CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CLAUS GULMANN

apresentadas em 12 de Maio de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Em 1988, o Ufficio del Genio Civile de Bolzano, um serviço dependente do Ministério das Obras Públicas italiano, adjudicou uma empreitada de obras públicas à empresa italiana Collini e Rabbiosi SpA para a construção de uma barreira de protecção contra avalanchas na região denominada «Alpe Gallina», em Colle Isarco/Brennero, região importante do ponto de vista do tráfego e do turismo. O contrato foi adjudicado sem publicação prévia do anúncio de concurso no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias.* A Comissão intentou a presente acção, pedindo que seja declarado que a República Italiana não cumpriu, por essa razão, as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [1].

2. O título III da Directiva 71/305 fixa as regras de publicidade, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* das empreitadas de obras públicas que as entidades adjudicantes dos Estados-membros pretendem adjudicar. O objectivo destas disposições é permitir que os empreiteiros da Comunidade sejam informados das obras previstas e eventualmente participem no processo de concurso. O artigo 12.° prevê, designadamente, que as entidades adjudicantes que pretendam adjudicar obras públicas por concurso público darão a conhecer a sua intenção por meio de anúncio, que será enviado ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, que, em seguida, o publicará no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias.*

3. O Governo italiano, que não contesta que as obras em causa estão abrangidas por esta directiva, sustenta que a falta de publicação de um anúncio de concurso se baseia no artigo 9.°, alínea d), da directiva, que autoriza as entidades adjudicantes a adjudicar as suas empreitadas de obras sem aplicar as disposições relativas à publicidade, «na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes não seja compatível com os prazos exigidos por outros processos».

4. Resulta da jurisprudência do Tribunal e não é contestado pelo Governo italiano que:

— como derrogação às regras da directiva, esta disposição deve ser interpretada restritivamente [2],

— o ónus da prova da existência efectiva de circunstâncias excepcionais que justifi-

* Língua original: dinamarquês.

1 — JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9. A directiva foi transposta em Itália pela Lei n.° 584, de 8 de Agosto de 1977. A importante modificação que a Directiva 89/440/CEE do Conselho trouxe a esta directiva é posterior à época pertinente para o presente processo.

2 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colect., p. 1039, n.° 14).

quem a derrogação cabe a quem delas pretenda prevalecer-se,

— as condições fixadas no artigo 9.°, alínea d), para a derrogação às regras da directiva são cumulativas [3].

5. O Governo italiano argumentou que os trabalhos de realização de uma barreira de protecção contra avalanchas no Alpe Gallina tinham necessariamente de começar em Setembro de 1988 e que por isso se tornava impossível respeitar a exigência, imposta pela directiva, de publicação de um anúncio de concurso.

O Governo italiano explicou que, para que a realização da barreira de protecção contra avalanchas estivesse suficientemente avançada antes de o Inverno chegar e por forma a permitir a obtenção, durante o Inverno de 1988/1989, de «dados relativos ao regime dos ventos entre as cotas 2 030 e 2 400 e ao comportamento dos depósitos de neve após a realização do conjunto dos trabalhos», era necessário começar as obras em Setembro, o mais tardar. A recolha desses dados era uma condição prévia para a realização do projecto e o Governo italiano salientou que, se a primeira parte das obras tivesse de ser adiada até ao fim do Inverno de 1988/1989, todo o projecto sofreria o atraso de um ano [4]. A este respeito, o Governo italiano indicou que entre 21 de Setembro de 1988, data do início dos trabalhos [5], e 4 de Novembro de 1988, em que foi preciso suspendê-los por causa do Inverno, se realizaram trabalhos correspondentes a 28% do custo do projecto completo [6].

O Governo italiano explicou ainda que só com a apresentação de um relatório do Serviço Geológico do Ministério do Ambiente italiano, datado de 9 de Junho de 1988, se deu conta da urgência de mandar erigir uma barreira de protecção contra avalanchas no Alpe Gallina. Segundo o Governo italiano, resulta do relatório que as características geológicas da região em causa, desconhecidas até então, tornavam altamente provável, concreto e iminente o risco de avalanchas, e que o Serviço Geológico recomendava uma «intervenção de urgência». O Governo italiano referiu que, até 9 de Junho de 1988, apenas se considerava existir um risco geral de avalanchas no Alpe Gallina e que, antes de serem apresentados os resultados da primeira pesquisa geológica na região, não era possível prever que o risco era concreto e iminente.

