

Processo C-728/22**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

24 de novembro de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

21 de novembro de 2022

Recorrentes:

Associazione Nazionale Italiana Bingo - Anib

Play Game Srl

Recorridos:

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli

Objeto do processo principal

Recurso de uma decisão do TAR Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), que negou provimento a um recurso interposto por alguns gestores de atividades de apostas relativas ao «bingo». O referido recurso destinava-se a obter a anulação de uma medida administrativa que, aplicando uma disposição legislativa, impôs uma taxa mensal a esses gestores, cujas concessões já tinham caducado e estão atualmente em regime de «prorrogação técnica» enquanto se aguarda a realização de um novo concurso para nova adjudicação das concessões por parte do Estado.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Nos termos do artigo 267.º, segundo parágrafo, TFUE, é pedida a interpretação de algumas disposições do direito da União relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços e, em particular, da Diretiva 2014/23/UE, bem como do princípio da proteção da confiança legítima, a fim de determinar se os mesmos se opõem a uma legislação nacional por força da qual as concessões para o exercício da atividade do jogo do bingo, depois de terem caducado, devem voltar a ser adjudicadas mediante um novo procedimento concursal aberto a todos os operadores do setor (inicialmente previsto para 2014, posteriormente adiado e ainda não realizado), que entretanto obriga os concessionários cessantes a operar em regime de «prorrogação técnica» e a pagar ao Estado uma taxa mensal que foi objeto de vários aumentos, como condição para poderem participar no novo concurso, sem que a Administração possa suspender ou reduzir o valor da taxa em questão para ter em conta a deterioração do equilíbrio financeiro dos concessionários interessados em consequência da pandemia de COVID-19.

Questões prejudiciais

[1]. «Devem a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, bem como os princípios gerais decorrentes do Tratado e, em especial, os artigos 15.º, 16.º, 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 3.º do Tratado da União Europeia e os artigos 8.º, 49.º, 56.º, 12.º, 145.º e 151.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ser interpretados no sentido de que são aplicáveis a concessões para a gestão do jogo do bingo adjudicadas em 2000 mediante procedimento de seleção, cujo prazo de vigência expirou e cuja eficácia foi, em seguida, reiteradamente prorrogada através de disposições legislativas que entraram em vigor depois da entrada em vigor da Diretiva e de ter expirado o prazo para a sua transposição?»

[2]. «Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, a Diretiva 2014/23/UE opõe-se a uma interpretação ou aplicação de disposições legislativas de direito nacional ou a práticas de aplicação baseadas nas mesmas disposições, suscetíveis de privar a Administração do poder discricionário de, a pedido dos interessados, dar início a um procedimento administrativo destinado a modificar as condições de exploração das concessões, com ou sem abertura de um novo procedimento de adjudicação, em função de a renegociação do equilíbrio contratual ser ou não qualificada de modificação substancial, nos casos em que se verifiquem acontecimentos não imputáveis às partes, imprevistos e imprevisíveis, que afetem significativamente as condições normais do risco de exploração, enquanto essas condições subsistirem e durante o tempo necessário ao eventual restabelecimento das condições originárias de exploração das concessões?»

[3]. «A Diretiva 89/665/CE, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE, opõe-se a uma interpretação ou aplicação de disposições de direito nacional ou a práticas de aplicação baseadas nas mesmas disposições, que permitam ao legislador ou à

Administração Pública condicionarem a participação no procedimento de nova adjudicação das concessões de jogo à adesão do concessionário ao regime da prorrogação técnica, mesmo nos casos em que esteja excluída a possibilidade de renegociação das condições de exploração da concessão a fim de restabelecer o seu equilíbrio, em consequência de acontecimentos não imputáveis às partes, imprevistos e imprevisíveis, que afetem significativamente as condições normais do risco de exploração, enquanto essas condições subsistirem e durante o tempo necessário ao eventual restabelecimento das condições originárias de exploração das concessões?»

