



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 27 de setembro de 2018¹

Processo C-375/17

**Stanley International Betting Ltd,
Stanleybet Malta Ltd**
contra
**Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Agenzia delle Dogane e dei Monopoli**
intervenientes:
**Lottomatica SpA,
Lottoitalia Srl**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Liberdade de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços e princípios gerais do direito da União — Concessão da gestão do jogo do Lotto — Adjudicação da concessão em regime de concessionário único — Cálculo do valor de base do concurso — Cláusula de caducidade»

1. «O mundo nunca viu e nunca verá uma lotaria perfeitamente justa.»²

2. O presente pedido de decisão prejudicial, apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), refere-se a um concurso público para a adjudicação, em regime de concessão exclusiva a um concessionário, da gestão do serviço automatizado de lotaria — Lotto — e de outros jogos de números de montante fixo em Itália. No processo principal instaurado perante os tribunais italianos, a Stanley International Betting Ltd e a Stanleybet Malta Ltd (a seguir «sociedades Stanley») contestaram as normas nacionais que permitem às autoridades competentes italianas a abertura de um concurso público nesse domínio. Na opinião destas sociedades, em alguns aspetos do contrato proposto, na prática, as autoridades nacionais criaram um entrave que limita o acesso de novos operadores ao mercado, como elas próprias, em violação da Diretiva 2014/23/UE³, das disposições do Tratado em matéria de liberdade de estabelecimento e de liberdade de prestação de serviços, assim como dos princípios gerais do direito da União.

1 Língua original: inglês.

2 Adam Smith, *Wealth of Nations [A Riqueza das Nações]*, 1776, livro 1, capítulo X, parte 1.

3 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).

Quadro jurídico

Direito da União

3. O artigo 49.º TFUE estabelece que são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro.
4. O artigo 56.º TFUE estatui que as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.
5. Os artigos 49.º e 56.º TFUE não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (artigos 52.º e 62.º TFUE, respetivamente).
6. A Diretiva 2014/23 estabelece regras aplicáveis aos procedimentos de contratação levados a cabo por autoridades e entidades adjudicantes por meio de uma concessão, cujo valor estimado seja igual ou superior a 5 186 000 euros (artigo 1.º, n.º 1, e artigo 8.º, n.º 1). De acordo com o artigo 5.º, ponto 10, entende-se por «direito exclusivo», um «direito concedido por uma autoridade competente de um Estado-Membro por meio de disposição legislativa, regulamentar ou disposição administrativa publicada compatível com os Tratados que tenha por efeito limitar a um único operador económico o exercício de uma atividade e que afete substancialmente a capacidade de outros operadores económicos para exercerem essa mesma atividade».
7. O artigo 10.º da Diretiva 2014/23 inscreve-se no âmbito do título «Exclusões». Esse artigo prevê as concessões adjudicadas por autoridades e entidades adjudicantes às quais não se aplica a referida diretiva. O artigo 10.º, n.º 9, estatui que a diretiva não se aplica às concessões de serviços para serviços de lotaria, abrangidos pelo código CPV 92351100-7, adjudicadas por um Estado-Membro a um operador económico com base num direito exclusivo⁴. O considerando 35 da diretiva prevê, a esse respeito, que «a presente diretiva não deverá afetar a liberdade de escolha dos Estados-Membros, de acordo com o direito da União, no que respeita aos métodos de organização e controlo do funcionamento dos jogos de azar e apostas, nomeadamente por meio de autorizações. Importa excluir do âmbito de aplicação da presente diretiva as concessões relacionadas com a exploração de lotarias adjudicadas por um Estado-Membro a um operador económico com base num direito exclusivo concedido através de um procedimento não publicitado nos termos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais publicadas aplicáveis em conformidade com o TFUE. Esta exclusão justifica-se pela concessão de um direito exclusivo a um operador económico, tornando inaplicável um procedimento de apelo à concorrência, bem como pela necessidade de preservar a possibilidade de os Estados-Membros regularem o setor do jogo a nível nacional por força das suas obrigações em termos de proteção da ordem pública e social».
8. Nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23, «os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016». O artigo 54.º prevê especificamente que a «diretiva não se aplica às concessões objeto de proposta ou adjudicadas antes de 17 de abril de 2014».

4 O «CPV» é o «Vocabulário Comum para os Contratos Públicos», que estabelece «um sistema único de classificação aplicável aos contratos públicos, com o objetivo de normalizar as referências que as autoridades e entidades adjudicantes utilizam para caracterizar o objeto dos seus contratos» [considerando 1 do Regulamento (CE) n.º 213/2008 da Comissão, de 28 de novembro de 2007, que altera o Regulamento (CE) n.º 2195/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), e as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho 2004/17/CE e 2004/18/CE, relativas aos processos de adjudicação de contratos (JO 2008, L 74, p. 1)]. O código 92351100-7 refere-se, especificamente, a serviços de exploração de lotarias.

Direito italiano

9. O artigo 1.º, n.º 653, da legge n. 190 (Lei n.º 190, a seguir «Lei de estabilidade de 2015»), de 23 de dezembro de 2014, atribuiu à Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Agência das Alfândegas e dos Monopólios, a seguir «ADM») a missão de lançar o concurso para a adjudicação, em regime de concessão exclusiva, da gestão do serviço do jogo do Lotto automatizado e dos outros jogos de números de montante fixo em Itália.

Matéria de facto, tramitação processual questões prejudiciais

10. Em Itália, no âmbito da gestão do jogo do Lotto, existem dois tipos de concessão⁵: a concessão relativa à *recolha de apostas*, reservada aos revendedores, e concessão da *gestão do Lotto*, que inclui, como refere o despacho de reenvio, «os serviços de extração, ligação e automatização». O Governo italiano resume da seguinte forma os serviços objeto de gestão de concessão: i) extração dos números da lotaria; ii) ligação e automatização entre todos os pontos de venda; iii) controlo das apostas realizadas; iv) determinação do vencedor; v) pagamento dos prémios; vi) retenção do imposto sobre os rendimentos; e vii) transferência dos lucros e do imposto retido para o Estado italiano. A Lottomatica Spa foi responsável pela prestação desses serviços até ao termo do contrato, em 8 de junho de 2016.

11. Em dezembro de 2015, a ADM publicou um anúncio de concurso com as seguintes condições essenciais: i) prazo de concessão de nove anos, não renovável; ii) seleção baseada no critério da proposta economicamente mais vantajosa, com um valor de base do concurso de 700 milhões de euros; iii) pagamento do preço indicado na proposta do concorrente classificado em primeiro lugar em *tranches* (350 milhões de euros, no momento da adjudicação; 250 milhões de euros em 2016 no momento da assunção efetiva do serviço de lotaria; o remanescente, até 30 de abril de 2017; iv) possibilidade de o adjudicatário utilizar a rede de telecomunicações para a prestação, direta ou indireta, de serviços distintos da recolha de apostas do Lotto e dos outros jogos de números de montante fixo, desde que a ADM considerasse os mesmos compatíveis com a atividade de base de recolha; e v) comissão para o concessionário correspondente a 6% das apostas recolhidas⁶.

12. Para efeitos da participação no concurso, o anúncio exigia, além disso, experiência prévia de gestão ou recolha de apostas com base num título de habilitação válido e atual num dos Estados do Espaço Económico Europeu.

13. Os requisitos de capacidade económica e financeira estavam previstos no n.º 5.3 do caderno de encargos do concurso. Os concorrentes tinham de demonstrar que durante um triénio (2012-2014 ou 2013-2015) tinham tido uma faturação total de pelo menos 100 milhões de euros relativa às atividades de gestão ou de recolha de jogo. No que respeita, por sua vez, aos requisitos de capacidade técnica, o n.º 5.4 subsequente dispunha o seguinte:

«a) realização global, em cada um dos três últimos exercícios concluídos do triénio 2012-2014 ou do triénio 2013-2015, de uma recolha de apostas de jogo de pelo menos trezentos e cinquenta milhões de euros relativamente aos tipos de jogos efetuados através de terminais de jogo. No caso de o concorrente exercer a sua atividade no setor há menos de três anos mas há pelo menos 18 meses, o valor da recolha será ajustado proporcionalmente ao período de recolha efetiva;

5 Pelo que sei, o jogo da lotaria consiste essencialmente em um jogador ter de acertar em cinco números corretamente em uma ou mais das 11 «rodas». A lotaria é um jogo de montante fixo, o que significa que o montante correspondente ao prémio é divulgado previamente. São realizadas três extrações por semana. A compra dos bilhetes da lotaria pode ser efetuada em linha ou presencialmente.

6 O anúncio de concurso foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 17 de dezembro de 2015 (2015/S 244-443689). Foi posteriormente publicado na *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (GURI), série spéciale, n.º 150, de 21 de dezembro de 2015 (a seguir «anúncio de concurso»).

- b) posse da certificação de qualidade dos sistemas de gestão empresarial conforme às normas UNI EN ISO 9001:2008 para as atividades de gestão ou de recolha de apostas que [o concorrente] exerça;
- c) posse da certificação relativa aos sistemas de gestão da segurança da informação conforme às normas ISO/IEC 27001.»