O Governo italiano argumenta que, nos termos das condições fixadas a este respeito pelo artigo 9.°, alínea d), da directiva, existiam, simultaneamente, uma *urgência imperiosa* e *acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes* e que, no período compreendido entre 10 de Junho de 1988, data da apresentação do relatório, e Setembro de 1988, que era quando os trabalhos

3 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1992, Comissão/Espanha (C-24/91, Colect., p. I-1989, n.° 13).

4 — O Governo italiano explicou que as informações necessárias foram recolhidas entre 1 de Dezembro de 1988 e 30 de Abril de 1989 e revelaram a necessidade de modificar o projecto inicial numa série de pontos. De resto, os trabalhos de realização da barreira de protecção contra avalanchas duraram cerca de três anos e foram concluídos em Outubro de 1991.

5 — O Governo italiano informou que o contrato propriamente dito só foi assinado em 10 de Novembro de 1988.

6 — Consta do processo uma decisão de 28 de Setembro de 1988 da comuna de Brennero relativa à suspensão imediata dos trabalhos. A decisão foi motivada pela ausência da necessária licença de construção. Na audiência, o Governo italiano explicou que, não obstante essa decisão, as obras continuaram ininterruptamente até 4 de Novembro de 1988, altura em que, como já se disse, foi necessário interrompê-las por causa do Inverno. De resto, a decisão da comuna de Brennero foi suspensa pela decisão n.° 733 do Consiglio di Stato, de 15 de Novembro de 1988, e, em 10 de Abril de 1989, a Corte costituzionale italiana verificou a legalidade dos trabalhos.

deveriam imperiosamente começar, não era possível desencadear um processo de publicidade nos termos da directiva.

6. A Comissão contesta que as condições do artigo 9.°, alínea d), estivessem preenchidas e apresentou uma série de argumentos nesse sentido, que foram reproduzidos no relatório para audiência. Em nosso entender, basta mencionar aqui que a Comissão assinalou que tinham decorrido mais de três meses entre a data em que o Serviço Geológico apresentou o relatório, em 10 de Junho de 1988, e o início dos trabalhos, em 21 de Setembro de 1988, e argumentou que, em tais circunstâncias, o Governo italiano não podia invocar a urgência imperiosa para dispensar o processo de publicidade previsto na directiva, por o mesmo não implicar demoras excessivas. A Comissão sublinhou que uma aplicação do processo acelerado correspondente ao processo limitado previsto no artigo 15.° da directiva permite reduzir os prazos a 22 dias no total, ou seja, doze dias para a recepção dos pedidos de candidatura, a contar da data de envio do anúncio para o Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, e dez dias para a recepção das propostas, a contar da data do convite [7].

7. Para tomar posição neste caso, importa, em nosso entender, partir da premissa de que era absolutamente necessário começar os trabalhos em Setembro de 1988. Numa situação em que, por um lado, os estudos científicos demonstram que existe um sério risco de avalanchas e, por outro, as autoridades de um Estado-membro consideram necessário começar imediatamente os trabalhos para impedir as avalanchas, seria inaceitável que a exigência de publicidade imposta pela directiva pudesse ter por consequência serem os trabalhos adiados por um ano, com o risco acrescido de danos para as pessoas e bens que daí adviria. A disposição do artigo 9.°, alínea d), tem precisamente por objectivo evitar tal situação. Nesta medida, pode, portanto, dizer-se que a necessidade de começar os trabalhos em Setembro de 1988 constituía uma *urgência imperiosa*.

Todavia, o artigo 9.°, alínea d), não exige somente que exista uma urgência imperiosa, mas, igualmente, que essa urgência imperiosa não seja «*compatível com os prazos exigidos por outros processos*» (sublinhado nosso). Trata-se de saber se o Governo italiano fez, como lhe competia, prova de que a urgência imperiosa em causa era incompatível com o respeito das regras de publicidade da directiva. Julgamos que esta questão deve ter uma resposta negativa. Mesmo que devêssemos considerar como assente que o relatório do Serviço Geológico constituía um acontecimento imprevisível, no sentido de que os dados que comportava eram novos, e que foi com base nele que a administração italiana decidiu que os trabalhos deveriam começar em 1988, não nos parece que o Governo italiano tenha provado que não era possível, entre 10 de Junho de 1988 e 21 de Setembro de 1988, ou seja, durante um período de *três meses e onze dias*, desencadear um processo de publicação em conformidade com o processo acelerado previsto no artigo 15.° da directiva, cujos prazos são, no total, de 22 *dias*.

