

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 10 de Julho de 2007¹

1. Na presente acção, proposta ao abrigo do artigo 226.º CE, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a Itália não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das directivas relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, designadamente, a Directiva 93/36/CEE do Conselho² e, anteriormente, a Directiva 77/62/CEE do Conselho³, a Directiva 80/767/CEE do Conselho⁴ e a Directiva 88/295/CEE do Conselho⁵, ao adoptar uma prática, seguida de há muito e que ainda hoje se mantém, de adjudicação directa à empresa «Agusta» para aquisição de helicópteros para satisfazer as necessidades de diversos ministérios e departamentos sem abertura de concurso.

2. A Itália refuta o alegado incumprimento e na sua contestação funda-se, nomeadamente, no artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE.

1 — Língua original: inglês.

2 — Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

3 — Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29).

4 — Directiva 80/767/CEE do Conselho, de 22 de Julho de 1980, que adapta e completa, no que diz respeito a certas entidades adjudicantes, a Directiva 77/62/CEE que coordena os processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO L 215, p. 1; EE 17 F1 p. 83).

5 — Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, que altera a Directiva 77/62/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público e revoga certas disposições da Directiva 80/767/CEE (JO L 127, p. 1).

I — Quadro jurídico

A — Direito comunitário

3. A Directiva 93/36 (a seguir «Directiva 93/36» ou «directiva») coordena os processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento e regula as condições de adjudicação desses contratos.

4. O artigo 1.º da Directiva 93/36 dispõe:

«a) ‘Contratos públicos de fornecimento’ são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um fornecedor (pessoa singular ou colectiva), por um lado, e

uma das entidades adjudicantes definidas na alínea b), por outro, que tenham por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos. A entrega dos referidos produtos pode incluir, acessoriamente, operações de colocação e instalação; [...] d) 'Concursos públicos' são concursos nacionais em que qualquer fornecedor interessado pode apresentar uma proposta; e) 'Concursos limitados' são concursos nacionais em que só os fornecedores convidados pelas entidades adjudicantes podem participar; f) 'Processos por negociação' são os processos nacionais em que as entidades adjudicantes consultam fornecedores à sua escolha, negociando as condições do contrato com um ou mais de entre eles.»

ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, nos termos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas em vigor no Estado-Membro em causa, ou quando a protecção dos interesses essenciais da segurança desse Estado o exija.»

6. O artigo 3.º da directiva prevê: «[s]em prejuízo do disposto nos artigos 2.º e 4.º e no n.º 1 do artigo 5.º, a presente directiva aplica-se a todos os produtos abrangidos pela alínea a) do artigo 1.º, incluindo os que são objecto de contratos de fornecimento celebrados por entidades adjudicantes no domínio da defesa, com excepção dos produtos a que se aplica o n.º 1, alínea b), do artigo [296.º] do Tratado.»

7. Nos termos do artigo 6.º da directiva:

5. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), a directiva não é aplicável: «Aos contratos de fornecimento que sejam declarados secretos

«1. Para celebração dos respectivos contratos públicos de fornecimento, as entidades adjudicantes aplicarão os processos definidos nas alíneas d), e) e f) do artigo 1.º, nos casos adiante enumerados. [...]

3. As entidades adjudicantes podem igualmente adjudicar contratos de fornecimento por meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos: [...] c) Quando se trate de produtos cujo fabrico ou entrega, devido à sua especificidade técnica ou artística, ou por razões relativas à protecção de direitos exclusivos, apenas possam ser confiados a um fornecedor determinado; [...] e) Quando se trate de entregas complementares efectuadas pelo fornecedor inicial e destinadas à substituição parcial de bens fornecidos ou de instalações de uso corrente ou à ampliação de fornecimentos ou de instalações existentes, desde que a mudança de fornecedor obrigue a entidade adjudicante a adquirir material de técnica diferente que origine uma incompatibilidade ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção. A duração desses contratos, bem como a dos contratos renováveis, não pode, em regra, exceder três anos.

4. Em todos os outros casos, as entidades adjudicantes celebrarão os respectivos contratos de fornecimento recorrendo a concurso público ou a concurso limitado.»

8. No que concerne a outras disposições específicas, serão mencionadas quando analisar os fundamentos do incumprimento imputado.

II — Factos, fase pré-contenciosa e pedidos

A — Factos

9. No seguimento de uma queixa, a Comissão deu início a um processo por incumprimento (n.º 2002/4194) respeitante ao despacho n.º 3231 do presidente do Conselho de Ministros da República Italiana de 24 Julho de 2002, relativo ao combate aéreo a incêndios florestais, que autorizou o recurso ao processo por negociação em derrogação das directivas relativas a contratos públicos de fornecimentos e prestações de serviços. Com base neste despacho, o Corpo Forestale dello Stato (Guarda Florestal) adquiriu, em 28 de Outubro de 2002, dois helicópteros Agusta Bell AB 412 EP por cerca de 18 milhões de EUR, «por ajuste directo, em derrogação das disposições referidas no

artigo 4.º [do referido despacho]», isto é, designadamente, da legislação nacional que transpôs as directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento. A Comissão recorreu para o Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 226.º CE, que deu origem ao acórdão de 27 de Outubro de 2005, no processo Comissão/Itália (C-525/03) ⁶.