14. O n.º 12.4 do caderno de encargos exigia que a proposta económica consistisse numa proposta superior ao montante mínimo de base do concurso previsto, fixado em 700 milhões de euros, devendo as propostas ser formuladas com o montante mínimo de 3 milhões de euros.

15. O artigo 22, n.º 1, do modelo de contrato que acompanhava o anúncio de concurso dispunha que «[n]o termo do prazo da concessão, o concessionário devolverá à ADM, sem nenhum encargo para esta e a pedido da mesma, todos os bens corpóreos e incorpóreos que constituem a rede de pontos de recolha físicos, bem como a propriedade de todo o sistema automatizado, abrangendo a disponibilidade das instalações, dos equipamentos, incluindo os terminais localizados em todos os pontos de recolha».

16. O artigo 30.º, n.º 2 do modelo de contrato enumerava as situações que podiam implicar a extinção da concessão. Entre as mesmas estavam incluídas:

«h) qualquer infração penal relativamente à qual tenha sido decidida a pronúncia e que a ADM, em razão da sua natureza, gravidade, modalidades de execução e da conexão com o objeto da atividade concessionada, considere suscetível de excluir a fiabilidade, o profissionalismo e a idoneidade moral do concessionário;

[...]

k) bem como qualquer situação em que o concessionário viole a legislação em matéria de [prevenção] do jogo irregular, ilícito e clandestino e, em particular, quando, diretamente ou através de sociedades subsidiárias ou associadas, onde quer que estejam localizadas, comercialize no território italiano outros jogos equiparáveis ao jogo do Lotto automatizado e outros jogos de números de montante fixo sem deter a autorização prevista ou outros jogos proibidos pelo ordenamento italiano».

17. Por decisão de 16 de maio de 2016, a concessão exclusiva foi confiada a um consórcio (Lottoitalia Srl) que incluía o atual prestador do serviço (Lottomatica SpA). A notificação da adjudicação foi publicada na GURI de 20 de maio de 2016. Entretanto, as sociedades Stanley interpuseram recurso no Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional para o Lácio, Itália, a seguir «TAR Lazio») em que contestavam o artigo 1.º, n.º 653, da Lei de estabilidade de 2015 e pediam a anulação do referido anúncio de concurso e dos correspondentes atos adotados pela ADM pelo facto de adjudicarem a um concessionário exclusivo a gestão do jogo do Lotto. Em 21 de abril de 2016, o TAR Lazio negou provimento ao recurso.

18. Com efeito, o TAR Lazio alegou, nomeadamente, que o jogo do Lotto se distingue dos outros jogos na medida em que o Estado italiano assume o risco empresarial e em que existem duas fases distintas: a da recolha dos jogos, confiada a 33 000 revendedores, e a gestão do serviço do jogo do Lotto, confiada a um concessionário único. O TAR Lazio considerou que a decisão da ADM apresenta duas vantagens por prever um modelo de concessionário exclusivo em vez de um modelo de vários concessionários não exclusivos. Em primeiro lugar, por evitar a necessidade de um «superconcessionário» para coordenar as atividades dos diversos concessionários do serviço de gestão do jogo do Lotto. Em segundo lugar, por isentar a ADM de eventuais responsabilidades decorrentes do incumprimento das obrigações por parte de um concessionário individual, com a consequente vantagem de isentar o Estado italiano do respetivo encargo. Apesar de daí poder resultar uma menor concorrência no mercado relevante, a referida decisão foi considerada compatível com um controlo responsável do Estado italiano sobre o funcionamento dos jogos de fortuna e azar.

19. Além disso, o TAR Lazio declarou que a opção de fixar o valor de base do concurso em 700 milhões de euros e de concentrar no primeiro ano os encargos económicos que recaem sobre o concessionário não era desadequada. O elevado valor de base do concurso era razoável e proporcionado. Tinha sido previamente verificado que pelo menos quinze operadores do setor preenchiam os requisitos especiais previstos nos n.ºs 5.3 e 5.4 do anúncio de concurso. Nos últimos cinco anos tinham-se registado vendas anuais de valor superior a 6 mil milhões de euros, que geraram para o concessionário um volume de negócios de, aproximadamente, 400 milhões de euros. Seria razoável esperar que a nova concessão gerasse resultados superiores. Por conseguinte, tais requisitos eram adequados e proporcionados à tipologia e ao objeto da prestação de serviço requerida pelo concurso. O facto de a sociedade Lottomatica ter participado no concurso como mandatária de um agrupamento temporário de empresas demonstrava que o concurso não tinha sido especificamente elaborado para a referida sociedade. Além disso, as cláusulas de caducidade estavam redigidas de forma suficientemente clara, pelo que não poderiam ser consideradas dissuasoras por gerarem incerteza nos eventuais candidatos. Por fim, o TAR Lazio considerou que as sociedades Stanley não podiam invocar o Acórdão Laezza, na medida em que nele se discutia uma situação diferente⁷.

20. No recurso interposto junto do órgão jurisdicional de reenvio, as sociedades Stanley alegaram que a decisão de lançamento do concurso assentava num modelo de concessionário exclusivo, excluindo do procedimento de seleção as sociedades recorrentes (e muitos outros operadores do setor), dado que o concurso tinha sido elaborado à medida da Lottomatica, ou, quando muito, de um número reduzidíssimo de operadores de grandes dimensões que já tinham uma presença significativa em Itália. As sociedades Stanley declararam que, por essa razão, foram dissuadidas de participar no concurso e alegaram a incompatibilidade da Lei de estabilidade de 2015 e da regulamentação relacionada com o concurso com os artigos 49.º e 56.º TFUE, com os princípios gerais do direito da União e com o disposto na Diretiva 2014/23. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio considerou necessário, na medida em que são manifestamente relevantes para a decisão do processo principal, requerer ao Tribunal de Justiça a resposta às seguintes questões:

- «[1]) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento e a livre prestação de serviços, bem como os princípios da não discriminação, da transparência, da livre concorrência, da proporcionalidade e da coerência, ser interpretado no sentido de que se opõe a um regime como o estabelecido pelo artigo 1.º, n.º 653, da Lei de estabilidade de 2015 e pelos respetivos atos de execução, que prevê um modelo de concessionário único exclusivo relativamente ao serviço do jogo do Lotto, mas não para outros jogos, concursos de prognósticos e apostas?
- [2]) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento, a livre prestação de serviços e a Diretiva 2014/23/UE, bem como os princípios da não discriminação, da transparência, da livre concorrência, da proporcionalidade e da coerência, ser interpretado no sentido de que se opõe a um anúncio de concurso que prevê um valor de base do concurso muito superior e injustificado relativamente aos requisitos de capacidade económica financeira e técnico organizativos, do tipo dos previstos pelos n.ºs 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 do caderno de encargos do concurso para a adjudicação da concessão do jogo do Lotto?
- [3]) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento, a livre prestação de serviços e a Diretiva 2014/23/UE, bem como os princípios da não discriminação, da transparência, da livre concorrência, da proporcionalidade e da coerência, ser interpretado no sentido de que se opõe a um regime que impõe uma alternativa de facto entre ser beneficiário de uma nova concessão e continuar a prestar livremente os diversos serviços de apostas numa base transfronteiriça, alternativa do tipo da que decorre do artigo 30.º do modelo de contrato, de modo que a decisão

⁷ Acórdão de 28 de janeiro de 2016, Laezza (C-375/14, EU:C:2016:60). Processo relacionado com a adjudicação, por parte das autoridades italianas, de um máximo de 2000 concessões para a recolha, «exclusivamente numa rede física», de apostas em eventos desportivos, incluindo hípicas, e não desportivos. Uma das questões objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça consistia na obrigação da devolução da rede à Administração italiana, a título gratuito, no termo do prazo da concessão. V. n.º 62, *infra*, e respetiva nota de rodapé.

de participar no concurso para a adjudicação da nova concessão implicaria a renúncia à atividade transfronteiriça, apesar de a legalidade desta última atividade ter sido várias vezes reconhecida pelo Tribunal de Justiça?»

21. Foram apresentadas observações escritas pelas sociedades Stanley, pela Lottoitalia, pelos Governos belga, italiano e português e pela Comissão Europeia. Na audiência realizada em 6 de junho de 2018, as partes apresentaram alegações orais e responderam às questões que lhes foram dirigidas pelo Tribunal de Justiça.

Apreciação

Admissibilidade

22. A Lottoitalia e o Governo italiano consideraram que a decisão de reenvio é manifestamente inadmissível. No despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio limitou-se a incluir as questões formuladas pelas sociedades Stanley sem analisar se a resposta do Tribunal de Justiça era necessária para a decisão do processo principal. O despacho de reenvio não esclarece a relevância das normas de direito da União invocadas. O órgão jurisdicional de reenvio também não elucida qual a relação entre a legislação da União invocada e as normas nacionais aplicáveis ao caso em apreço.

