CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
JÁN MAZÁK
apresentadas em 9 de Outubro de 2007 [1]

I — Introdução

1. A presente acção foi intentada pela Comissão em 7 de Fevereiro de 2006, nos termos do artigo 228.º CE. A Comissão sustenta que a República Portuguesa não tomou as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Outubro de 2004, proferido no processo C-275/03, Comissão/Portugal [2], e pede a sua condenação numa sanção pecuniária compulsória. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que, ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos [3].

II — Quadro jurídico

2. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, conforme alterado, dispõe que «[o]s Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível […]».

1 — Língua original: inglês.

2 — Não publicado na Colectânea.

3 — JO L 395, p. 33.

3. O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 89/665 dispõe que «[o]s Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

[…]

c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação».

4. A Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [4], foi revogada pela Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [5], que, por seu turno, foi revogada pela Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços [6].

5. O artigo 81.º da Directiva 2004/18 dispõe que «[e]m conformidade com a Directiva [89/665/CEE] […] os Estados-Membros garantem a aplicação da presente directiva por meio de mecanismos eficazes, abertos e transparentes».

6. A remissão para a Directiva 71/305, que figura no artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, deve ser interpretada como uma remissão para a Directiva 2004/18 [7].

III — Fase pré-contenciosa do processo e pedidos

7. Por ofício de 4 de Novembro de 2004, a Comissão chamou a atenção das autoridades portuguesas para o acórdão proferido no processo C-275/03 e para o facto de o artigo 228.º CE impor a Portugal a adopção das medidas necessárias à execução desse acórdão. A Comissão pediu às autoridades portuguesas que lhe comunicassem, o mais tardar, até 15 de Janeiro de 2005, as medidas que tinham adoptado.

4 — JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 19.
5 — JO L 199, p. 54.
6 — JO L 134, p. 114.

7 — V. artigo 81.º da Directiva 2004/18.

8. Em 19 de Novembro de 2004, as autoridades portuguesas transmitiram à Comissão cópia da nova proposta de lei relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. As autoridades portuguesas pediram à Comissão que se pronunciasse sobre se, em seu entender, as soluções aí adoptadas correspondiam às exigências impostas por uma transposição correcta e completa da Directiva 89/665. Além disso, por ofício de 12 de Janeiro de 2005, as autoridades portuguesas pediram à Comissão que, antes de tomar qualquer decisão a respeito do procedimento previsto no artigo 228.º CE, aguardasse o início da nova legislatura após as eleições de 20 de Fevereiro de 2005, por forma a que o processo de aprovação da lei relativa ao regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado tivesse seguimento durante o primeiro semestre de 2005.

9. Em 21 de Março de 2005, a Comissão enviou ao Governo português uma notificação para cumprir, informando-o de que a dissolução da Assembleia da República e a subsequente realização de eleições não podiam servir de justificação ao não respeito das obrigações e dos prazos resultantes da Directiva 89/665. A Comissão informou também que a referida proposta de lei não era conforme à Directiva 89/665. A Comissão indicou às autoridades portuguesas que, por não ter recebido qualquer comunicação das medidas tomadas pelo Governo português para dar execução ao acórdão de 14 de Outubro de 2004, considerava que a República Portuguesa não tinha cumprido os deveres que lhe incumbem por força do artigo 228.º, n.º 1, CE. A Comissão solicitou ao Governo português que lhe transmitisse as suas observações sobre este assunto, no prazo de dois meses. Também chamou a atenção do Governo português para as sanções pecuniárias que, em conformidade com o artigo 228.º, n.º 2, CE, podem ser impostas pelo Tribunal de Justiça. A Comissão comunicou que indicaria ao Tribunal de Justiça o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória a pagar por Portugal, que considerasse adequada às circunstâncias.

10. Por ofício de 25 de Maio de 2005, as autoridades portuguesas responderam à notificação para cumprir da Comissão. Considerando esta resposta insatisfatória, a Comissão enviou um parecer fundamentado, em 13 de Julho de 2005, em que concluía que, não tendo tomado as medidas de execução do acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-275/03, a República Portuguesa não cumpriu os deveres que lhe incumbem por força do artigo 228.º, n.º 1, CE. Convidava o Governo português a tomar as medidas necessárias para, no prazo de dois meses, adoptar as medidas de execução do acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-275/03. A Comissão também chamou a atenção do Governo português para o facto de que se o caso fosse levado ao Tribunal de Justiça, este podia impor sanções pecuniárias e que a Comissão pediria a aplicação de uma sanção dessa natureza.

