

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

ELEANOR SHARPSTON

apresentadas em 29 de Março de 2007¹

1. Em 1999, as autoridades italianas renovaram 329 licenças de recolha de apostas sobre competições hípcas sem prévia organização de concurso público. A Comissão solicita que o Tribunal de Justiça declare que a Itália, ao proceder desta forma, infringiu os requisitos de transparência e publicidade que decorrem das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. A Itália contesta esta infracção, no que é apoiada pela Dinamarca e pela Espanha, embora a Itália e cada uma das intervenientes apresente argumentos diferentes para se concluir pela improcedência da acção da Comissão.

O direito comunitário

2. O artigo 43.º CE proíbe as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro.

3. O artigo 49.º CE proíbe as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.

4. Nos termos dos artigos 45.º CE e 46.º CE (lidos, no que respeita ao disposto no artigo 49.º CE, em conjugação com o artigo 55.º CE), estas proibições não se aplicam às actividades que, num Estado-Membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública e não prejudicam a aplicabilidade das disposições nacionais que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

5. Acresce ter sido reiteradamente enunciado pelo Tribunal de Justiça que as restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços podem ser justificadas por razões imperiosas de interesse geral que não ultrapassem o necessário para atingir o seu objectivo e sejam aplicadas

1 — Língua original: inglês.

sem discriminação em razão da nacionalidade².

6. No momento relevante, a adjudicação de contratos públicos de serviços em geral estava regulada, a nível comunitário, pela Directiva 92/50/CEE do Conselho³. Para os contratos cujo valor exceda um determinado montante, estão previstas obrigações especiais, incluindo nomeadamente a obrigação de dar publicidade ao contrato a nível comunitário, excepto em circunstâncias rigorosamente definidas. Contudo, lê-se no oitavo considerando do preâmbulo da directiva que a prestação de serviços apenas é abrangida pela directiva na medida em que essa prestação tenha uma base contratual e que não é abrangida a prestação de serviços numa outra base. A Comissão tinha proposto incluir as concessões de serviços públicos no âmbito de aplicação da directiva, mas o

Conselho decidiu excluí-las, nomeadamente por causa das diferenças existentes entre os sistemas vigentes nos Estados-Membros⁴.

7. Contudo, o Tribunal de Justiça enunciou que, embora as concessões de serviços públicos estejam excluídas do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas à celebração de contratos públicos, as autoridades adjudicantes estão obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular⁵. Os artigos 43.º CE e 49.º CE são especificamente aplicáveis às concessões de serviços públicos⁶ e o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes aplica-se mesmo na ausência de discriminação em razão da nacionalidade⁷. Estes princípios impõem uma obrigação de transparência à entidade pública, que deve assegurar um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência da concessão de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação⁸.

8. Em 2000, a Comissão publicou uma comunicação interpretativa sobre as conces-

2 — V., por exemplo, acórdãos de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 15), e de 31 de Março de 1993, Kraus (C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 32).

3 — Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), revogada e substituída 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). Nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, as adjudicações regem-se pela Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), revogada e substituída 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).

4 — V., ainda, n.ºs 46 e segs. do acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745).

5 — V. acórdãos Telaustria e Telefonadress (já referido na nota 4, n.º 60), de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287, n.º 16), de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8612, n.º 46), e de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 18).

6 — V. acórdãos Parking Brixen (n.º 47) e ANAV (n.º 19).

7 — V. acórdãos Parking Brixen (n.º 48) e ANAV (n.º 20).

8 — V. acórdãos, já referidos, Telaustria e Telefonadress (n.ºs 61 e 62), bem como Parking Brixen (n.º 49) e ANAV (n.º 21).

sões em direito comunitário⁹, em que expõe o seu entendimento sobre as formas como o direito comunitário afecta a atribuição de uma concessão¹⁰.

Os factos

9. Até 1996, a organização da recolha de apostas sobre competições hípcas competia, na Itália, à UNIRE, a União Nacional para o Fomento das Raças Equestres, que atribuiu várias concessões para este efeito. A partir desse ano¹¹, a organização das apostas ficou sob a tutela dos Ministérios das Finanças e da Agricultura. Segundo um decreto presidencial¹² de 1998, estes ministérios devem adjudicar as concessões com base num concurso público organizado de acordo com o direito comunitário. Como medida transitória, a vigência das concessões atribuídas no âmbito do regime anterior (sem organização de um concurso público) foi estendida, provisoriamente, até finais de 1998 ou, na impossibilidade de se organizar um concurso público até essa altura, até finais de 1999.

