitária dos produtos, denominada CPA [11] no Regulamento n.º 3696/93, contém, conforme o número de referência CCP 875 a, uma categoria 74.81.2, designada «serviços de fotografia». A subcategoria 74.81.25 com a designação «serviços de fotografia aérea» corresponde ao número de referência CCP 87504.1 [12]. Não sendo possível classificar esta em qualquer uma das categorias do anexo I da directiva, deve ser abrangida pela categoria 27 «outros serviços», que se pode considerar uma espécie de categoria residual. Esta categoria constitui a única à qual não estão atribuídos quaisquer números de referência CCP. Não pode, portanto, pôr-se em causa que os serviços de fotografia aérea são abrangidos pela categoria 27. Também no acórdão proferido no processo Tögel [13], o Tribunal de Justiça decidiu que a referência nos anexos I A e I B da Directiva 92/50 à nomenclatura CCP tem carácter vinculativo.

46. Existem, porém, ainda dúvidas relativamente à questão de definir as regras de acordo com as quais o contrato deverá ser adjudicado, caso partes do seu objecto sejam classificadas no anexo I A, enquanto outras são abrangidas pelo anexo I B. Para este tipo de casos, o artigo 10.º estabeleceu uma regra vinculativa:

«Os contratos que tenham simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo I A e serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI sempre que o valor dos serviços enumerados no anexo I A seja superior ao valor dos serviços enumerados no anexo I B. Caso contrário, serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.º e 16.º»

47. No acórdão proferido no processo Swoboda [14], o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 10.º fornece «um critério unívoco de determinação do regime aplicável a um contrato composto por serviços diversos, que se baseia na comparação do *valor dos serviços* enumerados no anexo I A desta directiva com o dos serviços enumerados no seu anexo I B» [15].

48. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça rejeitou expressamente a tese de que o objecto principal do contrato determina o

11 — V. artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 3696/93 (já referido na nota 10).

12 — V. Regulamento n.º 3696/93 (já referido na nota 10, pp. 113 e segs.).

13 — Acórdão de 24 de Setembro de 1998, Tögel (C-76/97, Colect., p. I-5357, n.º 37).

14 — Acórdão de 14 de Novembro de 2002, Felix Swoboda GmbH (C-411/00, Colect., p. I-10567).

15 — V. acórdão Swoboda (já referido na nota 14, n.º 52; sublinhado nosso).

regime aplicável a este [16]. Não obstante, estabeleceu de forma clara que os serviços de um contrato a adjudicar, embora possam ser de natureza diferente, concorrem para a realização de um objectivo único, devendo, portanto, ser celebrado um contrato unitário [17].

49. Neste sentido, a determinação do valor dos diversos serviços é decisiva. No acórdão Swoboda, proferido num processo de decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça declarou que «a classificação de serviços nos anexos I A e I B da Directiva 92/50 é, antes de mais, uma questão de facto cuja apreciação *incumbe* à *entidade adjudicante*, sob controlo dos órgãos jurisdicionais nacionais» [18].

50. No presente processo, não se verifica um controlo dos órgãos jurisdicionais nacionais, na medida em que se trata de uma acção por incumprimento. A questão de facto relevante para os objectivos do presente processo deverá, portanto, ser decidida pelo Tribunal de Justiça.

51. Tanto a Comissão como o Governo belga efectuaram cálculos de modo a determinar o valor relativo dos serviços de fotografia aérea no contrato. De acordo com o resultado obtido pela Comissão, este eleva-se a 46,56%, enquanto o Governo belga efectuou diversos cálculos, que não considero necessário recapitular pormenorizadamente, que também demonstram que os serviços de fotografia aérea têm um peso económico claramente superior a 50% do contrato.

52. Em reacção ao resultado de 46,56% calculado pela Comissão, o Governo belga procedeu a um novo cálculo. A Comissão apenas considerou nos seus cálculos as prestações do tipo I, II e III do contrato de prestação de serviços, não tendo deste modo estimado qualquer participação dos serviços de fotografia aérea nas prestações do tipo IV («quantia reservada») [19]. A «quantia reservada» destina-se a cobrir necessidades indispensáveis de todo o tipo que não eram possíveis de prever na altura da celebração do contrato. A expressão «em especial» [20] demonstra que a quantia também poderá ser utilizada para presta-

16 — V. acórdão Swoboda (já referido na nota 14, n.º 49).

