ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

2 de Junho de 2005 *

No processo C-394/02,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 8 de Novembro de 2002,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por M. Nolin e M. Konstantinidis, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Helénica, representada por P. Mylonopoulos, D. Tsagkaraki e S. Chala, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandada,

* Língua do processo: grego.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann (relator), presidente de secção, K. Lenaerts, J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič e E. Levits, juízes,

advogado-geral: F. G. Jacobs,

secretário: K. Sztranc, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 8 de Dezembro de 2004,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 24 de Fevereiro de 2005,

profere o presente

Acórdão

1 Na sua petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede ao Tribunal de Justiça que se digne declarar que, em virtude de a empresa pública de electricidade Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy (a seguir «DEI») ter adjudicado um contrato relativo à construção de um sistema de tapetes transportadores para a central termoeléctrica de Megalopolis mediante um processo por negociação sem publicação prévia de anúncio, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da

energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 1, a seguir «Directiva 93/38»), em especial dos artigos 20.º e seguintes da referida directiva.

Quadro jurídico

2 Nos termos do artigo 15.º da Directiva 93/38, «[o]s contratos de [...] empreitada [...] serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III, IV e V».

3 O artigo 20.º, n.º 1, desta directiva prevê que «[a]s entidades adjudicantes podem escolher qualquer dos processos referidos no n.º 7 do artigo 1.º [isto é, concursos públicos, concursos limitados e processos por negociação], desde que, sem prejuízo do disposto no n.º 2, tenha sido aberto concurso nos termos do artigo 21.º».

4 Segundo o n.º 2 deste artigo 20.º:

«As entidades adjudicantes podem recorrer a um processo sem concurso prévio [...]:

[...]

c) Quando, devido à sua especificidade técnica [...], o contrato só possa ser executado por um [...] empreiteiro [...] determinado;

d) Na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes não for compatível com os prazos exigidos para a realização de concursos públicos ou limitados;

[...]»

5 O artigo 21.°, n.° 1, da Directiva 93/38 define os modos de abertura de concursos, ou seja, essencialmente pela publicação de um anúncio no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, nos termos dos anexos da referida directiva.

Matéria de facto e fase pré-contenciosa

6 Em Outubro de 1997, com vista a um processo de avaliação do impacto no ambiente, na acepção da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40; EE 15 F6 p. 9), a DEI apresentou à autoridade competente, isto é, ao Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e das Obras Públicas, um projecto relativo à instalação de um sistema de dessulfuração, de

estabilização, de transporte e de deposição dos derivados sólidos da central termoeléctrica de Megalopolis.

7 Por decisões de 29 de Outubro de 1998 e de 30 de Dezembro de 1999, o referido ministério aprovou esse projecto, exigindo contudo que a DEI, por um lado, apresentasse no prazo de nove meses, ou seja, até Setembro de 2000, um pedido de autorização definitiva para a eliminação dos resíduos produzidos pela referida central e, por outro, instalasse no prazo de doze meses, ou seja, até Dezembro de 2000, um sistema de tapetes transportadores para o transporte de cinzas entre a central e a mina de Thoknia, onde as cinzas são tratadas.

8 Atendendo a estes prazos, a DEI decidiu, em 27 de Julho de 1999, realizar um processo de adjudicação por negociação sem publicação de anúncio e convidou o grupo de empresas Koch/Metka assim como a empresa Dosco Overseas Engineering Ltd (a seguir «empresa Dosco») a apresentar as suas propostas.

9 Em 18 de Janeiro de 2000, esta última empresa declarou não desejar participar no dito processo.

10 Em 29 de Agosto de 2000, após vários meses de negociações, a DEI adjudicou a construção do sistema de tapetes transportadores para o transporte de cinzas entre a central termoeléctrica de Megalopolis e a mina de Thoknia (a seguir «contrato controvertido») ao grupo de empresas Koch/Metka.

11 Depois de ter dado à República Helénica a oportunidade de apresentar as suas observações, a Comissão emitiu, em 21 de Dezembro de 2001, um parecer

fundamentado, no qual concluiu que o contrato controvertido devia ter sido objecto de um anúncio no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, nos termos da Directiva 93/38. A Comissão convidou, por conseguinte, este Estado-Membro a tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao parecer fundamentado no prazo de dois meses a contar da notificação daquele parecer. Não satisfeita com a resposta dada pelas autoridades helénicas por carta de 3 de Abril de 2002, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

Quanto à acção

Quanto à admissibilidade

12 O Governo helénico suscita quatro questões prévias de inadmissibilidade baseadas, respectivamente, na inexistência de interesse em agir por parte da Comissão, na falta de objecto da acção, no carácter impreciso do parecer fundamentado e em desvio de processo.

