CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ
apresentadas em 26 de Fevereiro de 1992 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — Matéria de facto

1. No presente processo, a Comissão acusa a Itália de, ao adoptar a Lei n.° 80/87 relativa às disposições extraordinárias que visam acelerar a execução de obras públicas [1], ter violado o artigo 59.° do Tratado CEE, bem como a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [2].

2. Esta directiva foi transposta para o ordenamento jurídico italiano pela Lei n.° 584/77, de 8 de Agosto de 1977.

3. A lei objecto de litígio foi promulgada em 17 de Fevereiro de 1987 e aplicou-se, após ter sido prorrogada a sua vigência, até 15 de Março de 1991. A referida lei previa um processo limitado, ao qual podiam recorrer as administrações nacionais, as regiões, os organismos públicos autónomos, as colectividades territoriais e os organismos públicos não económicos responsáveis pela realização de algumas obras públicas. Tinha por objectivo permitir a aceleração dos programas de construção das referidas entidades, através de uma adjudicação global do conjunto das obras inseridas num determinado projecto — desde a elaboração dos projectos aos trabalhos de manutenção que, eventualmente, se revelassem necessários após a conclusão das obras.

4. A Comissão, considerando algumas disposições da lei contrárias à directiva e/ou ao artigo 59.° do Tratado CEE, intentou a presente acção, após o decurso da fase pré-contenciosa. Na sua petição inicial, a Comissão apresentou seis acusações e concluiu pedindo que o Tribunal se digne:

1) declarar que a República Italiana, ao adoptar a Lei n.° 80/87, estabelecendo disposições extraordinárias que visam acelerar a execução de obras públicas, que contém disposições incompatíveis com a regulamentação comunitária em matéria de empreitadas de obras públicas, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 59.° do Tratado CEE bem como da Directiva 71/305/CEE, 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);

2) condenar a República Italiana nas despesas.

Na contestação, a demandada conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso improcedente.

* Língua original: alemão.

1 — GURI *(Jornal Oficial da República Italiana)* n.° 61, de 14.3.1987.

2 — Directiva do Conselho de 26 de Julho de 1971 (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9).

5. Na réplica, a Comissão renunciou a três das acusações anteriormente formuladas, tal como resulta da descrição detalhada do relatório para audiência (n.° 21, juntamente com os n.os 10,12 e 13 do relatório para audiência). Com efeito, a Comissão aceitou a argumentação da República Italiana segundo a qual a Lei n.° 80/87 se insere no quadro geral do processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas definido pela Lei n.° 584/77 e que não se afasta, nem quanto à sua letra nem quanto ao seu espírito, das disposições desta última; a Lei n.° 80/87 regia o comportamento das entidades adjudicantes de tal modo que estas deviam respeitar as regras materiais e de processo que se inseriam na liberdade de escolha disciplinada — de acordo com a directiva — pela Lei n.° 584/77. Assim, esta última continuava aplicável aos processos que tivessem por objecto uma adjudicação global, na acepção da Lei n.° 80/87.

6. Durante a audiência, a Comissão abandonou uma outra acusação, ainda em virtude das declarações do Governo italiano. Tratava-se da acusação dirigida contra o artigo 3.°, n.° 2, da Lei n.° 80/87. A petição inicial considerava a este propósito que, na medida em que a disposição em causa previa que o convite a concorrer só podia ser enviado às empresas que pudessem apresentar um certificado de inscrição no Albo nazionale dei costruttori (registo nacional das empresas de construção), a mesma era incompatível com artigo 22.°, n.° 1, da Directiva 71/305, bem como com o artigo 59.° do Tratado CEE.

7. No entanto, durante a audiência, a Comissão referiu-se a uma declaração do Governo italiano segundo a qual a Lei n.° 80/87 deveria ser interpretada de acordo com as disposições gerais da Lei n.° 584/77 (que transpôs a directiva). Por outro lado, o Governo italiano referiu um decreto do presidente do Conselho de Ministros (n.° 55, de 10 de Janeiro de 1991) que continha, de certo modo, uma interpretação vinculativa das disposições da Lei n.° 80/87. Este esclarecimento, juntamente com as garantias do Governo italiano, permitiu que a Comissão renunciasse ao fundamento referido.