[4]. «Em todo o caso, os artigos 49.º e 56.º TFUE e os princípios da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva, bem como o princípio da proteção da confiança legítima, opõem-se a uma interpretação ou aplicação de disposições legislativas de direito nacional ou a práticas de aplicação baseadas nas mesmas disposições, suscetíveis de privar a Administração do poder discricionário de, a pedido dos interessados, dar início a um procedimento administrativo destinado a modificar as condições de exploração das concessões, com ou sem abertura de um novo procedimento de adjudicação, em função de a renegociação do equilíbrio contratual ser ou não qualificada de modificação substancial, nos casos em que se verifiquem acontecimentos não imputáveis às partes, imprevistos e imprevisíveis, que afetem significativamente as condições normais do risco de exploração, enquanto essas condições subsistirem e durante o tempo necessário ao eventual restabelecimento das condições originárias de exploração das concessões?»

[5]. «Os artigos 49.º e 56.º TFUE e os princípios da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva, bem como o princípio da proteção da confiança legítima, opõem-se a uma interpretação ou aplicação de disposições de direito nacional ou a práticas de aplicação baseadas nas mesmas disposições, que permitam que o legislador ou a Administração Pública condicionem a participação no procedimento de nova adjudicação das concessões de jogo à adesão do concessionário ao regime da prorrogação técnica, mesmo nos casos em que esteja excluída a possibilidade de renegociação das condições de exploração da concessão a fim de restabelecer o seu equilíbrio, em consequência de acontecimentos não imputáveis às partes, imprevistos e imprevisíveis, que afetem significativamente as condições normais de risco de exploração, enquanto essas condições subsistirem e durante o tempo necessário ao eventual restabelecimento das condições originárias de exploração das concessões?»

[6]. «Em termos mais gerais, os artigos 49.º e 56.º TFUE e os princípios da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva, bem como o princípio da proteção da confiança legítima opõem-se a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que impõe aos gestores de salas de bingo o pagamento mensal de uma onerosa taxa de prorrogação técnica, não prevista nos atos de concessão originários, de montante igual para todos os tipos de operadores e alterada periodicamente pelo legislador, sem nenhuma relação comprovada com as características e a evolução de cada relação contratual de concessão?»

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão

Artigo 49.º TFUE – liberdade de estabelecimento na União Europeia

Artigo 56.º TFUE – livre prestação de serviços

Princípio da proteção da confiança legítima

Artigos 15.º, 16.º, 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

Artigo 3.º TUE

Artigos 8.º, 12.º, 145.º e 151.º TFUE.

Disposições de direito nacional invocadas

Artigo 1.º, n.ºs 636 a 638, da legge 27 dicembre 2013, n.º 147 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato («Legge di stabilità per il 2014») [Lei n.º 147, de 27 de dezembro de 2013, que aprova as disposições para a elaboração do Orçamento Anual e Plurianual do Estado («Lei de Estabilidade para 2014»; a seguir «Lei n.º 147/2013»)], com as alterações e aditamentos que lhe foram introduzidos, nomeadamente, pela legge 28 dicembre 2015, n.º 208 (Lei n.º 208, de 28 de dezembro de 2015; a seguir «Lei n.º 208/2015») e pela legge 27 dicembre 2017, n.º 205 (Lei n.º 205, de 27 de dezembro de 2017; a seguir «Lei n.º 205/2017»).

Artigo 165.º do decreto legislativo 18 aprile 2016 n.º 50 (Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016; a seguir «Código dos Contratos Públicos»).

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em Itália, a organização do jogo do bingo está reservada ao Estado, que a regulou, pela primeira vez, através do decreto del Ministro delle finanze 31 gennaio 2000, n.º 29 (Decreto do Ministro das Finanças n.º 29, de 31 de janeiro de 2000), que previu que o exercício das atividades de jogo fosse confiado a titulares de concessões adjudicadas mediante procedimento de seleção. O Estado atribuiu a gestão do setor à Agenzia delle dogane e dei monopoli (Agência das Alfândegas e dos Monopólios; a seguir «ADM»).
- 2 Inicialmente, a duração das concessões estava fixada em seis anos, decorridos os quais as mesmas poderiam ser renovadas uma única vez, não estando previsto o pagamento de qualquer taxa a favor do Estado. A não exigência de contrapartidas financeiras era justificada pelo facto de, em todo o caso, a atividade dos operadores gerar uma vantagem económica direta para o Estado, que consistia na

denominada «taxa a favor da Fazenda Pública», aplicada sobre o produto da venda dos cartões de jogo obtido pelos concessionários.