Quanto à inexistência de interesse em agir por parte da Comissão

13 Segundo o Governo helénico, a Comissão não tinha interesse legítimo em instaurar uma acção por incumprimento, na medida em que a alegada violação do direito comunitário tinha, à data do termo do prazo para dar cumprimento ao parecer fundamentado, cessado totalmente ou pelo menos em grande medida.

14 A este respeito, importa recordar que, no âmbito das competências que lhe são atribuídas pelo artigo 226.º CE, a Comissão não é obrigada a demonstrar a existência de interesse em agir (v. acórdãos de 4 de Abril de 1974, Comissão/República Francesa, 167/73, Colect., p. 187, n.º 15, e de 10 de Abril de 2003, Comissão/ /Alemanha, C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609, n.º 29).

15 Com efeito, incumbe à Comissão velar oficiosamente e no interesse geral pela aplicação do direito comunitário pelos Estados-Membros e obter a declaração da existência de eventuais incumprimentos das obrigações dele derivadas, tendo como objectivo a sua cessação (v. acórdãos, já referidos, Comissão/República Francesa, n.º 15, e Comissão/Alemanha, n.º 29, bem como a jurisprudência aí citada).

16 O artigo 226.º CE não visa, portanto, proteger os direitos próprios desta instituição. Só a ela compete decidir se é oportuno ou não instaurar um processo para obter a declaração de incumprimento e, eventualmente, qual a acção ou omissão que justifica a instauração de um processo (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha, C-431/92, Colect., p. I-2189, n.º 22; de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha, C-476/98, Colect., p. I-9855, n.º 38; e de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha, já referido, n.º 30).

Quanto à falta de objecto da acção

17 O Governo helénico sustenta que a acção é desprovida de objecto, na medida em que quase todos os efeitos do contrato de empreitada de obras públicas celebrado entre a DEI e o grupo de empresas Koch/Metka no âmbito da empreitada controvertida se tinham esgotado à data do termo do prazo fixado no parecer

fundamentado. Nesta data, as obras em causa tinham terminado em grande medida, ou seja, 85% das mesmas. Por isso, já não era, *de facto*, possível cumprir o parecer fundamentado.

18 A este respeito, é verdade que, em matéria de adjudicação de contratos de direito público, o Tribunal de Justiça declarou que uma acção por incumprimento é inadmissível se, à data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, todos os efeitos do contrato em questão tiverem já cessado (v., neste sentido, acórdão de 31 de Março de 1992, Comissão/Itália, C-362/90, Colect., p. I-2353, n.os 11 e 13).

19 Ora, no caso em apreço, o contrato celebrado entre a DEI e o grupo de empresas Koch/Metka no âmbito do contrato controvertido estava, à data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, ainda a ser cumprido, dado que estavam executadas apenas 85% das obras. Não se tinham, portanto, esgotado todos os efeitos do referido contrato.

Quanto ao carácter impreciso do parecer fundamentado

20 O Governo helénico sustenta que o parecer fundamentado é demasiado impreciso, na medida em que a Comissão não especificou as medidas a tomar para dar cumprimento a esse parecer.

21 A este propósito, decorre de jurisprudência assente que, embora o parecer fundamentado deva conter uma exposição coerente e pormenorizada das razões que criaram na Comissão a convicção de que o Estado-Membro interessado não cumpriu uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CE, a

Comissão não é obrigada a indicar nesse parecer as medidas que permitiriam eliminar o incumprimento imputado (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Julho de 1991, Comissão/Portugal, C-247/89, Colect., p. I-3659, n.º 22, e de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Áustria, C-328/96, Colect., p. I-7479, n.º 39).

22 Com efeito, a fase pré-contenciosa tem por finalidade circunscrever o objecto da acção por incumprimento, para dar ao referido Estado-Membro a oportunidade de cumprir as suas obrigações decorrentes do direito comunitário ou de invocar utilmente os seus fundamentos de defesa contra as acusações formuladas pela Comissão (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Comissão/Áustria, n.º 34, e de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha, n.os 46 e 47).