AB 412 por cerca de 30,5 milhões de EUR; ii) em 23 de Dezembro de 2002, um contrato de compra de quatro helicópteros Agusta A 109 Power por cerca de 33,6 milhões de EUR; e iii) em 19 de Março de 2003, um contrato de locação financeira para a aquisição de quatro helicópteros A 109 Power por cerca de 12,8 milhões de EUR. A Comissão observa que a frota de helicópteros do Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco é composta essencialmente por helicópteros «Agusta» ou «Agusta Bell».

10. Com base na informação recebida no âmbito do referido procedimento, a Comissão observou que o incumprimento específico que já foi objecto daquele processo não foi um incidente isolado, mas foi antes sintomático de uma prática geral de adjudicação directa de contratos para a aquisição de helicópteros das marcas «Agusta» e «Agusta Bell» para satisfazer as necessidades de diversos organismos do Estado italiano, sem abertura de concurso. Por isso, a Comissão deu início a outro processo por incumprimento (n.º 2003/2158).

12. Quanto ao Corpo dei Carabinieri (Ministério da Defesa), a informação comunicada à Comissão revela que aquele corpo, durante o período correspondente aos anos de 2000 a 2002, adjudicou dois contratos à empresa Agusta para a aquisição de quatro helicópteros, sem abertura de concurso. A Comissão observou que a frota de helicópteros do Corpo dei Carabinieri também se compõe essencialmente de helicópteros da marca «Agusta» ou «Agusta Bell».

11. No que se refere ao Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco (corporações de bombeiros, Ministério do Interior), a Comissão salienta, em particular, que este último adjudicou directamente à empresa «Agusta», sem abertura de concurso, os contratos seguintes: i) em 10 de Junho de 2002, um contrato de compra de quatro helicópteros Agusta Bell

13. No que respeita ao Corpo Forestale dello Stato (Guarda Florestal) (Ministério para a Política Agrícola e Florestal), para além das aquisições que foram objecto do processo Comissão/Itália (C-525/03), o referido corpo adquiriu outro helicóptero da marca «Agusta». Do mesmo modo, a Comissão referiu que a frota de helicópteros do Corpo Forestale é composta essencialmente por helicópteros «Agusta» ou «Agusta Bell».

6 — V. acórdão de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Itália (C-525/03, Colect., p. I-9405).

14. Relativamente ao Departamento da Protecção Civil, a Comissão foi informada de que o mesmo celebrou um contrato de locação financeira para a aquisição de helicópteros «Agusta».

15. No que diz respeito a outros organismos estatais, a Comissão considerou que — pese embora o facto de não ter obtido qualquer informação relativa aos contratos específicos — as frotas aéreas da Guardia Costiera, que faz parte do Corpo delle Capitanerie di Porto (Ministério das Infra-estruturas e dos Transportes), da Guardia di Finanza (Ministério da Economia e Finanças) e da Polizia di Stato (Ministério do Interior) também eram exclusiva ou predominantemente compostas por helicópteros «Agusta» ou «Agusta Bell».

Directiva 88/295. Em 17 de Outubro de 2003, a Comissão enviou ao Governo italiano uma notificação para cumprir, convidando-o a apresentar as suas observações.

17. As autoridades italianas responderam por fax de 9 de Dezembro de 2003 da sua Representação Permanente na União Europeia. Por considerar insatisfatória a resposta das autoridades italianas, a Comissão, em 5 de Fevereiro de 2004, enviou um parecer fundamentado à República Italiana, convidando-a a dar cumprimento ao parecer fundamentado no prazo de dois meses a contar da sua notificação.

18. As autoridades italianas responderam ao parecer fundamentado, com três cartas da Representação Permanente italiana na União Europeia⁷.

B — Fase pré-contenciosa

16. A Comissão — não tendo obtido qualquer informação relativa à organização de um concurso a nível comunitário para a aquisição de helicópteros para satisfazer as necessidades dos ministérios e departamentos italianos anteriormente mencionados — considerou que os referidos helicópteros da marca «Agusta» foram directamente adquiridos em violação dos procedimentos estipulados na Directiva 93/36 e, anteriormente, na Directiva 77/62, na Directiva 80/767 e na

19. A Comissão entendeu que os argumentos das autoridades italianas não eram suficientes para refutar as observações formuladas no parecer fundamentado e observou que a República Italiana não tomou quaisquer medidas destinadas a pôr termo à prática controvertida, e portanto intentou,

⁷ — (i) A primeira, datada de 5 de Abril de 2004, a comunicar uma nota do chefe do serviço legislativo do Ministério da Política Comunitária de 2 Abril de 2004; (ii) a segunda, datada de 13 de Maio de 2004, a transmitir uma nota do presidente do Conselho de Ministros (departamento de política comunitária) de 11 de Maio de 2004; e (iii) a terceira, datada de 27 de Maio de 2004, a transmitir uma nota da Presidência do Conselho de Ministros (Departamento de Protecção Civil) de 12 de Maio de 2004.

em 15 de Setembro de 2005, a presente acção no Tribunal de Justiça⁸.

Directiva 77/62, na Directiva 80/767 e na Directiva 88/295, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas directivas;

20. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que:

2. condene a República Italiana nas despesas.»

