

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 29 de Abril de 2004¹

I — Introdução

1. Está-se na presença de uma acção por incumprimento, em que a Comissão acusa a República Italiana de ter adjudicado três contratos de empreitadas de obras públicas sem respeitar a Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas² (a seguir «Directiva 93/37»).

2. Essencialmente, coloca-se a questão de saber se e em que circunstâncias é possível recorrer ao processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, quando se trata de obras novas que consistam na repetição de obras anteriores similares. Para este efeito, a Directiva 93/37 prevê um prazo de três anos, cujo cálculo concreto é o objecto essencial desta acção por incumprimento. A respeito do método de cálculo por ela escolhido, a República Italiana alega ter cometido um erro desculpável.

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 199, p. 54.

II — Enquadramento jurídico

3. No quadro deste processo, são relevantes os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º da Directiva 93/37. Estas disposições são do seguinte teor:

«3. As entidades adjudicantes podem igualmente adjudicar contratos de empreitadas de obras por meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos:

[...]

b) Em obras cuja execução, por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, só possa ser confiada a um empreiteiro determinado;

c) Na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes em questão, não seja compatível com os prazos exigidos pelos concursos públicos e limitados ou

pelo processo por negociação referidos no n.º 2. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não devem, em caso algum, ser imputáveis às entidades adjudicantes;

recorrendo a um concurso público ou a um concurso limitado.»

4. Os primeiro e segundo considerandos da Directiva 93/37 estabelecem:

[...]

- e) Em obras novas que consistam na repetição de obras similares confiadas à empresa adjudicatária de um primeiro contrato, pelas mesmas entidades adjudicantes, desde que essas obras estejam em conformidade com um projecto de base e que esse projecto tenha sido objecto de um primeiro contrato celebrado de acordo com os processos referidos no n.º 4.

A possibilidade de recorrer ao processo por negociação deve ser indicada na abertura do concurso inicial e o montante total previsto para a continuação das obras será tomado em consideração pelas entidades adjudicantes para efeitos da aplicação do artigo 6.º Só pode recorrer-se ao processo por negociação no triénio subsequente à celebração do contrato inicial.

4. Nos restantes casos, as entidades adjudicantes adjudicarão as suas empreitadas

«Considerando que 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, foi por diversas vezes alterada de modo substancial; que, por conseguinte, é conveniente, por questões de lógica e clareza, proceder à codificação da referida directiva;

Considerando que a realização simultânea da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas, celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público, implica, paralelamente à eliminação das restrições, uma coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas.»

5. O oitavo considerando da mesma directiva tem a seguinte redacção:

«Considerando que o processo por negociação deve ser considerado excepcional e que, portanto, deve ser aplicado apenas em casos taxativamente enumerados.»

6. O primeiro período do décimo considerando desta directiva é do seguinte teor:

«Considerando que o desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos pressupõe uma publicidade comunitária dos anúncios de contratos elaborados pelas entidades adjudicantes dos Estados-Membros.»

III — Matéria de facto e procedimento pré-contencioso

7. Em 1997, o Magistrado per il Pò di Parma, um serviço periférico do então Ministério italiano das Obras Públicas (actual Ministério das Infra-estruturas e dos Transportes), adjudicou três contratos de empreitadas de obras públicas³. Tratava-se de lotes complementares dos seguintes projectos relativos à protecção contra inundações:

- obras de acabamento da construção de uma caixa de expansão para controlo das cheias da torrente Parma, na localidade de Marano, na comuna de Parma,
- obras de sistematização e acabamento de uma caixa de expansão da torrente Enza, e

³ — Os correspondentes contratos foram autorizados pelo Magistrado per il Pò di Parma através dos Decretos n.ºs 11414 e 11416 de 9 de Outubro de 1997, bem como do Decreto n.º 11678, de 15 de Outubro de 1997.

— obras de regularização das cheias da torrente Terdoppio — canal Scolmatore, a sudoeste de Cerano.

8. O valor destes lotes era aproximadamente de 37, 21 e 19,5 mil milhões de ITL, indiscutivelmente superior ao limiar de 5 000 000 ecus referido no artigo 6.º da Directiva 93/37.

