RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo C-351/88 *

I — Enquadramento jurídico

1. *Disposições nacionais*

1. Os factos que estão na origem do litígio na causa principal dizem essencialmente respeito à regulamentação italiana que reserva às empresas implantadas nas regiões do Mezzogiorno uma percentagem dos contratos de fornecimento de direito público.

2. O princípio da «reserva» figurava já no Decreto-Lei CPdS n.° 40 de 18 de Fevereiro de 1947 que autorizava a administração nacional a reservar até um sexto da sua aquisição de fornecimentos a empresas situadas em certas regiões meridionais de Itália. Posteriormente, a Lei n.° 835 de 6 de Outubro de 1950 transformou esta faculdade em obrigação.

3. A parte reservada foi confirmada e mantida em vigor pelas diferentes leis que regularam a questão das intervenções em favor do Mezzogiorno; a mais recente neste sentido é a Lei n.° 64 de 1 de Março de 1986 («Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno», a seguir «Lei n.° 64/86»).

4. O artigo 17.° desta lei dispõe, nos n.os 16 e 17, o seguinte:

«16. A obrigação de reserva de fornecimentos e de serviços prevista no artigo 113.°, n.° 1, do citado diploma único, é alargada a toda a administração pública, às regiões, às províncias, às comunas, às unidades sanitárias locais, às comunidades de montanha, a sociedades e organismos com participação do Estado, às universidades, aos estabelecimentos hospitalares autónomos.

17. Estes organismos, empresas e entidades administrativas têm a obrigação de se abastecer numa parte equivalente a pelo menos 30 % do material necessário, em empresas industriais, agrícolas e artesanais com estabelecimentos e instalações fixos situados nas zonas referidas no artigo 1.° do referido diploma único, nos quais devem ser fabricados, ainda que parcialmente, os produtos pretendidos.»

5. O diploma único a que o artigo 17.° se refere é o Decreto do presidente da República n.° 218, de 6 de Maio de 1978 (diploma único das leis sobre o Mezzogiorno), cujo artigo 113.°, n.° 1, impunha que determinadas entidades administrativas reservassem, em cada ano financeiro, uma parte de 30 % dos contratos de fornecimento e de prestação de serviços, com excepção daqueles tecnicamente não fraccionáveis, às empresas com sede ou, em qualquer caso, com estabelecimentos no Mezzogiorno e que possuíssem as capacidades técnicas necessárias.

* Língua do processo: italiano.

6. A Lei n.° 64/86 ampliou claramente o alcance do referido artigo 113.°, n.° 1, por um lado, ao alargar a obrigação de reservar uma parte dos contratos públicos a uma série de organismos originariamente não previstos, entre os quais as unidades sanitárias locais (USL) e, por outro lado, ao impor esta obrigação (não já de 30 %, mas de pelo menos 30 %) a favor não apenas das empresas industriais mas também das empresas agrícolas e artesanais e ao estabelecer como condição mínima terem estabelecimentos implantados nas zonas referidas, nas quais tem lugar a transformação, mesmo parcial, dos produtos considerados.

2. *Disposições comunitárias*

7. O Conselho adoptou nesta matéria a Directiva 77/62/CEE, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29, a seguir «Directiva 77/62»), que tem como objecto eliminar as restrições à livre circulação de mercadorias contrárias ao artigo 30.° do Tratado de Roma, no domínio dos contratos de fornecimento de direito público.

O seu artigo 26.° dispõe que:

«A presente directiva não impede a aplicação das disposições em vigor, à data da sua adopção, que figuram na Lei italiana n.° 835 de 6 de Outubro de 1950 (GURI n.° 245 de 24.10.1950), bem como das suas sucessivas alterações, sem prejuízo da compatibilidade dessas disposições com o Tratado.»

8. Nos termos do artigo 16.° da Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, que altera a Directiva 77/62/CEE e revoga certas disposições da Directiva 80/767/CEE (JO L 127, p. 1), o texto do citado artigo 26.° é substituído pelo seguinte:

«*Artigo 26.°*

1. A presente directiva não prejudica, até 31 de Dezembro de 1992, a aplicação das disposições nacionais em vigor cujo objectivo seja reduzir as diferenças entre as diversas regiões e promover o emprego nas regiões menos favorecidas ou afectadas por dificuldades no sector industrial, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado e com as obrigações internacionais da Comunidade.

2. ...»

