CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 23 de Setembro de 1999 *

1. O presente pedido de decisão prejudicial diz respeito ao direito de uma sociedade que participa num processo de concurso público, em aplicação da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [1], invocar em seu favor as referências técnicas e financeiras de uma outra sociedade, à qual está ligada por uma relação de filial à sociedade-mãe.

I — A regulamentação comunitária

2. Nos termos do artigo 3.°, n.° 1, da Directiva 92/50, as entidades adjudicantes aplicarão procedimentos adaptados ao disposto neste diploma legal para adjudicarem contratos públicos de prestação de serviços.

3. O artigo 26.° da Directiva 92/50 determina o seguinte:

«1. As propostas podem ser apresentadas por agrupamentos de prestadores de serviços. Não se pode exigir que estes grupos tenham uma determinada forma jurídica para efeitos de apresentação da proposta; no entanto, o agrupamento escolhido poderá ser obrigado a fazê-lo quando lhe for atribuído o contrato.

2. Os candidatos ou proponentes que, ao abrigo da legislação do Estado-Membro em que estão estabelecidos, estão habilitados a desenvolver a actividade de serviços em causa, não podem ser recusados pelo simples facto de, ao abrigo da legislação do Estado-Membro em que o contrato é adjudicado, deverem ser quer uma pessoa singular quer uma pessoa colectiva.

3. Pode contudo ser exigido às pessoas colectivas que indiquem na proposta ou no pedido de participação os nomes e habilitações profissionais do pessoal que será responsável pela execução do serviço em causa.»

4. Nos termos do artigo 31.° da Directiva 92/50:

«1. A prova da capacidade financeira e económica do prestador de serviços pode

* Língua original: francês.

1 — JO L 209, p. 1.

ser feita, regra geral, por um ou mais dos elementos seguintes:

a) Declarações bancárias adequadas ou prova da subscrição de um seguro de riscos profissionais;

b) Apresentação dos balanços do prestador de serviços ou extractos desses balanços, sempre que a publicação de balanços seja exigida pela legislação sobre as sociedades do país em que o prestador de serviços está estabelecido;

c) Uma declaração relativa ao volume de negócios global da empresa e ao seu volume de negócios relativamente aos serviços a que o contrato diz respeito no decurso dos três últimos exercícios financeiros.

2. As entidades adjudicantes devem especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas qual o elemento ou elementos de referência que escolheram e aqueles que, para além dos referidos no n.º 1, devem ser apresentados.

3. Se, por qualquer razão válida, o prestador de serviços não puder apresentar os elementos de referência pedidos pela entidade adjudicante, poderá provar a sua capacidade económica e financeira por meio de qualquer outro documento considerado adequado pela entidade adjudicante.»

5. Segundo o artigo 32.º da Directiva 92/50:

«1. A capacidade dos prestadores de serviços para a execução de serviços pode ser apreciada em função das suas qualificações, eficiência, experiência e fiabilidade.

2. A prova da capacidade técnica dos prestadores de serviços pode ser fornecida por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, quantidade e finalidade dos serviços a prestar:

a) Habilitações literárias e profissionais do prestador de serviços e/ou dos quadros da empresa e, em especial, da pessoa ou pessoas responsáveis pela prestação;

b) Uma lista dos principais serviços prestados nos últimos três anos, com indicação do montante, datas e destinatá-

rios públicos ou privados dos serviços executados;

— quando se trate de entidades adjudicantes, a prova deve revestir a forma de um certificado emitido ou certificado pela autoridade competente;

— quando se trate de destinatários privados, a prova da prestação deverá revestir a forma de uma declaração do comprador ou, na sua falta, de uma simples declaração do prestador de serviços;

c) Indicação dos técnicos ou organismos técnicos envolvidos, quer dependam ou não directamente do prestador de serviços, e especialmente dos responsáveis pelo controlo da qualidade;

d) Uma declaração relativa aos efectivos médios anuais do prestador de serviços e ao efectivo do pessoal de enquadramento nos últimos três anos;

e) Uma declaração relativa às ferramentas e equipamento industrial e técnico à disposição do prestador de serviços para execução dos serviços;

f) Uma descrição das medidas adoptadas pelo prestador de serviços para garantia da qualidade e dos seus meios de estudo e investigação;

g) Sempre que os serviços a fornecer sejam complexos ou, excepcionalmente, se destinem a um objectivo especial, um controlo efectuado pela entidade adjudicante ou, em seu nome, por um organismo oficial competente do país em que o prestador de serviços se encontra estabelecido, sob reserva do acordo desse organismo, relativo à capacidade técnica do prestador de serviços e, se necessário, aos seus meios de estudo e investigação e às medidas que toma para controlo da qualidade;

h) Indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tenciona subcontratar.