11. Na sua resposta de 12 de Dezembro de 2005 ao parecer fundamentado, as autoridades portuguesas informaram que o texto

da proposta de lei relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e que revoga o Decreto-Lei n.º 48051 já tinha sido transmitido à Assembleia da República para aprovação final. Por entender que a República Portuguesa não tinha adoptado as medidas de execução do acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2004 proferido no processo C-275/03, a Comissão decidiu intentar a presente acção no Tribunal de Justiça.

12. Na petição, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça:

— «declare que, por não ter tomado as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal […] proferido no processo C-275/03, […] a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 228.º, n.º 1, do Tratado;

— condene a República Portuguesa no pagamento à Comissão, na conta relativa aos 'recursos próprios' das Comunidades Europeias mencionada no artigo 9.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 1150/2000 do Conselho, de uma sanção pecuniária compulsória de 21 450 euros por cada dia de atraso na execução do acórdão no processo C-275/03 […] a contar do dia em que o Tribunal de Justiça tiver proferido o seu acórdão no caso vertente até ao dia em que o acórdão no processo C-275/03 supracitado tiver sido executado;

— condene a República Portuguesa nas despesas».

13. A República Portuguesa conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

«1. Julgar improcedentes todos os pedidos da Comissão:

a) considerando ter a República Portuguesa adoptado as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferido no processo C-275/03, Comissão/ /República Portuguesa, sobre a transposição da Directiva 89/665/ /CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, e nessa medida considerar improcedente o primeiro pedido da Comissão;

b) e, absolvendo a República Portuguesa do pagamento à Comissão

na conta relativa aos 'recursos próprios' das Comunidades Europeias mencionada no artigo 9.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 1150/2000 do Conselho, da sanção pecuniária compulsória de 21 450 euros por cada dia de atraso na execução do acórdão no processo C-275/03, já referido, a contar do dia em que o Tribunal de Justiça tiver proferido o seu acórdão no caso *sub judice* até ao dia em que o acórdão no processo C-275/03 tiver sido executado, e nessa medida considerar improcedente o segundo pedido da Comissão.

2. Subsidiariamente, reduzir o montante da sanção pecuniária referida, por ser manifestamente excessivo, fixando o coeficiente de gravidade aplicável num valor nunca superior a 4 (quatro), e bem assim fixar o pagamento da referida sanção numa base anual, suspendendo todavia a sua aplicação até à entrada em vigor das medidas entretanto adoptadas pelo Estado.»

IV — Cumprimento da obrigação imposta pelo artigo 228.º, n.º 1, CE

A — *Argumentos das partes*

14. A Comissão sustenta que a República Portuguesa não adoptou as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2004 proferido no processo C-275/03, porquanto não revogou o Decreto-Lei n.º 48051. A proposta de lei relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, transmitida pelo Governo português à Assembleia da República, não dá execução a esse acórdão. Além disso, uma vez que não lhe foi comunicada nenhuma outra medida, a Comissão considera que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 228.º, n.º 1, CE.

15. A República Portuguesa considera que a Proposta de Lei n.º 56/X relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovada por unanimidade pela Assembleia da República em 6 de Abril de 2006 e que entrará em vigor dentro em breve, realiza uma adequada transposição da Directiva 89/665. A República Portuguesa considera igualmente que o regime jurídico entretanto adoptado garante a transposição adequada da Directiva 89/665 e, consequentemente, dá execução integral ao acórdão proferido no processo C-275/03. A este respeito, a República Portuguesa sustenta que os artigos 22.º e 271.º da Constituição da República Portuguesa (a seguir «CRP») e o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (a seguir «CPTA») garantem suficientemente a execução do acórdão proferido no processo C-275/03. Sustenta, além disso, que a jurisprudência assente dos órgãos jurisdicionais portugueses reconheceu a existência de uma presunção de culpa no caso de actuação ilícita da Administração.

B — *Apreciação*

16. No quadro do procedimento previsto no artigo 228.º CE, cabe à Comissão fornecer ao Tribunal de Justiça os elementos necessários para determinar o estado de execução, por um Estado-Membro, de um acórdão que declara um incumprimento. Além disso, dado que a Comissão forneceu elementos suficientes que revelam que o incumprimento se mantém, compete ao Estado-Membro contestar pormenorizadamente a substância dos dados apresentados e as suas consequências [8].

17. Na parte decisória do acórdão no processo C-275/03, o Tribunal de Justiça decidiu que, ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665.

18. Tendo em conta o teor da parte decisória do acórdão no processo C-275/03, parece-me indispensável determinar, no contexto do presente processo por incumprimento ao abrigo artigo 228.º, n.º 1, CE, se a República Portuguesa tomou as medidas necessárias à execução desse acórdão, nomeadamente, se o Decreto-Lei n.º 48051 foi revogado.