- 3 Para garantir o respeito do princípio europeu da concorrência na adjudicação de concessões novas ou na readjudicação de concessões cujo prazo de vigência já tenha expirado, o legislador italiano decidiu organizar, precedido de um alinhamento temporal da maior parte das concessões que já tinham caducado ou estavam em vias de caducar em 2013 e 2014, um único procedimento concursal aberto à participação de todos os operadores do setor, que inicialmente estava previsto até 31 de dezembro de 2014. O legislador determinou que, entretanto, os concessionários cessantes (ou seja, cujas concessões já tivessem caducado) deviam operar em regime de «prorrogação técnica», pagando ao Estado uma taxa mensal no valor de 2 800 euros, e que isso constituía uma condição de participação no futuro concurso, introduzindo, desse modo, o princípio do caráter oneroso das concessões (artigo 1.º, n.os 636 a 638, da Lei n.º 147/2013).
- 4 Em 2015, tendo expirado o prazo inicialmente previsto para a realização do concurso, o legislador prorrogou-o até 31 de dezembro de 2016 e ampliou o regime de prorrogação técnica também às concessões que terminavam entre 2015 e 2016, tendo, ao mesmo tempo, aumentado para 5 000 euros o montante da taxa mensal e proibido a transferência das instalações durante todo o período da prorrogação técnica (Lei n.º 209/2015).
- 5 Em 2017, tendo expirado novamente o prazo para a realização do concurso, o legislador prorrogou-o até 30 de setembro de 2018 e ampliou o regime de prorrogação técnica também às concessões que caducavam entre 2017 e 2018, tendo, ao mesmo tempo, aumentado para 7 500 euros o montante da taxa mensal (Lei n.º 205/2017).
- 6 Através de intervenções normativas posteriores, o legislador estendeu o regime de prorrogação técnica até 2023, suspendeu em 2020 o pagamento da taxa durante o período de encerramento dos estabelecimentos comerciais devido à pandemia de COVID-19, diferindo no tempo o pagamento das quantias devidas, e, por último, fixou em 31 de março de 2023 o termo do prazo para a abertura do novo concurso. Até à data, esse concurso ainda não foi aberto.
- 7 As recorrentes, que gerem atividades de jogo e de apostas relativas ao bingo com base em concessões que já caducaram e operam em regime de prorrogação técnica, considerando que se encontram numa situação de dificuldade financeira gravíssima – quer no que diz respeito aos efeitos da pandemia de COVID 19, quer pelo efeito da aplicação da regulamentação anteriormente descrita, que, entre outras coisas, introduziu a onerosidade das concessões, ao obrigar ao pagamento de uma taxa mensal –, apresentaram à ADM um pedido de suspensão imediata da referida taxa até ao restabelecimento das condições de equilíbrio económico-financeiro iniciais, bem como, em qualquer caso, um pedido de reajustamento das taxas devidas com base na sua capacidade contributiva efetiva.