3. A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresenta-

ção de propostas quais os elementos de referência que pretende receber.

4. O âmbito das informações referidas no artigo 31.° e nos n.os 1, 2 e 3 do presente artigo deve limitar-se ao objecto do contrato. As entidades adjudicantes devem ter em consideração os interesses legítimos dos prestadores de serviços no que diz respeito à protecção dos segredos técnicos ou comerciais da sua empresa.»

II — Os factos do processo principal

6. Com o fim de adjudicar, por um período de três anos, o serviço de gestão da estação de tratamento de águas residuais de «Is Arenas» e das estações elevatórias de águas residuais situadas em «Is Arenas», «San Bartolomeo» e «Borgo Sant'Elia», a comuna de Cagliari abriu um concurso público cujo aviso foi publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 3 de Janeiro de 1997. Para poder apresentar propostas, as empresas interessadas deviam nomeadamente justificar um volume de negócios anual médio, no domínio da gestão de estações de tratamento e de elevação de águas residuais, que não fosse inferior a cinco biliões de liras italianas, e gestão efectiva de, pelo menos, uma estação de tratamento de águas residuais domésticas durante dois anos consecutivos, no decurso dos três anos últimos.

7. As sociedades Holst Italia SpA (a seguir «Holst Italia») e Ruhrwasser AG International Water Management SpA (a seguir «Ruhrwasser») foram admitidas a participar no concurso. O contrato foi atribuído à Ruhrwasser, autor da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante, por uma decisão de 13 de Junho de 1997 da comissão de adjudicação, aprovada por deliberação de 17 de Agosto de 1997 do conselho municipal.

8. A Ruhrwasser é uma sociedade por acções de direito alemão, cujo capital é detido por um consórcio de seis sociedades alemãs, possuindo cada uma um sexto das partes sociais. O seu objecto é de permitir ao consórcio obter contratos, nomeadamente no estrangeiro, no domínio do aprovisionamento em água e do tratamento das águas usadas. Uma das sociedades membro do consórcio, a RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (a seguir «RWG»), tem por único accionista a Ruhrverband, um organismo de direito público encarregada, no território alemão, de missões de serviço público no domínio da gestão de águas usadas. É certo que este organismo dispõe de referências que teriam bastado par o qualificar para o concurso da comuna de Cagliari.

9. É igualmente certo que, em contrapartida, a Ruhrwasser não dispõe directamente dos requisitos exigidos para apresentar propostas válidas, sendo uma sociedade constituída recentemente, cuja inscrição no registo das sociedades só foi feita em 9 de Julho de 1996. Por essa razão prevaleceu-se das referências técnicas e financeiras da Ruhrverband que, por intermédio da sua filial KWG, participava na «joint venture» que estava na origem da criação da Ruhr-

wasser. A entidade adjudicante admitiu a validade destas referências indirectas.

10. A Holst Italia apresentou no Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Itália) um recurso de anulação da adjudicação do contrato à sua concorrente, com fundamento principal no facto de a decisão atacada ter desconhecido a regra, constante do aviso do concurso, segundo a qual apenas as referências das empresas interessadas pelo contrato podiam ser tomadas em conta para apreciar a sua aptidão para participar no processo. Pelo seu lado, a Ruhrwasser apresentou um recurso subordinado contestando o conteúdo do aviso de concurso público, pelo motivo de não permitir a um prestador de serviços fazer valer, por qualquer documento considerado adequado, as qualificações que não possuía directamente, mas que, no entanto, podia ter à sua disposição.

III — A questão prejudicial

11. Julgando que para se pronunciar sobre este ponto era necessário verificar se a Directiva 92/50 autoriza um candidato a um processo de adjudicação a invocar qualificações técnicas e financeiras de um outro sujeito de direito ao qual está ligado, o órgão jurisdicional de reenvio suspendeu a instância do litígio principal e colocou ao Tribunal de Justiça a seguinte questão:

«Permite a Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, que uma sociedade comprove possuir as qualificações técnicas e financeiras exigidas para a admissão a um concurso organizado para a concessão de um serviço público invocando as referências de uma outra sociedade que é a única accionista de uma das sociedades que tem participação na primeira das sociedades referidas?»

IV — Quanto à resposta à questão prejudicial

12. O juiz de reenvio pergunta, em substância, se uma empresa que apresenta uma proposta para obter a adjudicação de um contrato público de serviços deve preencher pessoalmente as condições técnicas e financeiras exigidas pela entidade adjudicante ou se tem o direito de prevalecer-se do respeito destas condições por outra sociedade a que pertence em parte e de modo indirecto.