23. Resulta de jurisprudência assente que, no âmbito do processo instituído pelo artigo 267.º TFUE, cabe unicamente ao juiz nacional, a quem está submetido o litígio e que tem de assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a proferir, apreciar, à luz das especificidades do processo, quer a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua sentença quer a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, visto que as questões colocadas são relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça, em princípio, tem de decidir⁸.

24. Contudo, considero que, apesar de o despacho de reenvio não ser dos mais completos e exaustivos, o mesmo inclui matéria suficiente para demonstrar que a interpretação das normas do direito da União invocadas tem umnexo com a matéria de facto em apreciação no processo principal. Importa sublinhar que a informação transmitida pelo órgão jurisdicional de reenvio foi suficiente para permitir que os Governos belga e português apresentassem observações escritas⁹. Por conseguinte, a descrição da matéria de facto e o enquadramento jurídico apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio permitem ao Tribunal de Justiça dar respostas úteis às questões suscitadas¹⁰.

25. O órgão jurisdicional de reenvio foi sincero ao declarar que as questões apresentadas foram propostas pelas sociedades Stanley. Contudo, também considera que essas questões são manifestamente relevantes para a decisão do processo principal. Uma vez que o Tribunal de Justiça deve dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil que permita a este último decidir o litígio que lhe foi submetido, é necessário verificar de que forma as referidas questões podem ser reformuladas com maior grau de precisão¹¹.

26. Pelas razões expostas, considero o despacho de reenvio admissível.

8 Acórdão de 8 de setembro de 2010, Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, n.º 36 e jurisprudência referida).

9 V. Despacho de 3 de julho de 2014, Talasca (C-19/14, EU:C:2014:2049, n.º 23 e jurisprudência referida).

10 Queiram comparar e confrontar o cenário descrito no Despacho de 20 de julho de 2016, Stanleybet Malta e Stoppani (C-141/16, não publicado, EU:C:2016:596), invocado pela Lottoitalia.

11 Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, TSN e YTN (C-512/11 e C-513/11, EU:C:2014:73, n.º 32 e jurisprudência referida). V. n.ºs 56 e 68, *infra*.

Observações preliminares

27. Em primeiro lugar, é necessário determinar o tipo de contrato em causa. Apesar de esta questão não ser expressamente abordada pelo órgão jurisdicional de reenvio, pressupõe-se — pelo menos, implicitamente, em virtude da referência à Diretiva 2014/23 — que aquele entende que está em causa um contrato de concessão de um serviço. Os elementos determinantes para a identificação de um contrato de concessão de um serviço são os seguintes: i) a contrapartida dos serviços a prestar consiste unicamente no direito de exploração do serviço ou nesse direito acompanhado de um pagamento, e ii) a transferência para o concessionário do risco associado à prestação de serviços¹². De acordo com a descrição apresentada no despacho de reenvio quanto à forma de remuneração do concessionário e com os elementos apresentados pelo TAR Lazio no sentido de que o rendimento do concessionário dependeria do volume de negócios anual, parece-me que o contrato descrito no anúncio de concurso é efetivamente um contrato de concessão de um serviço.

28. Em segundo lugar, na medida em que o contrato em causa apresenta um interesse transfronteiriço, as autoridades públicas que lançam o concurso para a sua adjudicação «estão obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE em geral, nomeadamente o [artigo 56.º TFUE] e, em especial, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como o dever de transparência deles decorrente»¹³. Normalmente, o Tribunal de Justiça deixa ao órgão jurisdicional de reenvio a tarefa de determinar a existência de um interesse transfronteiriço. Contudo, no processo em causa, há elementos suficientes que permitem ao Tribunal de Justiça concluir pela existência desse interesse. Na verdade, para além de as sociedades Stanley estarem sediadas no Reino Unido e em Malta, o valor do contrato (embora controvertido) é, em termos objetivos, suficientemente elevado para ter relevância transfronteiriça¹⁴.

29. Por último, é sabido que a ADM é uma autoridade pública, pelo que este concurso se enquadra no domínio dos contratos públicos por ser parte integrante de um processo através do qual essa autoridade pretende adjudicar o serviço de gestão do jogo do Lotto. Neste contexto, resulta de jurisprudência assente que «o princípio da transparência» é um corolário do princípio da igualdade¹⁵. As regras que regulam tais processos destinam-se a assegurar uma efetiva concorrência e abertura, bem como uma regulamentação adequada do mercado da contratação pública. É nessa medida que compreendo a referência aos princípios gerais do direito da União (da «não discriminação, da transparência, da livre concorrência, da proporcionalidade e da coerência»), nas questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça.

Diretiva 2014/23

30. A diretiva entrou em vigor em 17 de abril de 2014 e é aplicável às concessões que já foram objeto de propostas ou que já foram adjudicadas depois dessa data¹⁶. O período de transposição para os Estados-Membros decorreu até 18 de abril de 2016. A ADM publicou o anúncio de concurso em 17 de dezembro de 2015 no *Jornal Oficial da União Europeia* e em 21 de dezembro de 2015 na GURI. O prazo para apresentação de propostas terminava em 16 de março de 2016. As três datas

12 V., nomeadamente, por analogia, Acórdão de 10 de março de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (C-274/09, EU:C:2011:130, n.ºs 24 a 26 e jurisprudência referida). V., a este respeito, as Conclusões do TAR Lazio referidas no n.º 18, *supra*, e n.ºs 50 e 53, *infra*.

13 V., nomeadamente, Acórdão de 3 de junho de 2010, *Sporting Exchange* (C-203/08, EU:C:2010:307, n.º 39 e jurisprudência referida). O texto original refere-se ao «artigo 49.º CE», precursor do artigo 56.º TFUE.

14 V., nomeadamente, por analogia, Acórdão de 16 de abril de 2015, *Enterprise Focused Solutions* (C-278/14, EU:C:2015:228, n.º 20).

15 V., nomeadamente, Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, *Costa e Cifone* (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, n.ºs 73 e 74 e jurisprudência referida).

16 Artigo 54.º da diretiva. A data de 17 de abril de 2014 deve ser entendida à luz do conjunto de disposições da diretiva, que incluem obrigações de caráter permanente relativas, nomeadamente, à alteração e rescisão dos contratos de concessão de serviços. Portanto, se o contrato fosse adjudicado depois de 17 de abril de 2014, mas fosse objeto de modificação rescisão posteriormente à data de aplicação da diretiva, as autoridades públicas competentes estariam obrigadas ao cumprimento do disposto no artigo 43.º (modificação) ou no artigo 44.º (rescisão).

referidas são posteriores à data a partir da qual a Diretiva 2014/23 passou a ser aplicável à adjudicação de concessões (17 de abril de 2014). A concessão foi adjudicada em 16 de maio de 2016, ou seja, posteriormente ao termo do período de transposição, mas antes da completa transposição da diretiva para o direito italiano¹⁷.

31. O Tribunal de Justiça declarou que a diretiva aplicável é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirige definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público. Em contrapartida, são inaplicáveis as disposições de uma diretiva cujo prazo de transposição terminou após esse momento¹⁸. No entanto, essa jurisprudência refere-se a uma situação em que duas diretivas anteriores aplicáveis no domínio da contratação pública foram revogadas e substituídas pela Diretiva 2004/18/CE¹⁹. Apesar de esta diretiva ter entrado em vigor em 30 de abril de 2004, a Diretiva 92/50 (contratos públicos de serviços) e a Diretiva 93/37 (empreitadas de obras públicas) continuaram a ser aplicáveis até ao termo do prazo de transposição da Diretiva 2004/18, em 31 de janeiro de 2006²⁰. Essas regras pretendiam assegurar um período de transição suave entre as normas aplicáveis ao anterior e ao novo regime dos contratos públicos²¹.

32. Não é esta a situação no presente processo porque não existia um regime específico da União no domínio da adjudicação de contratos de concessão anterior à adoção da Diretiva 2014/23²². Como tal, considero que, de acordo com a letra clara do segundo parágrafo do seu artigo 54.º, a Diretiva 2014/23 seria aplicável *ratione temporis*. Tal acontece pelo facto de, ao contrário do alegado pelo Governo italiano e pela Comissão, a autoridade adjudicante ter escolhido o tipo de procedimento a adotar e ter decidido proceder à abertura de um concurso quando a Diretiva 2014/23 já estava em vigor.

33. Mantém-se contudo a questão de saber se este contrato em particular se insere no âmbito de aplicação *ratione materiae* da diretiva. A este respeito, a redação do artigo 10.º, n.º 9, da Diretiva 2014/23 é clara e inequívoca. Dado que a adjudicação do contrato de concessão de serviço do jogo do Lotto visava a concessão de um «direito exclusivo» (na aceção do artigo 5.º, n.º 10, da diretiva²³) relativo à concessão de um serviço abrangido pelo «Vocabulário Comum para os Contratos Públicos» — código CPV 92351100-7 —, conclui-se que o concurso estava excluído do âmbito de aplicação da diretiva²⁴.

17 Retirei estas datas relativas ao processo de concurso da informação que consta do processo nacional. A pesquisa que eu própria conduzi indica que a Diretiva 2014/23 foi objeto, em Itália, de duas medidas de transposição publicadas, respetivamente, em 19 de abril de 2016 e em 5 de maio de 2017.

