CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 8 de Novembro de 2006 [1]

I — Introdução

1. A Comissão intentou uma acção ao abrigo do artigo 226.º CE, pedindo ao Tribunal de Justiça a declaração de que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como das directivas do Conselho relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (Directiva 92/50/CEE, de 18 de Junho de 1992) [2], de fornecimento (Directiva 93/36/CEE, de 14 de Junho de 1993) [3], e de empreitadas de obras públicas (Directiva 93/37/CEE, de 14 de Junho de 1993) [4], e à coordenação dos processos de celebração dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (Directiva 93/38/CEE, igualmente de 14 de Junho de 1993) [5].

2. Para a Comissão, a infracção resulta dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 5, 17.º, n.º 12, 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 4, 30.º, n.º 6-A, 37.º-B, e 37.º-C, n.º 1, da Lei n.º 109, de 11 de Fevereiro de 1994, Legge quadro in materia di lavori pubblici (lei-quadro em matéria de contratos públicos) [6]. E concretiza-se nas seguintes acusações: 1) a exclusão dos contratos mistos da Lei n.º 109/94 quando as obras acessórias representem mais de 50% do preço; 2) a adjudicação directa ao titular de uma licença de construção ou de um plano de urbanização, quando as prestações não excedam os limites económicos da Directiva 93/37; 3) o modo de atribuição das tarefas de concepção, direcção e verificação nos contratos de valor inferior aos limiares comunitários; 4) a assunção

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO L 209, p. 1; alterada pelas Directivas 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997 (JO L 328, p. 1), e 2001/78/CE da Comissão, de 13 de Setembro de 2001 (JO L 285, p. 1); foi revogada, excepto o seu artigo 41.º, com efeitos a contar de 31 de Janeiro de 2006, 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 (JO L 134, p. 114).

3 — JO L 199, p. 1; igualmente alterada e revogada pelas directivas referidas na nota anterior.

4 — JO L 199, p. 54; igualmente alterada e revogada pelas directivas referidas na nota 2.

5 — JO L 199, p. 84; alterada pelas Directivas 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 1), e 2001/78, revogada pela Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1).

6 — GURI n.º 41, de 19 de Fevereiro de 1994; alterada em várias ocasiões.

da direcção pelo autor do projecto, quando a entidade adjudicante e outras entidades públicas não possam desempenhá-la; 5) o modo de atribuição dos trabalhos de verificação a terceiros; e 6) o sistema de concessão das obras com financiamento privado.

3. Estas acusações suscitam dois temas de interesse geral, que exigem mais pormenores: o dos critérios a que os contratos mistos devem obedecer para que nestes se cumpram as normas comunitárias relativas à adjudicação; e o do respeito dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento na celebração dos contratos de valor inferior ao previsto nas directivas.

II — O quadro legal

A — *A regulamentação comunitária*

1. O Tratado CE

4. Nos termos do primeiro parágrafo do artigo 43.º CE, «[no] âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro».

5. Em conformidade com o primeiro parágrafo do artigo 49.º CE, «[no] âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação».

2. As directivas sobre contratos

6. A fim de plasmar simultaneamente no âmbito contratual as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços consagradas nos artigos 43.º CE e 49.º CE, foram adoptadas as Directivas 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38. De todas as disposições que as compõem destacam-se as que definem o respectivo âmbito de aplicação e que fixam limiares diferentes, de modo a exceptuar as prestações com orçamentos inferiores aos valores aí previstos (artigos 7.º da Directiva 92/50, 5.º da Directiva 93/96, 6.º da Directiva 93/37 e 14.º da Directiva 93/38).

7. Farei referência a outras disposições concretas ao analisar os fundamentos de incumprimento.

B — *A legislação italiana*

8. O ordenamento jurídico italiano transpôs as directivas referidas através da Lei 109/94, alterada pelo artigo 7.º da Lei n.º 166, de 1 de Agosto de 2002 [7].

1. Os contratos mistos

9. O artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 109/94, ao delimitar os seus contornos, incluiu no conceito de obras públicas a construção, a demolição, a recuperação, a reestruturação, o restauro e a manutenção, estendendo o âmbito de aplicação da lei aos contratos mistos de empreitadas de obras, de fornecimentos e de serviços, bem como aos contratos de fornecimento ou de serviços que compreendam empreitadas de obras acessórias avaliadas em mais de 50%.

10. O artigo 3.º, n.º 3, do Decreto legislativo n.º 157, de 17 de Março de 1995 [8], reitera esta previsão quer para os contratos mistos de empreitadas e de serviços, quer para os de serviços que impliquem obras acessórias.

2. As empreitadas urbanísticas

11. O artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 109/94 exclui do seu regime: a) as intervenções directamente efectuadas pelos particulares como dedução das contribuições pagas pelas licenças de construção; b) as que resultem das obrigações do artigo 28.º, n.º 5, da Lei n.º 1150, de 17 de Agosto de 1942 [9]; e c) as análogas às anteriores. Se o montante, considerado individualmente quando haja várias prestações, exceder os limiares comunitários, a adjudicação deve realizar-se em conformidade com a Directiva 93/37.

12. Nesse sentido, deduz-se dos artigos 1.º e 31.º da Lei 1150/42 e dos artigos 3.º e 11.º

7 — «Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti», GURI n.º 181, de 3 de Agosto de 2002.

8 — «Attuazione della directiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi», GURI n.º 104, de 6 de Maio de 1995.

9 — «Legge urbanistica», GURI n.º 244, de 16 de Outubro de 1942.

da Lei n.º 10, de 28 de Janeiro de 1977 [10], que o titular da licença pode ele próprio levar a cabo as obras de urbanização, imputando o custo, total ou parcialmente, nas taxas devidas.

3. A concepção, a direcção e a verificação das obras nos contratos de montante inferior aos limites comunitários

13. O artigo 17.º, n.º 12, da Lei n.º 109/94 permite aos organismos competentes confiar os serviços de concepção e de direcção das obras de valor estimado inferior a 100 000 EUR às pessoas contempladas no n.º 1, alíneas d), e), f) e g), depois de verificar a experiência e a capacidade profissional do seleccionado, fundamentando a sua escolha.

14. Além disso, o artigo 30.º, n.º 6-A, da mesma Lei n.º 109/94 confia as tarefas de verificação da execução aos departamentos técnicos das entidades adjudicadas ou aos organismos de controlo da alínea a) desse número, e, quando não se atinjam os montantes comunitários, a quem goze da confiança da administração.

4. A direcção das obras

15. Nos termos do artigo 27.º, n.º 2, da Lei n.º 109/94, sempre que a administração contratante não assuma, nas condições do artigo 17.º, n.º 4, a direcção das obras, deve confiá-la, por esta ordem: 1) a outras entidades públicas; 2) ao encarregado do projecto nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 4; ou 3) a outras pessoas pré-seleccionadas de acordo com a regulamentação nacional.

5. As tarefas de verificação

16. Ao abrigo do artigo 28.º, n.º 4, da Lei n.º 109/94, as operações de controlo são confiadas a um, dois ou três técnicos especializados e altamente qualificados em função do tipo, da complexidade e do valor das obras, escolhidos de entre os que integrem a administração contratante, salvo quando se constatar e esteja certificada a falta de profissionais com estas características.

17. Estas normas são completadas pelo previsto no artigo 188.º do Decreto do Presidente da República n.º 554, de 21 de Dezembro de 1999 [11], que dá execução à

10 — «Norme per la edificabilità dei suoli», GURI n.º 27, de 29 de Janeiro de 1977.