13. Para responder a esta questão deve-se examinar os elementos do direito comunitário como resultam da Directiva 92/50 e

como são completados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Objectivos e disposições aplicáveis da Directiva 92/50

14. A Directiva 92/50 prossegue dois objectivos principais, a libre circulação de serviços [2] e o exercício, neste sector, duma concorrência efectiva [3]. Os operadores económicos devem poder deslocar-se e fornecer serviços sem restrições relativas à sua origem nacional ou ao lugar da sua residência, contribuindo assim, pela multiplicação e o confronto das propostas de serviços, para a melhoria da qualidade das prestações oferecidas e das condições económicas da sua realização no território comunitário.

15. Para permitir o estabelecimento de um mercado interno comportando um espaço sem fronteiras internas no qual está assegurada a libre circulação de serviços [4], a Directiva 92/50 estabelece regras destinadas a afastar os entraves a esta liberdade [5].

16. Nos termos do artigo 3.°, n.° 2, da Directiva 92/50: «As entidades adjudicantes assegurarão que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços.» Deve-se determinar se o facto de afastar um concorrente pelo motivo de não corresponder pessoalmente às condições de capacidades técnica e financeira estabelecidas pela entidade adjudicante constitui uma tal discriminação.

17. A Directiva 92/50 cita um certo número de critérios susceptíveis de caracterizar comportamentos discriminatórios. Ela precisa que «... os prestadores de serviços podem ser pessoas singulares ou colectivas» [6], o que deixa entender que a forma jurídica das empresas não deve constituir um obstáculo à sua liberdade de apresentar propostas. Este elemento é repetido no artigo 26.°, n.° 2, que proíbe a rejeição de uma proposta só pelo motivo de ser feita por uma pessoa singular ou por uma pessoa colectiva.

18. Daí resulta que a exigência, prévia à atribuição de um contrato, de uma estrutura jurídica determinada é susceptível de ser tomada como uma restrição injustificada ao direito dos operadores económicos concorrerem em condições iguais para todos.

19. O artigo 26.°, n.° 1, da Directiva 92/50 confirma este ponto precisando-o na hipó-

2 — Sexto considerando.
3 — Vigésimo considerando.
4 — Segundo considerando.
5 — Sexto considerando.
6 — Ibidem.

tese de várias sociedades decidirem submeter-se conjuntamente ao concurso. Em virtude deste texto, os agrupamentos de prestadores de serviços estão expressamente autorizados a concorrer e a entidade adjudicante deve cumprir a determinação que «não se pode exigir que estes grupos tenham uma determinada forma jurídica... para efeitos da apresentação da proposta».

20. Estas diferentes disposições mostram claramente que o legislador comunitário está menos preocupado com a forma legal que revestem os prestadores de serviços do que com a sua aptidão a cumprir as missões que lhes são confiadas quando da atribuição de contratos públicos, ou mesmo a reunião dos meios úteis para a sua execução, independentemente da sua própria organização. A eliminação dos entraves ligados ao estatuto jurídico dos operadores constitui um meio de multiplicar as propostas, nomeadamente aquelas que emanam de empresas de outros Estados-Membros da Comunidade diferentes daquele em que tem lugar o processo de adjudicação, sem comprometer as exigências materiais relativas à boa execução das prestações de serviços.

21. A abordagem a seguir para interpretar a Directiva 92/50 deve portanto ser mais *funcional* que *formal*. Assim, embora pareçam corresponder a um certo formalismo, certas obrigações prescritas pela Directiva 92/50 são precisamente destinadas a favorecer a boa execução dos contratos, limitando os riscos aos quais estão expostas as entidades adjudicantes.

22. Um exemplo significativo deste tipo de exigências é-nos dado pelo artigo 26.°, n.° 3, que autoriza as entidades adjudicantes a obrigar as pessoas colectivas a «... que indiquem... os nomes e habilitações profissionais do pessoal que será responsável pela execução do serviço em causa». Se não se pode proibir a adjudicação de um contrato a uma pessoa colectiva apenas com o pretexto da sua forma jurídica, é, no entanto, preciso não privar as entidades adjudicantes das informações que lhes permitem apreciar a capacidade do prestador para executar a proposta nas condições exigidas.

23. O legislador comunitário velou, portanto, por que o pleno exercício da liberdade de circulação não comprometa a boa execução das prestações de serviços, elemento sem o qual a regulamentação comunitária perderia todo o sentido. A Directiva 92/50, como a interpretação que dela deve ser feita, situa-se no ponto de equilíbrio entre as duas exigências essenciais que são a procura de uma liberalização suficiente dos mercados e a fixação de normas que garantem às entidades adjudicantes prestações de serviços de qualidade.