18 Acórdão de 10 de julho de 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 31 e jurisprudência referida).

19 Diretiva 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 2004, L 134, p. 114). A legislação anterior constava da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO 1992, L 209, p. 1) e da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO 1993, L 199, p. 54), respetivamente.

20 Artigos 82.º e 83.º da Diretiva 2004/18.

21 V. também, Acórdão de 10 de julho de 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:2067, n.ºs 32 e 33).

22 V. proposta da Comissão para uma diretiva em matéria de adjudicação de contratos de concessão [COM(2011) 897 final, p. 2].

23 O artigo 10.º, n.º 9 prevê que «para efeitos do presente número, o conceito de direito exclusivo não abrange os direitos referidos no artigo 7.º, n.º 2». O artigo 7.º, n.º 2 refere-se às «entidades às quais foram concedidos direitos especiais ou exclusivos». Não considero que esse tipo de direito esteja em causa neste processo.

24 A minha conclusão é reforçada pelo âmbito de aplicação material da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO 2006, L 376, p. 36). O artigo 2.º, n.º 2, alínea h) dessa diretiva prevê que a mesma «não se aplica [...] [a] [a]tividades de jogo a dinheiro que impliquem uma aposta com valor monetário em jogos de fortuna ou azar, incluindo lotarias [...]». A razão para tal exclusão é apresentada no considerando 25: «As atividades de jogo a dinheiro, incluindo as lotarias e apostas, deverão ser excluídas do âmbito de aplicação da presente diretiva, tendo em conta a especificidade dessas atividades, que implicam a aplicação pelos Estados-Membros de políticas relacionadas com a ordem pública e a defesa dos consumidores».

34. O considerando 35 da diretiva pode ser interpretado no sentido de que essa exclusão só opera caso o Estado-Membro em causa opte por *não* publicitar a adjudicação de um contrato e não apelar à concorrência no exercício da sua «liberdade de escolha [...] [dos] métodos de organização e controlo do funcionamento dos jogos de azar e apostas», mas que, caso essa adjudicação seja publicada, então a exclusão em causa já não se aplica²⁵. Considero tratar-se de uma interpretação forçada de um considerando redigido de forma ambígua e que, de qualquer forma, carece de força vinculativa²⁶. Em meu entender, o que releva no considerando é a expressão «em conformidade com o TFUE». Essa expressão vem confirmar que os contratos públicos de interesse transfronteiriço estão sujeitos, em todo o caso, a fiscalização ao abrigo dos Tratados e dos princípios gerais da União.

35. Por conseguinte, esta diretiva não é aplicável ao caso em apreço.

Primeira questão

36. Na sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o direito da União deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional como o que está em causa no processo principal, que exige que as autoridades nacionais competentes lancem um concurso para a adjudicação de uma concessão para a gestão do serviço do jogo do Lotto a um concessionário único. O órgão jurisdicional de reenvio suscita esta questão pelo facto de os contratos propostos para outros jogos, concursos de prognósticos e apostas, não se basearem na exclusividade, sendo ao invés autorizados diversos prestadores.

37. Parece-me que a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio é composta por três elementos. Em primeiro lugar, deve o direito da União ser interpretado no sentido de que se opõe à adjudicação da concessão da gestão do serviço do jogo do Lotto? Em segundo lugar, deve o direito da União ser interpretado no sentido de que se opõe a um modelo de concessionário exclusivo? Em terceiro lugar, deve o direito da União ser interpretado no sentido de que se opõe a um modelo de concessionário exclusivo em virtude de o Estado italiano utilizar um modelo que não implica a exclusividade relativamente a outros tipos de atividade de jogo e apostas?

38. As sociedades Stanley alegam que o modelo de concessionário exclusivo constitui uma restrição nos termos dos artigos 49.º e 56.º TFUE que não é justificado por quaisquer razões imperiosas de interesse geral e que é, em todo o caso, desproporcionado. Também defendem que, por razões decorrentes da lei da concorrência, todas as atividades de jogo devem receber um tratamento igual. O Governo italiano e a Lottoitalia discordam desta posição, argumentando que os diferentes tipos de jogos justificam a diferença de tratamento e que a restrição é proporcionada e justificada por uma razão imperiosa de interesse geral. O Governo italiano alega também que a decisão de optar por um modelo de concessionário exclusivo é uma expressão da liberdade da administração e que, nessa medida, não está sujeita a fiscalização por se tratar de uma decisão relativa a atividades de jogo. Os Governos belga e português, assim como a Comissão, consideram a restrição proporcionada e justificada por razões imperiosas de interesse geral, igualmente nos termos dos artigos 49.º e 56.º TFUE.

39. Quanto ao primeiro elemento — saber se o direito da União se opõe a um concurso para a adjudicação desta concessão —, considero que exigir que um candidato a operador de lotaria seja titular de um contrato de concessão é uma restrição das liberdades previstas pelos artigos 49.º e 56.º TFUE, mas que, em princípio, essa restrição é plenamente justificada.

25 V. n.º 7, *supra*.

26 Acórdão de 10 de janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, n.º 76).

40. Em particular, uma vez que, de facto e de direito, não é possível um operador prestar serviços de gestão do jogo do Lotto em Itália exceto através de uma concessão obtida num procedimento de contratação pública, tal constitui um entrave ao exercício ilimitado das liberdades previstas nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Por outras palavras, é exigido aos operadores que concorram a um contrato de concessão se quiserem continuar a prestar serviços equivalentes e/ou a procurar prestar esses serviços²⁷. Além disso, a inclusão no contrato de concessão de cláusulas de caducidade que ameaçam a continuidade da atividade (acionadas por conduta indevida ou pelo termo do contrato) torna necessariamente a prestação desse serviço, em termos económicos, menos atrativa para os operadores do que se tal condição não lhes fosse imposta previamente²⁸.

41. Quanto ao segundo elemento, *não* considero que a decisão de aplicar um modelo de concessionário exclusivo deva ser automaticamente considerada, *per se*, uma restrição *ilícita* nos termos do disposto nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Aliás, dependendo dos termos exatos do contrato de concessão de serviço, a exclusividade tanto *poderá* reforçar os efeitos restritivos gerais da decisão — tomada no quadro da Lei de estabilidade de 2015 — de organizar um procedimento de contratação pública como, pelo contrário, *poderá* mitigar esses efeitos. Competirá ao órgão jurisdicional de reenvio analisar os acordos de exclusividade propostos tendo em consideração os seus efeitos prováveis, sejam eles dissuasores, persuasivos ou neutros, para avaliar a proporcionalidade global dos acordos em causa. Sugiro que o faça mediante critérios objetivos e não através da apreciação subjetiva dos operadores individualmente considerados²⁹.

42. As razões acima expostas a respeito da escolha do modelo conduzem necessariamente à improcedência do argumento apresentado pelo Governo italiano de que essa escolha não será objeto de controlo no quadro dos artigos 49.º e 56.º TFUE. Pelo menos duas outras razões conduzem à mesma conclusão. Primeiro, o Tribunal de Justiça defendeu anteriormente que os contratos respeitantes a apenas um aspeto da atividade de jogo deverão ser examinados de acordo com a jurisprudência que analisou as atividades de jogo por referência aos artigos 49.º e 56.º TFUE, dado que tais contratos não deverão ser analisados desligados das atividades gerais³⁰. Segundo, parece-me artificial a separação entre a *gestão* da atividade de jogo da realização dessa mesma atividade³¹.

43. Por conseguinte, em meu entender, a decisão de lançar um concurso público utilizando o modelo de concessionário exclusivo deverá ser examinada nos termos do disposto nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Nesse caso, a escolha desse modelo — que não é expressamente discriminatório — é proibida, salvo se justificada com base em derrogações expressamente previstas no TFUE ou por razões imperativas de interesse geral³². Essa justificação cabe às autoridades públicas competentes³³.

27 V., nomeadamente, por analogia, Acórdão de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, n.º 41 e jurisprudência referida).

28 V., nomeadamente, por analogia, Acórdão de 22 de janeiro de 2015, Stanley International Betting e Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, n.º 46 e jurisprudência referida). V., também, n.º 74, *infra*.

29 Por exemplo, se um operador tiver tomado a decisão de nunca celebrar acordos de exclusividade com autoridades públicas (independentemente da razão apresentada) esse facto *não* deverá ser considerado aquando da avaliação do modelo escolhido pelas autoridades em termos de atração ou de dissuasão dos potenciais operadores.

30 Acórdão de 8 de setembro de 2010, Stoß e o. (C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504, n.º 56 e jurisprudência referida).

31 A própria ADM parece relacionar as duas atividades quando exige que os candidatos tenham experiência prévia «de gestão ou recolha de apostas» e «relativamente aos tipos de jogos efetuados através de terminais de jogo» (v. n.ºs 5.3 e 5.4 do caderno de encargos), ou seja, não se referindo apenas a «atividades de gestão».