8. O Governo italiano explicou que o processo administrativo nacional que permitiu

7 — V. acórdão Comissão/Espanha (já referido, n.° 15).

adjudicar a empreitada levou três meses, o que, segundo ele, foi bem mais rápido que o habitual. Assim, o Governo italiano defende que, se as regras da directiva em matéria de publicidade tivessem sido seguidas, não teria sido possível começar os trabalhos antes do Inverno de 1988/1989, e isto quer se tivesse escolhido ou não o processo acelerado do artigo 15.° Na sua tréplica, o Governo italiano especificou que o processo nacional concretamente necessário comportava, designadamente, «a preparação dos anteprojectos e dos projectos de execução das obras a adjudicar, a escolha do contratante, as cláusulas do contrato de adjudicação e a sua aprovação, assim como a aprovação do decreto autorizando as despesas» — por outras palavras, «todo o processo... do anteprojecto à aprovação do decreto que autoriza o contrato e as despesas...».

Na audiência, o Governo italiano especificou que o projecto das obras foi elaborado em *18 de Junho de 1988*, que foi aprovado pela comissão técnica e administrativa da Inspecção das Obras Públicas de Trento em *20 de Junho de 1988* [8] e que os meios financeiros foram postos à disposição da autoridade competente em *22 de Julho de 1988*.

9. Seja-nos aqui permitido observar, em primeiro lugar, que devia ser possível desencadear um processo de concurso nos termos da directiva, o mais tardar em 22 de Julho de 1988, data em que o projecto de obras estava concluído e os meios financeiros se encontravam à disposição das autoridades. Mesmo que o processo de concurso, segundo o procedimento acelerado previsto no artigo 15.° da directiva, só tivesse sido desencadeado nesta data, poderia estar concluído em meados de Agosto, ou seja, mais de um mês antes da data prevista para o início dos trabalhos. No que respeita aos outros elementos do processo administrativo nacional, dos quais o Governo italiano apenas mencionou expressamente «as cláusulas do contrato de adjudicação e a sua aprovação», este governo não explicou, e muito menos demonstrou, por que motivo não era possível realizar essas diferentes fases em simultâneo com o processo de concurso, de modo a que o início dos trabalhos não fosse ainda mais retardado.

Seja-nos permitido, em segundo lugar, observar que o Governo italiano não explicou a razão por que o «decreto de autorização das despesas», através do qual os meios financeiros necessários foram postos à disposição das autoridades, só pôde ser aprovado em 22 de Julho de 1988. Resulta do processo que o montante de 10,5 mil milhões de LIT para a construção da barreira de protecção contra avalanchas no Alpe Gallina já tinha sido autorizado pela Lei de finanças n.° 67, de *11 de Março de 1988*. Pode, além disso, considerar-se que as autoridades italianas tinham uma obrigação legal de tudo fazer para respeitar as regras comunitárias e, portanto, criar, na medida do possível, as bases necessárias para um processo de concurso que respeitasse cabalmente as regras da directiva. Tida em conta esta obrigação, um prazo de mais de um mês para a aprovação de um decreto desta natureza não parece justificado.

Seja-nos permitido, além disso, salientar que fomos levados a interrogar-nos sobre se era

8 — E não em 26 de Abril de 1988, como é indicado na resposta da Itália à notificação de incumprimento da Comissão: v. o telex de 15 de Março de 1990 enviado à Comissão pela Representação Permanente da Itália.

mesmo necessário esperar pela aprovação de um «decreto de autorização das despesas» antes de se iniciar um processo de concurso — e o Governo italiano não apresentou um motivo satisfatório a este respeito. Considerando a lei de finanças que tinha sido já aprovada e, sobretudo, tendo em conta que se tratava de um projecto urgente, temos dificuldade em compreender por que motivo o processo de concurso não podia ser iniciado a partir de 18 de Junho de 1988, data em que o projecto de construção estava concluído, eventualmente com uma menção expressa, no anúncio de concurso, de que a realização dos trabalhos dependia da aprovação final das autoridades financeiras.

10. Nestas circunstâncias, cremos que se podem considerar correctas as conclusões da Comissão, pelo simples motivo de que o Governo italiano não fez a prova, cujo ónus lhe cabia, de que a alegada urgência imperiosa era incompatível com os prazos previstos no quadro do processo acelerado do artigo 15.° da directiva [9].