II — Factos e processo principal

1. A sociedade Laboratori Bruneau Srl recebeu, em 25 de Fevereiro de 1987, uma carta enviada pela Unità sanitaria locale RM/24 de Monterotondo (Roma) (a seguir «USL») e que tinha como objecto um «convite para participar num concurso limitado. Reserva de 30 %. Lei n.° 64/86».

2. O concurso tinha como objecto específico o fornecimento à USL de material de sutura relativamente a 30 % do total da quantidade anual presumida.

3. A referência expressa ao artigo 17.° da Lei n.° 64/86, assim como a especificação de que o concurso era referente a 30 % do fornecimento anual preventivo, revelavam claramente que o concurso a que o convite se referia estava reservado às empresas que preenchessem as condições exigidas nos termos do n.° 17 do artigo 17.° da Lei n.° 64/86, isto é, «as empresas... com estabelecimentos e instalações fixos situados nas zonas referidas no artigo 1.° do referido diploma único, nos quais devem ser fabricados, ainda que parcialmente, os produtos pretendidos».

4. Embora não tivesse estabelecimento nem instalações fixas nas zonas previstas no n.° 17 do artigo 17.° da Lei n.° 64/86, a referida sociedade enviou um pedido de participação; por outro lado, requereu à comissão de adjudicação que fizesse consignar previamente em acta uma declaração através da qual a sociedade Laboratori Bruneau Srl denunciava a ilegalidade do concurso por violação das normas do Tratado CEE.

5. Na sequência desta declaração, o presidente da comissão de adjudicação suspendeu o concurso. Porém, como a entidade administrativa que tinha lançado o concurso não revogou nem alterou as suas decisões no sentido de excluir a aplicação dos n.os 16 e 17 do artigo 17.° da Lei n.° 64/86, a sociedade Laboratori Bruneau Srl interpôs, em 8 de Abril de 1987, um recurso para o Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, com vista a obter a declaração da ilegalidade dos actos do concurso, com fundamento na contradição entre as disposições nacionais aplicáveis na matéria e o direito comunitário.

No âmbito da apreciação deste recurso, o órgão jurisdicional nacional decidiu submeter ao Tribunal de Justiça, a título prejudicial, a seguinte questão:

«os artigos 30.° e 92.° do Tratado CEE devem ser interpretados no sentido de que uma regulamentação nacional, que reserva às empresas implantadas em determinadas regiões do território nacional uma percentagem dos contratos de fornecimento de direito público, deve ser considerada como abrangida respectivamente pelas "medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas" ou pelos "auxílios" e também no sentido de se oporem à referida regulamentação».

6. O despacho de reenvio deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 6 de Dezembro de 1988.

7. Em conformidade com o artigo 20.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CEE, foram apresentadas observações escritas: em 14 de Fevereiro de 1989, pela recorrente no processo principal, representada pelos advogados E. Baretta e A. Bozzi, do foro de Milão, pelo advogado G. Bozzi, do foro de Roma, e pelo advogado A. May, do foro do Luxemburgo; em 14 de Março de 1989, pelo Governo da República Italiana, representada por P. G. Ferri, na qualidade de agente; e, em 15 de Março de 1989, pela Comissão das Comunidades Europeias, representada por G. Berardis, na qualidade de agente.

8. Com base no relatório preliminar do juiz relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução prévia.

9. Por decisão de 24 de Abril de 1991, em aplicação do artigo 95.°, n.os 1 e 2 do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça atribuiu o processo à Quarta Secção.

III — Observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça

1. A *recorrente na causa principal* começa por expor a evolução histórica das relações entre a regulamentação nacional e a comunitária em matéria de contratos de fornecimento de direito público. Analisa as diversas etapas dessa evolução com vista a determinar a compatibilidade ou a incompatibilidade do regime italiano dos fornecimentos públicos com as disposições do Tratado CEE.

No que respeita à compatibilidade do sistema de reserva de fornecimentos públicos, tal como foi completado pelas disposições contidas nos n.os 16 e 17 do artigo 17.° da Lei n.° 64/86, com o artigo 30.° do Tratado, a sociedade Laboratori Bruneau chama, antes de mais, a atenção para o facto de este sistema ter instituído em Itália um mercado restrito e reservado às empresas do Mezzogiorno, mercado que é completamente exterior e alheio ao mercado comum europeu.