32 V., nomeadamente, Acórdãos de 24 de janeiro de 2013, Stanleybet e o. (C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, n.º 22 e jurisprudência referida); e de 19 de julho de 2012, Garkalns (C-470/11, EU:C:2012:505, n.º 35 e jurisprudência referida).

33 Acórdão de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, n.º 54 e jurisprudência referida).

44. O Governo italiano, nas suas observações escritas, referiu diversos objetivos de interesse público, incluindo a prevenção da atividade criminosa relacionada com a exploração da lotaria e a canalização das atividades relacionadas com o jogo para um circuito controlado sujeito a uma concorrência limitada. As observações apresentadas pela Lottoitalia também apontam para fins de proteção da ordem pública e social, a proteção do consumidor e a prevenção de práticas fraudulentas. Por seu turno, as sociedades Stanley consideram que esses objetivos não são verdadeiros e alegam que a escolha desse modelo tem como principal motivação o aumento das receitas do Estado italiano.

45. Todos os objetivos invocados pelo Governo italiano e pela Lottoitalia foram reconhecidos pelo Tribunal de Justiça como sendo — quer conjunta quer individualmente — razões imperiosas de interesse geral relativamente às atividades de jogo³⁴. Pelo contrário, o aumento das receitas da Fazenda Pública de um Estado-Membro não é um objetivo que possa justificar a restrição à livre prestação de serviços, apesar de poder constituir um benefício adicional para o Governo em causa³⁵. A eficiência administrativa (ou a tentativa de evitar os inconvenientes administrativos) também não constitui uma razão imperiosa de interesse geral que possa ser invocada³⁶. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio determinar que objetivos se visa efetivamente alcançar com a escolha do modelo em causa³⁷.

46. Se esse órgão jurisdicional apurar que o verdadeiro objetivo prosseguido pelo Estado italiano reside, essencialmente, no aumento de receitas ou noutros fins de ordem económica, a escolha do modelo deverá ser considerada incompatível com o disposto nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Da mesma forma, se esse órgão jurisdicional determinar que a escolha do modelo radica essencialmente em razões de eficiência administrativa, designadamente para evitar duplicar os níveis de concessão da gestão (ou seja, se, como pretendem as sociedades Stanley, a ADM tivesse de contratar diversos prestadores de serviços em vez de um concessionário exclusivo para a gestão da lotaria, fosse depois necessário contratar um «superconcessionário» que assumisse a responsabilidade geral³⁸), a escolha desse modelo passaria, provavelmente, a ser considerada incompatível com os artigos 49.º e 56.º TFUE.

47. Por outro lado, se o órgão jurisdicional de reenvio considerar que a escolha do modelo de concessionário exclusivo prossegue, verdadeiramente, um dos objetivos autorizados, terá de analisar se a restrição é proporcionada. O órgão jurisdicional deverá apenas verificar se a restrição é adequada para alcançar os objetivos propostos pelo modelo em causa a nível da proteção pretendida e não ir além do que é necessário para atingir esses objetivos.

48. A este respeito, importa observar que, apesar de os Estados-Membros gozarem de uma ampla margem de apreciação, de acordo com «a sua própria escala de valores» e diferenças «de ordem moral, religiosa e cultural», para definirem as razões imperiosas de interesse geral³⁹, as autoridades italianas responsáveis deverão apresentar ao órgão jurisdicional elementos suscetíveis de permitir que este se assegure de que o modelo em causa visa, efetivamente, prosseguir os objetivos declarados, de maneira coerente e sistemática⁴⁰. Por exemplo, em anteriores processos de reenvio prejudicial, o

34 V., nomeadamente, Acórdãos de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, n.º 63 e jurisprudência referida); de 6 de março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, n.º 46 e jurisprudência referida); e de 30 de junho de 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, n.ºs 45 e 46).

35 V., nomeadamente, Acórdãos de 30 de junho de 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, n.º 52 e jurisprudência referida); e de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, n.º 55).

36 Acórdão de 30 de junho de 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, n.º 48).

37 Acórdão de 24 de janeiro de 2013, Stanleybet e o. (C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, n.º 26 e jurisprudência referida). A referência a «órgão jurisdicional de reenvio» inclui o TAR para efeitos de apuramento dos factos, cabendo a este tribunal o exercício dessa competência.

38 V., a esse respeito, n.º 18, *supra*.

39 Acórdão de 8 de setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519, n.º 57 e jurisprudência referida).

40 Acórdão de 30 de abril de 2014, Pflieger e o. (C-390/12, EU:C:2014:281, n.ºs 49 e 50 e jurisprudência referida).

Tribunal de Justiça referiu elementos que demonstravam que o concessionário poderia ser sujeito ao «controlo estreito» das autoridades públicas ou que a concessão em regime de exclusividade «dev[ia] ser acompanhada pela criação de um quadro normativo adequado a garantir que o titular desse monopólio poder[ia] prosseguir, de maneira coerente e sistemática, o objetivo fixado»⁴¹.

49. No despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio refere que o TAR Lazio considera que este modelo, apesar de criar menor concorrência no mercado relevante, promove desse modo um controlo responsável do funcionamento do jogo. A esse respeito, o Tribunal de Justiça já defendeu que é igualmente pacífico que a presença de uma «concorrência livre e não falseada no mercado bastante específico dos jogos de fortuna e azar, ou seja, entre vários operadores que seriam autorizados a explorar os mesmos jogos de fortuna e azar, é suscetível de gerar um efeito prejudicial, ligado ao facto de estes operadores serem levados a rivalizar em inventividade para tornar a sua oferta mais atrativa que a dos seus concorrentes e, deste modo, aumentar as despesas dos consumidores ligadas ao jogo assim como os riscos de dependência destes últimos»⁴². Por conseguinte, a escolha de um modelo de concessionário exclusivo, ao criar menor concorrência e, assim, promover um controlo responsável sobre o funcionamento do jogo do Lotto, não é incompatível com o direito da União.

50. Competirá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar quais são os verdadeiros objetivos da escolha de um modelo de concessionário exclusivo (de entre os diversos fins invocados pelo Governo italiano) e, tratando-se de objetivos legítimos, se tal modelo consubstancia uma escolha proporcionada e coerente com esses objetivos. Na apreciação dessa proporcionalidade — que, sublinho, é distinta da questão de saber *qual* o objetivo prosseguido pela escolha do modelo de exclusividade — o órgão jurisdicional de reenvio poderá, em meu entender, considerar eventuais vantagens desse modelo em termos de eficiência administrativa. Poderá também considerar o facto invocado pelo TAR Lazio de que o modelo em causa isenta o Estado italiano de eventuais responsabilidades financeiras.

51. Por último, quanto ao terceiro elemento, não vejo por que razão a gestão do jogo do Lotto, na perspetiva do direito da União, terá de ser adjudicada a vários operadores pelo facto de em Itália, relativamente aos outros jogos, concursos de prognósticos e apostas, os serviços serem prestados por vários concessionários não exclusivos.

52. Esse argumento limita-se a alegar que, pelo facto de os jogos envolverem diferentes formas de jogos de azar, deverão ser objeto de uma abordagem única⁴³. Contudo, parece-me óbvio que há diferenças entre o contrato de concessão que a ADM pretende adjudicar e, por exemplo, uma licença para concessão de um serviço de apostas em corridas de cavalos.

53. Como referido pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu despacho de reenvio, o TAR Lazio destacou as seguintes principais diferenças: i) o contrato proposto relaciona-se com atividades de ordem técnica, administrativa e organizacional que integram a gestão de uma lotaria nacional e não com as relações diretas com os clientes, como a colocação das apostas implica; e ii) o risco económico suportado pelo Estado italiano — que, embora controvertido, parece contrastar com a ausência de *qualquer* risco para o Estado quando alguém faz uma aposta num operador comercial autorizado sobre o resultado de um jogo de futebol ou de uma corrida de cavalos. Por outro lado, a análise da lei da concorrência que sugere que o mercado de todas as atividades de jogos de fortuna e azar deve ser objeto de igual tratamento (ou seja, vários concessionários não exclusivos) não é relevante no caso em

41 V., nomeadamente, Acórdãos de 8 de setembro de 2010, Stoß e o. (C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504, n.ºs 81 e 83), e de 8 de setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519, n.º 65).

42 Acórdão de 24 de janeiro de 2013, Stanleybet e o. (C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, n.º 45 e jurisprudência referida).

43 V. Acórdão de 10 de janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, n.º 95 e jurisprudência referida).

apreço. A análise do Tribunal de Justiça em matéria de serviços relacionados com os jogos de fortuna e azar, relativamente ao disposto nos artigos 49.º e 56.º TFUE reconhece expressamente que a restrição da concorrência é legítima e, que, por conseguinte, a abordagem «tradicional» dos artigos 101.º ou 102.º TFUE não era adequada⁴⁴.

54. Por último, não vejo razão para pôr em causa a transparência do modelo. O exame acima indicado deverá ser conduzido pelo órgão jurisdicional de reenvio e tomar em consideração o «princípio da coerência» (na medida em que a escolha do modelo deverá ser coerente com o objetivo de interesse público prosseguido) e a constatação de que uma total liberdade de concorrência nem sempre é desejável.