9. Por recurso ao processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, foi confiada a execução dos trabalhos à empresa adjudicatária dos lotes anteriores, a ela atribuídos nos anos 80. Estes lotes anteriores referiam-se a:

- um contrato de empreitada relativo à torrente Parma, nos termos do contrato de 22 de Dezembro de 1988,
- um contrato de empreitada relativo à torrente Enza, nos termos do contrato de 26 de Outubro de 1982, e
- um contrato de empreitada relativo à torrente Terdoppio, nos termos do contrato de 20 de Maio de 1988.

10. Por carta de 27 de Setembro de 2000, a Comissão solicitou às autoridades italianas informações detalhadas acerca do processo adoptado na adjudicação dos três lotes mais recentes do ano de 1997. Na sua resposta de 19 de Outubro de 2000, as autoridades italianas explicaram que tinham aplicado o processo previsto no artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37. Os lotes em questão consistem na repetição de obras similares, confiadas à empresa adjudicatária de um primeiro contrato, pelas mesmas entidades adjudicantes; estão em conformidade com um projecto de base, objecto de um primeiro contrato, celebrado de acordo com o artigo 7.º, n.º 4, da directiva. Logo na abertura do concurso inicial foi indicada a possibilidade de um subsequente processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, e foi tomado em consideração o montante total previsto para a continuação das obras. Recorreu-se ao processo por negociação dentro do prazo de três anos subsequentes à celebração do contrato inicial, só tendo o prazo começado a correr com a recepção dessas obras.

11. Em resposta à notificação para cumprimento de 23 de Abril de 2001, na qual a Comissão rejeitou a tese das autoridades italianas quanto ao cálculo do prazo de três anos, a República Italiana, por cartas de 8 de Junho de 2001 e de 17 de Dezembro de 2001, confirmou no essencial a sua posição.

12. Uma vez que não foi dada resposta ao seu parecer fundamentado de 21 de Dezembro de 2001, a Comissão intentou no Tribunal de Justiça a presente acção contra a República Italiana, em 28 de Outubro de 2002, nos termos do artigo 226.º, segundo parágrafo, CE.

IV — Pedidos das partes

13. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digno:

- declarar que a República Italiana, tendo o Magistrado per il Pò di Parma, serviço periférico do Ministério das Obras Públicas (actual Ministério das Infra-estruturas e dos Transportes), adjudicado a empreitada que tem por objecto os lotes complementares das obras de acabamento da construção de uma caixa de expansão para controlo das cheias da torrente Parma, na localidade de Marano, na comuna de Parma, das obras de sistematização e acabamento de uma caixa de expansão da torrente Enza e das obras de regularização das cheias da torrente Terdoppio — canal Scolmatore, a sudoeste de Cerano, por recurso ao processo por negociação, sem ser precedido de um aviso de concurso, sem que para isso estivessem reunidos os pressupostos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, em especial o seu artigo 7.º, n.º 3;

— condenar a República Italiana nas despesas.

14. A República Italiana não pede de forma expressa que a acção seja julgada improcedente. Porém, independentemente da interpretação do artigo 7.º, n.º 3, da Directiva 93/37, solicita que o Tribunal de Justiça parta do princípio de que o Governo italiano cometeu um erro desculpável, devido à versão linguística italiana da disposição.

V — *Apreciação*

A — *Admissibilidade*

15. Segundo jurisprudência constante, a Comissão, no exercício das competências que lhe são atribuídas pelo artigo 226.º CE, não é obrigada a demonstrar a existência de um interesse específico em agir. A referida disposição não visa, com efeito, proteger direitos próprios da Comissão. Tendo em consideração o seu papel de guardião dos Tratados, incumbe à Comissão, no interesse comunitário, velar pela aplicação, pelos Estados-Membros, do direito comunitário e obter a declaração da existência de eventuais incumprimentos, tendo como objectivo a sua cessação. Tendo em consideração este papel, a Comissão é a única competente para decidir se é oportuno instaurar um processo para obter a declaração de incumprimento, e

com fundamento em que acção ou omissão deve ser apresentada. Mesmo quando a legislação nacional de um Estado-Membro está em conformidade com o direito comunitário, a Comissão pode pedir que seja declarado um incumprimento que consista em não terem sido respeitadas as indicações do direito comunitário num caso determinado e, deste modo, não ter sido alcançado o resultado visado pela directiva⁴.

