CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 23 de Outubro de 1997 *

I — Introdução

1. Através do presente pedido de decisão prejudicial, o Raad van State van België pede ao Tribunal de Justiça que precise o alcance de um dos seus acórdãos anteriores [1] no qual interpretou as Directivas 71/304/CEE [2] e 71/305/CEE [3] decidindo que as sociedades *holding* podem ser inscritas nas listas de empreiteiros aprovados para participar em concursos, desde que essas sociedades demonstrem que têm efectivamente à disposição os meios necessários à execução das empreitadas. O que está em causa no presente processo é a questão de saber se existe ou não a obrigação a cargo dos Estados-Membros de terem em conta a posição dominante que uma sociedade *holding* possui relativamente às sociedades do grupo.

II — Os factos do processo

2. As circunstâncias que originaram a questão prejudicial que agora é submetida ao Tribunal de Justiça são as mesmas do processo C-389/92, no qual o Tribunal de Justiça proferiu o referido acórdão de 14 de Abril de 1994, e cuja parte decisória é objecto do presente pedido de interpretação.

3. Nesse processo, para o qual remeto para uma mais completa reconstituição dos elementos de facto e de direito do presente litígio, o Tribunal de Justiça decidiu que «a Directiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre circulação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou sucursais, e a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, devem ser interpretadas no sentido de que permitem, para efeitos de apreciação dos critérios que o empreiteiro deve satisfazer aquando da análise de um pedido de aprovação apresentado por uma pessoa colectiva dominante no seio de um grupo, tomar em consideração as sociedades que pertencem a esse grupo, na medida em que a pessoa colectiva em causa prove que pode efectivamente dispor dos meios dessas sociedades necessários à execução das empreitadas. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se essa prova foi feita no processo principal».

* Língua original: italiano.

1 — Acórdão de 14 de Abril de 1994, Ballast Nedam Groep (C-389/92, Colect., p. I-1289).

2 — Directiva do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou de sucursais (JO L 185, p. 1; EE 06 F1 p. 129).

3 — Directiva do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9).

4. O juiz de reenvio pede actualmente, também à luz das conclusões apresentadas pelo advogado-geral G. Gulmann, no referido processo [4], qual é o sentido exacto do termo «permitem» utilizado na parte decisória do referido acórdão e se essa expressão deixa uma margem de discricionariedade aos Estados-Membros para a concessão da autorização em questão.

Em caso afirmativo, em que casos e por que motivos devem então ser tomadas em consideração as sociedades que pertencem à pessoa colectiva dominante no seio de um grupo?»

III — Análise do litígio

A fim de resolver o litígio que lhe foi submetido, o Raad van State van België apresentou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«Deve o termo "permitem", utilizado na proposição "permitem... tomar em consideração" que figura no dispositivo do acórdão de 14 de Abril de 1994 no processo C-389/92, ser entendido como significando "devem"?

Se o termo "permitem" utilizado na referida proposição não pode ser entendido como "devem", tal significa que o Estado-Membro em causa dispõe na matéria de um poder discricionário, mesmo que esteja satisfeita a condição estabelecida pelo Tribunal?

5. A questão colocada ao Tribunal de Justiça é resolvida enquadrando o termo controvertido «permitem» no contexto do referido acórdão. É manifesto que o Tribunal de Justiça utilizou essa expressão fazendo referência ao espírito das Directivas 71/304 e 71/305 pelas quais a Comunidade pretendeu liberalizar o sector das empreitadas de obras públicas e permitir às empresas europeias participar nos concursos nos Estados-Membros, removendo, assim, os obstáculos que se opunham à efectiva realização de um mercado aberto no que diz respeito à prestação de serviços em causa [5]. Efectivamente, o Tribunal de Justiça pretendeu garantir a possibilidade de as empresas dos outros Estados-Membros participarem, em pé de igualdade, com as empresas do Estado-Membro em questão nos concursos regulamentados pela Directiva 71/305.

É evidente, a este respeito, que a possibilidade de um Estado-Membro exercer um poder discricionário, quanto à aprovação em questão, a qual pode constituir um pressu-

4 — Conclusões de 24 de Fevereiro de 1994, Colect., p. I-1291.