55. Por conseguinte, proponho que se responda à primeira questão prejudicial no sentido de que uma decisão das autoridades nacionais competentes de aplicar um modelo de concessão para a gestão da atividade de um jogo como o Lotto constitui uma restrição ao exercício das liberdades previstas nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta as características objetivas do modelo de concessionário exclusivo, determinar o alcance dessa restrição. Caberá, pois, às autoridades nacionais a produção de elementos de prova suficientes quanto à i) razão imperiosa de interesse geral a proteger através da escolha desse modelo e ao ii) caráter proporcional do modelo face ao objetivo que se pretende alcançar.

Segunda questão

56. A segunda questão assenta no pressuposto de que o valor de base do concurso é desproporcionadamente elevado («injustificado») relativamente a outros requisitos do concurso, pelo que se questiona se será permitido pelo direito da União. O TAR Lazio — cujas conclusões não foram questionadas, muito menos contestadas pelo órgão jurisdicional de reenvio — tem uma opinião contrária. Por conseguinte, gostaria de reformular a segunda questão da seguinte forma: Quando uma autoridade pública lança um concurso, poder-se-á considerar que o direito da União deve ser interpretado no sentido de que impede essa autoridade de fixar um valor de base do concurso, se esse valor for elevado, em especial quando comparado com outros requisitos constantes do anúncio do concurso?

57. As sociedades Stanley centram-se no efeito combinado entre o elevado valor de base do concurso e os outros requisitos contratuais, alegando que este visa a sua exclusão do procedimento de seleção e a adjudicação do contrato ao atual prestador do serviço. Por seu turno, os Governos belga e italiano, a Lottoitalia e a Comissão assinalam elementos objetivos subjacentes ao cálculo do valor de base do contrato. Concluem que o valor obtido é adequado e proporcionado apesar dos outros requisitos do concurso. O Governo português não apresentou observações específicas sobre a segunda questão.

58. A meu ver, antes de mais, a indicação de um valor de base no anúncio de concurso é *per se* perfeitamente aceitável. Com efeito, é essencial a indicação de um valor aproximado no anúncio de concurso publicado (tal como, por exemplo, informação sobre a natureza do contrato proposto). Sem esse elemento, corre-se o risco de o concurso não atrair quaisquer propostas.

59. Contudo, quando o valor do concurso carece de uma base objetiva de cálculo, poder-se-á considerar que o princípio da transparência, entre outros, não está a ser respeitado.

60. Em minha opinião, o despacho de reenvio apresenta elementos de facto suficientes por parte do órgão jurisdicional de reenvio para que o Tribunal de Justiça possa considerar que o montante de 700 milhões de euros não é suscetível dessa objeção. Na verdade, esse valor não é tão despropositadamente elevado ao ponto de carecer de uma base objetiva.

⁴⁴ Acórdão de 24 de janeiro de 2013, Stanleybet e o. (C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, n.º 45 e jurisprudência referida).

61. O despacho de reenvio destaca que o TAR Lazio apurou que: i) nos últimos cinco anos se registaram vendas anuais de bilhetes de lotaria de valor superior a 6 mil milhões de euros (refira-se que esse valor é indicado no ponto II.2.1 do anúncio de concurso), e que ii) a receita anual gerada foi de, aproximadamente, 400 milhões de euros (valor que reflete a comissão para o concessionário correspondente a 6% das apostas recolhidas, também indicada no ponto II.2.1 do anúncio de concurso). Parece, portanto, que o Estado italiano estava a propor a venda da possibilidade de ganhar 400 milhões de euros por ano, durante nove anos (sem sujeição a qualquer concorrência) em troca de (pelo menos) 700 milhões de euros a pagar durante um período de três anos.

62. O despacho de reenvio destaca outros elementos tidos em conta pelo TAR Lazio. Embora o valor de venda das concessões de serviços de lotaria verificado noutros Estados-Membros não possa ser comparável com a situação em apreço, importa quanto a mim considerar outros elementos, tais como, a repartição do pagamento por três anos, a possibilidade de as sociedades formarem agrupamentos temporários para efeitos do concurso, a possibilidade de o Estado italiano assumir (ou não) parte do risco empresarial, assim como a natureza dos serviços prestados, e o requisito de que, «[n]o termo do prazo da concessão, o concessionário devolv[a] à ADM, sem nenhum encargo para esta e a pedido da mesma, todos os bens corpóreos e incorpóreos que constituem a rede [...]» (artigo 22.1 do modelo de contrato)⁴⁵. O facto de a ADM ter considerado que quinze operadores do setor preenchiam os requisitos do concurso, faz com que o valor de 700 milhões seja calculado num contexto geral mais abrangente, mas ainda assim relevante.

63. Se o órgão jurisdicional de reenvio concluir que o valor de base do concurso foi calculado objetivamente, tanto quando considerado isoladamente como quando comparado com outros requisitos do concurso, tal é suficiente para afastar a alegação invocada pelas sociedades Stanley de que esse valor visaria excluí-las do procedimento de seleção ou tratá-las de forma desigual relativamente ao atual prestador do serviço. O facto de um potencial operador se sentir desencorajado de apresentar uma proposta apenas em virtude de o valor desse concurso ser demasiado elevado para uma sociedade se apresentar isoladamente não põe em causa a objetividade desse valor.

64. Se, contudo, o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que o valor do concurso foi calculado tendo por base razões de ordem subjetiva, será difícil compreender de que forma esse obstáculo às liberdades previstas nos artigos 49.º e 56.º TFUE poderá ser justificado como um meio proporcionado e transparente para alcançar um objetivo de superior interesse público⁴⁶. Da mesma forma, se o efeito combinado entre o valor e outros requisitos do concurso for de molde a tornar a participação no concurso manifestamente desinteressante (ou mesmo impossível) para outros operadores que não o atual prestador do serviço, essa restrição à liberdade transfronteiriça de estabelecimento e de prestação de serviços não passaria neste teste.

65. Por conseguinte, proponho que a resposta à segunda questão seja no sentido de considerar que o direito da União não impede a indicação de um valor elevado no anúncio de um concurso público se for demonstrada a natureza objetiva desse valor, isoladamente ou em relação aos outros direitos e obrigações previstos no anúncio de concurso. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se é essa a situação que se verifica no processo principal.

⁴⁵ No Acórdão de 28 de janeiro de 2016, Laezza (C-375/14, EU:C:2016:60), o Tribunal de Justiça considerou ilícita uma cláusula semelhante porque o objetivo poderia ser alcançado através de medidas menos restritivas incluindo o pagamento, pela autoridade adjudicante, dos bens em causa ao preço de mercado. O artigo 22.1 do modelo de contrato (v. n.º 15, *supra*) não suscita as mesmas questões em virtude de diferenças factuais, designadamente, a duração do contrato (40 meses nesse caso, 9 anos no caso em apreço) e o facto de alguns dos bens utilizados na gestão do serviço de Lotto serem herdados pelo candidato vencedor (confirmado pelo Governo italiano em audiência). Dito isto, o despacho de reenvio é omissivo quanto à justificação dada pelo TAR Lazio para considerar que o Acórdão Laezza não podia ser invocado pelas sociedades Stanley, na medida em que nele se discutia uma situação diferente. Esta averiguação compete ao órgão jurisdicional de reenvio.

⁴⁶ V. n.ºs 43 e segs., *supra*.

Terceira questão

66. A terceira questão prejudicial assenta em duas premissas (favoráveis às sociedades Stanley): que a Lei de estabilidade de 2015 e o anúncio de concurso exigem que essas sociedades desistam do exercício de uma atividade comercial se pretenderem que o contrato a concurso lhes seja adjudicado; e que essa atividade comercial foi considerada legítima pelo Tribunal de Justiça.

67. Ambas as premissas deverão ser postas em causa. Em primeiro lugar, não nos parece que da leitura da Lei de estabilidade de 2015 ou do anúncio de concurso se possa inferir que estes instrumentos se referem expressamente às sociedades Stanley. Da mesma forma, também o TAR Lazio não fez nenhuma apreciação dos factos que conste do despacho de reenvio do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) que possa sustentar essa premissa. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a legitimidade da atividade comercial específica que as sociedades Stanley aqui pretendem ver declarada como lícita.

68. Por conseguinte, gostaria de reformular a terceira questão da seguinte forma: devem os artigos 49.º e 56.º TFUE e/ou os princípios da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência ser interpretados no sentido de que se opõem à inclusão, num modelo de contrato de concessionário exclusivo para gestão dos serviços da lotaria nacional, de cláusulas que preveem a extinção da concessão se a) o concessionário, os seus trabalhadores ou os seus agentes forem formalmente acusados de terem praticado determinadas infrações penais, ou se b) o concessionário violar a legislação nacional em matéria de prevenção do jogo irregular, ilícito e clandestino, quando as referidas cláusulas têm por efeito excluir potenciais candidatos?