17 — V. acórdão Swoboda (já referido na nota 14, n.ºs 56 e 59).

18 — V. acórdão Swoboda (já referido na nota 14, n.º 62; sublinhado nosso).

19 — «Voorbehouden som/somme reservé». As prestações do tipo IV são descritas no artigo 7.º do contrato de 13 de Janeiro de 1995 da seguinte forma: «A quantia reservada (tipo de prestação IV — ...) eleva-se a 15 milhões de BEF (com excepção dos anos de contrato 1998/1999 e 1999/2000, para os quais apenas estão previstos 12,5 milhões de BEF por motivos orçamentais) e poderá ser utilizada, *em especial*, para:
1. o controlo, após cada voo de medição, do estado da praia e das dunas, tanto no que diz respeito à morfologia da praia como à formação das dunas, de acordo com as normas e regulamentações, definidas tanto no 'Doindecreet' como no 'Normstelling Kust 2000';
2. a transmissão dos resultados da medição para um suporte magnético compatível com os aparelhos da administração;
3. permitir ao co-contratante a obtenção da norma ISO 9000 para as actividades que são indispensáveis à execução do presente contrato;
4. técnicas novas ou renovadas que surgem durante a vigência do contrato e poderão ser utilizadas para melhorar o contrato relativo ao controlo em termos qualitativos e/ou quantitativos.»

20 — V. a redacção do artigo 7.º do contrato de 13 de Janeiro de 1995 (constante da nota 19).

ções diversas das enumeradas no artigo 7.° do contrato de prestação de serviços, ou seja, também para as prestações de serviços comparáveis às prestações do tipo I, II ou III.

53. Caso nos baseemos na avaliação da Comissão, de acordo com a qual a quota-parte dos serviços de fotografia aérea no âmbito das prestações do tipo I, II e III se eleva a 61,80%, e se transfira esta percentagem para as prestações do tipo IV, dever-se-á considerar que os serviços de fotografia aérea representam 61,80% do valor do contrato. Esta estimativa impõe-se, em todo o caso, numa consideração *ex ante*, que deve ser efectuada na altura da adjudicação do contrato. Uma consideração das prestações de serviços efectivamente realizadas de acordo com uma consideração *ex post* permite concluir que a quota-parte dos serviços de fotografia aérea nas prestações do tipo IV se eleva a 56%. De qualquer modo, a quota-parte dos serviços de fotografia aérea perfaz significativamente mais de 50% do valor total do contrato.

54. Na minha opinião, a argumentação do Governo belga acima exposta não levanta qualquer objecção de princípio. Considero, além disso, que é possível deduzir da redacção do acórdão Swoboda [21], nos termos do qual a classificação de serviços nos anexos I A e I B da Directiva 92/50 incumbe à entidade adjudicante, que o Tribunal de Justiça concede à entidade adjudicante um certo poder de apreciação.

55. Neste sentido, não vejo qualquer motivo para duvidar da apreciação do Governo belga, de acordo com a qual os serviços de fotografia aérea representam, em termos de valor, a parte principal do contrato. Por conseguinte, o contrato é abrangido pelo anexo I B, de modo que o processo de adjudicação previsto pelas disposições comunitárias nos termos dos títulos III a VI da Directiva 92/50 não necessita ser respeitado. De acordo com o ponto de vista defendido, a acção por incumprimento deve ser julgada improcedente.

56. Deste modo, a questão de saber se o Governo belga pode recorrer ao artigo 11.°, n.° 3, alínea b) pode ficar em aberto.

VI — Quanto às despesas

57. Por força do disposto no n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. O Governo belga, contudo, não requereu a condenação da parte vencida nas despesas. Deste modo, cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.

21 — V. acórdão Swoboda (já referido na nota 14, n.° 62).

VII — Conclusão

58. Com base nas considerações que precedem, proponho que se decida da seguinte maneira:

1) A acção é julgada improcedente.

2) Cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.