16. Porém, numa acção intentada nos termos do artigo 226.º CE, o objecto do litígio é determinado pelo parecer fundamentado da Comissão. Uma tal acção é inadmissível devido ao desaparecimento do objecto da acção, quando a alegada violação do Tratado foi eliminada antes do termo do prazo fixado pela Comissão⁵. Com efeito, neste caso, a acção por incumprimento atingiu o seu objectivo logo no procedimento pré-contencioso.

17. No entanto, o próprio Governo italiano admite que, no presente caso, nada fez para eliminar os efeitos de eventuais incumprimentos relativos aos três contratos de empreitadas de obras públicas referidos pela

4 — V. acórdão de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha (C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609, n.ºs 29 e 30, com outras referências).

5 — Jurisprudência assente; v., por exemplo, acórdãos de 29 de Janeiro de 2004, Comissão/Áustria (C-209/02, Colect., p. I-1211, n.ºs 16 a 18, com outras referências), e Comissão/Alemanha, já referido na nota 4, n.ºs 32 e segs., com outras referências. É certo que, neste contexto, a jurisprudência mais antiga utiliza por vezes ainda o conceito de «interesse» («Rechtsschutzinteresse», mas com o mesmo resultado: v., por exemplo, acórdão de 24 de Março de 1988, Comissão/Grécia (240/86, Colect., p. 1835, n.ºs 14 a 16).

Comissão. Assim, foram anulados outros processos de adjudicação mas, alegadamente por motivos técnicos e devido a perigos iminentes para a segurança pública, não foi possível anular os processos de adjudicação aqui em causa.

18. Embora o direito dos contratos públicos não obrigue os Estados-Membros à resolução dos contratos já celebrados, uma adjudicação em violação da directiva pertinente é e continua a ser contrária ao direito comunitário⁶. De resto, em conformidade com o objectivo tanto da acção por incumprimento como das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, a Comissão pode sujeitar o cumprimento, no caso concreto, das regras em matéria de contratos públicos a uma posterior fiscalização do juiz comunitário. Com efeito, a partir de uma condenação, é possível determinar, para além do âmbito do caso concreto, que o Estado-Membro em causa, enquanto destinatário da directiva, não a executou devidamente⁷.

19. É certo que o Governo italiano reitera que, na sequência da recente evolução do direito italiano relativo a concursos públicos e da sua prática nas adjudicações de contratos de empreitadas de obras públicas, se baseia em mais aspectos concorrenciais. Deste modo, os acontecimentos que deram origem à presente acção por incumprimento já não se poderiam repetir.

20. No entanto, a simples referência ao facto de os processos de adjudicação serem de aqui em diante conduzidos atendendo a aspectos concorrenciais não exclui a possibilidade de futuros vícios processuais. Com efeito, como a Comissão acertadamente refere, é perfeitamente possível que, ao determinar o prazo de três anos, também outras entidades adjudicantes na Itália possam cometer o erro de interpretação criticado, tanto mais que o círculo de potenciais entidades adjudicantes foi claramente alargado, através da transferência de competências para as autarquias locais e regionais.

21. Também atendendo a este risco de repetição⁸, a acção deve ser julgada admissível.

B — Quanto ao mérito

22. A acção da Comissão procede se se verificar que a República Italiana não cumpriu uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado (artigo 228.º, n.º 1, CE). Do artigo 10.º, primeiro parágrafo, CE, conjugado com o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, resulta o dever de aplicação da Directiva 93/37 que, segundo a Comissão, foi violado pela República Italiana.

6 — Acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota 4, n.º 39.

7 — O advogado-geral L. A. Geelhoed pronuncia-se no mesmo sentido nas suas conclusões apresentadas no processo Comissão/Alemanha, já referido na nota 4, em especial, n.ºs 50, 53 e 54.

8 — A este respeito, v., por exemplo, acórdão de 9 de Julho de 1970, Comissão/França (26/69, Recueil, p. 565, Collect. 1969-1970, p. 427, n.ºs 12 e 13), e as conclusões apresentadas pelo advogado-geral C. O. Lenz em 13 de Janeiro de 1988, no processo Comissão/Grécia, já referido na nota 5, n.º 13.