11 — «Regolamento d'attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994 n.º 109, e successive modificazioni», GURI n.º 98, de 28 de Abril de 2000.

Lei n.º 109/94. Infere-se dos n.ºs 1, 3, 8, 9, 11, 12 e 13 da disposição referida que, nos trinta dias seguintes ao fim dos trabalhos, o órgão de contratação deve solicitar a verificação do executado aos seus colaboradores, em conformidade com o tipo, a categoria, a complexidade e o montante das prestações, bem como segundo critérios previamente estabelecidos; se ninguém houver que satisfaça as qualidades exigidas, é necessário recorrer a especialistas externos, que figurem em listas do Ministero dei Lavori Pubblici (Ministério das Obras Públicas), das regiões ou das províncias autónomas, e optar por alguém que reúna as condições indicadas, desde que possua o seu diploma há pelo menos dez anos — quando se tratar de obras estruturais ou de um montante igual ou superior a cinco milhões de EUR — ou há mais de cinco anos — para as de montante inferior a um milhão de EUR —, sujeitando-o a várias proibições. A inexistência de listas permite ao órgão de contratação confiar discricionariamente estas tarefas a qualquer pessoa que cumpra os requisitos exigidos.

19. O artigo 37.º-A permite a apresentação de propostas de obras públicas ou de utilidade geral e a assinatura dos correspondentes contratos em que é assumido o financiamento e a gestão, devendo a administração publicar com antecedência suficiente um anúncio informativo.

6. As obras financiadas a título privado

18. Os artigos 37.º-A, 37.º-B e 37.º-C da Lei n.º 109/94 ocupam-se da adjudicação das obras públicas custeadas, no todo ou em parte, por particulares.

20. O artigo 37.º-B prevê os procedimentos de selecção do promotor. Em primeiro lugar, avaliam-se as propostas, atendendo à construção, ao urbanismo, ao meio ambiente, à qualidade do projecto, à funcionalidade, à finalidade, à acessibilidade dos utilizadores, ao rendimento, aos custos de gestão e de manutenção, à duração da concessão, aos prazos para a realização das obras, às tarifas, ao método para a sua revisão e ao valor económico dos planos. Depois de verificar que nenhum elemento impede a execução e de ouvir o promotor que o solicite, verifica-se se alguma proposta é de interesse geral; nesse caso, segundo o n.º 1 do artigo 37.º-C, recorre-se a um concurso restrito para a obtenção de mais duas propostas. A concessão é efectuada por negociação, discutindo a proposta do promotor e as outras duas, sendo que, nos termos do artigo 37.º-B, *in fine*, a adjudicação recai sobre o promotor que, no desenrolar do expediente, se adapte às alterações impostas pelo órgão de contratação.

III — A fase pré-contenciosa

21. A Comissão, após receber várias denúncias sobre os efeitos da Lei 109/94 e conhecer o respectivo projecto de alteração, dirigiu-se, em 12 de Abril de 2002, às autoridades italianas, advertindo-as de que algumas disposições eram incompatíveis com o direito comunitário.

22. O Estado-Membro, num ofício de 17 de Junho de 2002 e numa reunião havida em Roma em 23 de Julho, mostrou-se inclinado a alterar a Lei 109/94 nos termos propostos.

23. Uma vez aprovada a reforma através da Lei n.º 166/2002, a Comissão entendeu que algumas das suas normas contrariavam o direito comunitário, enviando-lhe, em 19 de Dezembro de 2002, uma notificação para cumprir, cuja resposta não a convenceu, pelo que, em 15 de Outubro de 2003, lhe dirigiu um parecer fundamentado, antes de recorrer ao Tribunal de Justiça, instaurando a presente acção por incumprimento ao abrigo do artigo 226.º CE.

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

24. A petição, que deu entrada na Secretaria em 24 de Setembro de 2004, pede a declaração de que «ao adoptar o disposto nos artigos 2.º, n.º 1; 17.º, n.º 2; 27.º, n.º 2; 30.º, n.º 6-A; 37.º-C e 37.º-D, n.º 1, da Lei n.º 109, de 11 de Fevereiro de 1994, conforme alterada, pela última vez, pelo artigo 7.º da Lei n.º 166, de 1 de Agosto de 2002; 2.º, n.º 5 da Lei n.º 109/94, alterado pela última vez pela Lei n.º 166/2002, em conjugação com o disposto nas Leis n.º 1150 de 1942 e n.º 10 de 1977 e sucessivamente alterado; 28.º, n.º 4, da Lei n.º 109/94, conjugado com o disposto no artigo 188.º do D.P.R. n.º 554, de 21 de Dezembro de 1999 e 7.º da referida Lei n.º 166/2002, bem como o artigo 3.º, n.º 3, do Decreto legislativo n.º 157, de 17 Março de 1995, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE, 92/50/CEE e 93/38/CEE, bem como por força dos artigos 43.º e 49.º do Tratado CE e dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento que deles decorrem». Também pede a condenação do demandado nas despesas.

25. Na contestação ao pedido, apresentada em 16 de Dezembro de 2004, pede-se que os pedidos da Comissão não sejam atendidos e, a título subsidiário, a aprovação das alterações introduzidas na legislação italiana criticada no parecer fundamentado, rejeitando-se a censura «ao artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 109/94».

26. Em 26 de Janeiro de 2005 foi entregue a réplica e, em 16 de Março, a tréplica.

27. Por despacho de 6 de Abril de 2004, o presidente do Tribunal de Justiça autorizou a intervenção dos Países Baixos — que apresentaram as suas alegações em 14 de Julho de 2005 — e da Finlândia — que o fez em 18 de Julho de 2005 — em apoio da República Italiana [12], que, por sua vez, em 14 de Setembro de 2005, se pronunciou sobre estas intervenções.

28. Uma vez encerrada a fase escrita do processo, e dado que nenhuma das partes pediu a realização de audiência, o processo ficou pronto para a elaboração destas conclusões em 11 de Julho de 2006.

V — Os contratos mistos

29. A autonomia da vontade permite o aparecimento de novas figuras contratuais que combinam componentes de diversos tipos [13], a fim de alcançar as metas propostas pelos contratantes.

30. Há inúmeras possibilidades de combinação, atendendo ao conteúdo obrigacionista [14], pois um negócio jurídico pode englobar vários, pode existir uma pluralidade de objectos e, neste contexto, cada objecto pode implicar diferentes prestações.

31. A principal dificuldade consiste em seleccionar as disposições aplicáveis, das quais dependem determinados efeitos, como o da sujeição a procedimentos mais rigorosos ou a exclusão de alguns concorrentes.

32. A delimitação pode fundar-se no critério da combinação, utilizando disposições de proveniência diferente nos elementos do mesmo contrato, ou no critério da absorção,

12 — A República Francesa também foi admitida como interveniente, mas não apresentou observações.

13 — Para Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 456, o tipo, como forma de pensamento, utiliza-se «para uma caracterização mais concreta de certas categorias de relações jurídicas, em especial de direitos subjectivos e de relações contratuais vinculativas».

14 — Moreno Molina, J.A., y Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 36, indicam que estes contratos oferecem uma casuística rica e complexa.

regulando-se o contrato segundo o elemento preponderante [15].

33. O primeiro critério salienta a singularidade de cada tipo, mas, dados os grandes inconvenientes práticos que implica, não costuma ser empregue, excepto, por exemplo, nos contratos que, sob uma aparência formal unitária, agrupam uma pluralidade.