8. Nestas conclusões analisarei as duas restantes acusações, a respeito das quais a demandada não invocou a possibilidade de se proceder a uma interpretação, conforme à Lei n.° 584/77, do conteúdo das disposições em causa. Para uma análise mais pormenorizada remete-se para o para audiência.

B — Análise

9. *I.1.* A Comissão contesta, no n.° 5.3. da petição inicial, o artigo 2.°, n.° 1, da Lei n.° 80/87 que previa, em relação ao convite a concorrer (que emana da entidade adjudicante), o seguinte:

«O convite a concorrer deve prever que o adjudicatário deve confiar uma parte, representando 15 a 30 %[3] das obras, a empresas... que tenham a sua sede social na região onde as obras são executadas».

A Comissão considera que esta disposição violava o artigo 59.° do Tratado CEE. Com

3 — Durante o processo pré-contencioso, na petição inicial e no relatório para audiência, a percentagem de 50 % foi indicada como sendo a máxima permitida. No entanto, o texto da lei refere que são 30 %.

efeito, restringiria a liberdade de prestação de serviços, na medida em que favorecia as empresas que tivessem a sua sede na região em que os trabalhos eram executados, sendo assim discriminatória em relação às empresas estabelecidas nos outros Estados-membros.

10. *2.* A República Italiana respondeu a este respeito, com dois argumentos.

11. a) Durante o processo pré-contencioso, bem como no decurso da fase escrita no Tribunal de Justiça, afirmou que esta norma visava compensar os inconvenientes que resultavam, para as pequenas e médias empresas, do princípio previsto na lei, segundo o qual vários trabalhos diferentes seriam adjudicados através de um contrato único. Com efeito, tal princípio privaria essas empresas de contratos que apenas teriam interessado às empresas da região em causa se os mesmos tivessem sido adjudicados separadamente. Na réplica, a demandada acrescentou ainda que se tratava de obras de importância menor, que se encontram excluídas do espaço natural do mercado em causa, que é necessariamente um mercado local.

12. b) Durante a audiência, pelo contrário, baseou-se num argumento fundado no interesse das empresas (adjudicatárias) dos outros Estados-membros. Afirmou que estas empresas têm, de todo o modo, interesse em mandar executar por empresas locais uma parte das obras adjudicadas, na medida em que uma empresa de outro Estado-membro não se desloca, em geral, com toda a sua organização e com todo os seu pessoal para o Estado-membro onde os trabalhos são executados. A norma em causa estava de acordo com o comportamento normal de toda em qualquer empresa estabelecida no estrangeiro e não continha, portanto, qualquer restrição à liberdade de prestação de serviços. Neste contexto, refere-se também a um outro processo relativo a outra lei italiana, entretanto revogada, que a Comissão considerava incompatível com o artigo 59.° A Comissão considerou que ao *restringir* a possibilidade de os adjudicatários mandarem executar as obras por empresas terceiras, esta lei era discriminatória em relação às empresas de outros Estados-membros, na medida em que estas são normalmente obrigadas a mandar executar os trabalhos menos especializados por empresas locais. Nesta perspectiva, admitida pelo Governo italiano, seria ilógico, na sua opinião, vir agora contestar uma disposição que tem em conta a situação das empresas estrangeiras.

13. *3.* Considerando a questão na sua globalidade, convém começar por notar que a norma impugnada tem consequências negativas em relação a duas categorias de empresas estabelecidas nos outros Estados-membros. Trata-se, por um lado, das empresas que devem ser tidas em conta como subempreiteiras do adjudicatário, no lugar das empresas locais estabelecidas no Estado-membro recorrido, sempre que o adjudicatário não possa ou não queira executar directamente alguns trabalhos. Trata-se, por outro lado, dos adjudicatários que estão dispostos e têm condição para executar directamente a totalidade dos trabalhos, mas que estão impedidos de o fazer pelo artigo 2.°, n.° 1, da Lei n.° 80/87.

