ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

2 de Dezembro de 1999 *

No processo C-176/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), pelo Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Itália), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Holst Italia SpA

e

Commune di Cagliari,

sendo interveniente:

Ruhrwasser Ag International Water Management,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação 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 (JO L 209, p. 1),

* Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: J. C. Moitinho de Almeida, presidente da Sexta Secção, exercendo funções de presidente da Quinta Secção, L. Sevón, C. Gulmann, J.-P. Puissochet (relator) e M. Wathelet, juízes,

advogado-geral: P. Léger,
secretário: L. Hewlett, administradora,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação da Holst Italia SpA, por C. Colapinto, advogado no foro de Rimini, P. Leone, advogado no foro de Roma, e A. Tizzano e G. M. Roberti, advogados no foro de Nápoles,

— em representação da comuna de Cagliari, por F. Melis e G. Farci, advogados no foro de Cagliari,

— em representação da Ruhrwasser AG International Water Management, por M. Vignolo e G. Racugno, advogados no foro de Cagliari, e R. A. Jacchia, advogado no foro de Milão,

— em representação do Governo italiano, pelo professor U. Leanza, chefe do Serviço do Contencioso Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, assistido por F. Quadri, avvocato dello Stato,

— em representação do Governo neerlandês, por T. T. van den Hut, secretário-geral em exercício do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação do Governo austríaco, por W. Okresek, Sektionschef na Chancelaria, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por P. Stancanelli, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da Holst Italia SpA, representada por C. Colapinto, P. Leone, G. M. Roberti e F. Sciaudone, advogado no foro de Nápoles, da comuna de Cagliari, representada por F. Melis e G. Farci, da Ruhrwasser AG International Water Management, representada por M. Vignolo e R. A. Jacchia, do Governo italiano, representado por F. Quadri, e da Comissão, representada por P. Stancanelli, na audiência de 20 de Maio de 1999,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 23 de Setembro de 1999,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 10 de Fevereiro de 1998, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 11 de Maio seguinte, o Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE

(actual artigo 234.° CE), uma questão prejudicial relativa à interpretação 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 (JO L 209, p. 1).

2 Esta questão foi suscitada no quadro de um litígio que opõe a Holst Italia SpA (a seguir «Holst Italia») à comuna de Cagliari a propósito da adjudicação por esta comuna à Ruhrwasser AG International Water Management (a seguir «Ruhrwasser»), por concurso limitado [licitazione privata], de um serviço de recolha e tratamento de águas residuais domésticas.

A regulamentação comunitária

3 A Directiva 92/50 fixa critérios de selecção qualitativa que permitem determinar os candidatos susceptíveis de ser admitidos a participar no processo de adjudicação de um contrato público de serviços.

4 Nos termos do seu artigo 31.°:

«1. A prova da capacidade financeira e económica do prestador de serviços pode 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.° 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 O artigo 32.° da Directiva 92/50 dispõe:

«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 destinatários públicos ou privados dos serviços executados:

— quando se trate de entidades adjudicantes, a prova deve revestir a forma de um certificado emitido ou visado 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 apresentação de propostas quais os elementos de referência que pretende receber.

4. O âmbito das informações referidas no artigo 31.º 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.»

6 Além disso, nos termos do artigo 25.° da Directiva 92/50:

«Nos cadernos de encargos, a entidade adjudicante pode solicitar que o proponente indique na sua proposta qualquer parte do contrato que tencione eventualmente subcontratar com terceiros.

Esta indicação não prejudica a questão da responsabilidade do prestador de serviços principal.»

7 Finalmente, o artigo 26.° da Directiva 92/50 precisa:

«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.»

O litígio do processo principal

8 Em 1996, a comuna de Cagliari organizou um concurso no qual o contrato devia ser adjudicado segundo o critério da oferta mais vantajosa, com vista a confiar por três anos o serviço de gestão de estações de tratamento e de estações elevatórias.