19. A data de referência para determinar a existência de um incumprimento de Estado nos termos do artigo 228.º, n.º 1, CE é a data em que expira o prazo fixado no parecer fundamentado enviado em aplicação desta disposição. Além disso, uma vez que a Comissão pede a condenação da República Portuguesa numa sanção pecuniária compulsória, há igualmente que determinar se o incumprimento invocado persistiu até ao dia da audiência no presente processo.

20. No caso vertente, resulta dos articulados da Comissão, e também dos da República Portuguesa, que, embora tenha sido aprovada pela Assembleia da República, a proposta de lei que revoga o Decreto-Lei n.º 48051 não foi definitivamente adoptada. O Governo português admite nos seus articulados que, para entrar em vigor, a Proposta de Lei n.º 56/X deve, nomeadamente, ser assinada pelo Presidente da República e publicada em

8 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 2006, Comissão/Itália (C-119/04, Colect., p. I-6885, n.º 41).

Diário da República. Na data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado de 13 de Julho de 2005, a República Portuguesa ainda não tinha tomado essas medidas necessárias do processo legislativo.

21. Além disso, na audiência de 5 de Julho de 2007, tendo sido directamente contraposto ao representante da República Portuguesa que o Decreto-Lei n.º 48051 ainda estava em vigor naquela data, ele respondeu que era intenção da República Portuguesa alterar o regime actual através da adopção da Proposta de Lei n.º 56/X. Por conseguinte, é manifesto que, em 5 de Julho de 2007, a República Portuguesa não tinha revogado o Decreto-Lei n.º 48051. Além disso, nessa mesma data, as obrigações que incumbiam a Portugal, de transpor os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, continuavam por cumprir [9].

22. No que diz respeito às alegações do Governo português baseadas nos artigos 22.º e 271.º da CRP, no CPTA e na jurisprudência dos tribunais portugueses [10] em matéria de presunção de culpa, não me parecem juridicamente pertinentes nem apropriadas no contexto do presente litígio. Em meu entender, essas alegações correspondem a uma tentativa de Portugal reabrir o processo C-275/03 e submeter a reexame questões que já foram debatidas pelas partes e que o Tribunal de Justiça já teve em conta na sua decisão final naquele processo.

9 — Entretanto, essas disposições ainda não foram revogadas.

10 — V. n.º 15, *supra*.

23. Face às considerações precedentes, deve concluir-se que a República Portuguesa não tomou as medidas necessárias para a execução do acórdão proferido no processo C-275/03, no que diz respeito à transposição dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, e, consequentemente, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 228.º, n.º 1, CE.

24. Uma vez que foi provado que o incumprimento das obrigações que incumbem à República Portuguesa se mantinha no dia da audiência no presente processo, há que examinar o pedido da Comissão relativo a uma sanção pecuniária compulsória.

V — A sanção pecuniária apropriada

A — *Argumentos das partes*

25. Baseando-se no método de cálculo definido na sua comunicação de 21 de Agosto de

1996 sobre a aplicação do artigo [228.º CE] [11] e na sua comunicação de 28 de Fevereiro de 1997 sobre o método de cálculo da sanção pecuniária compulsória prevista no artigo [228.º CE] [12], a Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça condene a República Portuguesa numa sanção pecuniária compulsória de 21 450 euros por cada dia de atraso na execução do acórdão no processo C-275/03. Esta sanção deve ser aplicada a contar da data da prolação do acórdão no presente processo, até à data em que seja dada execução ao acórdão no processo C-275/03.

26. A Comissão considera que uma sanção pecuniária compulsória é a sanção apropriada para fazer cessar, o mais rapidamente possível, a infracção constatada. Uma sanção pecuniária compulsória de 21 450 euros por dia de atraso é proporcionada à gravidade e à duração da infracção, ao ter em devida conta a necessidade de garantir a eficácia da sanção. Segundo a Comissão, este montante deve ser determinado multiplicando o montante fixo de base de 500 euros por um coeficiente de 11 (numa escala de 1 a 20) pela gravidade da infracção, por um coeficiente de 1 pela duração da infracção e por um coeficiente de 3,9 [com base no Produto Interno Bruto (a seguir «PIB») de Portugal e no número de votos de que dispõe no Conselho] pela capacidade de pagamento de Portugal.