24. Estas devem ter capacidade para avaliar a aptidão dos concorrentes para executar os contratos da maneira desejada.

25. Os artigos 31.° e 32.° da Directiva 92/50 têm esse objectivo. O primeiro enumera as provas da capacidade financeira e económica que podem ser exigidas ao prestador de serviços, as modalidades que permitem recorrer a elas, assim como a solução alternativa no caso de o prestador de serviços não ter possibilidade de apresentar as referências pedidas. O segundo destes textos enuncia um certo número de critérios que caracterizam a capacidade dos prestadores de serviços para fornecer os serviços pedidos, estabelece uma lista das provas que reflectem a sua capacidade técnica e precisa as modalidades segundo as quais as entidades adjudicantes podem exigi-las.

26. Não é de modo algum necessário dedicar muito tempo sobre a justificação destas disposições, visto que estes artigos têm evidentemente por objecto proteger o interesse das entidades adjudicantes contra a candidatura de operadores económicos mais preocupados em obter a atribuição de contratos remuneradores do que em assegurar o encargo principal, isto é a sua execução conscienciosa.

27. Todavia podemos tirar do seu conteúdo duas indicações igualmente úteis para o exame da presente questão prejudicial.

28. Em primeiro lugar, embora a abundância das propostas contribua, em si própria, para os interesses das entidades adjudicantes, não pode ser realizada à custa de prestações medíocres. Uma tal exigência legitima estas precauções e justifica que a interpretação dada aos textos que as instituem tome em conta riscos de fraude susceptíveis de anular os efeitos protectores. As consequências de uma solução que consiste em admitir que as condições legais fixadas pela Directiva 92/50 são preenchidas por outras pessoas diferentes da empresa concorrente devem, por conseguinte, ser cuidadosamente avaliadas.

29. Em segundo lugar, se a referência feita por estes dois artigos ao prestador de serviços pode levar a uma interpretação favorável à produção de justificações limitadas ao próprio prestador [7], outras passagens advogam uma leitura menos restrita.

30. Assim, o artigo 31.°, n.° 3, autoriza o prestador de serviços a provar, em certas condições, a sua capacidade económica e

7 — Os artigos 31.° e 32.° fazem referência à capacidade financeira, económica e técnica do prestador de serviços não se referindo, assim, apenas ao próprio concorrente. Da mesma maneira, o artigo 32.° indica que «capacidade dos prestadores de serviços para a execução de serviços pode ser apreciada em função das suas qualificações, eficiência, experiência e fiabilidade.» Este artigo também evoca «habilitações literárias e profissionais do prestador de serviços e/ou dos quadros da empresa e, em especial, da pessoa ou pessoas responsáveis pela prestação» e «... uma declaração relativa aos efectivos médios anuais do prestador de serviços e ao efectivo do pessoal de enquadramento nos últimos três anos». O texto não parece designar apenas elementos próprios da empresa.

financeira «... por meio de qualquer outro documento considerado adequado pela entidade adjudicante», o que, deixando a esta última uma certa margem de apreciação, lhe permite admitir que as provas sejam produzidas por outras pessoas diferentes do prestador de serviços desde que estas ofereçam as mesmas garantias. Do mesmo modo, o artigo 32.°, n.° 2, alínea c), visa expressamente o caso em que os técnicos ou os organismos técnicos ao qual o prestador de serviços recorreu não estão integrados na empresa. Outras disposições vão ainda neste sentido, tais como o artigo 32.°, n.° 2, alínea h), que admite a eventualidade de recurso pelo prestador de serviços a um subcontratante, ou o artigo 32.°, n.° 2, alínea e), que prevê «uma declaração relativa às ferramentas e equipamento industrial e técnico à disposição do prestador de serviços para *execução* dos serviços» [8], excluindo assim limitar a declaração prescrita apenas aos equipamentos próprios da empresa.

31. A hipótese de uma «personalização» das capacidades exigidas pela entidade adjudicante na direcção do grupo concorrente é portanto posta em causa pela própria redacção da Directiva 92/50, uma vez que nela é feita referência várias vezes à colocação à disposição de meios externos à empresa. Confirmando o que os objectivos prosseguidos pela directiva deixam adivinhar, esta situação incita a uma interpretação flexível das disposições relativas às condições de justificação das capacidades dos concorrentes.

8 — Sublinhado nosso.

A jurisprudência Ballast Nedam Groep

32. A jurisprudência do Tribunal de Justiça proferida nos acórdãos Ballast Nedam Groep de 14 de Abril de 1994 [9] e de 18 de Dezembro de 1997 [10] confirma esta orientação.