11. Se o Tribunal vier a considerar que o Governo italiano fez a prova que lhe incumbia, demonstrando que não era possível realizar um processo de concurso, nos termos das disposições da directiva, entre 10 de Junho de 1988 e 21 de Setembro de 1988, convirá então perguntarmo-nos em que medida o relatório do Serviço Geológico constituía um *acontecimento imprevisível*, no sentido do artigo 9.°, alínea d), da directiva.

12. Parece que a Comissão contesta que um relatório científico deste tipo possa constituir um acontecimento imprevisível, no sentido da directiva. Essa concepção parece-nos indefensável. Um relatório científico cujas conclusões são novas e imprevisíveis, em relação às bases dos conhecimentos anteriores, poderia, em nosso entender, motivar e justificar uma derrogação às regras da directiva.

13. Todavia, isso não é determinante no contexto do presente processo. Com efeito, é duvidoso que o relatório em questão tenha verdadeiramente tido a importância que o Governo italiano lhe atribui.

A este respeito, importa ter em mente que o artigo 9.°, alínea d), exige a presença de «urgência imperiosa *resultante* de acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes» (sublinhado nosso). Por outras palavras, exige-se um nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível invocado pelo Governo italiano e a urgência imperiosa presente neste caso. Independentemente da questão de saber se as entidades adjudicantes podiam ou não prever o conteúdo do relatório do Serviço Geológico, a reunião das condições previstas no artigo 9.°, alínea d), implica, necessariamente, que a apreciação pelas entidades e a sua decisão quanto à necessidade de dar início aos trabalhos em 1988 deviam *resultar da* apresentação desse relatório. Em nosso entender, as informações disponíveis sobre as circunstâncias deste processo permitem considerar como assente que o Governo italiano não provou que foi o relatório que levou as autoridades italianas a julgar necessário que os trabalhos tivessem início em 1988. Pelo contrário, estas informações demonstram que a necessidade de começar os trabalhos em 1988 foi constatada antes da apresentação do relatório de 9 de Junho de 1988, que as autoridades competen-

9 — V., no mesmo sentido, acórdão Comissão/Espanha (já referido, n.° 14).

tes haviam começado a elaborar o projecto antes desta data e, portanto, que dispunham de tempo suficiente para levar a cabo um processo de publicação nos termos das regras da directiva.

Apoiamo-nos, quanto a este aspecto, nas indicações seguintes:

— O Ufficio del Genio Civile di Bolzano elaborou um relatório, logo em *4 de Março de 1986*, no qual concluía que, no Alpe Gallina, existe «um perigo objectivo de avalanchas susceptíveis de afectar, com uma periodicidade de 50 anos, as vias de comunicação no fundo do vale» e que «o autor é do parecer que estão actualmente reunidas as condições de urgência e de impossibilidade de dilação da execução das obras de realização de barreiras de protecção contra avalanchas, pelo menos no Alpe Gallina, para assegurar a necessária segurança das vias de comunicação com as regiões situadas além dos Alpes» [10].

— Em *3 de Abril de 1987*, teve lugar uma reunião, a pedido do assessore regionale e com a participação do presidente do município de Brennero, do presidente do Auto-Brennero e do chefe do Departamento ANAS-Bolzano, e no decurso desta reunião «os motivos da urgência das obras e da impossibilidade de as adiar... foram reconhecidos...» [11].

— Em *22 de Janeiro de 1988*, o presidente do município de Brennero fez a seguinte exposição, no seu ofício n.º 186: «Tendo tomado conhecimento de que na lei de finanças bis de 1988... foi prevista uma despesa de 10 500 000 000 LIT para a realização de barreiras contra avalanchas no Alpe Gallina... e tendo em conta que estes trabalhos assumem um carácter de urgência... a administração comunal de Brennero solicita... às administrações competentes que prevejam... os instrumentos técnicos e administrativos necessários para que *os trabalhos comecem imediatamente e possam prosseguir no decurso da presente estação*, adjudicando os trabalhos com a maior urgência, sem os atrasos próprios de outros tipos de adjudicação, *ganhando assim um ano inteiro* e fazendo desaparecer no futuro o grave perigo de avalanchas nesta zona. Esta rapidez só pode, em nosso entender, ser alcançada recorrendo... às máquinas com que já se realizaram, com satisfação generalizada e adiantando-se aos prazos previstos, intervenções análogas em zonas vizinhas, sempre na comuna de Brennero» (sublinhado nosso) [12].