34. Recorre-se habitualmente ao segundo critério em situações mais complexas, como as contempladas expressamente nas directivas, que partem do objecto do contrato:

— Se consiste em fornecimentos e serviços, sempre que o valor dos últimos exceda o dos primeiros, é aplicável a Directiva 92/50 [16].

— Se consiste em fornecimentos que tenham por objecto, a título acessório, operações de montagem e instalação, é aplicável a Directiva 93/36 [17].

— Se tem por objecto serviços e inclui obras secundárias, há que aplicar a Directiva 92/50 [18].

— Se consiste na concessão de obras públicas, devem respeitar-se as regras concretas de publicidade da Directiva 93/37 [19].

35. Além disso, a Directiva 92/50 prevê que se um mesmo contrato tem simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo I A e serviços enumerados no anexo I B, o montante desses serviços especifica a lei sobre a adjudicação que deve ser tida em conta [20] (artigo 10.º) [21]. A Directiva 93/38 contém uma disposição semelhante (artigo 17.º).

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valência, 2003, p. 91.

16 — Artigo 1.º, n.º 2, alínea d), segundo parágrafo, da Directiva 2004/18.

17 — Artigo 1.º, n.º 2, alínea c), segundo parágrafo, da Directiva 2004/18.

18 — Artigo 1.º, n.º 2, alínea d), terceiro parágrafo, da Directiva 2004/18.

19 — Artigo 1.º, n.º 3, e título 3 (artigos 56.º a 65.º) da Directiva 2004/18.

20 — O advogado-geral J. Mischo, nos n.os 31 a 36 das conclusões apresentadas no processo em que foi proferido o acórdão de 14 de Novembro de 2002, Félix Swoboda (C-411/00, Colect., p. I-10567), esboça as diferenças entre esta hipótese, em que se seleccionam disposições dentro da própria directiva, e as anteriores, nas quais se indica a directiva em questão. O acórdão, nesta linha, salientou que a Directiva 92/50 «fornece um critério unívoco de determinação do regime aplicável a um contrato composto por serviços diversos», baseado no seu valor (n.º 52), rejeitando o recurso ao «objecto principal do contrato» (n.º 49).

21 — Artigo 22.º da Directiva 2004/18.

36. Apesar disso, as alternativas indicadas não esgotam as possibilidades, de modo que, perante as lacunas das directivas, que também não enunciam um quadro comum para todos os contratos [22], o legislador nacional tem de precisar o regime dos restantes pressupostos dos contratos mistos, gozando de uma ampla margem de discricionariedade, limitada pelas directivas e pelo Tratado.

37. Há que notar que as directivas se baseiam no objecto principal do contrato e, quando exista mais de um ou confluam várias prestações, no de maior relevância económica. A utilização dos dois factores permite demarcar o âmbito material de aplicação.

38. Com efeito, no que se refere ao objecto principal, este é o elemento essencial em torno do qual gira o contrato [23]. Assim, o acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional [24], ao analisar um contrato de cessão de bens e, simultaneamente, de execução de obras [25], declarou a improcedência de privilegiar essas obras quando tenham carácter acessório, apesar de essa circunstância ter de ser apreciada pelo órgão jurisdicional nacional (n.os 26 a 29). Mas convém matizar esta afirmação, porque a qualificação como «acessórios» dos trabalhos ou das obras [décimo sexto considerando da Directiva 92/50 e artigo 1.º, alínea a), *in fine*, da Directiva 93/36] não converte esta qualidade no critério definidor do sistema. Por conseguinte, deve entender-se o acórdão no sentido de que as obrigações secundárias não são susceptíveis de determinar as normas aplicáveis, que devem ser determinadas segundo o critério da prevalência [26].

39. No que se refere ao valor, configura-se como um dado imparcial, bastante pertinente para escolher o objecto ou a prestação mais relevante, tendo em conta a sua função fundamental de excluir ou incluir os negócios no âmbito de aplicação das directivas. Nesse contexto, o acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal [27], interpretando *a contrario sensu* o artigo 2.º da Directiva 92/50,

22 — Independentemente do que acontece no direito civil nacional. Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, p. 382, ao abordar o problema nesse domínio do direito, alude ao artigo 1323.º do Código civil italiano, segundo o qual «todos os contratos, mesmo quando não pertençam aos tipos que têm uma regulamentação especial, são regulados pelas normas gerais previstas no presente título» [o título segundo do livro das obrigações].

23 — Artigo 1.º, alínea a), das Directivas 93/36 e 93/37; artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 93/38; décimo considerando e artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 2004/18.

24 — Processo C-331/92, Colect., p. I-1329.

25 — Segundo expôs o advogado-geral C. O. Lenz no n.º 19 das suas conclusões nesse processo, a questão prejudicial dizia respeito a um processo de adjudicação pública e à atribuição de uma concessão para a abertura e exploração de um estabelecimento de jogo, bem como à concessão da exploração de um hotel, subordinada à obrigação de realizar obras de transformação.

26 — Greco, G., «Contratti 'misti' e appalti comunitari», Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1994, p. 1265, entende que o critério da prevalência é o mais adequado para determinar a regulamentação para a maior parte dos casos de contratos mistos, porque o critério da acessoriedade se revela muitas vezes insuficiente.

27 — Processo C-107/98, Colect., p. I-8121.

declarou que um contrato sobre produtos e serviços se rege pelas regras relativas aos primeiros, quando o seu «valor» exceda o dos segundos (n.º 38), afirmação esta que o Tribunal manteve no seu acórdão de 11 de Maio de 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei [28] (n.ºs 31 e 47).

41. Portanto, a acção por incumprimento da legislação comunitária oferece um amplo âmbito material, porque não compreende apenas o direito derivado, no qual as directivas constituem o terreno fértil para este tipo de processos.

VI — Os princípios comunitários nos contratos excluídos

42. Deste modo se entende porque razão o pedido não avança argumentos acerca da violação pela regulamentação italiana de disposições concretas das directivas sobre os contratos públicos e se centra na violação dos princípios comunitários consagrados nos artigos 43.º CE e 49.º CE.

A — *A acção por incumprimento por violação dos princípios comunitários*

40. Do artigo 10.º CE resulta que a pertença à Comunidade implica duas obrigações para os Estados que a integram: uma positiva, de adoptar «todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes» do Tratado ou «resultantes de actos das instituições da Comunidade»; e outra negativa, de se abster de tomar medidas «susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos» prosseguidos. Os artigos 226.º CE e 227.º CE permitem à Comissão e aos Estados-Membros o recurso ao Tribunal de Justiça quando considerem que um dos Estados-Membros viola estas obrigações.

43. Ou seja, partindo do facto de que o regime jurídico dos contratos públicos é diferente em virtude da sua sujeição às directivas nos termos estabelecidos pela legislação nacional de execução, a Comissão baseia a acusação na falta de uma previsão expressa de obediência aos princípios da transparência e da igualdade de tratamento na adjudicação dos negócios que estão excluídos em razão do respectivo valor.

B — *Os princípios da transparência e da igualdade de tratamento nos contratos excluídos*

44. Em conclusões anteriores afirmei que o desenvolvimento de uma concorrência

28 — Processo C-340/04, não publicado na Colectânea.

aberta em matéria contratual só pode ser efectivo se aqueles que pretenderem candidatar-se à adjudicação dos contratos públicos estiverem em condições de o fazer em pé de igualdade, sem preferências injustificadas, não bastando que a tramitação siga critérios equilibrados, mas sendo ainda necessário que impere a publicidade [29].