33. No acórdão Ballast Nedam I, a questão era de saber se uma sociedade *holding* pode, porque não executa ela própria obras, ser afastada dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas — no caso em apreço por recusa de renovar a aprovação até então concedida — e, na negativa, em que condições pode justificar as capacidades necessárias para essa participação [11].

9 — C-389/92, Colect., p. I-1289, a seguir «acórdão Ballast Nedam I».

10 — C-5/97, Colect., p. I-7549, a seguir «acórdão Ballast Nedam II».

11 — O acórdão Ballast Nedam II, quanto a ele, interpreta o acórdão Ballast Nedam I sobre o carácter obrigatório ou facultativo da aceitação, pela autoridade encarregada de pronunciar-se sobre o pedido de aceitação, de referências de sociedades terceiras. O Tribunal de Justiça precisou «... que a autoridade competente para decidir sobre um pedido de aprovação apresentado por uma pessoa colectiva dominante de um grupo *tem a obrigação*, quando está provado que essa pessoa pode efectivamente dispor dos meios das sociedades pertencentes ao grupo necessários à execução das empreitadas, de tomar em consideração as referências dessas sociedades para apreciar a aptidão da pessoa colectiva em causa...» (n.° 14, sublinhado nosso). Este acórdão interessa menos directamente o presente processo que o acórdão Ballast Nedam I uma vez que, no processo principal na origem da presente questão prejudicial, o que está em causa é a própria existência do direito — e não o seu carácter imperativo ou facultativo — de tomar em consideração referências externas ao concorrente que a entidade adjudicante exerceu.

34. O Tribunal de Justiça estabeleceu que as directivas aplicáveis ao caso em apreço [12] «... devem ser interpretadas no sentido de que permitem, para efeitos de apreciação dos critérios que o empreiteiro deve satisfazer aquando da análise do 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» e que «compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se essa prova foi feita no processo principal» [13].

35. O Tribunal de Justiça admitiu portanto que um operador económico que não tem meios próprios para executar um contrato, porque não corresponde aos critérios de selecção qualitativos exigidos pelos textos, pode invocar os meios de outras sociedades, com a condição de dispor efectivamente destes meios em seu proveito.

36. Dois pontos que permitem precisar o alcance desta decisão e portanto o seu carácter transponível para o presente processo devem ser examinados.

37. Por um lado, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, no acórdão Ballast Nedam I, sobre a interpretação da regulamentação comunitária das empreitadas de obras públicas, enquanto a presente questão prejudicial é relativa ao direito comunitário dos contratos públicos de serviços. É portanto legítimo examinar se o que vale para um sector também é válido para o outro.

38. As diferenças entre as duas legislações traduzem-se, na regulamentação das empreitadas de obras públicas, por referências mais explícitas ao direito dos empreiteiros de confiar a execução das obras a outros operadores [14]. Embora estas diferenças reforcem os argumentos em favor deste direito no sector das obras, elas não retiram força, em nossa opinião, aos elementos expostos acima [15] em apoio do reconhecimento da mesma faculdade em favor dos concorrentes no domínio dos serviços.

39. Para recusar a transposição da solução do acórdão Ballast Nedam I para a hipótese de um contrato público de serviços, por o objecto do contrato não ser o mesmo, seria preciso demonstrar que, pela sua natureza,

12 — Directiva 71/304/CEE 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) 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 (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9).

13 — N.° 18, sublinhado nosso.

14 — Segundo a redacção da Directiva 71/304, «... as empreitadas de obras públicas podem ser adjudicadas a beneficiários que façam executar as obras através de agências ou sucursais» (acórdão Ballast Nedam I, n.° 10). A Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305 (JO L 210, p. 1), prevê, além disso, que a empreitada de obras públicas «... tem por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e a concessão das obras ou de uma obra, quer 'a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante'» (acórdão Ballast Nedam I, n.° 14).

15 — N.os 14 a 31 das presentes conclusões.

os trabalhos no domínio dos serviços se prestam menos que os trabalhos no domínio das obras para o concorrente recorrer a meios externos à sua empresa.

40. Ora, esta prova não é feita. Em suma, percebemos mal as razões que poderiam impor que as condições técnicas e financeiras exigidas aos concorrentes sejam preenchidas pelo próprio concorrente em matéria de serviços quando podem não o ser no domínio das obras. Estas razões são tanto mais evidentes, tratando-se de justificações da capacidade financeira e económica duma empresa, quanto a garantia estritamente pecuniária e quantitativa que elas visam estabelecer não tem relação com o próprio objecto do contrato. Quanto às justificações da capacidade técnica do prestador de serviços, basta recordar os termos do artigo 32.°, n.° 2, alínea c), da Directiva 92/50 que permite à entidade adjudicante tomar conhecimento da intervenção de técnicos ou organismos técnicos externos à empresa do prestador de serviços. Esta disposição confirma explicitamente que, em matéria de contratos públicos de serviços, contributos externos de competência podem ser invocados para apoiar a argumentação desenvolvida pelos concorrentes em favor da proposta.