1. Violação da Directiva 93/37

23. Os três contratos de empreitadas de obras públicas em questão, que datam de 1997, foram adjudicados por meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio. Porém, nos termos do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 93/37, a adjudicação de contratos de empreitadas de obras públicas deve, em princípio, ser efectuada recorrendo *não* ao processo por negociação, mas sim a um concurso público ou a um concurso limitado. O processo por negociação sem publicação prévia de anúncio só pode ser aplicado em casos excepcionais⁹. Estes estão taxativamente enumerados no artigo 7.º, n.º 3, da directiva¹⁰. No caso em apreço, o processo por negociação poderia eventualmente ser utilizado com base no artigo 7.º, n.º 3, alíneas b), c) ou e), cuja aplicabilidade é a seguir examinada.

a) Recurso ao processo por negociação por motivos técnicos na acepção do artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 93/37

24. O Governo italiano invoca, em primeiro lugar, motivos técnicos que tornavam necessário adjudicar também os três contratos de empreitadas em questão à empresa até aqui

incumbida. Portanto, seria concebível, em primeiro lugar, uma aplicação do artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 93/37.

25. Contudo, de acordo com o seu próprio texto, esta disposição só se aplica quando a obra «só possa ser confiada a um empreiteiro *determinado*»¹¹. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, trata-se de uma derrogação que deve ser objecto de interpretação restritiva, e que só é aplicável quando se encontram reunidas circunstâncias excepcionais¹².

26. Em especial, para aplicar o artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 93/37 não é suficiente que a entidade adjudicante entenda ser conveniente adjudicar também um contrato subsequente ao seu co-contratante actual ou que invoque formalmente imperativos técnicos não especificados. Pelo contrário, tem de precisar porque é que no caso concreto a adjudicação de um contrato a outras empresas era necessariamente desaconselhada por motivos técnicos que, por isso, tornavam imperiosa a adjudicação

11 — O sublinhado é meu.

12 — Acórdão de 18 de Maio de 1995, Comissão/Itália (C-57/94, Colect., p. I-1249, n.º 23). É certo que o acórdão se refere ao artigo 9.º, alínea b), da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9, a seguir «Directiva 71/305»), mas a última disposição é de teor essencialmente idêntico ao do artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 93/37, aqui objecto de interpretação. V., também, acórdão de 28 de Março de 1996, Comissão/Alemanha (C-318/94, Colect., p. I-1949, n.º 13). O advogado-geral F. G. Jacobs pronuncia-se no mesmo sentido no n.º 64 das suas conclusões apresentadas em 23 de Março de 2000 no processo C-337/98 (Comissão/França, Colect., pp. I-8377, I-8379).

9 — V. também o oitavo considerando da Directiva 93/37.

10 — V., também neste sentido, acórdão de 17 de Setembro de 1998, Comissão/Bélgica (C-323/96, Colect., p. I-5063, n.º 34).

do contrato precisamente ao co-contratante actual. Caso contrário, existe o perigo de as entidades adjudicantes utilizarem abusivamente o artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 93/37 para contornar anúncios de concurso e pôr em causa o objectivo geral da concorrência¹³ em matéria de contratos públicos, prosseguido pela directiva.

27. O ónus da prova de que se encontram reunidas circunstâncias excepcionais incumbe a quem delas pretenda prevalecer-se¹⁴. No caso em apreço, o Governo italiano indicou apenas que a entidade competente pretendia evitar a danificação ou deterioração das obras já concluídas e difíceis questões de delimitação da responsabilidade de várias empresas. Mesmo que, por isso, lhe pareça ser conveniente incumbir de novo a empresa adjudicatária do primeiro contrato, não se trata porém de motivos técnicos imperativos, por força dos quais seria necessário escolher precisamente este empreiteiro. Portanto, o recurso ao processo por negociação não pode ser justificado com base no artigo 7.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 93/37.

28. Durante a audiência, o Governo italiano afirmou ainda que, no quadro da adjudicação

dos três contratos em causa, não foi possível identificar qualquer outro potencial adjudicatário, de modo que, pelo menos no caso concreto, a concorrência não foi afectada. Este argumento não é convincente. Com efeito, o objectivo da publicação prévia de anúncio é informar o maior número possível de proponentes acerca da adjudicação iminente. Assim, não é possível excluir a possibilidade de a publicação prévia de anúncio, efectuada nos termos legais, permitir a participação de outros potenciais adjudicatários.

b) Recurso ao processo por negociação em caso de urgência na acepção do artigo 7.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 93/37

29. Além disso, o Governo italiano invoca em especial a urgência da adjudicação dos três contratos de empreitadas em questão. Por este motivo, seria concebível aplicar o artigo 7.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 93/37.