«1. declare que, uma vez que o Governo italiano e, em particular, os Ministérios do Interior, da Defesa, da Economia e Finanças, da Política Agrícola e Florestal, das Infra-estruturas e dos Transportes, e o Departamento da Protecção Civil da Presidência do Conselho de Ministros, adoptaram um procedimento, seguido há muito e mantido ainda hoje, de adjudicação directa de contratos à firma «Agusta» para aquisição de helicópteros da marca «Agusta» e «Agusta Bell» para satisfazer as necessidades das corporações militares de bombeiros, o Corpo Carabinieri, o Corpo Forestale dello Stato, a Guardia Costiera, a Guardia di Finanza, a Polizia di Stato e o Departamento da Protecção Civil sem abertura de concurso, em especial, sem respeitar os procedimentos previstos na Directiva 93/36 e, anteriormente, na

21. A República Italiana sustenta que a acção deve ser julgada inadmissível e, em qualquer caso, deve ser julgada improcedente.

22. As partes apresentaram alegações orais na audiência realizada em 17 de Abril de 2007.

III — **Apreciação**

A — *Observações preliminares*

8 — A Comissão salientou igualmente que, segundo a sua informação, o Governo italiano adquiriu directamente, em Dezembro de 2003, por processo de negociação, outros helicópteros Agusta satisfazer as necessidades da Guardia di Finanza, da Polizia di Stato, dos Carabinieri e do Corpo Forestale e, como se conclui da data do seu registo no Tribunal de Contas italiano, a Itália não anulou esses contratos após ter recebido o parecer fundamentado.

23. Importa salientar que o Governo italiano não contesta que recorreu ao processo por negociação para adquirir helicópteros para os

seus corpos nem que adjudicou directamente contratos à empresa Agusta sem publicação prévia de anúncio a nível comunitário. A questão central do caso em apreço consiste em saber se a Itália podia legalmente afastar-se das disposições comunitárias relativas aos contratos públicos de fornecimento⁹. O pedido formulado pela Comissão refere-se não só à Directiva 93/36 mas também às anteriores directivas, designadamente, as Directivas 77/62, 80/767 e 88/295. Todavia, tendo em conta a semelhança das disposições aplicáveis destas directivas, considero que, como sugeriu a Comissão, por motivos de simplicidade e de clareza, é suficiente referir-me na minha análise unicamente à Directiva 93/36.

a fornecimentos para fins militares e que os únicos fornecimentos mencionados no decurso do processo foram os fornecimentos para fins civis. Além disso, no âmbito da fase pré-contenciosa, a Comissão apenas citou um número de contratos celebrados em anos recentes, a saber, em 2002 e 2003, pelo Corpo dei Vigili del Fuoco, pelo Corpo Forestale e pelo Corpo Carabinieri com a empresa Agusta. Por conseguinte, a acusação formulada na fase pré-contenciosa não corresponde ao pedido formulado ao Tribunal de Justiça na presente acção. Acresce que, na tréplica, a Itália alega que, atendendo ao carácter vago e impreciso dos factos alegados pela Comissão, a acção não está em conformidade com as exigências consagradas na jurisprudência do Tribunal. A República Italiana alega que essa circunstância afectou seriamente os seus direitos de defesa.

B — Admissibilidade

24. Na sua contestação, o Governo italiano suscita a questão prévia da inadmissibilidade da presente acção.

26. Por último, o Governo italiano argumenta que a parte da presente acção relativa aos fornecimentos para o Corpo Forestale dello Stato (Guarda Florestal) é inadmissível, uma vez que esses fornecimentos se baseavam no despacho n.º 3231. O princípio *ne bis in idem* foi violado, porque esse despacho já foi objecto do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Comissão/Itália (C-525/03)¹⁰.

1. Principais argumentos das partes

25. A Itália sustenta que, no decurso da fase pré-contenciosa, a Comissão não se referiu

27. A Comissão contesta a posição da República Italiana. Considera que a fase pré-contenciosa nunca teve por objecto os forne-

⁹ — Designadamente, a Directiva 93/36 e, anteriormente, a Directiva 77/62, a Directiva 80/767 e a Directiva 88/295.

¹⁰ — Já referido na nota 6.

cimentos para fins militares. Pelo contrário, referiu-se a fornecimentos para fins civis, destinados a satisfazer, nomeadamente, as necessidades de determinados corpos militares da República Italiana. No que concerne à alegada imprecisão, a Comissão argumenta que, desde a notificação para cumprir, ficou sempre claro que o objecto do processo era a prática de adjudicar directamente contratos à empresa Agusta que, seguida de há muito, nunca cessou. O objectivo prosseguido pelo processo era claro para a Itália, que podia defender-se e que se defendeu, designadamente apresentando vários documentos. Além disso, a Comissão alega que o objecto do processo Comissão/Itália (C-525/03) era diferente do do caso em apreço.

29. A este respeito, há que recordar que, embora seja verdade que o objecto da acção intentada ao abrigo do artigo 226.º CE é circunscrito pela fase pré-contenciosa prevista nesta disposição e que, por conseguinte, o parecer fundamentado da Comissão e a acção se devem basear em acusações idênticas, esta exigência não pode, todavia, ir ao ponto de impor em todos os casos uma coincidência perfeita entre as formulações, quando o objecto do litígio não tiver sido ampliado ou alterado, mas, pelo contrário, simplesmente limitado. Assim, a Comissão pode especificar as suas acusações iniciais na petição, desde que, no entanto, não altere o objecto do litígio¹².