45. O Tribunal de Justiça já abordou noutras ocasiões a importância dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento na celebração dos contratos que, pelo seu valor, ficam excluídos das directivas e, por conseguinte, das disposições de transposição.

46. O acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Teleaustria e Telefonadress [30], enunciou, para os contratos exceptuados pela Directiva 93/38, que «as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular» (n.º 60). Nos termos do acórdão de 18 de Novembro de 1999, Unitron Scandinavia e 3-S [31], o referido princípio «[implica] uma obrigação de transparência» que assegure a sua observância (n.º 31) e que garanta, conforme o primeiro dos acórdãos referidos «a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação» (n.º 62). Por esse motivo, como se declarou no acórdão de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen [32], a ausência total de concorrência «não é conforme com as exigências dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência» (n.º 50), embora se afirme, no acórdão de 21 de Julho de 2005, Coname [33], que a transparência não impõe «uma obrigação de realização de um concurso público» (n.º 21).

47. Estas afirmações, reiteradas posteriormente [34], baseiam-se, pois, na distinção entre os contratos incluídos no âmbito de aplicação respectivo de cada directiva, que devem sujeitar-se aos procedimentos previstos nas mesmas, e os contratos alheios a estas normativas, aos quais apenas se aplicam os princípios fundamentais [35].

29 — N.os 24 a 29 e 21 a 26 das minhas conclusões nos processos em que foram proferidos, respectivamente, os acórdãos de 27 de Novembro de 2001, Lombardini e Mantovani (C-285/99 e C-286/99, Colect., p. I-9233), e de 24 de Novembro de 2005, ATI EAC e o. (C-331/04, Colect., p. I-10109).

30 — Processo C-324/98, Colect., p. I-10745. Este acórdão abordou em primeiro lugar a questão da inclusão do contrato em causa nesses autos, dado o seu objecto específico — «produção e publicação de listas telefónicas de assinantes impressas e utilizáveis electronicamente (listas telefónicas)» (n.º 19) —, no âmbito da Directiva 93/38 e não no da Directiva 92/50 (n.os 31 a 40).

31 — Processo C-275/98, Colect., p. I-8291.

32 — Processo C-458/03, Colect., p. I-8612.

33 — Processo C-231/03, Colect., p. I-7287.

34 — Entre outros, acórdão de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303), n.º 18.

35 — Na mesma linha, o despacho de 3 de Dezembro de 2001, Vestergaard (C-59/00, Colect., p. I-9505), n.os 19 a 21.

C — *O alcance da obrigação de respeito da transparência e da igualdade*

48. Reconhecida a obrigação de assumir a transparência e a igualdade nas adjudicações dos contratos que escapam às regras específicas, há que delimitar esta obrigação, elucidando se deve ser consagrada na lei escrita.

49. O Tribunal de Justiça não esclareceu esta questão no acórdão Coname, já referido, apesar do estudo pormenorizado realizado pela advogada-geral Stix-Hackl nas suas conclusões. Não obstante, há vários processos pendentes de resolução, nos quais pode ressurgir esta discussão [36].

50. Ao contrário destes casos, que dizem respeito a contratos determinados, o dos autos é de carácter mais amplo, exigindo que tenhamos em conta as directivas e o Tratado.

1. A referência às directivas

51. Como salientou o acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau [37], o objectivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos consiste não apenas na livre circulação de serviços mas igualmente na abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros (n.º 44) [38].

52. Mas a leitura das directivas acusa a falta de uma codificação completa no seio da União [39], pois, por um lado, dizem essencialmente respeito à celebração, embora também incidam sobre as fases seguintes, como a execução; por outro lado, excluem certos contratos; e, finalmente, faltam as disposições gerais que devem respeitar os contratos exceptuados.

53. A limitação da sua regulação à preparação, ao procedimento e às formas de adjudicação, anunciada no próprio título das

36 — Processos C-507/03, Comissão/Irlanda, e C-532/03, Comissão/Irlanda, no qual se censura a adjudicação de contratos de serviços sem a prévia publicação de um anúncio; a advogada-geral Stix-Hackl apresentou as suas conclusões nos dois processos em 14 de Setembro de 2006. Refira-se também o processo C-195/04, Comissão/Finlândia, com audiência realizada no passado dia 8 de Junho, no qual a violação diz respeito à concessão de um contrato de equipamento de cozinha para uso institucional.

37 — Processo C-26/03, Colect., p. I-1.

38 — Embora tenham outras finalidades, como a salvaguarda dos interesses económicos da administração, saneando os preços; García-Trevijano Garnica, J. A., «Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión», *in Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, coord. Pendás, B., Ed. Praxis, Barcelona, 1995, p. 258.

39 — Millett, T., «Les marchés publics en droit communautaire», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 452, Outubro-Novembro de 2001, p. 630. Piñar Mañas, J. L., na obra colectiva *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 79, observa que, não obstante, através das directivas «se caminha para um regime comum de contratação» («se está dando paso a un régimen común de contratación»).

directivas, justifica-se porque são as fases que influenciam a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento, a livre prestação de serviços e os princípios decorrentes dessas liberdades.

54. Do mesmo modo, há explicação para a isenção de alguns contratos por terem um objecto delicado — como os contratos secretos ou sujeitos a fortes medidas de segurança —, ou por se situarem no âmbito de outras directivas — como os contratos relativos às telecomunicações —, ou ainda pelo seu valor, devido à sua escassa relevância.

55. Parece mais difícil de entender a falta de uma normativa comum para qualquer contrato público que recolha indicações sobre a igualdade de oportunidades, sobre a proibição da discriminação, sobre a transparência e sobre a publicidade, introduzindo as ressalvas necessárias [40], pois estas indicações redundariam em benefício dos propósitos comunitários, sem gerar inconvenientes insolúveis.

40 — A Directiva 2004/18 dispõe, no seu artigo 2.º, que «[as] entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente»; nos artigos 4.º a 6.º, estabelece padrões para todos os contratos públicos, acerca dos «operadores económicos», das «condições relativas aos acordos celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio» e da «confidencialidade»; mas, em conformidade com o artigo 7.º, estes artigos, como os restantes artigos da directiva, apenas dizem respeito aos negócios «não excluídos».

56. O legislador de cada país goza da faculdade de preencher esta lacuna, mas não lhe é pedido que estabeleça regras quando estas nem sequer foram adoptadas no direito comunitário derivado. Assim, há que recordar que o artigo 249.º CE dispõe que «a directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios», o que implica que a transposição tem de abranger toda a directiva, mas só a directiva.

57. Portanto, no estado actual do direito comunitário, nem a finalidade nem o conteúdo das directivas, e tão-pouco o seu efeito útil, exigem que os princípios que as inspiram sejam expressamente referidos na legislação dos Estados-Membros relativamente a contratos que não entram no respectivo âmbito de aplicação.

2. A referência ao Tratado

58. O acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália [41], deduziu que os artigos 43.º CE e 49.º CE constituem a expressão específica do princípio da

41 — Processo C-3/88, Colect., p. 4035.

igualdade de tratamento (n.º 8), que, como se afirmou no acórdão de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica [42], significa que todos os concorrentes devem dispor das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas, independentemente da nacionalidade (n.os 33 e 54).