30. Contudo, o próprio texto desta disposição indica que a sua aplicação está sujeita a condições rigorosas, referindo o carácter estritamente necessário, os motivos imperiosos e a impossibilidade de prever determinados acontecimentos. De resto, deve observar-se que, constituindo uma excepção, esta

13 — V. o primeiro período do décimo considerando da Directiva 93/37.

14 — Acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 12, n.º 23.

norma deve ser objecto de uma interpretação restritiva¹⁵. Só deste modo é possível evitar abusos das entidades adjudicantes e ter em conta o objectivo da concorrência¹⁶ em matéria de contratos públicos, prosseguido pela directiva.

31. Além disso, como o segundo período do artigo 7.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 93/37 torna patente, a entidade adjudicante não pode justificar a alegada urgência invocando circunstâncias que lhe são imputáveis. No caso vertente, o planeamento das medidas de protecção contra inundações decorria já, pelo menos, desde a adjudicação das obras relativas ao concurso inicial, ou seja, desde os anos 80. Além disso, como o próprio Governo italiano indicou, as obras em questão estavam previstas desde o início e só por motivos orçamentais foram reservadas para um segundo contrato de empreitada separado. Isto não aponta no sentido de uma especial urgência, mas de considerações a nível organizativo, de ordem puramente interna, da entidade adjudicante.

15 — Acórdão de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colect., p. 1039, n.º 14). É certo que o acórdão se refere ao artigo 9.º, alínea d), da Directiva 71/305, porém, esta última disposição tem um texto essencialmente idêntico ao do artigo 7.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 93/37, aqui objecto de interpretação. V., também, acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota 12, n.º 13. O advogado-geral F. G. Jacobs pronuncia-se no mesmo sentido no n.º 64 das suas conclusões apresentadas no processo Comissão/França, já referido na nota 12.

16 — V. o primeiro período do décimo considerando da Directiva 93/37.

32. O ónus da prova de que existe urgência incumbe a quem dela pretenda prevalecer-se¹⁷. No caso em apreço, o Governo italiano referiu apenas que a adjudicação dos contratos de empreitadas era urgente, para obviar ao perigo de inundações, alegadamente acrescido através dos trabalhos actuais. Em contrapartida, não há quaisquer indícios de que as autoridades competentes não podiam prever este eventual aumento do risco de inundações, tanto mais que já correspondia ao seu plano inicial executar as medidas de protecção contra inundações em várias etapas. Assim, não estão preenchidos os requisitos de aplicação do artigo 7.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 93/37.

c) Recurso ao processo por negociação em caso de repetição de obras similares no triénio subsequente, nos termos do artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37

33. Por último, o Governo italiano invoca o artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37. É pacífico que, com excepção do prazo de três anos, estavam preenchidos todos os requisitos desta disposição ao ser efectuada a adjudicação dos três contratos de empreitadas de obras públicas em causa. As partes estão em desacordo apenas quanto à questão de saber quando é que começa a correr o prazo de três anos, mencionado no último período do artigo 7.º, n.º 3. Da resposta a esta

17 — Acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 15, n.º 14.

questão depende se, no caso vertente, a entidade adjudicante podia recorrer ao processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio.

34. O Governo italiano baseia a sua interpretação, segundo a qual o prazo só começa a correr com a conclusão das obras no quadro do contrato inicial, em especial na versão linguística italiana da Directiva 93/37. Relativamente ao início do prazo, é aí utilizada a expressão «conclusione dell'appalto iniziale». Esta expressão é diferente da utilizada na regulamentação anterior¹⁸, «aggiudicazione dell'appalto iniziale», a qual se referia claramente à adjudicação do contrato inicial.

35. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça¹⁹, a todas as versões linguísticas de uma disposição comunitária deve, em princípio, ser reconhecido o mesmo valor. Segue-se que a data relevante para o início da contagem do prazo de três anos previsto no artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37 não pode ser determinada através da análise isolada de uma única versão linguística. Pelo contrário, é necessário atender ao conjunto de todas as versões linguísticas.

18 — Artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 71/305, na redacção da Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 210, p. 1).