14. Não nos ocuparemos aqui da questão de saber de que modo deve o prejuízo sofrido por aquele último grupo ser considerado à luz do artigo 59.° do Tratado CEE. Limitamo-nos a verificar que o primeiro grupo referido sofre, sem qualquer dúvida, uma discriminação. Com efeito, está fora de

questão que a essas empresas sejam confiados trabalhos que os adjudicatários devem conceder, nos termos da quota aplicável, a empresa que tenham a sua sede na respectiva região. Assim, por aplicação da disposição em causa, as prestações de serviços de empresas nacionais são favorecidas na mesma proporção em que as prestadoras de seviços de outros Estados-membros são prejudicadas.

15. Portanto, se estes factos estiverem abrangidos pela proibição das restrições à liberdade de prestação de serviços, definida pelo artigo 59.° do Tratado CEE, pouco importa que, em cada caso particular, apenas algumas das empresas nacionais sejam favorecidas na perspectiva das suas prestações de serviços, enquanto que as outras empresas nacionais sofrem, a este propósito, as mesmas restrições que as empresas dos outros Estados-membros [4]. Com efeito, está esclarecido desde o acórdão Du Pont de Nemours [5], relativo a uma questão similar no domínio da livre circulação de mercadorias, que uma tal circunstância em nada altera a discriminação verificada. O Tribunal declarou neste acórdão:

«... se nem todos os produtos do Estado-membros em questão são favorecidos em relação aos produtos estrangeiros, não é menos verdade que todos os produtos que beneficiam do regime preferencial são produtos nacionais».

16. O facto de se tratar de uma norma discriminatória permanece, mau grado o argumento do Governo italiano segundo o qual, de qualquer modo, os adjudicatários dos outros Estados-membros confiavam normalmente alguns trabalhos às empresas que tinham a sua sede na respectiva região (de modo que os subempreiteiros potenciais de outros Estados-membros não seriam concretamente prejudicados). Mesmo que uma empresa de outro Estado-membro tenha interesse, num caso particular, em não executar directamente determinados trabalhos, dando-os em execução a uma empresa terceira, não se percebe todavia, em particular no caso das obras realizadas em regiões de fronteira, por que razão argumentos de ordem económica levariam a contratar com uma empresa estabelecida na respectiva região (do Estado de acolhimento).

17. Também não estou convencido quando o Governo italiano se fundamenta no interesse do potencial subempreiteiro de um outro Estado-membro, e afirma que certos trabalhos apenas teriam interesse para as empresas favorecidas. Este interesse depende, nomeadamente, da natureza e da dimensão dos trabalhos, bem como do tamanho e da especialização, ou do grau de diversificação da empresa. A circunstância formal de a *sede* social da empresa se encontrar na respectiva região não é, certamente, a única decisiva na matéria.

18. Portanto, visto que se trata de uma medida discriminatória, ela só seria compatível com o Tratado se estivesse abrangida por uma disposição expressa deste [6], que derrogasse o artigo 59.°. A única disposição pertinente, a este título, é o artigo 56.° do Tratado, para o qual remete o artigo 66.°. Nenhuma das considerações ali mencionadas (ordem pública, segurança pública e saúde pública) é aplicável no caso em análise. Não se verifica, em particular, qualquer razão de

4 — Acórdãos de 20 de Março de 1990, Du Pont de Nemours Italiana, n.os 12-13 (C-21/88, Colect. p. I-889) e de 11 de Julho de 1991, Laboratori Bruneau (C-351/88, Colect. p. I-3641) (sobre o artigo 30.° do Tratado CEE); acórdão de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos, n.° 25 (C-353/89, Colect. p. I-4069) (sobre o artigo 59.°).

5 — V. nota anterior.