2. Apreciação

28. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, numa petição apresentada nos termos do artigo 226.º CE, a Comissão deve indicar as acusações exactas sobre as quais o Tribunal se deve pronunciar, e esses pedidos devem ser formulados de forma inequívoca a fim de o Tribunal de Justiça não correr o risco de decidir *ultra petita* ou de não decidir quanto a um pedido¹¹.

30. Antes de mais, considero convincente a explicação da Comissão de que o adjetivo «militar» se refere de forma inequívoca a determinados «corpos» do Estado, e não a «fornecimentos», como foi sustentado pelo Governo italiano¹³. Resulta claro dos autos no Tribunal de Justiça que a acusação da Comissão apenas tem por objecto fornecimentos civis adquiridos para satisfazer as necessidades de determinados corpos italianos, alguns dos quais têm carácter militar e outros carácter civil. De facto, o

11 — V., nomeadamente, acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Grécia (C-375/95, Colect., p. I-5981), n.º 35 e jurisprudência aí referida.

12 — V., mais recentemente, acórdão de 26 de Abril de 2007, Comissão/Finlândia (C-195/04, Colect., p. I-0000), n.º 18 e jurisprudência aí referida. V., também, o acórdão de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Austria (C-29/04, Colect., p. I-9705), n.º 25 a 27 e jurisprudência aí referida.

13 — A Comissão salientou, correctamente, na sua resposta que a própria Itália declara na sua contestação que os Carabinieri, a Guardia di Finanza e a Guardia Costiera são corpos do Estado de natureza militar. Todavia, os outros corpos são civis.

cotejo entre o parecer fundamentado e a presente acção, redigidos em termos quase idênticos, revela que se baseiam em acusações idênticas. Nessas circunstâncias, a argumentação da Itália de que a acusação formulada na fase pré-contenciosa não corresponde ao pedido formulado na presente acção não pode ser acolhida.

31. Em segundo lugar, no que diz respeito à objecção do Governo italiano de que os factos alegados pela Comissão eram vagos e imprecisos, considero que no caso vertente, no decurso do procedimento pré-contencioso foi explicado claramente por que é que a Comissão considerou que a República Italiana não cumpriu as referidas directivas relativas a contratos públicos de fornecimento. De facto, no n.º 14 do parecer fundamentado e no n.º 25 da notificação para cumprir, a Comissão declarou em termos inequívocos que não tinha conseguido obter qualquer informação que pudesse confirmar que o Governo italiano tinha lançado concursos a nível comunitário nas suas aquisições de helicópteros, em conformidade com o disposto na Directiva 93/36, mas também, anteriormente, nas Directivas 77/62, 80/767 e 88/295. Portanto, as acusações eram suficientemente claras para que o Governo italiano pudesse defender-se.

32. Por último, considero que o princípio *ne bis in idem* não foi violado no âmbito do presente processo. Em minha opinião, o objecto do processo Comissão/Itália

(C-525/03) reportava-se a uma norma nacional (designadamente, o despacho n.º 3231) que autorizou o recurso ao processo por negociação em derrogação das directivas relativas aos contratos públicos de fornecimento e prestação de serviços. Efectivamente, aquela acção foi julgada inadmissível por força da validade temporária do despacho. Não foi pedido um reexame da legalidade do despacho n.º 3231 no quadro da presente acção. Ao invés, o objecto do presente caso é a alegada prática de adjudicação directa de contratos para a aquisição de helicópteros à empresa Agusta sem abertura de concurso, a nível comunitário.

33. Do exposto resulta que a questão prévia da inadmissibilidade suscitada pelo Governo italiano deve ser julgada improcedente.

C — Quanto ao mérito

1. As relações internas com a empresa Agusta

34. Para determinar se a Itália violou efectivamente as directivas relativas a contratos públicos de fornecimento, examinarei em primeiro lugar a alegação do Governo italiano de que, até ao fim dos anos 90, as suas relações com a empresa Agusta constituíam relações «internas».

a) Principais argumentos das partes

35. A Itália alega que as relações com a firma Agusta eram relações «internas» e na contestação descreve a evolução da participação pública na Agusta. Embora a Itália reconheça que a adjudicação directa de contratos pelo Estado a empresas em cujo capital tinha participado na altura fosse difícil de conciliar com a jurisprudência sobre operações «internas», argumenta que as relações de Agusta com o Estado italiano tinham antes o carácter daquilo a que denomina «auto-produção de bens e serviços» — utilizada pelo Estado e que constituía uma parte fundamental da produção de empresas com participação do Estado.

36. A Comissão alega que as autoridades italianas não demonstraram que os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Teckal estavam preenchidos no caso em apreço¹⁴, porque a Itália se limitou a apresentar informação vaga e imprecisa.

14 — V. acórdão de 18 de Novembro de 1999 (C-107/98, Colect., p. I-8121).

b) Apreciação

37. Como a Comissão afirma correctamente, deve recordar-se que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, não é obrigatório lançar um concurso, em conformidade com as directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, mesmo que o co-contratante seja uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante, quando estão reunidos dois requisitos. Por um lado, a autoridade pública que é a entidade adjudicante deve exercer sobre a entidade distinta em questão um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, por outro, essa entidade deve realizar o essencial da sua actividade com a ou as colectividades públicas que a detém¹⁵.