27. No que diz respeito à duração do incumprimento, a Comissão alega que, em 12 de Outubro de 2005, ou seja, na data em que intentou a presente acção, tinham decorrido onze meses desde o dia em que o Tribunal de Justiça proferira o seu acórdão no processo C-275/03. Em conformidade com a orientação que adoptou em Março de 2001, a Comissão começa a calcular a duração da infracção a partir do sétimo mês a seguir à data em que o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão em que declarou a infracção ao direito comunitário. No caso vertente, dado que a multiplicação do «coeficiente de 0,1 por cinco meses (Novembro de 2004 — Maio de 2005) conduz a um resultado igual a 0,5», o coeficiente de duração deverá ser igual a 1, ou seja, o coeficiente mínimo.

28. No que diz respeito à gravidade da infracção, a Comissão alega que, para determinar o montante da sanção pecuniária compulsória, há que ter em conta dois parâmetros, a saber, por um lado, a importância das regras comunitárias objecto da infracção e, por outro, as consequências desta infracção para interesses gerais e particulares. O terceiro considerando da Directiva 89/665 indica que «a abertura dos contratos de direito público à concorrência comunitária requer um aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação». É necessário, para que «dessa abertura resultem efeitos concretos, que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito». A Comissão considera que a

11 — JO C 242, p. 6.
12 — JO C 63, p. 2.

importância das normas objecto da infracção é grande e que as consequências desta infracção para interesses gerais e particulares podem ser importantes. A este respeito, a parte da contratação pública em Portugal, em 2002, era de 13,2% do PIB nacional [13]. Sem prejuízo do que precede, mas tendo em consideração, por um lado, que o Tribunal de Justiça se pronunciou pela primeira vez, no acórdão proferido no processo C-275/03, sobre a questão de saber se uma legislação nacional que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência de uma violação do direito comunitário em matéria de contratação pública ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo é compatível com os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, e, por outro, que a infracção que deu origem ao acórdão proferido no processo C-275/03 constitui, no que diz respeito à República Portuguesa, um caso isolado de má transposição das directivas comunitárias no domínio da contratação pública, a Comissão considera que o coeficiente de gravidade deve ser igual a 11.

29. Na réplica, a Comissão indica que, contrariamente às afirmações da República Portuguesa [14], o ponto 13.3 da Comunicação de 2005 da Comissão, sobre a aplicação do artigo 228.º CE [15] (a seguir «comunicação de 2005»), que refere expressamente a possibilidade de fazer variar a base temporal de cálculo da sanção pecuniária para a apreciação da persistência do incumprimento por um Estado-Membro, após o Tribunal de Justiça ter proferido um acórdão nos termos do artigo 228.º CE, não é aplicável neste caso. A Comissão considera igualmente que a situação em causa no processo C-278/01, Comissão/Espanha [16], em que o Tribunal de Justiça declarou que a eventual constatação do termo da infracção só pode ser feita anualmente, é substancialmente diferente da situação em causa no presente processo, no qual está em causa a adopção de medidas para a correcta transposição de uma disposição da Directiva 89/665 para direito nacional.

30. Além disso, a Comissão considera, uma vez mais contrariamente às afirmações da República Portuguesa [17], que não há lugar à suspensão da sanção pecuniária compulsória, nas condições previstas no ponto 13.4 da comunicação de 2005. O ponto 13.4 da comunicação de 2005 prevê que a suspensão de uma sanção pecuniária compulsória se pode justificar se, por exemplo, for necessário um certo tempo para verificar se foram tomadas todas as medidas necessárias à execução do acórdão. Dado que o caso vertente tem por objecto a transposição de uma directiva, a Comissão pode imediatamente, quando é notificada do instrumento legislativo de transposição, declarar verificada a existência dessas medidas.

13 — Ligeiramente inferior à média comunitária (16%).

14 — V. n.º 33, *infra*.

15 — SEC (2005) 1658.

16 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Novembro de 2003, Comissão/Espanha (Colect., p. I-14141, n.º 51).

17 — V. n.º 34, *infra*.

31. A República Portuguesa considera que o montante da sanção pecuniária compulsória proposta pela Comissão, especialmente a aplicação de um coeficiente de 11 pela gravidade da infracção, é manifestamente desproporcionado e excessivo, tendo presentes as circunstâncias do caso concreto. O Governo português observa que, no âmbito da Directiva 89/665, a responsabilidade civil da Administração é um instrumento da política de contratação pública. Porém, não deve ser atribuída importância primordial a este instrumento no âmbito dessa política. O objectivo de tal política é, antes de mais, garantir a legalidade do procedimento de formação do contrato público. A possibilidade de responsabilização da Administração deve ser vista como um instrumento secundário de salvaguarda dos interesses do lesado. Além disso, a República Portuguesa considera que a lesão causada aos interesses gerais e particulares decorrente do incumprimento é, no mínimo, duvidosa, uma vez que os tribunais portugueses reconheceram, em jurisprudência constante, a existência de uma presunção de culpa nas actuações ilícitas da Administração, facilitando assim a concessão de indemnizações aos particulares lesados, em perfeita conformidade com as exigências da Directiva 89/665.