6 — Acórdão de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders, n.° 32 (352/85, Colect. p. 2085).

ordem pública o que presssuporia, com efeito, a existência de uma ameaça real e suficientemente grave, que afectasse um interesse fundamental da sociedade[7]. Nem a finalidade global da lei (execução acelerada das empreitadas de obras públicas), nem a do artigo 2.°, n.° 1 (compensação dos inconvenientes decorrentes do princípio da adjudicação global), correspondem a estas exigências estritas; independentemente disto, nada permite que se pense que uma das duas finalidades mencionadas, ou ambas, só poderiam ser alcançadas através da discriminação impugnada em causa. O artigo 2.°, n.° 1, da Lei n.° 80/87 era, portanto, contrário ao artigo 59.° do Tratado CEE. A acusação feita pela Comissão deve ser, por isso, considerada procedente.

19. *II.* A Comissão constesta também o artigo 3.°, n.° 3, da lei objecto de litígio, que dispõe:

«Quando o número de empresas interessadas for superior a quinze, a autoridade ou o organismo adjudicante deve convidar pelo menos quinze empresas a apresentar propostas. Aquando da escolha das empresas convidadas, deve dar-se *preferência* às associações temporárias de empresas e consórcios em que participem *empresas* que... exerçam a sua actividade principalmente *na região em que são realizadas as obras*» [8].

20. *1.* Desde logo, convém referir que a acusação da Comissão não se refere nem à exigência de se dever convidar um certo número mínimo de empresas, nem ao facto de as associações temporárias de empresas e os consórcios serem favorecidos. A Comissão contesta apenas o facto de empresas, cuja actividade se caracteriza pela referida dominante regional, deverem fazer parte das associações beneficiadas.

21. *2.* Na medida em que a Comissão considera que tal constitui uma violação do artigo 59.° do Tratado CEE, há que dar-lhe razão sem reserva. Trata-se de uma forma dissimulada de discriminação, visto que não se baseia nem na nacionalidade, nem na sede das empresas, mas em que as empresas dos outros Estados-membros estão menos bem colocadas do que as empresas nacionais, em função do critério de distinção adoptado[9]. Com efeito, e tal como a Comissão referiu, sem que tenha sido contestada, o critério adoptado (exercício da actividade principalmente na região em que são realizadas as obras) é, na verdade, preenchido com muito mais frequência pelas empresas nacionais do que pelas estrangeiras.

22. O argumento do Governo italiano segundo o qual as empresas dos outros Estados-membros tinham, do mesmo modo que as empresas nacionais, a possibilidade de se associar com as empresas beneficiadas, não é pertinente. Independentemente da questão de saber se as hipóteses de uma tal associação são idênticas para as empresas nacionais e para as de outros Estados-membros — o que a Comissão contesta — não se pode deixar de considerar o facto de esta operação poder não ser comercialmente desejável, ou mesmo ser inoportuna, para uma empresa de outro Estado-membro. A liberdade

7 — Acórdão de 27 de Outubro de 1987, Boucherau, n.° 35 (30/77, Colect. p. 1999).

8 — O sublinhado é nosso.

9 — V. sobre este ponto, por exemplo, o acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, n.° 8 (C-3/88, Colect. p. 4035).

de empresa, que o artigo 59.° pretende tutelar, implica que as empresas se possam abster desse procedimento. Nesta perspectiva, convém notar que, entre dois interessados — uma empresa de *outro Estado-membro* e uma empresa «local» — que pretendam propor a mesma construção e que tomaram do mesmo modo, sózinhos ou em conjunto com outras empresas, a decisão de apresentar uma proposta em função das suas condicionantes próprias, o artigo 3.°, n.° 3, dá preferência à empresa «local». Assim, consideramos demonstrado o efeito discriminatório desta disposição, independentemente da questão litigiosa anteriormente mencionada.

23. Na medida em que também aqui não se verificam quaisquer dos fundamentos justificativos previstos pelo artigo 56.° do Tratado CEE, deve considerar-se como procedente a acusação da Comissão baseada no artigo 59.° do Tratado.

24. *3.* A acusação seguinte da Comissão, segundo a qual a exigência em análise infringe o artigo 22.° da Directiva 71/305, deve também ser considerada procedente.