38. Era dever da Itália não só alegar a existência dessas relações entre as entidades adjudicantes e a empresa Agusta, mas também apresentar os elementos de prova pertinentes que permitam ao Tribunal concluir inequivocamente que os dois referidos requisitos estavam preenchidos. Contudo, resulta dos autos no Tribunal de Justiça que os pedidos da Itália a este respeito são bastante inconclusivos e que não existem documentos adequados para demonstrar esta afirmação. Portanto, no caso em análise, o Governo italiano não provou que estavam reunidos os dois requisitos.

15 — V. acórdãos Teckal, já referido na nota 14 (n.º 50), e, mais recentemente, o acórdão de 19 de Abril de 2007 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa) and Administración del Estado (C-295/05, Colect., p. I-2999, n.º 55 e jurisprudência referida).

39. Além disso, o Tribunal de Justiça precisou recentemente que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante exclui de qualquer forma que a referida entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços¹⁶.

40. Por conseguinte, tendo em conta o facto, sublinhado pela Comissão, de a empresa Agusta, entre os anos 70 e 90, nunca ter sido totalmente detida pelo Estado italiano, isso por si só basta para excluir a existência de relações internas com a empresa Agusta¹⁷. Além do mais, relativamente ao período a partir de 2000, quando foi criada a empresa comum «Agusta Westland» com a sociedade britânica Westland, a relação interna com o Estado italiano tem de ser igualmente excluída.

41. Por isso, examinarei em seguida se as directivas relativas a contratos públicos de fornecimento foram efectivamente violadas.

16 — V. acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colect., p. I-1), n.ºs 49 e 50.

17 — O argumento da Itália de que o acórdão Stadt Halle e RPL Lochau não é aplicável, por ser posterior aos factos do litígio, a meu ver, não tem qualquer importância, porque o referido acórdão se limitou a interpretar a lei como devia ter sido interpretada *ab initio*.

2. A existência da prática

a) Principais argumentos das partes

42. Tendo em conta o facto de que os fornecimentos públicos em questão satisfazem os requisitos estabelecidos pela Directiva 93/36, uma vez que, devido aos elevados preços dos helicópteros, os contratos excederam sempre largamente o limiar de 130 000 direitos especiais de saque (DSE)¹⁸, a Comissão alega que eles deviam ter sido submetidos a concurso público ou a concurso limitado, em conformidade com o disposto no artigo 6.º da directiva, e não a um processo por negociação. Por conseguinte, a Comissão sustenta que está demonstrada a violação do direito comunitário. Uma vez que as autoridades italianas reconheceram expressamente a aquisição de helicópteros da marca Agusta sem abertura de concurso a nível comunitário antes de 2000, a Comissão alega que a prática da adjudicação directa de contratos à empresa Agusta vem sendo seguida após 2000, o que é confirmado pelos contratos anexos à sua petição.

43. No essencial, relativamente às aquisições anteriores a 2000, a Itália argumenta que constituíam operações internas, ao passo que, quanto às aquisições *recentes*, a Itália alega que a celebração directa de contratos

18 — Como previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea a), ii) da Directiva 93/36. Esse montante em DSE é igual a, aproximadamente, 162 000 EUR em 2002 e 2003.

resulta do clima internacional de insegurança subsequente ao 11 de Setembro de 2001. Por conseguinte, os helicópteros para fins civis devem ser equiparados aos helicópteros para fins militares. As aquisições não estavam sujeitas ao direito comunitário por força do artigo 296.º CE.

b) Apreciação

44. A Comissão afirma que a prática em questão foi «geral» e «sistemática» e alega a violação das disposições da Directiva 93/36, da Directiva 77/62 e de outras directivas entretanto aplicáveis. Daí decorre que a prática sistemática de adjudicar directamente à empresa Agusta a aquisição de helicópteros pode ter perdurado durante 30 anos.

45. O Governo italiano não refuta essa prática. Além disso, nos anexos da sua contestação, corrobora igualmente a tese da Comissão a este respeito. Disto resulta que a Itália usou, de facto, o processo por negociação sem abertura de concurso a nível comunitário. Por conseguinte, é necessário analisar se, legalmente, a Itália podia ou não deixar de aplicar a directiva.

46. O décimo segundo considerando da Directiva 93/36 indica claramente que o processo por negociação deve ser considerado excepcional e que, deste modo, deve ser aplicado unicamente a um número limitado de casos. Para esse efeito, o artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, da directiva enumera de forma expressa e exaustiva os casos em que se pode recorrer ao processo por negociação sem publicação prévia de anúncio¹⁹.