5 — V. o sétimo e nono considerandos da Directiva 71/305.

posto para a participação nos concursos, privaria de todo o conteúdo a regra contida no artigo 28.°, n.° 4, da Directiva 71/305, segundo a qual: «para a inscrição dos empreiteiros dos outros Estados-Membros nessa lista, apenas podem ser exigidas as provas e declarações pedidas aos empreiteiros nacionais e, seja como for, nunca mais do que as previstas nos artigos 23.° a 26.°»

6. Além disso, é recordado que o Tribunal de Justiça no acórdão anterior utilizou o termo «permitem» que é precisamente o que o juiz de reenvio tinha utilizado para a formulação da questão prejudicial colocada nessa altura. Essa expressão deve, por conseguinte, ser entendida à luz do acórdão em causa e explica-se tendo em conta a condição imposta pelo Tribunal de Justiça que exige a este respeito que «a pessoa colectiva em causa prove que pode efectivamente dispor dos meios dessas sociedades (as sociedades do grupo) necessários à execução das empreitadas».

7. Por conseguinte, resulta do que precede que o Estado-Membro não dispõe de qualquer poder discricionário, quanto à decisão de autorização das *holdings*, quando as condições previstas pelo Tribunal de Justiça estejam preenchidas. Por outro lado, no entanto, compete ao Estado-Membro verificar que essas condições estão efectivamente preenchidas pela sociedade *holding*. Para esse efeito, em meu entender, o Estado-Membro deve definir critérios idóneos, que permitam determinar as modalidades segundo as quais um grupo de sociedades pode ser considerado que dá as garantias adequadas para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos aquando de uma eventual adjudicação de um contrato.

8. Não dissimulo que na matéria *de qua* seria desejável a intervenção do legislador comunitário para harmonizar e coordenar as diferentes disposições do direito das sociedades que regulamentam a responsabilidade do grupo e, individualmente, das sociedades que dele fazem parte, relativamente aos compromissos assumidos pela sociedade dominante do grupo aquando da adjudicação do concurso. Efectivamente, existem delicados problemas que resultam da equiparação de um grupo tomado no seu conjunto à figura do simples empreiteiro. Tratam-se de questões de alcance mais vasto que, como disse anteriormente, mereceriam uma reflexão mais profunda aquando da elaboração das normas aplicáveis. O advogado-geral G. Gulmann, nas suas conclusões [6] relativas ao processo C-389/92, fez-lhe referência e tinha precisamente chamado a atenção do Tribunal de Justiça para que desse uma resposta geral e abstracta, preferindo, pela sua parte, resolver pontualmente o caso em apreço submetido ao exame do Tribunal de Justiça.

9. Problemas como os oriundos de situações de conflito de interesses entre a sociedade dominante de um grupo e as sociedades participantes ou os relativos à inadaptação do objecto social das sociedades que deveriam, em definitivo, realizar as obras objecto de uma adjudicação, poderiam, com efeito, causar graves inconvenientes à entidade adjudicante se não fossem detectados e resolvidos

6 — Conclusões citadas na nota 4.

atempadamente. Por outro lado, é bom ter presente a este respeito que a jurisprudência dos tribunais nacionais em matéria de conflito de interesses no interior de um grupo ou de nulidade de um acto por ser contrário ao objecto social, resulta, em regra geral, de situações em que o credor da sociedade participada ou o sócio minoritário pretende prevalecer-se do vício do negócio impugnado para impedir que parte do património da sociedade participada lhe escape e seja acrescida ao da sociedade *holding* ou, ainda, para invocar a responsabilidade patrimonial da sociedade dominante. A jurisprudência dos tribunais nacionais tentou responder a esses problemas encontrando, segundo as circunstâncias, soluções que, mesmo que sejam susceptíveis de melhorias, permitem em larga medida fazer face à dupla exigência de garantir um correcto e são desenvolvimento das transacções comerciais e garantir a transparência das relações entre credores, sócios e sociedades [7].

10. No caso agora submetido ao Tribunal de Justiça a situação está, essencialmente, invertida: o credor em questão é a entidade adjudicante e o seu co-contrante é a sociedade *holding* que executa o contrato por intermédio das suas sociedades. As relações que existem entre a *holding* e as sociedades do grupo podem ser as mais diversas no que diz respeito ao alcance da participação e à própria natureza do vínculo jurídico que as liga. A influência do direito nacional das sociedades pode, além disso, ter um papel determinante no que diz respeito à imagem e à estrutura do grupo. Nesta situação, a entidade adjudicante poderia, definitivamente, ser penalizada pela circunstância de não poder válida e eficazmente exigir nesses casos da sociedade *holding* e, o que é mais importante, das diferentes sociedades do grupo que cumpram os compromissos assumidos pela *holding* aquando da adjudicação do concurso [8]. Noutros termos, é necessário que estejam reunidas as condições necessárias para que as sociedades do grupo sejam efectivamente sujeitas à obrigação da execução prevista, que deve ter a forma de uma obrigação juridicamente vinculativa [9]. Assim, o quadro em que se integra esta problemática complica-se consideravelmente se se pensar nas consequências que resultam do facto, mesmo no interior do grupo, de as legislações em matéria de direito das sociedades de diferentes Estados-Membros serem aplicáveis ao mesmo tempo e de que daí resulta inevitavelmente o recurso a normas de direito internacional privado, frequentemente insuficientes para permitir a quem as interpreta sair do labirinto jurídico em que se encontra e sobretudo para garantir uma total equivalência entre as normas de Estados com tradi-