69. As sociedades Stanley também alegam que as cláusulas de caducidade foram formuladas de modo vago e que constituem uma ameaça suficientemente clara e concreta para que essas sociedades fossem impedidas ou dissuadidas de apresentar uma candidatura, porque têm vários processos judiciais pendentes contra elas e, conseqüentemente, estariam automaticamente abrangidas pelas referidas cláusulas. Estas sociedades também alegam que, contrariamente aos princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Costa e Cifone⁴⁷, estas cláusulas abrangem infrações penais que ainda não foram objeto de sentença transitada em julgado. Os Governos belga e italiano, a Lottoitalia e a Comissão alegam, em suma, que as cláusulas de caducidade são claras, proporcionadas relativamente ao objetivo pretendido e que não visam excluir as sociedades Stanley do procedimento de seleção. O Governo português não apresentou observações específicas sobre a terceira questão.

70. Começarei por analisar o artigo 30.º, n.º 2, alíneas h) e k), do modelo de contrato no que se refere ao princípio da transparência (e também ao princípio da não discriminação) e depois passarei à análise dos requisitos previstos nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Por último, apreciarei a questão do caso julgado concentrando-me no artigo 30.º, n.º 2, alínea h), do modelo de contrato.

71. O despacho de reenvio refere que o TAR Lazio considerou as cláusulas de caducidade suficientemente transparentes. A esse respeito, na interpretação das cláusulas, importa adotar a perspetiva do concorrente razoavelmente informado e normalmente diligente que atua com o cuidado e a diligência que normalmente se impõe em situações semelhantes⁴⁸. No Acórdão Costa e Cifone, o Tribunal de Justiça forneceu uma orientação a respeito do preenchimento dos requisitos de transparência neste contexto. Assim, nesse processo, considerou-se aceitável a exclusão da concessão no caso da prática de «crimes previstos na Lei n.º 55, de 19 de março de 1990», porque eram referidos crimes especificamente previstos nessa Lei (em consonância com o objetivo geral de combate à criminalidade). Em contrapartida, o Tribunal de Justiça considerou não ser aceitável a

47 Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, n.º 81).

48 Acórdão de 12 de março de 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, n.ºs 54 e 55 e jurisprudência referida).

redação de uma cláusula que permitia a exclusão em «todos os outros casos de crimes suscetíveis de prejudicar a relação de confiança com a [autoridade adjudicante]», porque um proponente razoavelmente informado e normalmente diligente não teria a possibilidade de entender o alcance exato dessa referência⁴⁹.

72. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio analisar a clareza e a transparência das duas cláusulas de caducidade à luz da jurisprudência referida.

73. Na minha opinião, não considero que um concorrente razoavelmente informado e normalmente diligente, atuando com o cuidado e a diligência que normalmente se impõe em situações semelhantes, teria dificuldade em compreender o âmbito de aplicação do artigo 30.º, n.º 2, alínea k), do modelo de contrato. Quanto ao artigo 30.º, n.º 2, alínea h), as circunstâncias em que a ADM poderia retirar a concessão ao abrigo daquela cláusula do modelo de contrato são descritas de forma sucinta, mas clara. É necessário que esteja preenchido um conjunto de requisitos cumulativos antes de a ADM decidir avançar para o processo de extinção. A extinção da concessão não é automática, mas é evidente que poderá ocorrer se essas condições se verificarem. O facto de a cláusula permitir à ADM uma certa margem de apreciação quanto à decisão de extinção ou não da concessão, não priva a cláusula de clareza. Além disso, é evidente que uma entidade terceira (nomeadamente, o Ministério Público, como aliás ficou assente em audiência) poderá avaliar se há matéria suficiente para uma acusação por suspeita de prática de uma infração penal. A articulação entre esses dois elementos parece-me adequada com vista ao respeito do princípio da transparência.

74. Voltando à análise do processo nos termos do disposto nos artigos 49.º e 56.º TFUE, é jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que sujeitar o exercício de uma atividade económica como a da prestação dos serviços de gestão do jogo do Lotto à apresentação de uma proposta, à obtenção de uma concessão e à sujeição a potenciais cláusulas que preveem a potencial extinção dessa concessão, constitui uma restrição às liberdades garantidas pelos artigos 49.º e 56.º TFUE⁵⁰. Essas cláusulas de caducidade devem ser justificadas por razões imperiosas de interesse geral e respeitar as exigências de proporcionalidade. Já referi que compete às autoridades italianas a produção de prova quanto à prossecução de razões imperiosas de interesse geral⁵¹. Caberá depois ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se essas cláusulas são adequadas e necessárias para alcançar os objetivos propostos e se as mesmas não vão além do que é necessário para esse efeito. Neste ponto, limito-me a referir que os fundamentos do artigo 30.º, n.º 2, alínea h), do modelo de contrato, por exemplo, estão expressamente relacionados com a atividade criminosa e que uma das razões de interesse geral referidas é a prevenção da atividade criminosa na exploração do jogo do Lotto.

75. Por último, vou abordar a questão relacionada com a força do caso julgado. Pelo facto de as infrações penais previstas no artigo 30.º, n.º 2, alínea h), [e no artigo 30.º, n.º 2, alínea k),] do modelo de contrato não se restringirem a processos já transitados em julgado, poder-se-á automaticamente considerar que essas cláusulas são desproporcionadas?⁵²

76. Chegados a este ponto, parece-me útil lembrar que uma das premissas em que assenta a terceira questão prejudicial é a de que as sociedades Stanley teriam de abandonar um modelo de funcionamento previamente existente, lícito e bem sucedido, para não serem abrangidas pelas cláusulas do artigo 30.º, n.º 2, alínea h) e/ou k), do modelo de contrato.

49 Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, n.ºs 78 e 79).

50 Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, n.º 70). V., também, n.º 40, *supra*.

51 V. n.ºs 43 e segs., *supra*.

52 Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, n.º 81). O *princípio da autoridade de caso julgado* deve ser entendido no sentido de que é necessário que as decisões judiciais que se tornaram definitivas após esgotamento das vias de recurso disponíveis ou decorridos os prazos previstos para tais recursos já não possam ser impugnadas. V. Acórdão de 10 de julho de 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 58).

77. No Acórdão Costa e Cifone, as cláusulas em questão eram denominadas de caducidade da concessão, embora na prática se tratasse de cláusulas de «exclusão» de determinados operadores de participarem no processo de seleção (dado que a caducidade começava efetivamente a contar no dia em que a licença era concedida). O Tribunal de Justiça estabeleceu que «uma exclusão do contrato pela caducidade da concessão só deverá, em princípio, ser considerada proporcionada ao objetivo de combate à criminalidade se se basear numa sentença transitada em julgado e relativa a um crime suficientemente grave. Uma legislação que preveja, mesmo de forma temporária, a exclusão de operadores do mercado só pode ser considerada proporcionada se prever um recurso judicial eficaz e uma reparação do dano sofrido, no caso de, seguidamente, essa exclusão se revelar injustificada»⁵³.

78. Dos elementos dos autos apresentados ao Tribunal de Justiça não se infere de forma evidente que as cláusulas contestadas no presente caso tiveram o efeito de excluir automaticamente as sociedades Stanley do processo de seleção. Por conseguinte, importa primeiro que o órgão jurisdicional de reenvio analise cuidadosamente eventuais processos pendentes contra as sociedades Stanley e determine se os mesmos eram suscetíveis de fazer acionar imediatamente a cláusula de caducidade, caso tais sociedades tivessem apresentado uma proposta e se o contrato lhes tivesse sido adjudicado. Caso contrário, o Acórdão do Tribunal de Justiça no processo Costa e Cifone não é relevante.

79. Contudo, tendo as sociedades Stanley sido excluídas, será admissível incluir uma cláusula de caducidade num modelo de contrato de concessionário exclusivo, que poderá ser acionado de acordo com a margem de apreciação da autoridade adjudicante quando o concessionário, os seus trabalhadores ou agentes foram acusados de uma infração penal grave, mas ainda não foram julgados (*a fortiori*, quando a condenação ainda não transitou em julgado)?

80. Estamos perante um exemplo clássico do confronto entre dois interesses concorrentes. Por um lado, o interesse público de prevenção da atividade criminosa relacionada com a exploração da lotaria (como defendido pelo Governo italiano). Por outro lado, o interesse comercial privado do concessionário único, aliado ao princípio da presunção de inocência de que goza qualquer arguido acusado da prática de uma infração penal, enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa⁵⁴.

81. No que diz respeito ao interesse público, uma sentença com força de caso julgado implica a tramitação (eventualmente prolongada) de um (primeiro) processo penal e depois uma (eventual) sequência de recursos. Poderá demorar muito até que a condenação adquira efetivamente força de caso julgado. Na perspetiva do interesse público, há claramente grandes desvantagens em ter de aguardar até que a concessão exclusiva para a gestão da lotaria nacional possa ser retirada. Entretanto, a gestão desse serviço valioso e sensível terá permanecido nas mãos do concessionário. Tal é manifestamente um desfecho indesejado caso, em última análise, se venha a comprovar a responsabilidade do concessionário, dos seus trabalhadores ou dos seus agentes pela prática de uma infração penal que [para citar o artigo 30.º, n.º 2, alínea h)] «em razão da sua natureza, gravidade, modalidades de execução e da conexão com o objeto da atividade concessionada [a autoridade adjudicante] considere suscetível de excluir a fiabilidade, o profissionalismo e a idoneidade moral do concessionário».