- 8 Em particular, as recorrentes requereram à ADM que não aplicasse as disposições jurídicas supramencionadas, por serem contrárias aos artigos 15.º, 16.º, 20.º e 21.º da Carta, 3.º TUE e 8.º, 49.º, 56.º, 12.º, 145.º e 151.º TFUE.
- 9 Por nota de 18 de novembro de 2020, a ADM indeferiu o pedido, com o fundamento de que não podia alterar, através de uma medida administrativa, os efeitos de uma disposição legislativa.
- 10 As recorrentes interpuseram recurso desse indeferimento, em primeiro lugar, perante o TAR per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio), o qual – tendo tido também em consideração o Acórdão da Corte costituzionale (Tribunal Constitucional, Itália) n.º 49/2021, que tinha declarado improcedentes algumas dúvidas acerca da constitucionalidade da Lei n.º 205/2017 – negou provimento ao recurso.
- 11 Em seguida, interpuseram recurso perante o órgão jurisdicional de reenvio. Em particular, as recorrentes invocam a ilegalidade das disposições legislativas aplicadas pela ADM na decisão impugnada, tanto do ponto de vista do direito constitucional nacional, como do do direito da União Europeia.
- 12 Sustentam que o facto de a taxa de prorrogação técnica estar prevista numa disposição legislativa não pode justificar uma prática que prive a ADM do poder discricionário de adotar atos administrativos destinados a reequilibrar as condições económico-financeiras de exploração das concessões, nos casos em estas sejam negativamente afetadas por acontecimentos imprevisíveis. A esse respeito, as medidas de suspensão temporária do pagamento dessa taxa, adotadas pelo legislador durante o período de encerramento das salas de jogo devido à pandemia de COVID-19, não foram suficientes, uma vez que a obrigação de pagamento não foi suprimida, mas apenas diferida, e que, depois da reabertura, a atividade sofreu uma considerável redução, enquanto os custos de gestão aumentaram.
- 13 Além disso, alegam que houve uma violação do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos (que transpõe para o ordenamento jurídico italiano o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE), no que respeita à inexistência de renegociação do equilíbrio económico da concessão, a qual – embora implique, pela sua natureza, uma transferência do risco de exploração para o concessionário, que auferi a maior parte das receitas decorrentes da comercialização dos serviços – não exclui a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, serem tidos em conta os efeitos de condições de exploração excecionais e modificada a relação contratual de concessão em execução.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 14 Antes de mais, o órgão jurisdicional de reenvio afirma que, entre os dois possíveis reenvios prejudiciais sugeridos pelas recorrentes – reenvio ao Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir, também, «Tribunal de Justiça») ou à Corte

costituzionale (Tribunal Constitucional) –, o primeiro deve ser considerado prioritário, dado que o órgão jurisdicional de reenvio é juiz de última instância e a interpretação do direito da União é relevante para efeitos da decisão sobre o litígio.

- 15 **Em primeiro lugar**, o órgão jurisdicional de reenvio observa que as recorrentes apresentaram elementos suscetíveis de demonstrar que as condições de exploração das concessões, em particular a sustentabilidade dos custos de gestão, foram gravemente comprometidas na sequência da pandemia de COVID-19, enquanto a Corte costituzionale (Tribunal Constitucional), no seu Acórdão n.º 49/2021, no qual o TAR (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) se baseou, se tinha pronunciado sobre dados relativos a 2019, ou seja, anteriores à crise sanitária.
- 16 Além disso, embora a reabertura das salas de jogo (que ocorreu progressivamente a partir de maio de 2021) e a suspensão temporária da obrigação de pagamento da taxa, acompanhada do fracionamento das quantias devidas (sem as eliminar), tenham permitido a subsistência das atividades, tais medidas, por si só, não bastaram para melhorar a situação dos concessionários de jogo do bingo que operam em regime de prorrogação técnica.
- 17 **Em segundo lugar**, assinala que, uma vez que se trata de concessões adjudicadas, mediante procedimento concursal, em 2000, cujo prazo de vigência posteriormente expirou e que foram reiteradamente prorrogadas através de disposições legislativas, a última das quais remonta a 2017, deveria ser aplicável a Diretiva 2014/23/UE. A esse respeito, o órgão jurisdicional de reenvio invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual, embora «a legislação da União aplicável a um contrato de concessão [seja], em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar» e sejam «inaplicáveis as disposições de uma diretiva cujo prazo de transposição expirou após esse momento», não é menos certo que «a legislação da União à luz da qual essa modificação deve ser apreciada é a que está em vigor à data dessa modificação. O Tribunal precisou, neste contexto, que o facto de a celebração do contrato de concessão inicial ser anterior à adoção das regras de direito da União na matéria não traz consequências a este respeito» [Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2021, Sisal e o. (C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, n.ºs 24 e 28 e jurisprudência referida)].
- 18 Além disso, no caso de o Tribunal de Justiça considerar que a diretiva procedeu, não apenas a uma aproximação das legislações, mas a uma harmonização exaustiva, «todas as medidas nacionais num domínio que foi objeto de harmonização completa [...] devem ser apreciadas não à luz das disposições do direito primário mas à luz das disposições dessa medida de harmonização» [Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2021, Sisal e o. (C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, n.º 32 e jurisprudência referida)].
- 19 O órgão jurisdicional de reenvio considera aplicável, em particular, o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, interpretado à luz da definição de «concessão» que