23 Por conseguinte, somente quando a Comissão entende fazer da falta de adopção de medidas que permitiriam remediar o incumprimento imputado o objecto da sua acção por incumprimento, é que ela deve indicar de forma específica essas medidas no parecer fundamentado (v., neste sentido, acórdão Comissão/Áustria, já referido, n.º 39).

24 Ora, no caso em apreço, o objecto da acção está limitado à declaração de incumprimento por motivo da adjudicação do contrato controvertido sem publicação prévia de anúncio. Não visa, portanto, a declaração de um incumprimento adicional, baseado na falta de adopção de medidas que permitiriam remediar o primeiro incumprimento.

Quanto ao desvio de processo

25 O Governo helénico considera que, em vez de intentar uma acção por incumprimento, a Comissão deveria intervir directamente e ordenar a suspensão

da adjudicação do contrato controvertido, nos termos do artigo 3.º 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 fornecimentos (JO L 395, p. 33).

26 A este respeito, importa referir que, tratando-se do sector da energia, não é a Directiva 89/665, mas a Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14), que é aplicável.

27 Ora, mesmo supondo que o Governo helénico se referia ao artigo 8.º da Directiva 92/13, que prevê um processo essencialmente idêntico ao previsto no artigo 3.º da Directiva 89/665, resulta de jurisprudência assente que, ainda que seja preferível a Comissão utilizar o processo de intervenção directa estabelecido nas ditas directivas, esse processo constitui uma medida preventiva que não pode derrogar nem substituir as competências da Comissão nos termos do artigo 226.º CE (v., no contexto da Directiva 89/665, acórdãos de 24 de Janeiro de 1995, Comissão/Países Baixos, C-359/93, Colect., p. I-157, n.º 13; de 4 de Maio de 1995, Comissão/Grécia, C-79/94, Colect., p. I-1071, n.º 11; de 17 de Dezembro de 1998, Comissão/Irlanda, C-353/96, Colect., p. I-8565, n.º 22; e Comissão/Áustria, já referido, n.º 57). O facto de a Comissão ter utilizado ou não o referido processo não tem, por conseguinte, incidência na apreciação da admissibilidade de uma acção por incumprimento.

28 Com efeito, a Comissão é a única competente para decidir se é oportuno instaurar um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha, n.º 22, e de

5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha, n.º 38). Assim, a escolha entre os dois processos depende do seu poder discricionário.

29 Decorre das considerações precedentes que as questões prévias de inadmissibilidade devem ser julgadas improcedentes.

Quanto ao mérito

30 Em apoio do seu pedido, a Comissão invoca uma única crítica baseada, no essencial, na violação do artigo 15.º da Directiva 93/38, em conjugação com os artigos 20.º, n.º 1, e 21.º da mesma directiva, pelo facto de a DEI ter adjudicado o contrato controvertido sem ter publicado previamente um anúncio no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

31 A este respeito, há que referir que o Governo helénico não contesta que o contrato controvertido se enquadra no âmbito do artigo 15.º da Directiva 93/38, devendo assim, em princípio, ser celebrado de acordo com o disposto nos títulos III a V desta directiva, que prevêem, designadamente, a abertura de um concurso pela publicação de um anúncio no referido Jornal Oficial.

32 Todavia, o Governo helénico alega que, nos termos do artigo 20.º, n.º 2, alíneas c) e d), da Directiva 93/38, o contrato controvertido pode excepcionalmente ser adjudicado sem publicação de anúncio. Segundo este governo, por um lado, apenas o grupo de empresas Koch/Metka podia efectuar as obras públicas em questão,

dadas as particularidades do produto a transportar e o subsolo do terreno da obra, bem como a necessidade de ligar os tapetes transportadores ao sistema já existente. Por outro lado, a execução desta empreitada era muito urgente devido aos prazos impostos pelo Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e das Obras Públicas.

33 A este respeito, importa recordar, a título liminar, que, como derrogações às regras relativas aos processos de celebração de contratos públicos, as disposições do artigo 20.º, n.º 2, alíneas c) e d), da Directiva 93/38 devem ser objecto de interpretação estrita. Além disso, o ónus da prova incumbe à parte que dela pretende prevalecer-se (v., neste sentido, no contexto das Directivas 71/305 e 93/37, acórdãos de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália, 199/85, Colect., p. 1039, n.º 14; de 18 de Maio de 1995, Comissão/Itália, C-57/94, Colect., p. I-1249, n.º 23; e de 14 de Setembro de 2004, Comissão/Itália, C-385/02,Colect., p. I-8121, n.º 19).