59. A difusão das possibilidades de contratar constitui o elemento chave no que toca aos princípios do Tratado, e, não obstante, sofre de falta de indícios sobre o modo de realizar os anúncios. A este respeito, a jurisprudência deixou o caminho livre, impondo embora um mínimo. Assim, dentro da jurisprudência já referida, o acórdão Parking Brixen declarou que «[compete] à entidade adjudicante apreciar, sob controlo dos órgãos jurisdicionais competentes, a adequação das modalidades de recurso à concorrência às especificidades da concessão dos serviços públicos em causa», sem que tal equivalha a se aceitar a ausência total de concorrência (n.º 50, que remete para os n.os 61 e 62 do acórdão Teleaustria e Telefonadress) [43], ideia transponível para qualquer tipo de contrato.

60. O acórdão Coname insistiu nos aspectos referidos, ao analisar a adjudicação directa por uma entidade local italiana do serviço de manutenção, gestão e controlo da rede de gás metano. Por ser um contrato alheio às directivas, fez em jogo o direito primário (n.º 16), afirmando que a violação da transparência implicava uma discriminação indirecta proibida pelos artigos 43.º CE e 49.º CE (n.os 17 a 19), desculpável em caso de «circunstâncias especiais, tais como um interesse económico muito reduzido, [face ao qual] se possa razoavelmente defender […] que a concessão não teria interesse para empresas de outros países e que os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam, portanto, considerados demasiado aleatórios e demasiado indirectos para se poder concluir que os mesmos foram eventualmente violados» (n.º 20).

61. Com um intuito mais amplo, a advogada-geral Stix-Hackl, nas conclusões apresentadas no processo Coname, expressou as suas dúvidas sobre a questão de saber se as liberdades fundamentais exigem a uniformidade dos requisitos de todas as adjudicações (n.º 70), propondo um regime simplificado que define as diferentes categorias consoante a relevância que assumem no mercado interno (n.os 75 e segs.).

62. Deduzo do exposto, por um lado, que a igualdade de tratamento e a transparência impostas pelo Tratado devem estar sempre presentes, sem necessidade de disposições de

42 — Processo C-87/94, Colect., p. I-2043.

43 — O advogado-geral N. Fennelly, no n.º 43 das conclusões apresentadas nesse processo, explica que «o respeito efectivo do princípio da não discriminação com base na nacionalidade exige que a atribuição de concessões obedeça a um mínimo de publicidade e transparência», o que não implica «que a entidade adjudicante deva aplicar por analogia as disposições da directiva comunitária mais relevante em matéria de adjudicações».

direito derivado ou de direito nacional que assim o declarem [44]; e, por outro lado, que, no momento actual, o grau de divulgação dos pedidos de propostas incumbe a cada Estado-Membro, com alguns limites.

D — *Corolário*

63. Tendo em conta a exegese precedente, entendo que as directivas e o Tratado não obrigam os parceiros comunitários a adoptarem explicitamente disposições gerais para os contratos excluídos no que toca à aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência ou da publicidade que a livre concorrência exige. Se o tentarem fazer, a sua conduta corresponde ao seu livre arbítrio, não a uma obrigação decorrente da sua pertença à União.

64. O contrário provocaria sérios problemas práticos, enunciados nas conclusões já referidas apresentadas no processo Coname, como a escolha do meio de publicação ou o conteúdo mínimo do anúncio (n.os 96 e 97), pois as próprias directivas distinguem consoante a importância económica das prestações. Também se afastaria da jurisprudência que, no acórdão Coname, admite certas hipóteses de adjudicação directa, sem concurso público (n.º 21).

65. Em todo o caso, subsiste a possibilidade de controlar o respeito destes princípios pelos actos individuais, como se fez, por exemplo, nos acórdãos Parking Brixen e Coname, já referidos [45].

VII — Análise dos fundamentos de incumprimento

A — *Advertência preliminar*

66. Ao iniciar estas conclusões, indiquei que a Comissão imputa à República Italiana a inobservância dos deveres que lhe incumbem em matéria de contratos públicos, ao dispensar certas adjudicações do respeito das regras e dos postulados da legislação comunitária, basicamente, de duas maneiras: em primeiro lugar, consagrando o valor das obras acessórias como único critério para a determinação da sujeição dos contratos

44 — Não obstante, o legislador italiano insistiu nestes princípios na reforma realizada em 2005, a que aludo mais adiante.

45 — Processos pendentes C-507/03, C-532/03 e C-195/04, já referidos na nota 36.

mistos; em segundo lugar, omitindo a menção de que, sempre que não se alcancem os limiares previstos nas directivas, devem respeitar-se os princípios da transparência e da igualdade de tratamento decorrentes dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

69. Por conseguinte, no presente processo, há que ter em consideração a legislação vigente quando terminaram os dois meses concedidos no parecer fundamentado de 15 de Outubro de 2003, e não a legislação posteriormente aprovada.

B — *A delimitação dos contratos mistos*

67. Embora o Governo demandado negue que, em concreto, as disposições da sua legislação sobre a realização de obras por particulares para a dedução das taxas de urbanização contrariem o direito comunitário, alega que as restantes incompatibilidades reveladas pela demandante desapareceram com as alterações introduzidas pela Lei n.º 62/2005, de 18 de Abril, Legge comunitaria 2004 [46].

70. Os contratos mistos de empreitadas de obras, de fornecimento e de serviços, bem como os de fornecimentos e de serviços que incluam obras acessórias, devem conformar-se com a lei italiana de transposição quando estas obras representem mais de 50% do preço (artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 109/94 e, de modo semelhante, artigo 3.º, n.º 3, do Decreto legislativo n.º 157/95). A avaliação económica de uma parcela deste tipo de contratos é, portanto, o critério exclusivo para a aplicabilidade da lei.

68. Basta recordar a jurisprudência que exige a verificação do incumprimento em função da situação do Estado-Membro no termo do prazo fixado no parecer fundamentado, sem que o Tribunal de Justiça tenha de ter em conta as alterações posteriores [47].

71. A Comissão, baseando-se no acórdão Gestión Hotelera Internacional, já referido, sustenta que a sujeição à lei deve depender do objecto principal do contrato, definido, entre outros parâmetros e não unicamente, pelo peso financeiro das prestações, pois, caso contrário, ficam excluídos os contratos mistos de orçamento superior aos limites

46 — «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee», supplemento ordinário, GURI n.º 96, de 27 de Abril de 2005.

47 — Acórdãos de 27 de Novembro de 1990, Comissão/Grécia (C-200/88, Colect., p. I-4299), n.º 13; de 2 de Maio de 1996, Comissão/Bélgica (C-133/94, Colect., p. I-2323), n.º 17; de 30 de Janeiro de 2002, Comissão/Grécia (C-103/00, Colect., p. I-1147), n.º 23; e de 13 de Março de 2003, Comissão/Espanha (C-333/01, Colect., p. I-2623), n.º 8.

das Directivas 92/50 e 93/36, mas que, pelo simples facto de as obras, embora acessórias, constituírem a maior parte do preço, têm valor inferior às margens da Directiva 93/37.

72. O Estado demandado invoca uma circular do Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministério das Infraestruturas e Transportes) [48] e a reforma da Lei n.º 109/94, para que nos contratos mistos se ignore o montante das obras secundárias, de modo que o aspecto monetário reveste igualmente um carácter predominante, embora já não singular, para escolher a legislação aplicável.

73. Entendo que, pelas razões referidas, se deve abstrair das alterações anunciadas e, além disso e segundo se afirma na réplica, uma circular não é idónea para desvirtuar uma disposição legal, sendo insuficiente para negar o incumprimento, pois, para o Tribunal de Justiça, «simples práticas administrativas, por natureza modificáveis à vontade da administração e desprovidas de publicidade adequada, não podem ser consideradas cumprimento válido das obrigações impostas pelo Tratado» [49].