41. O acórdão Ballast Nedam I é, portanto, em nossa opinião, completamente transponível sob este ângulo.

42. O segundo elemento diz respeito à posição da sociedade concorrente perante as sociedades cujas capacidades invoca. Assim como o Governo italiano e a Holst Italia observam, a concorrente, Ruhrwasser, não exerce influência dominante na empresa titular das qualificações exigidas no presente processo, a Ruhrverband. Pelo contrário, no acórdão Ballast Nedam I, o Tribunal de Justiça não deixou de sublinhar que a sociedade *holding* que reivindicava o direito de concorrer era a pessoa colectiva dominante de um grupo.

43. Daí se podia concluir que a situação dominante de uma empresa é uma condição necessária para o reconhecimento do direito de uma sociedade invocar outras capacidades para além das suas. Com efeito, é claro que quanto maior ele for, mais o poder de decisão atribuído a um concorrente relativamente a outras sociedades garante à entidade adjudicante que os meios destas estarão à disposição do empreiteiro para as necessidades do contrato.

44. No entanto, não pensamos que o facto de colocar à disposição meios úteis à boa realização do contrato, mas externos ao próprio prestador de serviços, supõe necessariamente uma relação de subordinação, relativamente ao concorrente, das empresas detentoras das capacidades ou de uma parte das capacidades apresentadas por este. A finalidade da Directiva 92/50/CE, como vimos, implica uma interpretação favorável ao acesso generalizado das

empresas às empreitadas públicas, com a reserva de a sua selecção se fazer na base de uma justificação das competências de que efectivamente dispõem e da solidez das garantias que oferecem.

45. É neste sentido que se devem ler e aplicar, no caso em apreço, os princípios contidos no acórdão Ballast Nedam I.

46. O Tribunal de Justiça precisou que a execução das empreitadas por pessoas colectivas distintas da sociedade *holding* a quem elas são confiadas não justifica que esta seja afastada dos processos de participação nos concursos públicos. O Tribunal de Justiça acrescentou que «... a natureza do vínculo jurídico que une [uma sociedade] às [suas] filiais...» não entrava em consideração [16] e que compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar, à luz dos elementos de facto e de direito que lhe foram submetidos, se tal prova foi feita no processo principal [17].

47. É surpreendente que não seja feita referência ao interesse que pode apresentar, para obter a garantia da colocação à disposição efectiva dos meios exigidos pela autoridade competente, o poder de decisão detido, pelo facto da sua posição de sociedade-mãe, pela sociedade *holding*. Pelo contrário, a ênfase é posta na falta de pertinência, para os fins em vista, da sua organização jurídica e no verdadeiro desafio que constitui o controlo directo pelo órgão jurisdicional da efectividade desta colocação à disposição.

48. Esta constatação assim como os elementos expostos acima, tirados tanto dos objectivos da Directiva 92/50 como do seu conteúdo, advogam em favor da extensão da solução adoptada no acórdão Ballast Nedam I, às relações que têm a Ruhrwasser e a Ruhrverband, embora essas relações de propriedade estejam invertidas em relação ao processo que foi submetido ao Tribunal de Justiça no acórdão supracitado e que, em lugar de ser «dominante», a sociedade em causa está numa posição de subordinação.

49. Naturalmente, não se trata de tirar de duas situações jurídicas tão diferentes a conclusão que a entidade adjudicante beneficiará, num caso como no outro, da mesma garantia de uma colocação à disposição efectiva dos meios externos à empresa concorrente.

50. Indicamos apenas que a natureza da relação jurídica que une as duas empresas não pode decidir antecipadamente quanto à realidade da colocação à disposição dos meios cuja prova a Directiva 92/50 permite às entidades adjudicantes exigir. Por outros termos, se o órgão jurisdicional nacional é livre de considerar que, em razão das características dessa relação ou de outras

16 — Acórdão Ballast Nedam I, n.° 17.
17 — Ibidem.

circunstâncias de facto e de direito próprias ao processo em apreço, a entidade adjudicante não está segura de beneficiar das competências necessárias à execução do contrato, parece-nos excessivo julgar que, em princípio, o facto de uma empresa invocar, para concorrer a um concurso público, os meios técnicos, financeiros e económicos de uma sociedade à qual pertence, no todo ou em parte, lhe proíba concorrer. Pouco importa, em suma, que o método utilizado para garantir uma colocação à disposição efectiva do concorrente dos meios e garantias exigidas pela entidade adjudicante, desde que essa colocação à disposição possa ter lugar.