32. A República Portuguesa sustenta que o presente caso se distingue de outros processos julgados pelo Tribunal de Justiça nos termos do artigo 228.º CE, porquanto não se trata aqui de uma má aplicação da regulamentação comunitária, mas de uma transposição alegadamente incorrecta de uma directiva. A República Portuguesa sustenta que isto deveria ser considerado uma circunstância atenuante. Além disso, contrariamente a outros processos julgados pelo Tribunal de Justiça, em que o coeficiente de gravidade proposto pela Comissão era inferior, no presente processo não estão em causa interesses fundamentais que se prendam com a saúde pública ou a integridade física dos indivíduos. Acresce que este processo não respeita a uma matéria sensível, que é competência exclusiva das Comunidades, longamente tratada pela legislação e pela jurisprudência comunitárias. Por conseguinte, a República Portuguesa considera estranho que a Comissão tenha proposto um coeficiente de gravidade de 11 num processo em que apenas está em causa um incumprimento parcial na transposição da Directiva 89/665. A República Portuguesa sustenta, portanto, que, no caso vertente, o coeficiente de gravidade não deveria ultrapassar 4.

33. Além disso, a República Portuguesa considera que, nos termos do ponto 13.3 da comunicação de 2005, que substitui as Comunicações 96/C 242/07 e 97/C 63/02, a base temporal de cálculo que importa reter no caso vertente, para apreciar a conformidade da Directiva 89/665, deveria assentar numa base anual, e não diária, como propõe a Comissão.

34. A República Portuguesa acrescenta que, nos termos do ponto 13.4 da comunicação de 2005, deve ser decretada a suspensão da aplicação da sanção. Com efeito, ao aprovar

a Proposta de Lei n.º 56/X, o Estado português já adoptou todas as medidas necessárias e adequadas à execução do acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-275/03. Com efeito, é necessário que decorra um determinado período de tempo até que o resultado prescrito tenha lugar.

B — *Apreciação*

35. Caso declare que a República Portuguesa não executou o acórdão que proferiu no processo C-275/03, o Tribunal de Justiça pode, em aplicação do artigo 228.º, n.º 2, terceiro parágrafo, CE, impor a este Estado-Membro o pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória [18].

36. Segundo jurisprudência assente, compete ao Tribunal de Justiça, em cada processo, apreciar, tendo em conta as circunstâncias do caso em análise, as sanções pecuniárias a aplicar [19]. A aplicação de uma sanção nos termos do artigo 228.º CE é, portanto, da competência exclusiva do Tribunal de Justiça. No exercício deste poder, compete ao Tribunal de Justiça estabelecer o montante da quantia fixa e/ou da sanção pecuniária compulsória adaptada às circunstâncias, proporcionada quer ao incumprimento constatado quer à capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa. A este respeito, as propostas da Comissão relativas às sanções pecuniárias não vinculam o Tribunal de Justiça e não constituem mais do que uma base de referência útil [20]. Além disso, as comunicações da Comissão no âmbito do artigo 228.º CE não vinculam o Tribunal de Justiça, mas visam garantir a transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica da sua acção [21].

37. No caso vertente, na petição, a Comissão baseou a sua proposta de sanção pecuniária compulsória a aplicar a Portugal, nomeadamente, nas suas Comunicações 96/C 242/07 e 97/C 63/02. Deve observar-se que, em 7 de Fevereiro de 2006, data em que foi apresentada a petição, estas comunicações já não estavam em vigor e tinham sido substituídas pela comunicação de 2005, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2006 [22].

38. Sou de opinião que, no contexto do presente processo, seria adequado que o

18 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2005, Comissão/França (C-304/02, Colect., p. I-6263, especialmente n.os 80 a 82).

19 — *Ibidem*, n.º 86.

20 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, Comissão/Grécia (C-387/97, Colect., p. I-5047, n.º 89).

21 — *Ibidem*, n.º 87.

22 — V. ponto 25 da comunicação de 2005.