9 O aviso de apresentação de propostas, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 3 de Janeiro de 1997, estabelecia que as empresas interessadas deviam nomeadamente comprovar, por um lado, um volume de negócios anual médio igual ou superior a 5 000 milhões de ITL, relativamente ao período de 1993-1995, no domínio da gestão das estações de tratamento de águas e das estações elevatórias, e, por outro lado, a gestão efectiva de pelo menos uma estação de tratamento de águas residuais domésticas durante dois anos consecutivos no decurso dos três últimos anos, sob pena de exclusão do processo de adjudicação.

10 A Ruhrwasser, que só estava inscrita no registo das empresas desde 9 de Julho de 1996, não podia invocar qualquer volume de negócios relativamente ao

período de 1993-1995 nem a gestão efectiva de pelo menos uma estação de tratamento de águas residuais domésticas no decurso dos três últimos anos.

11 Com o fim de comprovar a sua capacidade para participar no concurso, no termo do qual o contrato lhe foi adjudicado, a Ruhrwasser apresentou uma documentação relativa aos meios detidos por outra entidade, o organismo de direito público alemão Ruhrverband, único accionista da empresa RWG Ruhr--Wasserwirtschafts-Gessellshaft, a qual participou, com cinco outras sociedades, na criação da empresa comum Ruhrwasser sob a forma de uma sociedade anónima de direito alemão de que cada uma das sociedades-mãe possui 1/6, o que teve por objectivo permitir a estas sociedades obter contratos no estrangeiro relativos à recolha e ao tratamento das águas.

12 A Holst Italia, que também participou no concurso, mas cuja proposta foi considerada menos vantajosa pela comissão adjudicante, formulou ao Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna um pedido de anulação da deliberação do conselho municipal de Cagliari que aprovou a adjudicação do contrato à Ruhrwasser, com o fundamento de que esta não apresentara a documentação exigida para poder apresentar propostas.

13 A Ruhrwasser interveio no processo decorrido no Tribunale formulando um recurso subordinado destinado à declaração da ilegalidade do anúncio de concurso na parte em que proibia uma empresa candidata de apresentar referências relativas a uma outra empresa com o fim de comprovar a sua própria capacidade para apresentar propostas.

14 Após ter analisado as relações entre a Ruhrwasser e as sociedades que participaram na sua criação, o Tribunale considerou que existe «uma estreita conexão entre a Ruhrverband e a Ruhrwasser que permite a esta última utilizar os meios e a organização daquela». Nestas condições, pareceu-lhe necessário

examinar se a Directiva 92/50 devia ser interpretada no sentido de as referências relativas a uma entidade ligada à empresa candidata poderem ser admitidas como prova da capacidade desta última empresa.

15 Com efeito, segundo o Tribunale, embora o Tribunal de Justiça tenha admitido, nos seus acórdãos de 14 de Abril de 1994, Ballast Nedam Groep, dito «Ballast Nedam Groep I» (C-389/92, Colect., p. I-1289), e de 18 de Dezembro de 1997, Ballast Nedam Groep, dito «Ballast Nedam Groep II» (C-5/97, Colect., p. I-7549), a possibilidade de uma empresa comprovar possuir as capacidades exigidas pela apresentação de referências de outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo, a situação em causa nesses acórdãos distingue-se da presente na medida em que, por um lado, estavam então em causa empreitadas de obras públicas regidas pelas Directivas 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 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), e não contratos de serviços e, por outro, a sociedade em causa nos acórdãos Ballast Nedam Groep I e Ballast Nedam Groep II, já referidos, gozava, diferentemente do que sucede com a Ruhrwasser, de uma posição dominante no grupo de sociedades cujas capacidades ela reivindicava, enquanto sociedade *holding* relativamente às suas filiais.

16 A fim de saber se, apesar destas diferenças em matéria de direito e de facto, a solução adoptada pelo Tribunal de Justiça nos seus precedentes acórdãos podia também ser aplicada a uma situação como a do processo principal, o Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«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 financeiras exigidas

para admissão a um concurso organizado para a concessão de um serviço público invocando as referências de outra sociedade que é a única accionista de uma das sociedades que tem participação na primeira das sociedades referidas?»