25. Desde logo, convém referir que depois da resposta do Governo italiano à carta de notificação de incumprimento, as partes não contestam que os contratos realizados ao abrigo da Lei n.° 80/87 se referem a prestações que relevam, nos termos do artigo 1.°, alínea b), da directiva, do domínio de aplicação desta; as partes aceitam também que a aplicabilidade desta disposição de direito comunitário não é posta em causa pelo facto de o contrato, tal como o prevê a Lei n.° 80/87, poder ter por objecto outras prestações.

26. Relativamente à compatibilidade do artigo 3.°, n.° 3, da lei com o artigo 22.° da directiva, a Comissão parte do princípio de que, nos termos desta última disposição, a escolha dos candidatos *só* pode ser efectuada «com base nas informações fornecidas em virtude das disposições da alínea d) do artigo 17.°». A Comissão parece inclinada a responder negativamente à questão de saber se os Estados-membros dispõem de margem de manobra para a aplicação de critérios suplementares [10] inspirados, por exemplo, em motivos de política económica [11]. Se esta perspectiva for pertinente verifica-se, sem qualquer dúvida, uma violação do artigo 22.°, na medida em que o critério definido pelo n.° 3 do artigo 3.° da lei não tem nada em comum com as informações previstas pelo artigo 17.°, alínea d), da directiva. Mesmo que se interprete o artigo 22.° no sentido em que este permite uma certa margem de manobra aos Estados-membros, na acepção que acabámos de referir, esta só poderá ser utilizada em conformidade com o segundo parágrafo deste artigo. Este dispõe que:

«Cada um dos Estados-membros assegurará que, nas mesmas condições que os seus na-

10 — Relativamente aos critérios mencionados no artigo 20.° da Directiva (aptidão, por um lado, critérios de atribuição das obras nos termos do artigo 29.°, por outro lado), o Tribunal de Justiça reconheceu aos Estados-membros essa margem de manobra para aplicar os critérios suplementares, embora com algumas restrições; v., a propósito de uma exigência estabelecida por motivos de política social, o acórdão de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, n.os 28-30 e 36 (31/87, Colect., p. 4635).

11 — As circunstâncias presentes permitem, por exemplo, pensar num critério destinado a beneficiar as pequenas e médias empresas.

cionais, as entidades adjudicantes convidarão os nacionais dos outros Estados-membros que possuam as qualificações exigidas».

27. Portanto, se o primeiro parágrafo do artigo 22.° devesse ser interpretado no sentido que não proíbe aos Estados-membros aplicarem critérios suplementares de escolha, seria necessário deduzir do seu segundo parágrafo um princípio jurídico geral, nos temos do qual tais critérios não deveriam ser discriminatórios em relação aos candidatos de outros Estados-membros. Ainda, neste caso, a norma contestada seria também contrária ao artigo 22.°

28. Na medida em que não é aplicável nenhuma disposição derrogatória da directiva que permita afastar a aplicação do artigo 22.° nestas circunstâncias, a adopção daquela norma não era admissível, devendo a acusação da Comissão ser considerada procedente.

C — Despesas

29. Na medida em que o Estado-membro demandado foi vencido em relação aos dois fundamentos ainda subsistentes no termo do processo, aplica-se o artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo. Considerando a importância destes fundamentos (ambos referentes — pelo menos também — a uma infracção às liberdades fundamentais previstas no Tratado) em relação aos mencionados na petição inicial, parece-nos adequado, em primeiro lugar, que o Estado-membro recorrido suporte por este motivo metade da totalidade das despesas.

30. No que respeita à outra metade das despesas, deve aplicar-se o artigo 69.°, n.° 5. Como nenhuma das partes fez qualquer pedido sobre esta parte das despesas (ainda que tenham tido oportunidade de o fazer durante a audiência), cada uma suportará as suas próprias despesas.

Conclusões

31. Pelos fundamentos expostos, propomos que o Tribunal decida como segue:

«1) Ao adoptar a Lei n.° 80/87, relativa às disposições extraordinárias que visam acelerar a execução de obras públicas, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 59.° do Tratado CEE, bem como da Directiva 71/305/CEE.

2) A República Italiana é condenada em metade das despesas. Na outra metade, cada uma das partes suportará as suas despesas.»