74. Com estes esclarecimentos, resulta evidente que as directivas se opõem a que o valor das obras constitua sempre o critério determinante do regime jurídico dos contratos mistos, pois deste modo escapariam do âmbito comunitário negócios cujo núcleo reside em serviços ou fornecimentos, pela simples circunstância do menor custo das obrigações principais.

75. As próprias directivas referem o objecto do contrato, sem o confundir com a causa ou com as prestações que implica [50], apesar de estas últimas o identificarem e, no caso de serem vários, os graduarem, consoante o montante das prestações, uma vez que as directivas delimitam o seu âmbito de aplicação mediante valores monetários de fácil verificação.

76. Não devem ser invertidos os termos nem, como fazem as disposições italianas, deve ser tido em conta o aspecto económico das prestações colaterais, pelo que deve ser considerado demonstrado o incumprimento alegado nesta matéria.

48 — Circolare n.º B1/2316, de 18 de Dezembro de 2003, GURI n.º 79, de 3 de Abril de 2004.

49 — Acórdãos de 24 de Março de 1994, Comissão/Bélgica (C-80/92, Colect., p. I-1019), n.º 20; de 26 de Outubro de 1995, Comissão/Luxemburgo (C-151/94, Colect., p. I-3685), n.º 18; de 17 de Maio de 2001, Comissão/Itália (C-159/99, Colect., p. I-4007), n.º 32; de 17 de Janeiro de 2002, Comissão/Irlanda (C-394/00, Colect., p. I-581), n.º 11; de 27 de Fevereiro de 2003, Comissão/Bélgica (C-415/01, Colect., p. I-2081), n.º 21; e de 20 de Novembro de 2003, Comissão/França (C-296/01, Colect., p. I-13909), n.º 54.

50 — No n.º 37 das conclusões apresentadas no processo Gestión Hotelera Internacional, o advogado-geral C. O. Lenz adverte que uma obrigação principal e intransmissível não se converte no objecto essencial do contrato.

C — *As intervenções urbanísticas*

77. As obras realizadas pelos particulares a) para deduzir pagamentos decorrentes das licenças de construção, b) para assumir determinadas obrigações legais e c) as obras semelhantes às dos grupos precedentes não têm de se conformar com a Lei n.º 109/94, mas se o valor das prestações, considerado individualmente, exceder os limites comunitários, serão adjudicadas em conformidade com a Directiva 93/37 (artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 109/94).

78. A Comissão alega, por um lado, que estas previsões, conjugadas com a Lei n.º 1150/42 e a Lei n.º 10/77, permitem a adjudicação directa ao titular de uma licença de obras ou de um plano de urbanização, sem garantir os princípios da transparência e da igualdade do Tratado CE, que devem ser respeitados inclusivamente quando o orçamento é inferior aos limiares comunitários. Por outro lado, a Comissão alega que, a fim de apreciar se o limiar foi atingido, têm de ser ponderadas todas as prestações que constam do contrato e não apenas uma.

79. O Governo italiano nega veementemente que a sua legislação incorra na violação alegada. Em primeiro lugar, junta uma circular do Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [51] e outra do Departamento per le Politiche Comunitarie (departamento de política comunitária do referido ministério) [52], precisando as regras adoptadas para as conformar com as comunitárias. Em segundo lugar, considera excessivo que, nos trabalhos de transposição, haja que fazer referência a cada disposição do Tratado e à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em terceiro lugar, sublinha a singularidade das prestações do construtor no meio urbanístico quando se substitui às entidades locais. Por último, discorda da interpretação do acórdão de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o. [53], proposta pela Comissão, porque, em sua opinião, não se debruçou sobre as obras heterogéneas executadas pelo particular como mandatário da administração.

1. Quanto aos princípios da transparência e da igualdade

80. À luz do exposto, não se pode censurar às normas escritas nacionais a ausência de uma menção geral a respeito da obrigação

51 — Circolare n.º 462, de 18 de Dezembro de 2001, «Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n.º 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi», GURI n.º 300, de 28 de Dezembro de 2001.

52 — Circolare n.º 8756, de 6 de Junho de 2002, «Normativa applicabile agli appalti pubblici 'sottosoglia'», GURI n.º 178, de 31 de Julho de 2002.

53 — Processo C-399/98, Colect., p. I-5409.

de acatar os princípios da transparência e da igualdade; devido ao seu carácter maleável, a verificação do incumprimento depende das circunstâncias de cada adjudicação.

81. Portanto, a República Italiana não cometeu o incumprimento alegado.

84. Como já indiquei, o Governo italiano chama a atenção para as especificidades urbanísticas e as características do sistema de adjudicação em causa, mas objecta a que a apreciação do sistema no presente processo se deva basear nas directivas sobre contratos públicos. Quando se põe a tónica num dos planos jurídicos — o nacional — ignorando o outro — o comunitário —, distorce-se a situação. Além disso, já salientei que, no acórdão Ordine degli Architetti se afirmou que as particularidades da matéria urbanística não bastam para excluir as directivas (n.º 66).

2. Quanto ao âmbito de aplicação da legislação italiana

82. A outra objecção da petição referente à outorga de obras ao titular de uma licença ou de um plano de urbanização tem em mira a regra de que os procedimentos contratuais devem ser utilizados sempre que o acordo entre a administração e o particular inclua obras de valores que, apreciados individualmente, excedam os montantes comunitários.

83. Esta regra, segundo a Comissão, viola a Directiva 93/37, porque implica que um contrato cujo montante global supera os limiares fique exonerado em razão da insuficiência dos valores correspondentes a cada um dos trabalhos que acarreta.

85. A Directiva 93/37 define no artigo 1.º o que deve entender-se por «contratos de empreitada de obras públicas» [alínea a)] [54] e por «obras» [alínea c)] [55]; o artigo 6.º, n.º 3, prevê o caso de uma obra se encontrar dividida em vários lotes, sendo cada um deles objecto de um contrato; e o n.º 4 desse artigo 6.º proíbe a cisão com o propósito de se subtrair à aplicação da directiva [56].

54 — «Contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante».

55 — «O resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, por si mesmo, uma função económica ou técnica».

56 — Regras semelhantes encontram-se no artigo 7.º da directiva, no artigo 5.º da Directiva 93/36, no artigo 14.º da Directiva 93/38 e no artigo 9.º da Directiva 2004/18, sobre os «métodos de cálculo do valor estimado dos contratos públicos, dos acordos-quadro e dos sistemas de aquisição dinâmicos».

86. Oferecem-se assim conceitos e regras que devem ser explicados a partir do direito comunitário [57] e em cujo plano há que inserir o acórdão Ordine degli Architetti, já referido, segundo o qual «a realização directa, pelo titular de uma licença de construção ou de um projecto de loteamento aprovado, de uma obra de equipamento, contra dedução total ou parcial da contribuição devida a título de concessão da licença, e cujo valor seja igual ou superior ao limiar fixado pela directiva» deve sujeitar-se às disposições da Directiva 93/37.

87. Não obstante, importa matizar este enunciado, uma vez que as obras públicas que implicam os trabalhos de urbanização são executadas directamente pela administração ou também por uma terceira pessoa em cumprimento da lei ou de uma convenção, existindo nesse caso um contrato sujeito à normativa comunitária [58], impondo-se ao proprietário, agindo como *alter ego* da administração [59], idênticas exigências de publicidade e de concorrência [60].