19 — V., por exemplo, acórdãos de 2 de Abril de 1998, EMU Tabac e o. (C-296/95, Colect., p. I-1605, n.º 36), e de 9 de Janeiro de 2003, Givane e o. (C-257/00, Colect., p. I-345, n.º 36).

36. Lamentavelmente, algumas versões linguísticas da Directiva 93/37 utilizam expressões pouco claras. Por exemplo, a versão alemã refere-se ao «Abschluss des ersten Auftrags», a francesa fala de «conclusion du marché initial» e a neerlandesa apenas de «oorspronkelijke opdracht». Pelo contrário, militam inequivocamente contra a interpretação defendida pelo Governo italiano e a favor do entendimento da Comissão uma série de outras versões linguísticas, designadamente as versões inglesa («conclusion of the original contract»), dinamarquesa («indgaaelsen af den oprindelige kontrakt»), espanhola («celebración del contrato inicial») e portuguesa («celebração do contrato inicial»).

37. É igualmente de assinalar que a alteração do texto do artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37, para a qual o Governo italiano remete, só ocorreu na versão linguística italiana, com a substituição de «aggiudicazione» por «conclusione», ao passo que, neste ponto, as outras versões permaneceram inalteradas face à regulamentação anterior²⁰. Já por isso se deve partir do princípio de que se trata apenas de uma alteração da redacção do texto italiano e não de uma modificação do conteúdo da norma. Este entendimento é apoiado pelo primeiro

20 — Artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 71/305, na redacção da Directiva 89/440.

considerando da Directiva 93/37, segundo o qual ela constitui um acto de codificação por questões de lógica e clareza.

38. Porém, em última análise, é decisivo não apenas o texto, mas uma análise da disposição relevante no seu contexto, tendo em conta o seu objectivo²¹.

39. Em primeiro lugar, no respeitante à inserção da disposição controvertida relativa ao prazo no contexto geral da Directiva 93/37, note-se que, no artigo 1.º, alínea a), desta directiva, o conceito de *contrato* — e não, por exemplo, o conceito de obras — é expressamente utilizado na definição de contrato de empreitada de obras públicas e, nomeadamente, também na versão linguística italiana: «gli 'appalti pubblici di lavori' sono *contratti* a titolo oneroso [...]»²².

40. Além disso, do seu artigo 7.º, n.º 4, o qual descreve os processos que devem normalmente ser utilizados, decorre *a contrario* que o artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37 contém uma derrogação que, pela sua própria natureza, deve ser objecto de interpretação restritiva.

41. Por outro lado, no que se refere ao objectivo do prazo de três anos, este visa essencialmente a realização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas, contribuindo para desenvolver a concorrência²³. Também por este motivo o processo por negociação, menos favorável para os concorrentes, deve ser considerado excepcional e aplicado apenas nos casos taxativamente enumerados²⁴.

42. Decorre que tanto o contexto geral como o objectivo do artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37 militam a favor de uma interpretação restritiva do prazo de três anos e, portanto, no sentido de que o prazo começa a correr logo a partir da *celebração do contrato* inicial. Pelo contrário, entender que o prazo começa a correr com a *conclusão* das obras do contrato inicial seria alargar o âmbito do processo por negociação, contrariando assim o objectivo de desenvolver a concorrência em matéria de contratos públicos. Como a Comissão correctamente sublinha, o último método de cálculo seria também prejudicial para a segurança jurídica. Com efeito, a conclusão de uma obra não equivale necessariamente à recepção pelo dono da obra, sendo, pelo contrário, também teoricamente relevantes outros acontecimentos, como, por exemplo, o

21 — V., por exemplo, acórdãos de 27 de Fevereiro de 2003, Truley (C-373/00, Colect., p. I-1931, n.º 35); de 13 de Novembro de 2003, Granarolo (C-294/01, Colect., p. I-13429, n.º 43); de 27 de Novembro de 2003, Zita Modes (C-497/01, Colect., p. I-14393, n.º 34), e Givane, já referido na nota 19, n.º 38 e 39.

22 — O sublinhado é meu.

23 — V. o segundo considerando e o primeiro período do décimo considerando da Directiva 93/37.

24 — V. o oitavo considerando da Directiva 93/37.

lançamento da última pedra, a desmontagem dos andaimes, o encerramento da construção ou o pagamento do preço (ainda devido). Ao invés, a data da celebração do contrato pode, em regra, ser claramente determinada.