34 Em primeiro lugar, no tocante ao artigo 20.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 93/38, resulta da jurisprudência que a aplicação desta disposição está sujeita a duas condições cumulativas, ou seja, por um lado, que exista uma especificidade técnica da empreitada objecto do contrato e, por outro, que esta especificidade técnica torne absolutamente necessário que o referido contrato seja adjudicado a uma empresa determinada (v., neste sentido, no contexto das Directivas 71/305 e 93/37, acórdãos, já referidos, de 18 de Maio de 1995, Comissão/Itália, n.º 24, e de 14 de Setembro de 2004, Comissão/Itália, n.ºs 18, 20 e 21).

35 Ora, no caso em apreço, como sublinha o advogado-geral nos n.ºs 40 a 45 das suas conclusões, se bem que a empreitada em questão se revista de uma especificidade técnica na acepção do artigo 20.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 93/38, é necessário concluir que o Governo helénico não demonstrou de forma convincente que apenas o grupo de empresas Koch/Metka a podia executar e que, por conseguinte, era absolutamente necessário adjudicar-lhe o contrato.

36 Com efeito, nem as características específicas do produto a transportar nem a natureza instável do subsolo ou a necessidade de ligar o sistema de tapetes transportadores ao sistema já existente provam, só por si, que o referido grupo de empresas era o único empreiteiro na Comunidade com os conhecimentos necessários para efectuar a empreitada em questão.

37 De resto, tendo igualmente convidado a empresa Dosco, a própria DEI considera que outra empresa, além do grupo Koch/Metka, era, em princípio, igualmente capaz de executar estas obras.

38 Além disso, resulta dos autos que, tratando-se de obras semelhantes a executar no mesmo local, a DEI já realizou, no passado, processos de adjudicação de contratos de direito público com publicação de anúncio.

39 Não pode ser sustentado, portanto, que, devido à sua especificidade técnica, a execução do contrato controvertido só podia ser adjudicada ao grupo de empresas Koch/Metka.

40 Em segundo lugar, no tocante à derrogação prevista no artigo 20.°, n.° 2, alínea d), da Directiva 93/38, a jurisprudência impõe três condições cumulativas, a saber, a existência de um acontecimento imprevisível, de uma urgência imperiosa incompatível com os prazos exigidos em caso de abertura de concurso e de um nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a urgência imperiosa do mesmo decorrente (v., neste sentido, no contexto da Directiva 71/305, acórdãos de 2 de Agosto de 1993, Comissão/Itália, C-107/92, Colect., p. I-4655, n.° 12, e de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha, C-318/94, Colect., p. I-1949, n.° 14).

41 Ora, o Governo helénico não demonstrou estarem preenchidas estas condições no caso em apreço.

42 Com efeito, a necessidade de efectuar as obras em questão nos prazos impostos pela autoridade competente para a avaliação do impacto do projecto no ambiente não pode ser considerada uma urgência imperiosa resultante de um acontecimento imprevisível.

43 O facto de uma autoridade que deve aprovar o projecto em causa poder impor prazos constitui um elemento previsível do processo de aprovação do dito projecto (v., neste sentido, no contexto da Directiva 71/305, acórdão de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha, já referido, n.º 18).

44 Além disso, a DEI poderia, quanto ao contrato controvertido, ter aberto um concurso público com a publicação de um anúncio logo no início do processo de avaliação do impacto no ambiente, ou seja, cerca de três anos antes do termo dos prazos impostos.

45 Não pode, portanto, ser sustentado que uma urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis para a DEI não permitia respeitar os prazos exigidos em caso de abertura de concurso público.

46 Em face do exposto, há que declarar que, em virtude de a DEI ter adjudicado o contrato relativo à construção de um sistema de tapetes transportadores para a central termoeléctrica de Megalopolis mediante um processo por negociação sem publicação prévia de anúncio, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/38 e, em especial, dos seus artigos 20.º, n.º 1, e 21.º

Quanto às despesas

47 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Helénica e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

1) **Em virtude de a empresa pública de electricidade Dimosia Epicheirisi Ilektrismoy ter adjudicado o contrato relativo à construção de um sistema de tapetes transportadores para a central termoeléctrica de Megalopolis mediante um processo por negociação sem publicação prévia de anúncio, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, e, em especial, dos seus artigos 20.°, n.° 1, e 21.°**

2) **A República Helénica é condenada nas despesas.**

Assinaturas