47. Importa recordar também que as derrogações às regras destinadas a assegurar a eficácia dos direitos conferidos pelo Tratado em matéria de contratos públicos de fornecimento têm de ser interpretadas em sentido estrito²⁰. Sob pena de privar do seu efeito útil a Directiva 93/36, os Estados-Membros não podem admitir casos de recurso ao processo por negociação não previstos nessa mesma directiva, nem acrescentar requisitos aos casos expressamente previstos nessa directiva que tenham por efeito facilitar o recurso ao referido processo²¹. Além disso, o ónus da prova de que existem efectivamente

19 — V. acórdão Teckal, já referido na nota 14 (n.º 43), que declara que: «as únicas excepções permitidas à aplicação da Directiva 93/36 são aquelas que aí estão limitada e expressamente mencionadas [v., a respeito da Directiva 77/62, acórdão de 17 de Novembro de 1993, Comissão/Espanha (C-71/92, Colect., p. I-5923), n.º 10]». A este respeito, nomeadamente, da Directiva 93/37/CEE, v. acórdão de 17 de Setembro de 1998, Comissão/Bélgica (C-323/96, Colect., p. I-5063, n.º 34).

20 — V. acórdão de 10 de Março de 1987, Comissão/Itália (199/85, Colect., p. 1039, n.º 14).

21 — V. acórdão de 13 de Janeiro de 2005, Comissão/Espanha (C-84/03, Colect., p. I-139, n.ºs 48, 58 e parte dispositiva), e jurisprudência aí referida.

circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação incumbe a quem pretenda invocá-las²².

48. Por isso, é necessário examinar, em seguida, se a Itália preenche ou não as exigências expressamente estabelecidas nas derrogações previstas no Tratado e/ou na directiva que invoca.

3. As legítimas exigências de interesse nacional

a) Principais argumentos das partes

49. A Itália alega que as aquisições de helicópteros controvertidas satisfazem as legítimas exigências de interesse nacional previstas pelo artigo 296.º CE e também pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da directiva. A Itália alega que estas disposições são aplicáveis porque os helicópteros em causa são «bens de dupla utilização», que podem ser usados para fins de natureza civil e militar.

22 — Acórdão Comissão/Itália, já referido na nota 20 (n.º 14). Mais recentemente, a respeito da Directiva 93/38/CEE, v. acórdão de 2 de Junho de 2005, Comissão/Grécia (C-394/02, Colect., p. I-4713, n.º 33).

50. Em primeiro lugar, o Governo italiano entende que o artigo 296.º CE abrange todos os fornecimentos para os corpos militares do Estado italiano. No que diz respeito aos outros corpos, salienta que, desde 2001, os fornecimentos para esses corpos foram progressivamente incluídos no domínio específico da segurança do Estado (ou «segurança interna») e sujeito a um regime destinado a equipará-los a fornecimentos para fins militares²³. A Itália considera que no processo Leifer e o.²⁴, referente a uma derrogação ao artigo 28.º CE relativamente a bens de dupla utilização, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente que os Estados-Membros dispõem de um poder discricionário ao adoptar medidas consideradas necessárias para garantir a segurança pública, tanto interna como externa.

51. A este respeito, a Itália invoca o acórdão do Tribunal de Justiça de Primeira Instância Fiocchi Munizioni²⁵, que refere que o regime estabelecido pelo artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, visa preservar a liberdade de acção dos Estados-Membros em determinadas matérias que afectam a defesa nacional e a segurança. O artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE,

23 — A Itália sustenta que o facto de a utilização militar ou paramilitar dos helicópteros em questão ser apenas uma eventualidade não põe em causa o seu carácter «não civil», uma vez que a necessidade de garantir que os helicópteros são adequados para fins militares coloca exigências de contratação, em especial, quanto a princípios de sigilo.

24 — V. acórdão de 17 de Outubro de 1995, Leifer e o. (C-83/94, Colect., p. I-3231, n.º 35).

25 — V. acórdão de 30 de Setembro, Fiocchi munizioni/Comissão (T-26/01, Colect., p. II-3951, n.º 58).

confere aos Estados-Membros uma discricionariedade particularmente ampla na apreciação das necessidades que se incluem nesta protecção.

52. Em segundo lugar, a Itália sustenta que, tendo em conta o facto de que os helicópteros em questão podem ser envolvidos na luta contra o terrorismo bem como em missões de protecção da ordem pública é aplicável a derrogação prevista no artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da directiva. Também invoca requisitos de confidencialidade relativamente às aquisições de helicópteros.

53. A Comissão alega que a Itália não demonstrou que no caso em apreço estavam preenchidos os requisitos que justificavam a aplicação do artigo 30.º CE e o argumento relativo aos «bens de dupla utilização». Além disso, em relação ao artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da directiva e ao argumento de que a divulgação de elementos relativos às aquisições em causa seria contrária aos interesses essenciais de Itália, a Comissão afirma que a Itália não especificou de que «elementos» se trata. No que respeita ao artigo 296.º CE, o que está em causa aqui não é «comércio de armas, munições e material de guerra» mas antes aquisições de helicópteros destinados essencialmente a fins civis. A Itália não demonstrou que a situação no presente processo constituiu uma medida necessária para proteger os seus interesses essenciais, como é o caso da segurança, que é uma condição indispensável estabelecida pelo

artigo 296.º CE. A Comissão alega que a única utilização certa dos helicópteros é para fins de natureza civil e que a utilização militar dos mesmos continua a ser apenas potencial e incerta. Por isso, o artigo 296.º CE não é aplicável. Mesmo admitindo, por hipótese, que os fornecimentos em causa possam ter natureza militar, o artigo 296.º CE não permite uma derrogação automática como a que foi aplicada pela Itália nas circunstâncias do presente caso. Afastar todo um sector industrial do âmbito de processos de concorrência para salvaguardar a segurança nacional não parece ser proporcional nem necessário.