88. Além disso, a Directiva 93/37 define o conceito de «obra», cuja existência, em conformidade com o acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França [61], deve ser apreciada relativamente às funções económica e técnica do resultado dos trabalhos em causa (n.º 36). O valor total, obtido com a soma dos lotes, determina o cumprimento das disposições, sem que as particularidades do urbanismo sirvam de desculpas objectivas para justificar o fraccionamento.

89. As reflexões precedentes demonstram que as operações urbanísticas sujeitas à directiva devem respeitar também as suas regras para o cálculo do valor dos contratos, rejeitando-se aquelas que, como as do n.º 5 do artigo 2.º da Lei n.º 109/94, as alteram, ao estabelecer um único critério geral que provoca o efeito pernicioso de afastar os postulados comunitários e de impedir, por razões objectivas respeitantes ao valor, que as empresas de outros Estados-Membros apre-

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., «Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001», *Cuadernos de Derecho local*, n.º 4, 2004, p. 19 e segs.

58 — O advogado-geral P. Léger, nas conclusões do processo em que foi proferido o acórdão Ordine degli Architetti, expõe com razão que quando «o operador chamado a realizar as obras é indicado pura e simplesmente pela lei» falta um elemento essencial da relação contratual (n.º 68).

59 — Fernández Rodríguez, T. R., «La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto 'proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Documentación Administrativa*, n.ºs 261-262, Setembro 2001 — Abril 2002, p. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, J., ob. cit., p. 28.

61 — Processo C-16/98, Colect., p. I-8315. Embora o acórdão tenha analisado a Directiva 93/38, os raciocínios são extensíveis à Directiva 93/37, no que toca às suas disposições semelhantes.

sentem propostas nos concursos que lhes interessem [62].

90. A disposição referida da lei italiana viola, portanto, a Directiva 93/37.

92. A Comissão defende que, mesmo fora do âmbito de aplicação das normas europeias, se devem ponderar os princípios da não discriminação, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e da transparência, que são violados quando a adjudicação seja feita sem qualquer publicidade, violação que não é sanada pelos imperativos de verificar a experiência e a capacidade profissional do seleccionado ou de fundamentar a escolha.

D — *A adjudicação da concepção, da direcção e da verificação das obras nos contratos de valor inferior aos limiares comunitários*

93. O Governo demandado invoca a reforma da Lei n.º 109/94, que acrescenta a menção expressa aos princípios, e retoma a argumentação anterior sobre a irracionalidade das indicações exigidas pela demandante.

91. A Lei n.º 109/94 admite que, nos contratos de valor inferior aos limiares das directivas, o projecto e a direcção das obras, bem como a verificação da execução, fiquem a cargo de pessoas de confiança do órgão de contratação (artigos 17.º, n.º 12, e 30.º, n.º 6-A).

94. Tendo-se procedido a um debate em termos semelhantes a respeito do artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 109/94, a experiência aconselha a resolvê-lo do mesmo modo, a saber, que o direito comunitário não impõe, actualmente, que a obrigação de respeitar os princípios referidos nos contratos excluídos deva ser prevista especificamente por escrito para a adjudicação das tarefas mencionadas, sem prejuízo da análise de cada procedimento e da denúncia da sua inobservância nos órgãos jurisdicionais nacionais ou comunitário.

62 — Acórdão Comissão/França, já referido na nota 61, em especial n.ºs 38 a 47. O advogado-geral F. G. Jacobs, nas conclusões nesse processo, avança que um conjunto de operações a realizar durante um período determinado num conjunto de redes, que partilham uma mesma função económica e técnica deve, por si só, ser considerada como sendo destinada a preencher uma mesma função económica e técnica (n.º 72); essa opinião pode estender-se às actividades urbanísticas, assim como o raciocínio do acórdão de 14 de Setembro de 2004, Comissão/Itália (C-385/02, Colect., p. I-8121) segundo o qual «a mera invocação do carácter complexo e delicado de um conjunto de trabalhos não basta para demonstrar que este só possa ser confiado ao mesmo empreiteiro» (n.º 21).

95. Por conseguinte, não considero que os artigos 17.º, n.º 12, e 30.º, n.º 6-A, da Lei n.º 109/94 incorram na infracção ao direito comunitário que é alegada no presente processo.

E — *A adjudicação da direcção das obras*

96. A direcção dos trabalhos incumbe ao órgão de contratação, mas, quando este ou outras entidades públicas não possam exercê-la, há que confiá-la ao autor do projecto (artigo 27.º, n.º 2, da Lei n.º 109/94).

97. A Comissão critica o carácter geral da regra por contrariar as Directivas 92/50 e 93/38, que insistem em que as actividades de direcção sejam confiadas com publicidade e em concorrência, quer quando se excedam os limites comunitários, porque assim está estabelecido, quer quando não se atinjam os limiares comunitários, por remissão aos princípios do Tratado.

98. O Governo italiano sublinha os inconvenientes que o seu sistema evita, mas acrescenta que, a fim de atender às objecções formuladas, alterou a Lei n.º 109/94, introduzindo várias cautelas para que o órgão de contratação possa confiar o encargo ao autor do projecto, exigindo que tal conste do anúncio de concurso e que o valor tenha sido calculado no orçamento.

99. A projecção dos princípios da transparência e da igualdade sobre os contratos que não excedam os limites exige reflexões idênticas às que já foram expostas porque partilha dos mesmos elementos. Nesta linha, não se confirma a violação alegada pela Comissão.

100. Merecem solução diferente os contratos sujeitos, pelo seu valor, aos procedimentos de selecção, tendo em conta a clareza das regras comunitárias. Neste pressuposto, há que aceitar escrupulosamente todas as disposições, por muito cómoda que pareça a omissão dos procedimentos, uma vez que o n.º 1 do artigo 11.º da Directiva 92/50 e o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 93/38 são categóricos ao submeter a adjudicação aos procedimentos definidos — aberto, restrito e negociado [63] —, de modo que, como enun-

63 — Também o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/36 e o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 93/37.

ciou a jurisprudência, apenas são admissíveis as excepções expressamente previstas [64].

101. As actividades de direcção dos trabalhos figuram na categoria 12 do anexo I A da Directiva 92/50 e do anexo XVI A da Directiva 93/38, pelo que a sua adjudicação deve ser efectuada em conformidade com as diligências previstas nessas directivas.

102. À luz do exposto, não há dúvida que o n.º 2 do artigo 27.º da Lei n.º 109/94 viola as Directivas 92/50 e 93/38.

F — *A adjudicação das tarefas de verificação*

103. Os trabalhos de verificação competem às próprias entidades adjudicantes, mas, no caso de se verificar a falta de pessoal qualificado (artigo 28.º, n.º 2, da Lei n.º 109/94), encarregam-se terceiras pessoas, que constam das listas mantidas pelas entidades públicas (artigo 188.º do Decreto do Presidente da República 554/99).

104. A acusação da Comissão insiste no exposto na parte VII E destas conclusões, remetendo para os procedimentos das Directivas 92/50 e 93/38, se o valor do contrato superar os limites aplicáveis, e para o respeito dos princípios do Tratado nos restantes casos.

105. O Governo italiano contrapõe com a futura derrogação das normas regulamentares (em concreto, n.ºs 8 a 11 do artigo 188.º do Decreto do Presidente da República 554/99) [65].