— Em *11 de Março de 1988*, como dissemos, a lei de finanças afectou 10,5 mil milhões de LIT à construção de uma barreira de protecção contra avalanchas no Alpe Gallina. Durante a audiência, o Governo italiano explicou que esse montante tinha sido repartido por três anos, ou seja, 5 mil milhões de LIT em 1988, 3 mil milhões de LIT em 1989 e 2,5 mil milhões de LIT em 1990.

10 — Este relatório foi apresentado em anexo à resposta do Governo italiano às perguntas do Tribunal.

11 — V. o telex de 15 de Março de 1990 enviado à Comissão pela Representação Permanente da Itália.

12 — Este ofício foi junto como anexo 2 à resposta do Governo italiano às perguntas do Tribunal. Observamos, a este respeito, que resulta do relatório já citado de 4 de Março de 1986 que, em 24 de Janeiro de 1980, foi adjudicado um contrato para obras contra as avalanchas nas regiões vizinhas, à empresa Collini e Rabbiosi, à qual foi também adjudicado o contrato em causa neste processo.

— Em *10 de Maio de 1988*, o Serviço Geológico foi convidado a elaborar o relatório em causa, relativo às condições geológicas da região.

Por outras palavras, o relatório foi elaborado depois da decisão de construir uma barreira de protecção contra avalanchas e, muito provavelmente, nessa ocasião, e tudo indica que era precisamente com base nele que deveria ser elaborado o projecto das obras. Além disso, há boas razões para pensar que antes de ser apresentado o relatório, em 9 de Junho de 1988, já se dispunha de uma parte importante das bases técnicas e científicas necessárias para a elaboração do projecto das obras, pois parece pouco provável que, assim não sendo, um projecto de obras tivesse podido ser elaborado no curto lapso de tempo compreendido entre 10 de Junho de 1988, data de apresentação do relatório, e 18 de Junho de 1988, data em que, segundo as informações fornecidas pelo Governo italiano, o projecto das obras estava concluído.

A maneira como tudo se passou demonstra, em nosso entender, que as autoridades há muito sabiam que era urgente construir uma barreira de protecção contra avalanchas no Alpe Gallina e que admitiam, desde a aprovação da lei de finanças, em Março de 1988, que esses trabalhos deveriam começar em 1988. Assim, o presidente do município de Brennero chamou a atenção, logo em Janeiro de 1988, para a importância de «ganhar um ano». Acresce ainda que, ao responder, em 15 de Março de 1990, à notificação de incumprimento da Comissão, o Governo italiano não deu minimamente a impressão de que o relatório de 9 de Junho de 1988 pudesse ter sido determinante. Ao contrário, o Governo italiano refere nessa carta que o relatório de 9 de Junho de 1988 *simplesmente confirmou* «os motivos da urgência e da impossibilidade de adiar» que eram conhecidos desde Março de 1986; e foi só na sua contestação que o Governo italiano sustentou que esse relatório foi determinante para a decisão das autoridades de iniciar os trabalhos em 1988.

14. Nestas circunstâncias, pensamos poder concluir que, independentemente da questão de saber se o relatório de 9 de Junho de 1988 demonstrou que o risco de avalanchas no Alpe Gallina era mais grave do que se julgava até então, esse relatório não foi determinante para a apreciação das autoridades e para a sua decisão de que a construção da barreira de protecção contra avalanchas deveria começar em 1988. Tudo indica que esta decisão foi tomada suficientemente a tempo, permitindo levar a cabo, sem quaisquer dificuldades, um processo de publicação em conformidade com as regras da directiva, sem que isso impedisse que os trabalhos fossem iniciados em Setembro de 1988.

15. Por isso, e a título subsidiário, propomos ao Tribunal que julgue procedentes os pedidos da Comissão, por o Governo italiano não ter feito prova da existência do necessário nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível por ele invocado e a urgência imperiosa no caso existente, prova essa cujo ónus lhe cabia.

Conclusões

Assim, propomos ao Tribunal de Justiça

— que declare que, ao decidir adjudicar uma empreitada de obras públicas para a realização de uma barreira de protecção contra avalanchas em Colle Isarco-Brennero, sem enviar um anúncio de concurso ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e

— que condene a República Italiana nas despesas.