7 — V., a este respeito, *ex mutis*, para uma abordagem comparativa, Wooldridge, F.: «Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws», in *European Company Laws — A comparative Approch*, Aldershot, 1991, p. 103; Cerrai, A., Mazzoni, A.: «La tutela del socio e delle minoranze», in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milão, 1993, p. 339; Hopt, K. J.: «Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies», *ibidem*, p. 715; Grierson, C. K.: «Shareholders liability, Consolidation and Pooling», in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, Londres, 1994, p. 205.

8 — A situação que aqui se apresenta é, de facto, análoga à das empresas que celebram subempreitadas com terceiros. A este respeito, a Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que modifica a Directiva 71/305 (JO L 210, p. 1), embora não seja aplicável *ratione temporis* ao caso em apreço, introduziu o artigo 20.°-B que prevê que, «no caderno de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar ao proponente que lhe comunique, na respectiva proposta, qual a parte no contrato que tenciona eventualmente subcontratar com terceiros. Esse comunicação não prejudica a questão da responsabilidade do empresário principal».

9 — V., a este respeito, as observações de Rossi, G. a propósito do acórdão de 14 de Abril de 1994 na *Giurisprudenza italiana*, parte I, secção I, coluna 545, 1995.

ções e concepções diferentes no plano do direito [10].

11. O princípio de direito estabelecido pelo Tribunal de Justiça no referido acórdão impõe, por conseguinte, em minha opinião, aos Estados-Membros, além do cumprimento do princípio da não discriminação, que se traduz no caso em apreço pela proibição de exercer qualquer discricionariedade ao conceder a autorização em questão, também a obrigação de provar especial diligência aquando da fixação e da aplicação de regras objectivas e transparentes susceptíveis de garantir, no âmbito das regras aplicáveis no Estado-Membro em causa, o cumprimento efectivo das condições indicadas pelo Tribunal, isto é, que a sociedade em causa tenha efectivamente a plena disponibilidade dos meios necessários para a execução do contrato. Se essa prova não for feita, o jogo correcto da concorrência seria efectivamente falseado permitindo a grupos de sociedades que não dispõem de meios adequados, tanto no aspecto jurídico como no aspecto técnico e económico, participar, em igualdade de condições, nos concursos, ao lado de candidatos que, por sua vez, são plenamente idóneos.

IV — Conclusão

12. À luz das considerações acima referidas, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial apresentada pelo Raad van State van België do seguinte modo:

«O termo "permitem" utilizado na parte decisória do acórdão de 14 de Abril de 1994 no processo C-389/92 deve ser entendido como "devem".

10 — A exigência para que um grupo de empresas possa participar num concurso tenha uma forma jurídica específica é admitida pelo artigo 21.° da Directiva 71/305, segundo o qual «os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a concorrer. A adopção por tais agrupamentos de uma determinada forma jurídica não pode ser exigida para a apresentação da proposta, mas o agrupamento admitido pode ser obrigado a adoptar essa forma no caso de a empreitada lhe haver sido adjudicada». Naturalmente, no caso de uma *holding*, esta regra pode dar origem a diferentes interpretações, consoante se considerar o grupo no seu conjunto como uma única entidade, caso em que o artigo 21.° não é aplicável, ou se a norma em questão é aplicável à proposta da *holding*, exigindo, por conseguinte, eventualmente que as sociedades articuladas em grupo tenham uma forma jurídica bem definida.

No entanto, compete às autoridades nacionais garantir o cumprimento da condição que é subordinada a essa obrigação de equiparação e, em especial, garantir que seja assegurada a plena disponibilidade dos meios necessários à execução do contrato mediante o recurso a critérios não discriminatórios e susceptíveis de garantir eficazmente também os direitos e legítimas expectativas das entidades adjudicantes.»