9 — JO 2000, C 121, p. 2.

10 — Uma comunicação interpretativa mais recente sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO 2006, C 179, p. 2) expressamente não trata das concessões, embora se possa entender que alguma da orientação nela contida tem um carácter suficientemente genérico para as abranger.

11 — Nos termos da Lei n.º 662/1996 (GURI n.º 303, de 28 de Dezembro de 1996).

12 — Decreto Presidencial n.º 169/1998 (GURI n.º 125, de 1 de Junho de 1998).

10. Em 1999, por decreto ministerial¹³, foi decidido aumentar de 329 para 1 000 o número dos centros de apostas em Itália. Foram organizados concursos públicos para a atribuição de 671 novas concessões, que foram adjudicadas. As 329 concessões existentes foram automaticamente renovadas por seis anos, a contar de 1 de Janeiro de 2000¹⁴. Posteriormente, foi aprovada uma lei, estipulando que as 329 concessões deviam ser atribuídas de acordo com o decreto presidencial de 1998, mas se mantiveriam válidas até esse momento¹⁵.

A tramitação processual

11. Em 24 de Julho de 2001, a Comissão enviou à República Italiana uma notificação para cumprir nos termos do artigo 226.º CE a respeito de determinadas matérias relacionadas com a recolha de apostas, incluindo a renovação das 329 concessões em questão. Entendia que as circunstâncias dessa renovação eram incompatíveis com os requisitos de transparência e publicidade decorrentes dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

13 — Decreto Ministerial de 7 de Abril de 1999 (GURI n.º 86, de 14 de Abril de 1999).

14 — Instrução Ministerial de 9 de Dezembro de 1999, e decisão ministerial de 21 de Dezembro de 1999 (GURI n.º 300, de 23 de Dezembro de 1999).

15 — Decreto-Lei n.º 452/2001 (GURI n.º 301, de 29 de Dezembro de 2001), convertido, após alteração, na Lei n.º 16/2002 (GURI n.º 49, de 27 de Fevereiro de 2002).

12. Em resposta a esta notificação, as autoridades italianas remeteram para a adopção da legislação antes referida¹⁶.

13. A Comissão, considerando que, na prática, aquela legislação tinha ficado «letra morta», dirigiu um parecer fundamentado à República Italiana, em 18 de Outubro de 2002, convidando-a a dar-lhe cumprimento no prazo de dois meses.

14. Em 10 de Dezembro de 2002, as autoridades italianas invocaram a necessidade de apurarem a situação financeira dos titulares das concessões ainda em vigor, antes da organização dos concursos públicos.

15. Em 17 de Junho de 2004, a Comissão, não tendo recebido qualquer informação relativamente à conclusão desse processo de apuramento nem à abertura de novos concursos públicos, intentou a presente acção, pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- declarar que, tendo o Ministério das Finanças renovado 329 licenças para o exercício da actividade de recolha de apostas sobre competições hípcas sem prévia organização de concurso público,

a República Italiana infringiu o princípio geral de transparência e não cumpriu a obrigação de publicidade decorrentes das disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento, constantes dos artigos 43.º CE e seguintes, e à livre prestação de serviços, constantes dos artigos 49.º CE e seguintes, e

- condenar a República Italiana nas despesas.

16. A Itália solicita que o Tribunal de Justiça julgue a acção improcedente e condene a Comissão nas despesas.

17. Foram admitidas as intervenções da Dinamarca e da Espanha, em apoio da Itália, tendo estas apresentado observações escritas. Foram igualmente admitidas as intervenções da Finlândia e dos Países Baixos, mas a Finlândia desistiu posteriormente da instância e os Países Baixos nada alegaram.

18. Não foi solicitada nem realizada audiência.

¹⁶ — V., *supra*, n.º 10 e nota 15.

Apreciação

19. A argumentação da Comissão pode ser sintetizada como se segue. As concessões para a recolha de apostas do tipo em questão são concessões de serviços públicos na acepção do direito comunitário. Como tais, não entram no âmbito de aplicação da Directiva 92/50, mas estão sujeitas aos requisitos gerais de não discriminação, transparência e publicidade que decorrem dos artigos 43.º CE e 49.º CE. A renovação automática das 329 concessões existentes sem a abertura de um concurso público não é compatível com aqueles requisitos. Só as justificações previstas nos artigos 45.º CE e 46.º CE poderiam justificar uma derrogação e nenhuma delas subsiste. No que concerne às 329 concessões, as autoridades italianas não ajustaram a sua prática ao cumprimento do direito comunitário dentro do prazo de dois meses que lhes foi fixado no parecer fundamentado, enviado em 18 de Outubro de 2002, ou sequer antes de ser intentada a acção em apreço, cerca de 18 meses mais tarde.