A recorrente constata seguidamente que o mencionado sistema, que dantes apenas era imposto à administração pública estatal e a certas pessoas colectivas de direito público, foi erigido pela Lei n.° 64/86 em regra geral no domínio dos fornecimentos públicos. Com efeito, esta lei, por um lado, alargou a obrigação da reserva a todos os sectores da administração pública e às empresas e pessoas colectivas com participação do Estado; por outro lado, autorizou a reserva mesmo de 100 % dos fornecimentos públicos, tornando assim legal a exclusão total de qualquer empresa não meridional da totalidade dos fornecimentos públicos em Itália.

Segundo a recorrente, esta interpretação resulta da expressão «numa parte equivalente a pelo menos 30 %», utilizada no n.° 17 do artigo 17.° da citada lei; esta expressão fixa uma percentagem mínima abaixo da qual é proibido descer, mas implica igualmente que é legal reservar percentagens superiores, até 100 % dos fornecimentos, uma vez que não está previsto um limite superior para além do qual a reserva não é autorizada.

Além disso, a recorrente analisa a regulamentação nacional em causa à luz do artigo 92.° do Tratado. A este propósito, considera, baseando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que o conceito de auxílio abrange as contribuições financeiras mas também as intervenções que as dispensam e que atenuam os encargos financeiros das empresas. Portanto, segundo a recorrente, deve tratar-se de benefícios concedidos através de recursos públicos.

Ora, no caso em apreço, a intervenção limita-se a excluir as empresas não meridionais do âmbito dos fornecimentos públicos, impondo ao sector público que se abasteça em produtos das empresas inscritas em listas especiais elaboradas em benefício das empresas meridionais.

Portanto, segundo a recorrente, a intervenção não consiste em subsidiar financeiramente essas empresas, mas simplesmente em orientar a procura de produtos em seu benefício. A vantagem comercial não deriva de subsídios públicos, nem da isenção de encargos fiscais ou contributivos, nem de fiscalizações ou de deduções especiais de custos, mas da garantia de obter encomendas públi-

cas, isto é, da possibilidade de ter acesso a concursos em que a concorrência está limitada às empresas meridionais.

O resultado económico desta política proteccionista consiste, segundo a recorrente, num aumento da venda de produtos em relação aos quais o dinheiro pago pela pessoa colectiva que faz a encomenda não constitui um «auxílio» mas uma simples contraprestação do fornecimento das mercadorias e dos serviços.

Assim, não existiria qualquer razão para aceitar a ideia de que a instituição de um mercado das empresas reservatárias é um caso de auxílio estatal, na acepção do artigo 92.°, e que, em contrapartida, não constitui um caso típico de prática discriminatória e proteccionista categoricamente proibida pelos artigos 30.° e seguintes do Tratado e que não cabe em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 36.° do Tratado.

A sociedade Laboratori Bruneau chama finalmente a atenção para o facto de a relação entre os artigos 30.° e 92.° do Tratado ser regulada pelo princípio segundo o qual nenhum auxílio pode ser instituído, alterado ou autorizado sob a forma de discriminação comercial ou de obstáculo (directo ou indirecto, actual ou potencial) com base na origem das mercadorias. Segundo a recorrente, a via aberta para a concessão de auxílios compatíveis nos termos do n.° 3 do artigo 92.° nunca pode passar por uma violação do artigo 30.°

Em conclusão, a recorrente afirma que a reserva de uma parte do mercado a favor de certos produtos nacionais constitui o próprio tipo da ilegalidade prevista e proibida pelo artigo 30.° e que esta ilegalidade não pode ser justificada pelo simples facto de a mesma ter sido aprovada aquando das intervenções extraordinárias a favor do Mezzogiorno, a cujo sistema não está ligada nem sujeita de um ponto de vista funcional.

Por todas estas razões, a sociedade Laboratori Bruneau solicita que o Tribunal de Justiça declare que:

1) o artigo 92.° do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que as reservas, mesmo que parciais, de fornecimentos públicos a empresas nacionais, que tenham a sua sede ou estabelecimentos nos territórios economicamente menos desenvolvidos, não constituem «auxílios» na acepção deste artigo;

2) o artigo 30.° do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que as referidas reservas, ainda que parciais, de fornecimentos públicos constituem medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas proibidas pelo mesmo artigo.