53 A Comissão frisou esta distinção na audiência. V. Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone (C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, n.ºs 68 e 81).

54 O princípio da presunção de inocência encontra-se previsto, nomeadamente, no artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (JO 2010, C 83, p. 391) sendo aplicável, para além do processo penal, também aos processos atinentes a violações das regras de concorrência instaurados pela Comissão (v. Acórdão de 8 de julho de 1999, Hüls/Comissão, C-199/92, EU:C:1999:358, n.º 150 e jurisprudência referida) e à imposição de sanções pelas autoridades da União, tais como o congelamento de fundos aplicável pela alegada prática de atividades terroristas (v. Acórdão de 7 de dezembro de 2010, Fahas/Conselho, T-49/07 EU:T:2010:499, n.ºs 63 e 64). O advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona também defende a sua aplicação aos processos de contratação pública análogos aos processos em apreciação no presente caso: v. n.º 38 e nota 8 das suas Conclusões no processo Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506).

82. Se, contudo, se permitir que a cláusula de caducidade seja acionada quando houver apenas uma suspeita da prática de uma infração grave (ainda que se trate de uma suspeita confirmada por uma autoridade pública, concretamente do Ministério Público) tal poderá fazer pender demasiado a balança para o lado do interesse público em detrimento do interesse privado. O direito do operador de exercer a sua atividade e o seu direito à presunção de inocência correm o risco de serem prejudicados com base numa apreciação provisória à luz de elementos que ainda *não* foram apreciados no contexto de um processo penal tramitado com respeito pelas garantias normais.

83. Neste ponto, importa salientar que a ordem jurídica da União, no contexto de outro processo de contratação pública, prevê a possibilidade de exclusão de um procedimento de seleção por referência não só à prática de infrações penais graves, mas também a casos em que o operador económico «*cometeu* uma falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade» (sublinhado nosso)⁵⁵. Assim, por exemplo, ao interpretar a norma que prevê a exclusão equivalente nos termos da Diretiva 2004/18⁵⁶ o Tribunal de Justiça defendeu que «uma decisão de caráter [judicial], mesmo que não tenha transitado em julgado, pode, em função do objeto dessa decisão, fornecer à entidade adjudicante um meio adequado para demonstrar a existência de uma falta grave em matéria profissional, sendo essa decisão, em qualquer caso, suscetível de fiscalização jurisdicional»⁵⁷.

84. Em consequência, sugiro que o equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado assente na existência de uma «decisão de caráter judicial», que confirme a suspeita da prática de crime ou de falta profissional grave. Assim, no caso vertente, tal permitiria, por exemplo, a exclusão de um dos proponentes a partir do momento em que se verificasse uma condenação em primeira instância, por um tribunal competente, pela prática de uma infração penal que pudesse levar a ADM a duvidar da «fiabilidade, [do] profissionalismo e [da] idoneidade moral» do concessionário, qualidades essenciais para a concessão do serviço de lotaria. Seria também necessário que o concessionário excluído pudesse interpor um recurso judicial eficaz que lhe permitisse: i) requerer a suspensão da decisão de caducidade da concessão por parte da ADM na pendência do recurso da decisão judicial em causa, e ii) exigir a reparação do dano sofrido à autoridade adjudicante caso aquela decisão judicial viesse posteriormente a ser anulada em sede de recurso⁵⁸. Em ambas as soluções, os mecanismos necessários seriam estabelecidos por lei e não de forma meramente contratual⁵⁹.

85. Quanto ao presente processo, caberá ao órgão jurisdicional nacional apurar se as duas cláusulas de caducidade contestadas dissuadiram efetivamente (ou não) as sociedades Stanley de concorrer ao concurso e que vias de recurso e garantias estão à disposição de um concessionário excluído na lei nacional. Não me vou alongar mais nestas duas questões.

55 V., nomeadamente, artigo 38.º, n.º 7, alínea c), da Diretiva 2014/23.

56 O artigo 45.º, n.º 2, alínea d) da Diretiva 2004/18 prevê que «fica excluído de participar num procedimento de contratação pública o candidato ou proponente que tenha cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar».

57 Acórdão de 20 de dezembro de 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, n.º 47). Para ficar claro: nesse processo, o Tribunal de Justiça apreciou uma situação em que já tinha havido uma condenação, mas a mesma ainda não transitara em julgado.

58 Assim, por exemplo, a lei nacional teria de garantir que o pedido de indemnização *não* seria rejeitado mediante a invocação, por parte da autoridade adjudicante, da existência de uma cláusula semelhante à do artigo 30, n.º 2, alínea h), no contrato de concessão. No caso de se vir a provar que a acusação que terá acionado a cláusula era injustificada, a lei nacional teria de considerar que a cláusula foi *indevidamente* invocada, pelo que o pedido de indemnização teria fundamento (dependendo da prova de outros elementos do referido pedido, tais como, o nexo de causalidade e o montante dos danos). Caso a decisão judicial de primeira instância seja anulada com fundamentos processuais e não substantivos, o operador excluído poderá não ter automaticamente direito a uma compensação, mas poderá (consoante as circunstâncias) também ter de impugnar a decisão quanto ao mérito.

59 Esses requisitos estão de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça estabelecida no n.º 81 do processo *Costa e Cifone* (Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80) no sentido de que uma «legislação que preveja, mesmo de forma temporária, a exclusão de operadores do mercado só pode ser considerada proporcionada se prever um recurso [judicial] eficaz e uma reparação do dano sofrido, no caso de, seguidamente, essa exclusão se revelar injustificada».

86. Em face do exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à terceira questão prejudicial nos seguintes termos: os artigos 49.º e 56.º TFUE, assim como os princípios da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência deverão ser interpretados no sentido de que não se opõem à inclusão, num modelo de contrato de concessionário exclusivo para gestão dos serviços da lotaria nacional, de cláusulas que preveem a extinção da concessão se a) o concessionário, os seus trabalhadores ou os seus agentes forem formalmente acusados da prática de uma infração penal ou b) o concessionário violar o direito administrativo nacional em matéria de prevenção do jogo irregular, ilícito e clandestino, quando essas cláusulas excluïrem um potencial operador, desde que:

- essas cláusulas sejam formuladas de modo preciso, previsível e inequívoco, para que o seu alcance e efeitos sejam compreendidos por um concorrente razoavelmente informado e normalmente diligente que atue com um cuidado normal; e
- a infração penal ou a violação do direito administrativo a que se faz referência nas referidas cláusulas tenham sido confirmadas por uma decisão judicial; e
- esse operador tenha o direito de recorrer dessa decisão judicial (incluindo o direito de requerer medidas cautelares) e o direito de requerer uma indemnização, caso aquela decisão judicial seja posteriormente anulada em sede de recurso.

Conclusão

87. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), nos seguintes termos:

- 1) Uma decisão das autoridades nacionais competentes de aplicar um modelo de concessão para a gestão de um serviço de jogo como o do Lotto constitui uma restrição ao exercício das liberdades previstas nos artigos 49.º e 56.º TFUE. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta as características objetivas do modelo de concessionário exclusivo, determinar o alcance dessa restrição. Caberá, portanto, às autoridades nacionais a produção de elementos de prova suficientes quanto à i) razão imperiosa de interesse geral a proteger através da escolha desse modelo e ao ii) caráter proporcional do modelo face ao objetivo que se pretende alcançar.
- 2) O direito da União deverá ser interpretado no sentido de que não se opõe à indicação de um valor elevado no anúncio de um concurso público se for demonstrada a natureza objetiva desse valor, isoladamente ou em relação aos outros direitos e obrigações previstos no anúncio de concurso. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se é essa a situação que se verifica no processo principal.
- 3) Os artigos 49.º e 56.º TFUE e os princípios da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência deverão ser interpretados no sentido de que não se opõem à inclusão, num modelo de contrato de concessionário exclusivo para gestão dos serviços da lotaria nacional, de cláusulas que preveem a extinção da concessão se a) o concessionário, os seus trabalhadores ou os seus agentes forem formalmente acusados da prática de uma infração penal ou b) o concessionário violar o direito administrativo nacional em matéria de prevenção do jogo irregular, ilícito e clandestino, quando essas cláusulas excluïrem um potencial operador, desde que:
 - essas cláusulas sejam formuladas de modo preciso, previsível e inequívoco, para que o seu alcance e efeitos sejam compreendidos por um concorrente razoavelmente informado e normalmente diligente que atue com um cuidado normal; e
 - a infração penal ou a violação do direito administrativo a que se faz referência nas referidas cláusulas tenham sido confirmadas por uma decisão judicial; e

- esse operador tenha o direito de recorrer dessa decisão judicial (incluindo o direito de requerer medidas cautelares) e o direito de requerer uma indemnização, caso aquela decisão judicial seja posteriormente anulada em sede de recurso.