20. À luz dos factos descritos nos n.ºs 9 e 10 *supra*, que não parecem ser controvertidos, e de acordo com a jurisprudência já anteriormente resumida no n.º 7, creio que a Comissão demonstrou, de forma bastante, a procedência da acção por incumprimento cuja declaração solicita.

21. A Itália baseia a sua defesa em determinadas medidas adoptadas em 2003, invocando o imperativo de interesse público que lhes está subjacente.

22. A Espanha avança considerações relativas às especificidades da autorização e da organização das actividades no sector dos jogos de fortuna e azar, as quais, segundo afirma, a Comissão não levou em conta.

23. A Dinamarca discorda da interpretação que a Comissão dá ao acórdão Telaustria e Telefonadress do Tribunal de Justiça, no tocante ao significado do requisito de transparência em circunstâncias como as do presente caso.

24. Tendo em conta as diferenças entre os três tipos de argumentos expostos pelos três Estados-Membros, vou abordá-los separadamente.

A Itália

25. A Itália sustenta que as medidas que tomou são legítimas. Remete, nomeada-

mente, para um decreto-lei de 2003 e para uma decisão adoptada ao seu abrigo¹⁷. O decreto-lei previa a verificação da situação financeira dos concessionários, na sequência das dificuldades surgidas no tocante à sua capacidade para pagar os impostos excessivamente elevados que lhes eram aplicados. Outras medidas tinham por objectivo aliviar estas dificuldades de diversos modos e a decisão manteve em vigor as concessões existentes até se alcançar aquele objectivo, mas nunca para além de 31 de Dezembro de 2011. Todas estas medidas se justificavam pela necessidade de assegurar a continuidade, a estabilidade financeira e a adequada remuneração dos investimentos dos concessionários, desencorajando assim o recurso a actividades clandestinas de recolha de apostas, até que as concessões em vigor pudessem voltar a ser adjudicadas com base na organização de concursos públicos.

26. A Comissão observa que as medidas tomadas em 2003 não podem ter qualquer impacto na infracção em causa. A questão de saber se um Estado-Membro não cumpriu as suas obrigações deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado¹⁸.

17 — Decreto-Lei n.º 147/2003, de 24 de Junho de 2003 (GURI n.º 145, de 25 de Junho de 2003), convertido na Lei n.º 200/2003; Decisão 107/2003, de 14 de Outubro de 2003, da UNIRE (que atribuiu originalmente as 329 concessões em questão).

18 — A Comissão remete para o acórdão de 20 de Junho de 2002, Comissão/Luxemburgo (C-299/01, Colect., p. I-5899, n.º 11). V., mais recentemente, o acórdão de 11 de Janeiro de 2007, Comissão/Irlanda (C-183/05, Colect., p. I-137, n.º 17).

27. Concordo.

28. Isto não obstante, a Comissão analisa seguidamente a questão de saber se as razões apresentadas para a adopção das medidas de 2003 poderiam ter justificado a situação existente em 2002, concluindo que não.

29. Nada encontro que possa servir de apoio à declaração da Comissão de que apenas podiam ser invocadas as justificações expressamente previstas nos artigos 45.º CE ou 46.º CE, com exclusão de outras razões imperiosas de interesse geral. Foi reiteradamente enunciado pelo Tribunal de Justiça que estas razões podem justificar limitações à liberdade de estabelecimento ou à livre prestação de serviços¹⁹.

30. Todavia e como a Comissão correctamente observa, para poderem beneficiar de qualquer justificação — tanto com base numa disposição do Tratado como numa razão imperiosa de interesse geral —, as medidas em causa devem ser adequadas à realização do objectivo prosseguido e não podem ir além do que é o necessário para o atingir²⁰.

19 — V., por exemplo e no contexto específico da recolha de apostas, acórdãos de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, Colect., p. I-13031, n.ºs 59 e 60), e de 6 de Março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-0000, n.º 45).