consta do artigo 5.º e dos princípios enunciados nos considerandos 75 e 76 da mesma. Por força dessa disposição, podem ser realizadas, a título excepcional, modificações das concessões já existentes, em particular quando estiverem previstas no contrato inicial e a prossecução da relação contratual de concessão seja inviável por razões económicas ou técnicas.

- 20 Essa norma foi transposta para o direito nacional, nomeadamente, pelo artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos, nos termos do qual, tendo em conta que, por definição, as concessões implicam a transferência do risco de exploração para o concessionário, o qual é remunerado através da atribuição da maior parte das receitas de exploração, devem ser mantidas as condições normais de exploração a fim de preservar o equilíbrio económico e financeiro da concessão. Caso contrário, a concessão pode prever vários mecanismos de correção, mesmo sob a forma de contribuições públicas.
- 21 O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre a questão de saber se podem ser consideradas compatíveis com a Diretiva 2014/23/UE
- a) por um lado, a interpretação dada pela ADM à legislação italiana em matéria de concessões relativas ao jogo do bingo, a qual não reconhece à administração o poder de adotar, a pedido dos interessados, medidas de alteração das condições de exploração das concessões, com abertura, ou não, de um novo procedimento concursal (em função de a renegociação do equilíbrio contratual ser ou não considerada uma «modificação substancial»), nos casos em que se verifiquem acontecimentos imprevistos e não imputáveis às partes, que afetem significativamente as condições normais de risco de exploração,
 - b) por outro, a legislação nacional que previu a prorrogação técnica das concessões que já tinham caducado, enquanto se aguardava a abertura de um novo concurso, sujeitando essa prorrogação, e a própria possibilidade de participação no futuro concurso, ao pagamento de uma taxa mensal, que foi objeto de consideráveis aumentos ao longo do tempo. Além disso, essa taxa é fixada em abstrato e sem nenhuma avaliação, em concreto, das condições económicas de cada concessão, com efeitos potenciais de alteração do equilíbrio geral da concessão.
- 22 **Em terceiro lugar**, e por último, no caso de o Tribunal de Justiça não considerar aplicável a Diretiva 2014/23/UE, o órgão jurisdicional de reenvio declara que tem dúvidas quanto à compatibilidade da prática e das disposições de direito nacional referidas no número anterior com os princípios gerais consagrados nos artigos 15.º, 16.º, 20.º e 21.º da Carta, 3.º TUE e 8.º, 49.º, 56.º, 12.º, 145.º e 151.º TFUE, e, em particular, com os princípios da liberdade de estabelecimento, da livre prestação de serviços e da proteção da confiança legítima. A esse respeito, invoca a interpretação que foi dada pelo Tribunal de Justiça a esses princípios gerais, no Acórdão de 2 de setembro de 2021, Sisal e o. (C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672).

- 23 A esse respeito, mesmo admitindo que a adoção do regime da prorrogação técnica das concessões em causa seja justificada pela necessidade de alinhamento dos prazos das concessões em curso, a fim de proceder à aplicação das disposições do direito da União segundo as quais os contratos públicos de concessão, depois de ter expirado o seu prazo de vigência, devem voltar a ser adjudicados mediante procedimentos concursais abertos à concorrência, esse regime parece estar em contradição com o disposto nos artigos 49.º e 56.º TFUE, uma vez que estabelece restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços que, atendendo ao modo como foram concebidas e reiteradas em concreto, suscitam dúvidas quanto à sua efetiva necessidade, adequação e proporcionalidade e à utilidade do meio relativamente ao objetivo prosseguido.

DOCUMENTO DE TRABALHO