Tribunal de Justiça adoptasse, designadamente, a comunicação de 2005, mais recente, e as conclusões das partes, como base de referência apropriada para determinar se há que aplicar uma sanção pecuniária compulsória no presente caso e, na afirmativa, o respectivo montante. Ao chegar a esta conclusão, considero que a referência da Comissão às suas anteriores comunicações não impediu a República Portuguesa de defender os seus interesses ao longo do presente processo e que os princípios da transparência, da previsibilidade e da segurança jurídica foram respeitados. Nos seus articulados, a República Portuguesa sublinhou o facto de a comunicação de 2005 ter substituído as anteriores comunicações da Comissão, e, na verdade, como podemos ler nos referidos articulados, a República Portuguesa baseou-se especificamente nos pontos 13.3 e 13.4 da comunicação de 2005. Em meu entender, a República Portuguesa tinha perfeito conhecimento do texto da comunicação de 2005 e de que esta podia servir como base de referência para efeitos de aplicação de uma sanção pecuniária pelo Tribunal de Justiça.

39. Em minha opinião, para aplicar de forma apropriada o processo de execução previsto no artigo 228.º CE, o mesmo deve ser visto como um instrumento destinado a realizar plenamente o objectivo dos procedimentos instituídos em aplicação do artigo 226.º CE, a saber, pôr termo às violações do direito comunitário, e, ao mesmo tempo, como um meio de dissuadir os Estados-Membros de não executarem os acórdãos do Tribunal de Justiça que declaram violações com base no artigo 226.º CE.

40. Concretamente, o processo regulado no artigo 228.º, n.º 2, CE tem por objectivo levar um Estado-Membro inadimplente a executar um acórdão que declara um incumprimento e, desse modo, assegurar a aplicação efectiva do direito comunitário por esse Estado. Ambas as sanções previstas por esta disposição, a saber, uma quantia fixa ou uma sanção pecuniária compulsória, visam esse mesmo objectivo. A condenação no pagamento de uma quantia fixa e/ou de uma sanção pecuniária compulsória destina-se a exercer sobre o Estado-Membro uma pressão económica que o incite a pôr termo ao incumprimento constatado. As sanções pecuniárias aplicadas devem, portanto, ser adoptadas em função do grau de persuasão necessário para que o Estado-Membro em causa modifique o seu comportamento [23].

41. No processo C-340/02, Comissão/ /França, o Tribunal de Justiça declarou que,

23 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2006, Comissão/França (C-177/04, Colect., p. I- 2461, n.os 59 e 60).

enquanto a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória se afigura especialmente adaptada para incitar um Estado-Membro a pôr termo, o mais rapidamente possível, a um incumprimento que, na falta de tal medida, teria tendência para persistir, a aplicação de uma sanção de montante fixo resulta sobretudo da apreciação das consequências da não execução das obrigações do Estado-Membro em causa, para os interesses privados e públicos, designadamente quando o incumprimento tiver persistido por um longo período desde o acórdão que inicialmente o declarou [24].

42. Penso que, dadas as circunstâncias do caso vertente, a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória é um meio apropriado para incitar ou convencer Portugal a mudar de comportamento e a cumprir as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665. Em meu entender, há no presente caso elementos suficientes que indiciam a existência de um perigo real de que o incumprimento em causa persista se não for aplicada uma sanção pecuniária compulsória a Portugal. A este respeito, no dia da audiência, em 5 de Julho de 2007, era evidente que a República Portuguesa não tinha tomado as medidas necessárias para a execução do acórdão proferido no processo C-275/03, apesar das suas reiteradas declarações anteriores de que a respectiva adopção estava iminente.

43. No que respeita ao montante da sanção pecuniária compulsória, os critérios de base que devem ser tomados em conta para garantir a natureza coerciva da sanção e a aplicação uniforme e efectiva do direito comunitário são, em princípio, a duração da infracção, o seu grau de gravidade e a capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa. Para a aplicação destes critérios, importa ter em conta, em especial, as consequências do incumprimento para os interesses privados e públicos e a urgência em levar o Estado-Membro em causa a cumprir as suas obrigações [25].

44. No caso vertente, a Comissão propõe que o coeficiente pela duração do incumprimento seja fixado em 1. Como podemos concluir dos articulados da Comissão, este coeficiente foi determinado por referência, nomeadamente, à data em que a Comissão decidiu intentar a presente acção, isto é, 12 de Outubro de 2005. Em meu entender, a proposta da Comissão relativamente à duração é incorrecta. Independentemente do facto de a Comissão, na realidade, só ter intentado a presente acção em 7 de Fevereiro de 2006, o Tribunal de Justiça declarou, no seu acórdão de 14 de Março de 2006, Comissão/França, que a duração de uma infracção nos termos do artigo 228.º CE deve ser analisada atendendo ao momento em que

24 — Acórdão já referido, n.º 81.