20 — V. acórdãos Gambelli (já referido, n.º 65) e de 30 de Janeiro de 2007, Comissão/Dinamarca (C-150/04, Colect., p. I-1163, n.º 46).

31. Além disso, considerações de ordem puramente económica ou administrativa não podem justificar restrições às liberdades previstas no Tratado²¹.

32. Nenhum dos objectivos avançados pela Itália parece poder subsumir-se em qualquer das categorias previstas nos artigos 45.º CE ou 46.º CE. Quanto a outras razões imperiosas (não económicas), é unicamente possível entender que aquela que visa evitar a recolha clandestina de apostas pode, pelo menos em princípio, ser considerada de interesse geral.

33. Porém e segundo os factos não contestados do processo, foi decidido em 1999 aumentar de 329 para 1000 o número das concessões para a recolha de apostas na Itália. Este objectivo foi devidamente atingido com a atribuição das 671 novas concessões após a organização de um concurso público e a renovação automática das 329 concessões antigas. Nestas circunstâncias, é difícil imaginar — e a defesa apresentada pela Itália não explica — como é que a renovação ou a manutenção das 329 concessões antigas sem a organização de um concurso público podia servir para evitar a recolha clandestina de apostas ou como a ausência de transparência podia ser necessária para esse efeito.

34. Por conseguinte, sou de opinião que a Itália não expendeu qualquer argumento susceptível de pôr em causa a procedência da acção da Comissão.

A Espanha

35. A Espanha sustenta que a acção da Comissão não está adequadamente fundamentada porquanto não toma em conta um determinado número de considerações essenciais. Em primeiro lugar e como reconhecido pelo Tribunal de Justiça²², as particularidades de ordem moral, religiosa ou cultural, bem como as consequências moral e financeiramente prejudiciais para o indivíduo e para a sociedade que envolvem os jogos e as apostas, podem ser susceptíveis de justificar a existência na esfera das autoridades nacionais de um poder de apreciação bastante para determinar as exigências que a protecção do consumidor e da ordem social implica. Em segundo lugar e quando se substitui um regime de concessão por outro, requer-se um período transitório que pode justificar a prorrogação de determinados elementos do anterior regime. Nestas duas vertentes, as autoridades italianas revelam a clara intenção de dar cumprimento integral aos requisitos comunitários. Em terceiro lugar, estão em causa interesses sociais complexos, em particular, a utilização das receitas provenientes das apostas como a única fonte de financiamento

21 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de Janeiro de 2003, Comissão/Itália (C-388/01, Colect., p. I-721, n.º 22), ou de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha (C-463/00, Colect., p. I-4581, n.º 35).

22 — V. acórdão Gambelli (já referido na nota 19, n.º 63) e a jurisprudência aí referida, acórdãos de 24 de Março de 1994, Schindler (C-275/92, Colect., p. I-1039), de 21 de Setembro de 1999, Läära e o. (C-124/97, Colect., p. I-6067), e de 21 de Outubro de 1999, Zenatti (C-67/98, Colect., p. I-7289).

do fomento das raças equestres. Em quarto lugar, existem presentemente sérias dificuldades de ordem financeira no sector italiano de recolha de apostas sobre competições hípcas, cujas origens remontam ao período anterior ao das medidas tomadas em 2003 e que foram mencionadas pela Itália em sua defesa.

um regime para outro, não constituem razões imperiosas deste tipo. E a intenção expressa das autoridades italianas não é relevante para a apreciação da situação factual no termo do prazo fixado no parecer fundamentado da Comissão.

A Dinamarca

36. Porém, nenhuma destas considerações parece susceptível de justificar a situação que a Comissão denuncia, designadamente, a renovação e subsequente manutenção, sem transparência nem publicidade, das 329 concessões antigas, em paralelo com a adjudicação das 671 novas concessões através de concurso público.

37. É verdade que a natureza específica dos jogos e apostas foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça, mas não como podendo justificar restrições às liberdades do Tratado que não satisfazem razões imperiosas de interesse geral, não são adequadas para garantir a realização do objectivo prosseguido ou vão além do que é necessário para atingir esse objectivo²³. Considerações de ordem social e financeira, do tipo das citadas pela Espanha nas terceira e quarta ordem de considerações que invoca, ou as dificuldades de ordem prática que se prendem com a mudança de