106. Prescindindo desta invocação das suas boas intenções no túnel do tempo, esta acusação deve ter o mesmo destino que a anterior, porque nenhuma censura se pode fazer no que respeita aos artigos 43.º CE e 49.º CE; e, além disso, os encargos de verificação correspondentes à categoria 12 do anexo I A da Directiva 92/50 e do anexo XVI A da Directiva 93/38 devem ser confiados em conformidade com o disposto nas directivas.

107. Em face do exposto, o n.º 4 do artigo 28.º da Lei n.º 109/94, conjugado

64 — Acórdão de 17 de Novembro de 1993, Comissão/Espanha (C-71/92, Colect., p. I-5923), n.º 10; e os acórdãos Teckal, n.º 43, e Carbotermo e Consorzio Alisei, n.º 45, já referidos.

65 — Na tréplica, informa que a Corte Costituzionale, no seu acórdão n.º 302/03 (n.º 5.1), declarou a inconstitucionalidade dos n.ºs 8 a 10 do referido decreto.

com o artigo 188.º do Decreto do Presidente da República 554/99, contraria as Directivas 92/50 e 93/38.

G — *As obras financiadas a título particular*

108. As entidades adjudicantes permitem a execução por terceiros de obras públicas susceptíveis de exploração comercial. Numa primeira fase, convidam os particulares, mediante um anúncio, para que, adquirindo a qualidade de promotores, façam propostas destinadas a obter concessões, nas quais assumam as despesas, no todo ou em parte, e, como contraprestação, se comprometam na gestão. Uma vez avaliadas as propostas que se tenham apresentado, escolhem-se as de interesse público numa segunda fase, na qual é aberto, para cada uma das propostas seleccionadas, um procedimento restrito destinado a seleccionar mais duas propostas, utilizadas como referência na negociação, que desemboca na adjudicação, favorável ao promotor capaz de adaptar a sua proposta ao que foi indicado pelo órgão de contratação (artigos 37.º-A, 37.º-B e 37.º-C da Lei n.º 109/94).

109. A Comissão critica à Itália, por um lado, a violação do princípio da igualdade de tratamento no sistema descrito, no âmbito do qual o promotor obtém duas vantagens relativamente aos demais concorrentes, mesmo quando a sua proposta original seja menos conveniente, porque intervém automaticamente no procedimento e tem prioridade na escolha. Não haveria violação se todos os participantes conhecessem esses privilégios e os critérios de avaliação, mas não é obrigatório que esses pontos figurem no anúncio inicial; por outro lado e uma vez que o anúncio só é obrigatório a partir de 18 de Agosto de 2002, data da entrada em vigor da Lei n.º 166/2002, os procedimentos já iniciados culminam em resoluções desconformes com os postulados gerais comunitários.

110. Para o Governo demandado, ambas as críticas foram repercutidas na reforma da Lei n.º 109/94, que introduz no anúncio a menção das vantagens do promotor e que remete para uma disposição regulamentar os procedimentos em curso em 31 de Janeiro de 2004 que careçam dessa menção.

111. Embora o Governo italiano não desvirtue o alegado na petição, incumbe à Comissão o ónus de demonstrar a existência do incumprimento alegado, sem se basear em presunções [66], apesar de, uma vez

66 — Acórdãos de 25 de Maio de 1982, Comissão/Países Baixos (96/81, Recueil, p. 1791), n.º 6; de 12 de Setembro de 2000, Comissão/Países Baixos (C-408/97, Colect., p. I-6417), n.º 15; e de 26 de Abril de 2005, Comissão/Irlanda (C-494/01, Colect., p. I-3331), n.º 41.

apresentados dados suficientes, competir ao Estado-Membro rebatê-los de modo adequado e pormenorizado [67].

112. Em princípio, ambas as acusações se revelam fundadas. A primeira, porque, segundo explica a Comissão, a legislação nacional atribui ao operador um benefício que os restantes interessados ignoram e ao qual não podem opor-se; já se declarou no acórdão de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica, já referido, que quando uma entidade adjudicante tem em consideração uma alteração feita às propostas iniciais de um único concorrente, este é beneficiado relativamente aos outros concorrentes, o que viola o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes e prejudica a transparência do processo (n.º 56). Além disso, a Comissão indica alguns casos em que o anúncio não refere os privilégios nem fixa os critérios objectivos de selecção [68].

113. A segunda acusação mostra-se fundada, em razão da insuficiência temporal da sanação *a posteriori* dos vícios de uma situação reprovável.

67 — Acórdão de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália (C-365/97, Colect., p. I-7773), n.os 84 e 86.

68 — N.º 87 da petição e nota n.º 12 que o ilustra.

114. Como continuação do exposto nos números precedentes, há que considerar que os artigos 37.º-C e 37.º-D, n.º 1, da Lei n.º 109/94 violam a igualdade de tratamento consagrada nos artigos 43.º CE e 49.º CE.

H — *Consequências*

115. Deduz-se do exposto que:

— o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 109/94 não é conforme ao disposto nas Directivas 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38;

— o artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 109/94, conjugado com as Leis n.º 1150/1942 e n.º 10/1977, viola a Directiva 93/37;

— o artigo 27.º, n.º 2, da Lei n.º 109/94 infringe as Directivas 92/50 e 93/38;

— o artigo 28.º, n.º 4, da Lei n.º 109/94, conjugado com o artigo 188.º do Decreto do Presidente da República 554/99, viola as Directivas 92/50 e 93/38;

— os artigos 37.º-C e 37.º-D, n.º 1, da Lei n.º 109/94 não são conformes aos artigos 43.º CE e 49.º CE.

116. Pelo contrário, o artigo 2.º, n.º 5, o artigo 17.º, n.º 12, o artigo 27.º, n.º 2, e o artigo 30.º, n.º 6-A, da Lei n.º 109/94 não violam os artigos 43.º CE e 49.º CE.

VIII — Despesas

117. O artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça dispõe que a parte vencida é condenada nas despesas, se a outra parte o tiver requerido. Segundo o artigo 69.º, n.º 3, do mesmo regulamento, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

118. Tendo em conta que tanto a Comissão como a República Italiana pediram a condenação recíproca nas despesas e que proponho que a acção seja julgada parcialmente procedente, o referido Estado deve ser condenado em metade das despesas da Comissão, que, por seu turno, deve suportar metade das despesas efectuadas pelo outro litigante.

119. De acordo com o artigo 69.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do referido regulamento, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas.

IX — Conclusão

120. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça declare que:

1) A República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 49.º CE, ao adoptar os artigos 37.º-C e 37.º-D, n.º 1, da Lei

n.º 109/94, de 11 de Fevereiro de 1994; e não cumpriu as que lhe incumbem por força das Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, e 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE, todas do Conselho e de 14 de Junho de 1993, e relativas à coordenação dos processos de adjudicação, respectivamente, de contratos públicos de serviços, de contratos de fornecimento e de empreitadas de obras públicas, e à coordenação dos processos de celebração dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, ao aprovar o artigo 2.º, n.º 1, da referida Lei n.º 109/94; não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da já referida Directiva 93/37, ao manter em vigor o artigo 2.º, n.º 5, da mesma Lei n.º 109/94; e não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 92/50 e 93/38, ao adoptar os artigos 27.º, n.º 2, e 28.º, n.º 4, da referida Lei n.º 109/94.

2) Quanto ao mais, a acção é julgada improcedente.

3) A República Italiana é condenada no pagamento de metade das despesas da Comissão.

4) A Comissão suporta metade das despesas da República Italiana.

5) A República da Finlândia e o Reino dos Países Baixos suportam as suas próprias despesas.