51. Com efeito, nada permite afirmar que a natureza das relações jurídicas entre a Ruhrwasser e a Ruhrverband exclua obrigatoriamente e *a priori* a existência de obrigações a cargo desta última, de natureza estatutária ou contratual, cuja força obrigatória traria à comuna de Cagliari a garantia de uma colocação à disposição efectiva dos meios necessários para a execução do contrato. A resposta a esta questão depende com efeito do exame dos dados de facto que constam do processo e dos elementos do direito nacional aplicável, acerca dos quais apenas o órgão jurisdicional nacional pode fazer uma apreciação.

Quanto à apreciação pelo órgão jurisdicional nacional de certos elementos de facto e de direito

52. Para garantir a colocação à disposição efectiva do concorrente das capacidades externas que ele invoca, o órgão jurisdicional de reenvio é convidado a proceder a um exame dos elementos de facto e de direito que dizem respeito ao conteúdo dos acordos eventualmente concluídos entre a Ruhrwasser, a RWG e a Ruhrverband — ou entre as duas sociedades implicadas no contrato em litígio — ou das relações estatutariamente estabelecidas entre elas, assim como do carácter obrigatório da relação jurídica que une estas sociedades.

53. A verificação do *conteúdo da obrigação* que liga a sociedade-mãe relativamente à sua filial deve permitir garantir que as competências técnicas e as garantias financeiras invocadas por esta contribuirão de modo apropriado à realização das operações previstas para a execução do contrato público.

54. No processo principal, a prova pedida pela entidade adjudicante em matéria económica e financeira diz respeito ao nível do volume de negócios anual médio no domínio da gestão de estações de tratamento e de elevação de águas residuais. Esta exigência, que deriva do artigo 31.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 92/50, só pode, em nossa opinião, ser satisfeita se ficar estabelecido que o concorrente está em condições de recorrer de modo significativo aos serviços da sociedade à qual faz referência.

55. Com efeito, esta referência garante, no caso em apreço, à entidade adjudicante o

benefício de uma experiência profissional mínima, a qual, para ser realmente útil, deve ser directamente afectada à execução do contrato. Portanto, é essencial ter a certeza que a sociedade cuja experiência é invocada será aquela que, mesmo que não realize o conjunto das operações descritas pela entidade adjudicante, assegurará pelo menos a sua direcção, contribuindo assim com a sua competência técnica [18].

56. Este raciocínio é transponível para a segunda garantia pedida pela entidade adjudicante, que tem a ver com o exercício de uma gestão efectiva de uma estação de tratamento de águas residuais domésticas durante dois anos consecutivos no decurso dos últimos três anos. Do mesmo modo, o recurso a um tal critério não tem sentido a não ser que a concorrente que obteve o contrato prevalecendo-se da experiência de uma outra sociedade possa provar que esta assegurará a realização de uma parte significativa do contrato referido.

57. Para apreciar a realidade da colocação à disposição dos meios invocados, convém, em segundo lugar, verificar se o instrumento jurídico utilizado para este fim não só é válido, mas garante os efeitos queridos dotando-os de uma *força obrigatória* [19].

58. Seria legítimo que o órgão jurisdicional nacional procure saber, por exemplo, se um acordo foi celebrado, por força do qual a sociedade-mãe se constitui devedora de uma obrigação de colocar à disposição da sua filial um certo número de meios técnicos e de garantias financeiras, se este acordo liga realmente o devedor e se, em caso de não cumprimento, este seria susceptível de ser levado perante o órgão jurisdicional competente.

59. A este respeito, sublinhemos que a relação entre as duas sociedade pode ser mais ou menos estreita e a autonomia económica da filial em relação à sociedade-mãe maior ou menor, segundo o nível de participação de uma no capital da outra, o que não deixa de ter incidência sobre as

18 — Para ser exaustivo, convém observar que o órgão jurisdicional de reenvio não pode sempre atribuir o mesmo alcance às justificações indicadas pela Directiva 92/50 quando elas se referem a um operador externo. Assim, os dados que dizem respeito à solidez financeira duma sociedade, quando são invocados pela empresa concorrente junto da entidade adjudicante, podem dificilmente ser considerados como uma garantia real quando a sociedade que ganhou o contrato ela própria não é viável. Na falta de relação contratual directa entre a entidade adjudicante e a sociedade terceira, as referências financeiras desta última podem revelar-se insuficientes para preservar os interesses da entidade que adjudica o contrato. A ideia de «colocação à disposição efectiva» não possui portanto o mesmo valor, tratando-se da capacidade financeira e económica, e não é certo que, nestas circunstâncias, a entidade adjudicante tenha interesse em contentar-se com as qualificações externas ao concorrente. Um tal matiz não pode deixar de ter incidência na liberdade das entidades adjudicantes para recorrer a este tipo de garantia e para a interpretação que pode ser feita do direito comunitário aplicável. De resto, é importante conhecer o conteúdo dos laços que ligam a empresa concorrente à empresa terceira, que são susceptíveis de ligar esta última à entidade adjudicante.