38. A Dinamarca suscita um certo número de problemas idênticos, relacionados essencialmente com a extensão das obrigações que decorrem do Tratado no tocante aos contratos públicos ou às concessões que não estão sujeitas às directivas comunitárias sobre a celebração de contratos públicos. Alega, nomeadamente, que a organização de um concurso público não é necessariamente obrigatória e que o uso do termo «advertising» na versão em língua inglesa do acórdão Telaustria e Telefonadress sugere um requisito mais exigente do que o termo equivalente «publicity» (publicidade) que é utilizado noutras versões linguísticas. Solicita que o Tribunal de Justiça esclareça se o requisito implica a necessidade, para a entidade adjudicante, de procurar abertamente futuros adjudicatários ou concessionários, ou, para os potenciais concorrentes, de ter acesso à documentação do concurso, ou, para a entidade adjudicante, de simplesmente publicar o facto de que tenciona adjudicar um contrato ou uma concessão.

39. As alegações da Dinamarca a este respeito são muito semelhantes às que

23 — V. acórdão Gambelli (já referido, n.ºs 65 e 67).

apresentou noutro processo, Comissão/Finlândia, actualmente pendente no Tribunal de Justiça²⁴. As questões que suscita são importantes e concordo que pode ser útil uma certa clarificação do direito²⁵. Porém, o esclarecimento de ordem geral que a Dinamarca pretende visa essencialmente obter uma resposta para determinadas questões de interesse geral para os Estados-Membros e não a solução que merece a presente acção por incumprimento.

40. No caso em apreço, não se contesta que as 329 concessões em questão foram renovadas pura e simplesmente, de forma automática. Mesmo sendo possível alegar que as autoridades italianas publicitaram em certa medida o facto de que se iria realizar esse processo, é manifesto que o grau de publicidade no tocante a estas concessões (contrariamente às 671 novas concessões adjudicadas após concurso público), não era, seja qual for o entendimento seguido, «adequado para garantir a abertura à concorrência da concessão de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação»²⁶.

24 — Processo C-195/04; v., em especial, n.ºs 79 e segs. das conclusões por mim apresentadas em 18 de Janeiro de 2007.

25 — V., ainda, 'Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty', Adrian Brown, *Public Procurement Law Review* 2007, p. 1. Pode igualmente referir-se que a comunicação interpretativa da Comissão de 2006 (já referida *supra*, nota 10) é actualmente objecto de um recurso de anulação interposto pela Alemanha para o Tribunal de Primeira Instância, processo T-258/06, no qual pediram para intervir diversos Estados-Membros e o Parlamento Europeu.

26 — V. *supra*, n.º 7, e nota 8.

41. Por conseguinte, não considero que as alegações da Dinamarca possam ter qualquer impacto na solução dos presentes autos.

Observações finais

42. Assim e tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça e os factos não contestados dos presentes autos, entendo que a Comissão demonstrou de forma bastante o incumprimento cuja declaração solicita e que nenhuma das observações apresentadas pelos Estados-Membros refuta adequadamente a argumentação da Comissão nas presentes circunstâncias.

43. Devo esclarecer que, para tal, não expresse qualquer opinião sobre quaisquer outras circunstâncias nas quais a renovação das concessões para a recolha de apostas sobre competições hípcas sem a organização de um concurso público poderá ser justificada por razões imperiosas de interesse geral. Nem considero necessário especificar o preciso tipo ou grau de publicidade requeridos quando é organizado um concurso público. Basta recordar que, no presente processo, 671 concessões foram adjudicadas após um concurso público, que, no entender da Comissão, foi organizado em conformidade com o direito comunitário, ao passo que, e simultaneamente, foram renovadas 329 concessões sem o mínimo grau de transparência ou publicidade que poderia ter permitido às partes interessadas acedem ao processo de adjudicação.

Despesas

44. Por força do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é

condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido e, por força do artigo 69.º, n.º 4, os Estados-Membros que intervieram no processo devem suportar as respectivas despesas. A Comissão pediu a condenação da República Italiana.

Conclusão

45. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça:

- declare que, tendo o Ministério das Finanças renovado 329 licenças para o exercício da actividade de recolha de apostas sobre competições hípcas sem prévia organização de concurso público, a República Italiana infringiu o princípio geral de transparência e não cumpriu a obrigação de publicidade decorrentes das disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento, constantes dos artigos 43.º CE e seguintes, e à livre prestação de serviços, constantes dos artigos 49.º CE e seguintes, e
- condene a República Italiana nas despesas, excepto as efectuadas pelos Estados-Membros intervenientes, que devem suportar as suas próprias despesas.