25 — Acórdão Comissão/Grécia (C-387/97, já referido na nota 20, n.º 92).

o Tribunal de Justiça aprecia os factos, e não ao momento em que a Comissão intenta a acção [26].

45. No caso vertente, a execução do acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-275/03 apenas exigia a adopção, por Portugal, de medidas que transpusessem para direito nacional os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665 e, nomeadamente, a revogação do Decreto-Lei n.º 48051. Há que concluir que o incumprimento de Portugal decorrente da não adopção definitiva das medidas legislativas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-275/03, proferido em 14 de Outubro de 2004, dura há bastante tempo. No dia da audiência no presente processo, tinham decorrido cerca de três anos desde a data em que foi proferido o acórdão no processo C-275/03 [27].

46. Nestas circunstâncias, creio que um coeficiente de 2 é apropriado, atendendo à duração da infracção.

47. No que diz respeito à gravidade da infracção, não penso que a proposta da Comissão de fixar o coeficiente em 11, numa escala que vai de 1 a 20, seja correcta. Em minha opinião, esse coeficiente é demasiado elevado, tendo em conta as circunstâncias do caso vertente e a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

48. Quanto à jurisprudência, o Governo português sublinhou, em meu entender, com razão, que o Tribunal de Justiça aplicou um coeficiente de gravidade menos elevado, por exemplo, em processos respeitantes a perigos para a saúde pública, agressões ao ambiente e esgotamento dos recursos haliêuticos [28]. Por conseguinte, creio que o coeficiente de 4, proposto pelo Governo português, é mais apropriado no caso vertente.

26 — V. n.º 71. Em meu entender, a data em que o Tribunal de Justiça aprecia os factos é indeterminável e desconhecida das partes. Por conseguinte, entendo que, para aplicar uma sanção pecuniária compulsória nos termos do artigo 228.º CE, a duração da infracção deve ser apreciada por referência à data em que a audiência tem lugar ou, não havendo audiência, à data do encerramento da fase escrita.

27 — V., por analogia, acórdão Comissão/França (C-177/04, já referido na nota 23, n.os 73 e 74). Nesse processo, o Tribunal de Justiça declarou que devia ser fixado um coeficiente de 3 pela duração do incumprimento, uma vez que a não adopção de medidas de transposição para o direito nacional durava há cerca de quatro anos.

28 — A este respeito, Portugal observa que, no processo Comissão/Grécia (C-387/97, já referido na nota 20), a Comissão tinha proposto um coeficiente de 6 pela gravidade, relativamente a um incumprimento que punha em causa a saúde pública e numa situação em que não tinha sido tomada qualquer medida para executar o acórdão precedente. No processo Comissão/Espanha (C-278/01, já referido na nota 16), a Comissão tinha proposto um coeficiente de 4 pela gravidade, relativamente à não transposição de um directiva relativa à qualidade das águas balneares, que se destinava, portanto, a proteger o ambiente e a saúde pública. Por último, no processo Comissão/França (C-304/02, já referido na nota 18), em que estava em causa a política comum das pescas, foi de 10 o coeficiente de gravidade proposto.

49. Embora o incumprimento da Directiva 89/665 seja apenas parcial, uma vez que o presente processo e o processo C-275/03 respeitam aos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), e não a todo o diploma, justifica-se um coeficiente de 4 pela gravidade, tendo em conta, a meu ver, a importância destas disposições, as quais garantem a criação de medidas de atribuição de uma indemnização às pessoas lesadas por uma violação das regras da contratação pública [29].

50. Ao chegar a esta conclusão, gostaria de sublinhar que não partilho da opinião da República Portuguesa, que poderia levar a concluir que a política comunitária da contratação pública não tem grande importância. A política da contratação pública é, a meu ver, crucial para garantir que a concorrência no mercado interno não seja falseada [30]. Além disso, contrariamente aos argumentos da República Portuguesa [31], considero que a possibilidade de os operadores privados disporem de vias de recurso contra as decisões das autoridades adjudicantes e, se sofreram um prejuízo devido a uma infracção às regras da contratação pública, de obterem uma indemnização, é essencial para o bom funcionamento dessas regras. A existência de processos dessa natureza protege não apenas os interesses das partes em causa mas garante igualmente a plena eficácia da política comunitária em matéria de contratação pública.

51. A não revogação, por Portugal, do Decreto-Lei n.º 48051 [32] torna mais difíceis e mais onerosas as acções judiciais intentadas, neste domínio, pelos particulares. Considero esta situação susceptível de dissuadir os particulares de intentarem essas acções, o que obsta à plena eficácia da política comunitária em matéria de contratação pública.