b) Apreciação

54. O Tribunal de Justiça declarou que o Tratado só prevê derrogações aplicáveis em caso de situações susceptíveis de pôr em causa a segurança pública nos artigos 30.º CE, 39.º CE, 46.º CE, 58.º CE, 64.º CE, 296.º CE, e 297.º CE, os quais se referem a situações bem delimitadas. Daí não pode deduzir-se que existe uma reserva geral, inerente ao Tratado, que exclua do âmbito de aplicação do direito comunitário todas as medidas tomadas por razões de segurança pública. Reconhecer a existência de tal reserva, para além das condições específicas estabelecidas nas disposições do Tratado, seria correr o risco de pôr em causa o carácter obrigatório

e a aplicação uniforme do direito comunitário²⁶. Assim, a segurança pública só pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade. Estes motivos não podem, além disso, ser desviados da sua função própria para servir, de facto, para fins puramente económicos²⁷.

55. O Tribunal de Justiça também declarou que compete ao Estado-Membro que pretende utilizar essas excepções apresentar a prova de que essas derrogações não ultrapassam os limites das referidas hipóteses e que são necessárias para a protecção de interesses essenciais da sua própria segurança²⁸.

56. Na sua contestação, a Itália fundamenta-se em especial no artigo 296.º CE. O artigo 296.º CE tem por objectivo coordenar e equilibrar as relações e as tensões entre a protecção da concorrência no mercado comum e a protecção dos interesses essenciais de segurança dos Estados-Membros, que estão relacionados com a produção ou o comércio de armas, de munições e de material de guerra dos Estados-Membros, de

modo a que seja permitido a estes derrogar o direito comunitário, mas apenas ao abrigo dos requisitos estritos prescritos.

57. Enquanto derrogação, este artigo é de interpretação estrita.

58. Por conseguinte, essa derrogação como, por exemplo, a derrogação ao artigo 30.º CE, não pode ser considerada uma excepção automática e/ou geral que os Estados-Membros possam invocar independentemente das circunstâncias particulares de uma dada situação. O artigo 296.º CE deve ser aplicado caso a caso pelos Estados-Membros e, num processo como o presente, cada contrato público deve ser apreciado. Por força do artigo 296.º CE, as medidas que forem tomadas por um Estado-Membro e que estiverem relacionadas com a produção do comércio de armas, de munições e de material de guerra, devem ser *necessárias* à protecção dos interesses essenciais da sua própria segurança. Acresce que o artigo 296.º CE está sujeito ao requisito de que «estas medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins *especificamente* militares» (o subli-

26 — V. acórdãos de 11 de Março de 2003, Dory (C-186/01, Colect., p. I-2479, n.º 31); de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 26); de 26 de Outubro de 1999, Sirdar (C-273/97, Colect., p. I-7403, n.º 16); e de 11 de Janeiro de 2000, Kreil (C-285/98 Colect., p. I-69, n.º 16).

27 — V. acórdão de 14 de Março de 2000, Association Eglise de scientologie de Paris e Scientology International Reserves Trust/Primeiro-Ministro (C-54/99, Colect., p. I-1335, n.º 17), e jurisprudência aí referida.

28 — V. acórdão de 16 de Setembro de 1999, Comissão/Espanha (C-414/97, Colect., p. I-5585, n.º 22). V., igualmente, acórdão de 4 de Outubro de 1991, Richardt (C-367/89, Colect., p. I-4621, n.º 20 e 21), e jurisprudência aí referida.

nhado é meu). Além disso, o artigo 296.º CE apenas é aplicável aos produtos que estão enumerados na lista incluída na decisão do Conselho de 15 de Abril de 1958²⁹.

59. Em minha opinião, se a aplicação do artigo 296.º CE por um Estado-Membro der lugar à distorção da concorrência no mercado comum, o Estado-Membro em causa deve demonstrar que os produtos se destinam a *fins especificamente militares*³⁰. Em meu entender, esta situação, por si só, opõe-se a bens de dupla utilização³¹.

60. A natureza dos produtos que figuram na lista de 1958 e a referência explícita no artigo 296.º CE a «fins especificamente militares» corrobora que só a comercialização de material destinado, desenvolvido e produzido para fins especificamente militares pode não cumprir as normas comunitárias de concorrência com base no artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE³². O requisito de que os produtos se

destinem a fins especificamente militares significa, por exemplo, que o fornecimento de um helicóptero a um *corpo militar* que se destine a fins civis deve respeitar as regras relativas aos contratos públicos. Por maioria de razão, os helicópteros fornecidos a determinados *departamentos civis* de um Estado-Membro que apenas possam ser hipoteticamente usados, como a Itália refere, também para fins militares, têm de observar inevitavelmente o cumprimento dessas normas.

61. No caso presente, a Itália nunca afirmou que todos os helicópteros em causa foram adquiridos para fins especificamente militares. Ao contrário, o Governo italiano alega essencialmente que os helicópteros em causa *também* podem ser hipoteticamente usados para fins militares, mas que, todavia, são usados em simultâneo para fins civis. Assim, decorre claramente dos autos do Tribunal de Justiça que os helicópteros em causa não se destinavam a ser usados para fins especificamente militares. Por conseguinte, a Itália não pode fundar a sua defesa no artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE.