19 — Resulta dos elementos do processo que a Ruhrverband exerce uma missão de serviço público na Alemanha e não dispõe do direito de exercer a sua missão fora do território nacional. A delimitação da sua competência, da qual depende a sua liberdade de acção, pode assim servir para o órgão jurisdicional nacional apreciar a sua capacidade de colocar os meios de que a Ruhrwasser se prevalece à disposição efectiva da entidade adjudicante.

garantias e meios de que beneficia a entidade adjudicante.

60. Certamente, quando a sociedade-mãe está na origem da decisão de concorrer — embora esta seja formalmente atribuída à filial —, é pouco provável que se recuse a colocar à disposição desta os meios de que dispõe.

61. Todavia, não se pode excluir totalmente que a filial concorrente, uma vez que só ela está juridicamente obrigada perante a entidade adjudicante, se veja confrontada com uma mudança de orientação por parte da sociedade detentora do poder de decisão.

62. Pode-se temer que a entidade adjudicante, principal vítima dos efeitos imprevistos de um contrato mal ou não executado e confrontada com a impossibilidade de obter da outra parte contratante a execução diligente e satisfatória do contrato ou a compensação financeira pelo não cumprimento deste último, também não possa beneficiar do direito de propor a sua acção contra a sociedade-mãe.

63. Sem previamente julgar os dados do direito nacional na matéria, é verosímil que a não execução contratual não possa ser constatada nem compensada se a sociedade-mãe, devedora culposa da obrigação de colocar à disposição, for detentora da plenitude do poder de decisão no seio da filial. Dispondo sozinha do poder de obter pela via judicial a execução das obrigações em litígio, esta detém assim o poder de reduzir a zero os seus próprios contratos. As garantias oferecidas à entidade adjudicante correm o risco de apenas serem uma aparência que mascara a impotência do concorrente para cumprir as obrigações do contrato.

64. O inconveniente para a entidade adjudicante tem assim origem no facto de a sociedade que detém o poder de decidir a colocação à disposição dos meios e garantias necessárias para o contrato e a que assume a sua responsabilidade de co-contratante serem duas pessoas jurídicas distintas. Também convém não negligenciar o facto de todo o contencioso iniciado contra a filial não deixar de ter consequências na sociedade-mãe.

65. No processo principal, pelo contrário, a Ruhrwasser parece dispor de uma relativa autonomia em relação à Ruhrverband visto que, recordemos, o seu capital está repartido em partes iguais entre seis sociedades, das quais apenas uma, a RWG, é propriedade integral da Ruhrverband.

66. Antes de verificar se a Ruhrwasser dispõe do poder efectivo de reivindicar os seus direitos perante a sociedade-mãe, o órgão jurisdicional nacional deverá assegurar-se da existência de meios jurídicos com fundamento nos quais o concorrente pode legitimamente pretender dispor das capacidades invocadas.

67. Portanto, o que importa, na ocorrência, é que os instrumentos jurídicos que ligam a Ruhrwasser à Ruhrverband tenham força jurídica obrigatória que permita ao concorrente ter a garantia de beneficiar do concurso da sociedade-mãe.

Conclusão

68. Tendo em vista estas considerações, propomos ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte maneira à questão prejudicial apresentada pelo Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna:

«A Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a que uma entidade adjudicante tenha em conta, para apreciação dos critérios de selecção das capacidades financeiras e técnicas aos quais deve satisfazer uma sociedade quando do exame de uma proposta apresentada durante um processo de concurso organizado para adjudicar um serviço público, referências de uma outra sociedade que é a única accionista de uma das sociedades que tem uma participação na primeira sociedade referida, com a reserva de esta estabelecer que tem efectivamente à disposição os meios da sociedade que invoca.

Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se uma tal justificação é apresentada no processo principal em apreço.

Para este efeito, o órgão jurisdicional nacional deve nomeadamente assegurar-se que a sociedade, da qual as referências são tomadas em consideração é obrigada a contribuir com uma parte apropriada, tendo em conta o objecto das referências invocadas, para a realização do contrato público.»