2. Do ponto de vista do *Governo italiano*, a parte reservada dos contratos de fornecimento de direito público prevista no artigo 17.° da Lei n.° 64/86 reveste as características de um auxílio, na acepção do artigo 92.° do Tratado, porquanto se trata de uma medida decretada pelo Estado, em que a vantagem é concedida como ónus da administração pública e em benefício de uma categoria de produtores determinados, pela localização da sua actividade.

Segundo o Governo italiano, pelo facto de apresentar as características de um auxílio, a reserva deve estar sujeita ao processo previsto no artigo 93.° do Tratado, não po-

dendo a decisão que a Comissão é chamada a adoptar sobre este aspecto ser antecipada e substituída por um acórdão do Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.° do Tratado.

Por outro lado, tratando-se de auxílios cuja legalidade comunitária assenta no artigo 92.°, n.° 3, alínea a), o Governo italiano observa que esta disposição, diferentemente da alínea c), não faz depender a legalidade dos auxílios da condição de que «não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum». Para o Governo italiano, isto significa que os auxílios estatais destinados a favorecer o desenvolvimento das regiões subdesenvolvidas assumem, no quadro comunitário, um papel positivo primordial, não subordinado a outros objectivos da Comunidade.

Segundo o Governo italiano, embora a parte reservada dos contratos de fornecimento de direito público constitua uma medida de direito interno que favorece as empresas nacionais, não está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 30.° do Tratado, uma vez que apenas concede a preferência às empresas situadas em certas regiões, determinadas com base num critério (subdesenvolvimento) objectivamente verificável e que reveste uma importância comunitária.

Além do mais, o Governo italiano constata que as medidas nacionais previstas no artigo 30.° do Tratado são aquelas que são susceptíveis de criar uma discriminação entre os produtos nacionais e os produtos de outros Estados-membros. Esta situação, segundo o Governo italiano, não se verifica no caso em apreço, uma vez que o sistema da parte reservada apenas atribui posição privilegiada aos operadores económicos estabelecidos no Mezzogiorno, ao passo que a posição de desvantagem é extensiva a todas as outras empresas comunitárias, incluindo as estabelecidas em Itália fora do Mezzogiorno.

Com efeito, refere o Governo italiano, nos termos do artigo 2.°, n.° 3, alínea k), da Directiva 70/50/CEE da Comissão, de 22 de Dezembro de 1969, para que se esteja perante uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação será necessário que o obstáculo afecte produtos que sejam importados e que a preferência favoreça produtos nacionais.

3. A *Comissão* chama antes de mais a atenção para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual os incentivos à compra de produtos nacionais constituem medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas, proibidas pelo artigo 30.° do Tratado, na medida em que são susceptíveis de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário. Segundo a Comissão, a mesma análise tem aplicação no caso de uma regulamentação nacional prever que as autoridades públicas reservem certas encomendas de fornecimentos aos produtores nacionais.

A Comissão chama, seguidamente, a atenção para a sua Directiva 70/32/CEE, de 17 de Dezembro de 1969, relativa aos fornecimentos de produtos ao Estado, às autarquias locais e às pessoas colectivas de direito público, que previa, nomeadamente, a supressão das disposições nacionais que reservam os fornecimentos aos produtos nacionais ou que lhes concedem uma preferência que não seja um auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado.

Além disso, a Comissão invoca a Directiva 77/62 que, conforme afirma, parte do princípio de que as restrições à livre circulação das mercadorias aplicadas no domínio dos fornecimentos públicos são proibidas nos termos dos artigos 30.° e seguintes do Tratado.

À luz do que antecede, a Comissão põe a questão de saber se disposições nacionais que, em matéria de contratos de fornecimento de direito público, reservam uma parte dos mesmos a empresas implantadas em regiões determinadas são medidas que, em razão do seu carácter selectivo, constituem não medidas de efeito equivalente, na acepção do artigo 30.°, mas antes auxílios, na acepção do artigo 92.°

A este propósito, a Comissão considera, por um lado, que estas disposições têm sobre as importações os mesmos efeitos que as que impõem uma parte reservada em benefício de todos os produtores nacionais. Aliás, refere a Comissão, a amplitude destes efeitos não depende do número de produtos favorecidos, mas da importância das necessidades das autoridades públicas cuja satisfação através de produtos importados fica excluída, limitada ou mais difícil.