Quanto à questão prejudicial

17 Segundo a Holst Italia, a possibilidade de invocar as referências de uma entidade diferente da empresa candidata só existe, no quadro da Directiva 92/50, na hipótese de esta empresa poder demonstrar a existência de uma relação estrutural caracterizada que a una à que detém as capacidades necessárias para a execução do contrato.

18 Segundo a recorrente no processo principal, uma tal relação estrutural, que constitui uma garantia fundamental para a entidade adjudicante, pressupõe, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a sociedade proponente exerça uma influência dominante sobre a entidade que lhe serve de referência e disponha plena e realmente do conjunto dos seus meios. Não é esse o caso quando o proponente se limita a invocar compromissos de natureza comercial subscritos por uma entidade que detém indirectamente uma parte minoritária do seu capital. Admitir, em tal hipótese, a consideração das capacidades de um terceiro faria perder todo o carácter pessoal às qualificações alegadas.

19 O Governo italiano também duvida de que uma filial indirectamente detida por um organismo possa pretender ter à sua disposição os meios técnicos e financeiros desse organismo, mas admite que compete ao juiz nacional apreciar os elementos de prova a este respeito fornecidos pelo proponente.

20 Em contrapartida, a Ruhrwasser considera, tal como os Governos neerlandês e austríaco, que a natureza jurídica da relação estabelecida entre as empresas

associadas não lhes pode em caso algum ser oposta para efeito de recusar considerar, em proveito de um membro do grupo, as capacidades de um outro membro. Qualquer que seja o modo de organização adoptado, a única consideração pertinente diz respeito às consequências que acarreta em termos de disponibilidade dos meios.

21 Daqui resulta, segundo a Ruhrwasser, que, numa hipótese em que, às relações estruturais relativas nomeadamente à posse do capital, acrescem compromissos vinculativos sobre a colocação de meios à disposição da filial que participa no concurso, a prova da posse real dos meios de execução do contrato é efectivamente feita.

22 A Comissão considera que a resposta de princípio dada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Ballast Nedam Groep I e II, já referidos, é aplicável por analogia a uma situação como a do presente processo. Insiste, no entanto, sobre o facto de a possibilidade de o proponente dispor efectivamente dos meios necessários à execução do contrato não poder ser presumida, quaisquer que sejam as relações jurídicas que ele mantém com os membros do grupo a que pertence, devendo ser objecto, por parte do juiz nacional, de um exame preciso das provas que o interessado tem a obrigação de fornecer, exame este que se não pode afirmar, face ao despacho de reenvio, ter sido feito, no processo principal, com base em documentação suficiente.

23 Deve realçar-se desde logo que, como é assinalado pelo seu sexto considerando, a Directiva 92/50 visa evitar entraves à livre circulação de serviços na celebração de contratos públicos de serviços, do mesmo modo que as Directivas 71/304 e 71/305 visam garantir a livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas (v. o acórdão Ballast Nedam Groep I, já referido, n.° 6).

24 Para este fim, o capítulo 1 do título VI da Directiva 92/50 estabelece as regras comuns de participação nos processos de adjudicação dos contratos públicos de

serviços, entre as quais constam a possibilidade de subcontratar uma parte do contrato com terceiros (artigo 25.°) e a possibilidade de os agrupamentos de prestadores de serviços apresentarem propostas sem que lhes possa ser exigida uma determinada forma jurídica para efeitos da apresentação da sua proposta (artigo 26.°).