29 — V., por oposição, o processo Comissão/França (C-177/04, já referido na nota 23), no qual o Tribunal de Justiça declarou que o incumprimento do direito comunitário resultante da não transposição parcial de uma directiva não apresentava um grau especial de gravidade e, por conseguinte, fixou um coeficiente de 1 pela gravidade. Nesse processo, o Tribunal de Justiça declarou que a França não tinha executado o seu acórdão de 25 de Abril de 2002, Comissão/França (C-52/00, Colect., p. I-3827), respeitante à transposição do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 210, p. 29; EE 13 F19 p. 8), e que, portanto, não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 228.º CE, porquanto continuava a considerar que o fornecedor de um produto defeituoso era responsável do mesmo modo que o produtor, quando este último não pode ser identificado, embora o fornecedor tivesse indicado à vítima, num prazo razoável, a identidade de quem lhe tinha fornecido o produto.

30 — Com efeito, a importância do sector da contratação pública, que representa 16% do PIB da Comunidade e 13,2% do PIB de Portugal, não pode ser negligenciada.

31 — V. n.º 31, *supra*.

32 — Subordinando, consequentemente, a concessão de uma indemnização às pessoas lesadas por uma violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das regras nacionais que o transpõem à prova de culpa ou de dolo por parte do Estado e das entidades públicas.

52. À luz das considerações precedentes, sou de opinião que a sanção pecuniária compulsória a aplicar no caso vertente deve resultar da multiplicação do montante de base de 600 EUR pelos coeficientes de 4,04 (capacidade de pagamento) [33], de 4 (gravidade da infracção) e de 2 (duração da infracção), o que conduz a um montante de 19 392 EUR por cada dia de atraso.

53. No que diz respeito à periodicidade da sanção pecuniária compulsória, tratando-se, como no presente processo, de executar um acórdão do Tribunal de Justiça que implica simplesmente a adopção de uma alteração legislativa destinada a transpor parte de uma directiva, há que optar por uma sanção pecuniária compulsória aplicada numa base diária [34]. Por conseguinte, os argumentos do Governo português baseados no ponto 13.3 da comunicação de 2005 devem ser rejeitados.

54. Além disso, considero que, no caso vertente, não há lugar à suspensão da aplicação da sanção pecuniária compulsória. A adopção da necessária alteração legislativa e, portanto, a execução do acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-275/03 podem ser imediatamente avaliadas pela Comissão desde a notificação dessa alteração. Os argumentos do Governo português baseados no ponto 13.4 da comunicação de 2005 devem, portanto, ser igualmente rejeitados.

55. Quanto à possibilidade de o Tribunal de Justiça aplicar uma sanção sob a forma de uma quantia fixa, não penso que tal sanção seja justificada no presente processo, não obstante o facto de a não transposição dos artigos 1.º, n.º 2, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665 ter durado quase três anos, desde a prolação do acórdão no processo C-275/03, e de os interesses públicos e privados afectados por esse incumprimento serem de alguma importância.

56. Esta reflexão assenta na jurisprudência do Tribunal de Justiça, mais particularmente no seu acórdão proferido no processo C-304/02, Comissão/França, e nas circunstâncias próprias a esse processo, que levaram o Tribunal de Justiça à aplicação de uma quantia fixa além da condenação numa sanção pecuniária compulsória [35]. Com efeito, a letra do artigo 228.º, n.º 2, CE prevê a condenação apenas numa das possíveis sanções mencionadas nesta disposição. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que cada uma das duas sanções tem a sua própria função autónoma [36].

33 — Note-se que o montante de base e o coeficiente relativo à capacidade de pagamento de Portugal resultaram da comunicação de 2005. V. n.º 37, *supra*.

34 — V. acórdão Comissão/França (C-177/04, já referido na nota 23, n.º 77).

35 — Acórdão já referido, n.os 114 e 115.

36 — *Ibidem*, n.º 84.

VI — Conclusões

57. Por estes motivos, proponho que o Tribunal de Justiça:

— declare que, não tendo revogado o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, e, por conseguinte, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 228.º CE;

— condene a República Portuguesa no pagamento à Comissão das Comunidades Europeias, na conta «recursos próprios» das Comunidades Europeias, de uma sanção pecuniária compulsória de 19 392 EUR por cada dia de atraso na adopção das medidas necessárias para garantir a execução do acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2004, no processo C-275/03, Comissão/Portugal, a contar do dia em que o Tribunal de Justiça proferir o seu acórdão no presente processo até ao dia em que for dada plena execução ao acórdão no processo C-275/03;

— condene a República Portuguesa nas despesas.