Por outro lado, a Comissão considera que, para efeitos da qualificação jurídica das disposições em questão, não é pertinente ter em conta os objectivos prosseguidos pelos Estados-membros, por exemplo as políticas regionais ou sociais, uma vez que a livre circulação de mercadorias é um princípio fundamental do Tratado cuja violação só pode ser tolerada pelos motivos referidos no artigo 36.°, assim como por certas razões «imperativas» definidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça: segundo a Comissão, nem aqueles motivos nem estas razões parecem existir no caso em apreço.

Além disso, prossegue a Comissão, a qualificação de medida de efeito equivalente aqui em questão não pode ser posta em dúvida apenas com o fundamento de as reservas selectivas funcionarem em detrimento não apenas dos produtos dos outros Estados-membros mas também dos outros produtos nacionais que delas não beneficiam. De facto, o elemento essencial desta qualificação é o efeito restritivo verificado no comércio.

No que se refere ao conceito de auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado, a Comissão afirma que decorre do próprio teor deste artigo, assim como da jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria, que o conceito de auxílio abrange não apenas prestações positivas que se concretizam em subsídios financeiros mas também intervenções que atenuam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa e que, por esse facto, sem serem subvenções no sentido estrito do termo, são da mesma natureza e têm efeitos idênticos. Estas intervenções são realizadas graças à utilização de recursos financeiros do Estado.

A Comissão acrescenta que não é concebível que o artigo 92.° proíba medidas que já estão proibidas por outras disposições do Tratado. Conclui que, ao proibir os auxílios, o artigo 92.° deve necessariamente reportar-se a medidas diferentes dos direitos aduaneiros e dos encargos ou medidas de efeito equivalente. Em consequência, o âmbito de aplicação do artigo 92.° limita-se apenas às intervenções dos poderes públicos que comportam a utilização de recursos financeiros do Estado a favor das empresas beneficiárias.

Daqui resulta, portanto, segundo a Comissão, que as disposições italianas não podem ser consideradas «auxílios» na acepção do artigo 92.°, uma vez que não comportam directa ou indirectamente a utilização de recursos financeiros do Estado, pois este mais não faz do que impor ao sector público a obrigação de se abastecer em determinadas empresas, limitando desta forma a possibilidade de obter esses fornecimentos em outras empresas. Além disso, assinala a Comissão, o dinheiro despendido pelo Estado em tais casos apenas representa o preço pago pela mercadoria adquirida nas condições do mercado. Assim, não se trata de uma liberalidade, e sim de uma contraprestação.

Em consequência, a Comissão considera que as medidas italianas em causa constituem um obstáculo directo à importação dos produtos concorrentes, e não «auxílios» na acepção do artigo 92.° do Tratado.

Caso estas medidas pudessem ser consideradas como um auxílio na acepção do artigo 92.°, a Comissão sustenta que esta hipótese não impõe necessariamente o dever de se considerar este auxílio como compatível com o artigo 30.° Para tanto, baseia-se na jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça, que vai do acórdão de 22 de Março de 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Recueil, p. 557), ao de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália (103/84, Colect., p. 1759), e segundo a qual os artigos 92.° e seguintes do Tratado não podem em caso algum servir para pôr em causa as normas do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias.

Finalmente, a Comissão chama a atenção para o facto de os regimes preferenciais do tipo do regime em causa serem igualmente incompatíveis com as disposições da Directiva 77/62. É certo, concede a Comissão, que o artigo 26.° da referida directiva prevê que a mesma «não impede a aplicação das disposições em vigor à data da sua adopção, que figuram na Lei italiana n.° 835 de 6 de Outubro de 1950... bem como das suas sucessivas alterações».

Mas também não é menos certo, acrescenta a Comissão, que, por um lado, o conteúdo da legislação nacional a que o tribunal *a quo* se reporta (Lei n.° 64/86) é parcialmente diferente e mais amplo do que era no momento da adopção da directiva e, por outro lado, que a directiva se aplica em qualquer caso sem prejuízo da compatibilidade destas disposições com o Tratado.

A Comissão conclui propondo que o Tribunal de Justiça responda da forma seguinte:

«1) O artigo 92.° do Tratado deve ser interpretado no sentido de que as reservas, mesmo parciais, de encomendas de fornecimentos públicos a empresas nacionais determinadas não constituem "auxílios" na acepção deste artigo.

2) O artigo 30.° do Tratado deve ser interpretado no sentido de que as referidas reservas constituem medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação proibidas por este artigo.»

M. Díez de Velasco
Juiz relator