43. Por conseguinte, o artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37 deve ser interpretado no sentido de que o prazo de três anos indicado no seu último período começa a correr a partir da celebração do contrato inicial e não só com a conclusão das obras do concurso inicial. Deste modo, relativamente aos três contratos de empreitadas de obras públicas em questão, a República Italiana interpretou e aplicou incorrectamente a Directiva 93/37.

d) Conclusão provisória

44. Não estando preenchidos os requisitos de qualquer das excepções do artigo 7.º, n.º 3, da Directiva 93/37, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado ao adjudicar os três contratos de empreitadas de obras públicas em questão segundo o processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio.

2. Carácter não desculpável do erro de direito

45. Por último, o Governo italiano alega que, atendendo à interpretação que defende

quanto ao início da contagem do prazo de três anos previsto no artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37, a entidade adjudicante, face à versão linguística italiana desta disposição, cometeu um erro desculpável («errore scusabile»).

46. Na verdade, o conceito de erro desculpável não é completamente desconhecido em direito comunitário, em especial no que respeita à responsabilidade do Estado. Com efeito, embora em princípio a culpa não constitua uma condição do dever de reparação dos Estados-Membros²⁵, o carácter desculpável ou não de erros de direito pode servir de indício para determinar se se verificou uma violação manifesta e grave, por uma entidade nacional, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação e, assim, uma violação suficientemente caracterizada de uma norma comunitária²⁶. Com efeito, no domínio da responsabilidade extracontratual, entende-se que nem toda a violação de um Estado-Membro ou de uma instituição comunitária acarreta necessariamente uma responsabilidade financeira relativamente aos particulares; pelo contrário, as condições em que deve ser concedida uma indemnização dependem da natureza da violação do direito comunitário²⁷.

25 — Acórdãos de 5 de Março de 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.ºs 79 e 80), e de 8 de Outubro de 1996, *Dillenkofer e o.* (C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Colect., p. I-4845, n.º 28).

26 — Acórdãos *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, já referido na nota 25, n.ºs 55, 56 e 78, e de 30 de Setembro de 2003, *Köbler* (C-224/01, Colect., p. I-10239, n.ºs 53 a 55).

27 — Acórdãos *Dillenkofer*, já referido na nota 25, n.º 20, e *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, já referido na nota 25, n.º 38.

47. Contudo, estas considerações em matéria de responsabilidade do Estado não são aplicáveis à acção por incumprimento. Com efeito, a acção por incumprimento visa garantir a transposição correcta e uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros, bem como assegurar a cessação da sua eventual violação²⁸. Por conseguinte, trata-se de um processo no qual as violações do direito comunitário são determinadas de modo *objectivo*, abstraindo totalmente da sua motivação, bem como do tipo e gravidade dos seus efeitos²⁹.

48. De resto, cada Estado-Membro é plenamente responsável perante a Comunidade pela observância do direito comunitário por todas as autoridades no seu território. Esta responsabilidade compreende o dever de tomar todas as medidas capazes de assegurar o cumprimento das obrigações e de se abster de tudo o que seja susceptível de pôr em perigo a realização destes objectivos (artigo 10.º CE). Ela existe independentemente de eventual culpa.

49. Nestas condições, as objecções dos Estados-Membros na acção por incumprimento só podem ser admitidas num condi-

cionalismo estrito, desde logo para excluir de antemão quaisquer abusos. Em consequência, neste processo, o Tribunal de Justiça reconhece uma única objecção, independente de culpa, designadamente a invocação da impossibilidade absoluta de cumprir as obrigações que decorrem do direito comunitário³⁰.

50. Pelo contrário, um erro de direito não pode constituir qualquer objecção admissível na acção por incumprimento. Por exemplo, o Tribunal de Justiça já decidiu que um Estado-Membro não pode invocar dificuldades de interpretação de uma directiva para diferir a transposição da mesma para além do prazo previsto³¹.

51. Um Estado-Membro também não pode alegar que a violação do direito comunitário foi apenas de pouca gravidade ou que não causou qualquer dano³².

28 — Também neste contexto se enquadram as quantias fixas e, em especial, as sanções pecuniárias, a cujo pagamento um Estado-Membro pode ser condenado (artigo 228.º, n.º 2, CE).