62. A Itália não tentou demonstrar que as suas preocupações com questões de confidencialidade não podiam ser adequadamente solucionadas de acordo com os procedimentos fixados na directiva, em especial, o concurso limitado mencionado no seu artigo 1.º, alínea e). Ao invés, a Itália excluiu uma parte substancial de fornecimentos de helicópteros para a administração central do

29 — Em 15 de Abril de 1958, o Conselho adoptou a lista de produtos a que se aplica este artigo. A lista nunca foi oficialmente publicada nem alterada, mas é do domínio público. V. Pergunta escrita E-1324/01, apresentada por Bart Staes (Verts/ALE) ao Conselho: artigo 296.º, n.º 1, alínea b), do Tratado CE (JO C 364 E de 20 de Dezembro de 2001, p. 85).

30 — No processo Comissão/Espanha, já referido na nota 28, no seu n.º 22 o Tribunal declarou que «Compete, por conseguinte, ao Estado-Membro que pretenda utilizar as excepções [ou seja, nomeadamente, os artigos 30.º CE e 296.º CE] apresentar a prova de que as medidas adoptadas não ultrapassam os limites das referidas hipóteses.»

31 — *A contrario sensu*, contudo, deve observar-se que os produtos que constem da lista e não se destinem a fins especificamente militares são abrangidos pelas normas da contratação pública.

32 — V. Fiocchi Munizioni, já referido na nota 25 (n.ºs 59 e 61).

Estado italiano do alcance das normas relativas à contratação pública através da adjudicação directa e sistemática de contratos à empresa Agusta. Esta prática é claramente desproporcionada em relação à preocupação expressa de protecção da confidencialidade³³.

facto de os fornecimentos em causa constituírem entregas complementares, o Governo tinha o direito de adjudicar os contratos mediante processo por negociação, por aplicação do artigo 6.º, n.º 3, alíneas c) e e), da Directiva 93/36.

63. Além disso, no que se refere ao artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da directiva, o facto de os helicópteros em causa se destinarem, exclusiva ou essencialmente, a fins civis implica a invalidade da argumentação da Itália sobre a necessidade de proteger a confidencialidade das aquisições de helicópteros no caso vertente, e, portanto, a derrogação ao abrigo daquela disposição não é aplicável às aquisições dos helicópteros que são objecto deste processo.

65. A Comissão sustenta que as duas excepções anteriormente mencionadas não se aplicam ao presente caso. No que se refere às entregas complementares, a Comissão alega, além disso, que era aplicável a regra geral de três anos prevista no artigo 6.º, n.º 3, alínea e), da directiva e que, em qualquer caso, tendo as entregas iniciais sido ilegais, as entregas complementares também eram, por definição, ilegais.

4. Quanto à homogeneidade/interoperabilidade da frota

a) Principais argumentos das partes

64. A Itália sustenta que, devido à especificidade técnica dos helicópteros e atendendo ao

b) Apreciação

66. Basta declarar que a Itália não explicou nem provou de forma suficiente o que a levou a considerar que só os helicópteros Agusta tinham as características exigidas para justificar as aquisições ao abrigo do artigo 6.º, n.º 3, alíneas c) e e), da directiva. Além disso, concordo com a Comissão e penso que o facto, alegado pela Itália, de que outros

33 — Concordo com a Comissão no sentido de que devem recordar-se, a esse propósito, as conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas em 21 de Fevereiro de 2002 no processo Espanha/Comissão (C-349/97, Colect., p. I-3851, n.ºs 249 a 257), onde conclui que as exigências de confidencialidade não podem ser invocadas de modo a permitir que um contrato público não seja sujeito a concorrência. Nesse caso, era aplicável a Directiva 77/62, que foi revogada pela Directiva 93/36.

Estados-Membros que produzem helicópteros seguem o mesmo procedimento não é pertinente para efeitos da presente acção.

IV — Despesas

67. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça declare que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 93/36 e, anteriormente, por força das Directivas 77/62, 80/767 e 88/295.

68. Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o Governo italiano, como parte vencida, deverá ser condenado nas despesas.

V — Conclusão

69. Pelos fundamentos expostos, proponho que o Tribunal de Justiça:

«1) declare que, uma vez que o Governo italiano e, em especial, os Ministérios do Interior, da Defesa, da Economia e Finanças, da Política Agrícola e Florestal, das Infra-estruturas e dos Transportes, bem como o Departamento da Protecção Civil da Presidência do Conselho de Ministros, adoptaram um procedimento, seguido há muito e mantido ainda hoje, de adjudicação directa de contratos à firma «Agusta» para a aquisição de helicópteros da marca «Agusta» e «Agusta Bell» para satisfazer as necessidades das corporações militares de bombeiros, do Corpo Carabinieri, do Corpo Forestale dello Stato, da Guardia Costiera, da

Guardia di Finanza, da Polizia di Stato e do Departamento da Protecção Civil, sem abertura de concurso, em especial, sem respeitar os procedimentos previstos na Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e, anteriormente, na Directiva 77/62/CEE do Conselho, na Directiva 80/767/CEE do Conselho e na Directiva 88/295/CEE do Conselho, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas directivas;

- 2) condene a República Italiana nas despesas.»