25 Além disso, os critérios de selecção qualitativa fixados no capítulo 2 do título VI da Directiva 92/50 têm por único objecto definir as regras de apreciação objectiva da capacidade dos proponentes, em especial em matéria financeira e económica e em matéria técnica. Uma delas, prevista no artigo 31.°, n.° 3, permite ao prestador provar a sua capacidade económica e financeira por meio de qualquer documento considerarado adequado pela entidade adjudicante. Outra destas disposições, constante do artigo 32.°, n.° 2, alínea c), prevê expressamente a possibilidade de provar a capacidade técnica do prestador pela indicação dos técnicos ou organismos técnicos, quer dependam ou não directamente do prestador de serviços, a que este recorrerá para a execução do serviço (v., neste mesmo sentido e no que se refere à Directiva 71/305, o acórdão Ballast Nedam Groep I, já referido, n.° 12).

26 Resulta tanto do objecto como da letra destas disposições que uma pessoa não pode ser afastada de um processo de adjudicação de um contrato público de serviços pelo único motivo de entender utilizar, para executar o contrato, meios que não detém a título próprio mas que pertencem a uma ou várias entidades dela distintas (v., neste mesmo sentido, no que se refere às Directivas 71/304 e 71/305, o acórdão Ballast Nedam Groep I, já referido, n.° 15).

27 É pois permitido a um prestador que não preenche por si só as condições mínimas exigidas para participar no processo de adjudicação de um contrato de serviços invocar perante a entidade adjudicante as capacidades de terceiros a que conta recorrer se o contrato lhe for adjudicado.

28 Um tal recurso a referências externas não pode, porém, ser admitido sem condições. Com efeito, compete à entidade adjudicante, como precisa o artigo 23.° da Directiva 92/50, verificar a aptidão dos prestadores de serviços

de acordo com os critérios enumerados. Esta verificação tem nomeadamente por objectivo dar à entidade adjudicante a garantia de que o proponente disporá efectivamente, durante o período coberto pelo contrato dos meios, qualquer que seja a sua natureza, por ele invocados.

29 Assim, quando, para demonstrar as suas capacidades financeiras, económicas e técnicas com vista a ser admitida a participar num concurso, uma sociedade invoque as capacidades de organismos ou empresas a que está ligada por vínculos jurídicos directos ou indirectos, qualquer que seja a sua natureza, compete-lhe provar que pode efectivamente dispor dos meios desses organismos ou empresas que lhe não pertencem a título próprio e que são necessários para a execução do contrato (v., neste sentido, no que se refere às Directivas 71/304 e 71/305, o acórdão Ballast Nedam Groep I, já referido, n.° 17).

30 Compete ao juiz nacional apreciar a pertinência dos elementos de prova produzidos para esse efeito. No quadro deste controlo, a Directiva 92/50 não permite excluir *a priori* determinados modos de prova, nem presumir que o prestador dispõe dos meios de terceiros baseando-se na simples circunstância de pertencer a um mesmo agrupamento de empresas.

31 Há pois que responder à questão prejudicial que a Directiva 92/50 deve ser interpretada no sentido de permitir a um prestador que, para provar que satisfaz as condições económicas, financeiras e técnicas de participação num concurso destinado a celebrar um contrato público de serviços, invoque as capacidades de outras entidades, qualquer que seja a natureza jurídica das relações que com elas mantém, na condição de poder provar que tem efectivamente à disposição os

meios dessas entidades necessários para a execução do contrato. Compete ao juiz nacional apreciar se tal prova foi feita no processo principal.

Quanto às despesas

32 As despesas efectuadas pelos Governos italiano, neerlandês e austríaco, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, por despacho de 10 de Fevereiro de 1998, declara:

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 permitir a um prestador que, para provar que

satisfaz as condições económicas, financeiras e técnicas de participação num concurso destinado a celebrar um contrato público de serviços, invoque as capacidades de outras entidades, qualquer que seja a natureza jurídica das relações que com elas mantém, na condição de poder provar que tem efectivamente à disposição os meios dessas entidades necessários para a execução do contrato. Compete ao juiz nacional apreciar se tal prova foi feita no processo principal.

Moitinho de Almeida Sevón Gulmann

Puissochet Wathelet

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 2 de Dezembro de 1999.

O secretário

R. Grass

O presidente da Quinta Secção

D. A. O. Edward