29 — O carácter objectivo da acção por incumprimento é também sublinhado pelo advogado-geral A. Tizzano no n.º 14 das suas conclusões apresentadas em 18 de Janeiro de 2001, no processo Comissão/Alemanha (C-316/99, Colect., pp. I-2037, I-2038).

30 — Acórdãos de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Bélgica (52/84, Colect., p. 89, n.º 16); de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Países Baixos (213/85, Colect., p. 281, n.º 22), e de 26 de Junho de 2003, Comissão/Espanha (C-404/00, Colect., p. I-6695, n.º 45, com outras referências).

31 — Acórdãos de 20 de Março de 2003, Comissão/Alemanha (C-135/01, Colect., p. I-2837, n.º 25), e de 8 de Março de 2001, Comissão/Alemanha (C-316/99, Colect., p. I-2037, n.º 9). A este respeito, o advogado-geral A. Tizzano explica correctamente: «Contudo, deve realçar-se que, tendo em conta o carácter objectivo da acção por incumprimento, a boa vontade do governo do Estado-Membro em causa, apesar de útil e desejável, não pode certamente fazer desaparecer o incumprimento, caso este se verifique» (v. n.º 14 das conclusões apresentadas no processo C-316/99, já referido na nota 29).

32 — Acórdãos de 18 de Dezembro de 1997, Comissão/Bélgica (C-263/96, Colect., p. I-7453, n.º 30), e Comissão/Alemanha, já referido na nota 4, n.º 42.

52. Além disso, segundo jurisprudência assente, a interpretação e aplicação do direito comunitário não pode nunca — como aconteceu no caso em apreço — basear-se numa única versão linguística; pelo contrário, deve partir-se de uma visão de conjunto de todas as versões linguísticas, tendo em conta o objectivo e o contexto da disposição em causa³³. Eventuais dúvidas têm de ser comunicadas à Comissão, de acordo com o princípio da cooperação leal (artigo 10.º CE).

53. Só na medida em que a própria Comissão, por exemplo, num parecer fundamentado dirigido a um Estado-Membro, criou neste uma confiança legítima quanto a um determinado entendimento dos seus direitos e deveres decorrentes do direito comunitário, é que isto pode ser subsequentemente oposto à Comissão também na acção por incumprimento. Neste contexto, a Comissão refere correctamente casos nos quais uma instituição comunitária adoptou um comportamento susceptível de provocar confusão no espírito do particular ou pelo menos contribuiu para tal em medida determinante³⁴.

54. Face ao exposto, não é relevante a objecção do Governo italiano de que a

entidade adjudicante cometeu um erro desculpável ao determinar o início do prazo previsto no artigo 7.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 93/37.

3. Conclusão

55. Resulta das observações que antecedem que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado ao adjudicar os três contratos de empreitadas de obras públicas em questão por recurso ao processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, sem que para isso estivessem reunidos os pressupostos previstos na Directiva 93/37, e em especial no seu artigo 7.º, n.º 3.

VI — Quanto às despesas

56. Por força do n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo em consideração o exposto, a acção intentada pela Comissão deve ser julgada procedente. Deste modo, tendo a Comissão pedido a condenação da República Italiana e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

33 — V., nomeadamente, acórdão de 6 de Outubro de 1982, C.I.L. F.I.T. (283/81, Recueil, p. 3415, n.º 16 a 20), e também o n.º 35 das presentes conclusões e a jurisprudência referida na nota 19.

34 — Acórdão de 23 de Novembro de 1995, Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau (C-285/93, Colect., p. I-4069, n.º 27, com outras referências).

VII — Conclusão

57. Com base nas considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça decida do seguinte modo:

«1) A República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado ao ter sido efectuada, pelo Magistrado per il Pò di Parma, a adjudicação da empreitada que tem por objecto os lotes complementares das seguintes obras públicas por recurso ao processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, sem que para isso estivessem reunidos os pressupostos nos termos da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, em especial do seu artigo 7.º, n.º 3:

— obras de acabamento da construção de uma caixa de expansão para controlo das cheias da torrente Parma, na localidade de Marano, na comuna de Parma,

— obras de sistematização e acabamento de uma caixa de expansão da torrente Enza, e

— obras de regularização das cheias da torrente Terdoppio — canal Scolmatore, a sudoeste de Cerano.

2) A República Italiana é condenada nas despesas.»