

1. As referências que permitem determinar a capacidade financeira e económica de um empreiteiro não são taxativamente enunciadas pelo artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.
- Pode ser solicitada aos concorrentes à execução da obra, a título de referência probatória, nos termos do referido artigo 25.º, a indicação do volume de negócios global dos trabalhos que lhes estão atribuídos e nem este artigo nem nenhuma outra disposição da directiva se opõe a que um Estado-membro fixe um volume máximo de trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente por uma mesma empresa.
2. Os artigos 25.º, 26.º e 28.º da Directiva 71/305/CEE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que uma entidade adjudicante exija de um empreiteiro aprovado num outro Estado-membro a prova de que satisfaz, do ponto de vista da sua capacidade económica, financeira e técnica, determinadas exigências colocadas pela legislação nacional, mesmo que esse empreiteiro faça parte, no Estado-membro onde estiver estabelecido, de uma classe correspondente à que é requerida pela referida legislação nacional em virtude da importância dos trabalhos a adjudicar, a menos que, nos dois Estados-membros em questão, a classificação das empresas seja feita com base em critérios equivalentes quanto ao nível de capacidade exigido.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA

apresentado nos processos apensos 27 a 29/86 *

I — Enquadramento jurídico

1. *Direito comunitário*

A Directiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, visa, em complemento da Directiva 71/304/CEE, assegurar a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas a realizar nos Estados-membros por conta do Estado, das autarquias e de outras pessoas colectivas de direito público, mediante a coordenação dos processos nacionais de adjudicação dessas empreitadas, paralelamente à eliminação das restrições.

As questões colocadas nos presentes processos respeitam à interpretação das disposições da Directiva 71/305/CEE que regulam as condições de acesso das empresas às empreitadas, contidas no título IV, que estabelece as disposições comuns sobre a participação.

As disposições pertinentes da Directiva 71/305/CEE são as seguintes:

— o artigo 23.º, que enumera as circunstâncias relativas à situação dos concor-

* Língua do processo: francês.

rentes à execução da obra que podem dar lugar à sua exclusão da participação no concurso, bem como, para determinados casos, os meios de prova que os empreiteiros podem utilizar para demonstrar que não se encontram em tal situação;

- o artigo 25.º, que determina os elementos comprovativos da capacidade financeira e económica dos empreiteiros, cujo texto é o seguinte:

«A demonstração da capacidade financeira e económica do empreiteiro pode ser feita, regra geral, por um ou mais dos elementos seguintes:

- a) declarações bancárias adequadas;
- b) apresentação dos balanços ou de extractos dos balanços da empresa nos casos em que a publicação dos balanços é imposta pela legislação das sociedades do país onde o empreiteiro está estabelecido;
- c) uma declaração respeitante ao volume de negócios global e ao volume de negócios em obras da empresa no decurso dos três últimos exercícios.

As entidades adjudicantes precisarão, no anúncio ou no convite para apresentação de propostas, qual ou quais daqueles elementos escolheram, assim como os elementos comprovativos, para além dos mencionados nas alíneas a), b) e c), que pretendem obter.

Se, por qualquer razão justificada, o empreiteiro não estiver em condições de apresentar os elementos pedidos pelas entidades adjudicantes, poderá provar a sua capacidade económica e financeira por qualquer outro documento considerado apropriado pelas entidades adjudicantes»;

- o artigo 26.º, segundo o qual

«a demonstração da capacidade técnica do empreiteiro pode ser feita:

...

- b) pela lista das obras executadas nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados de boa execução relativos às obras mais importantes.

...

- d) por uma declaração relativa aos efectivos médios anuais da empresa e à dimensão dos seus quadros durante os três últimos anos.

...»;

- o artigo 28.º, que estabelece as modalidades segundo as quais os Estados-membros devem estabelecer e gerir as listas oficiais de empreiteiros aprovados e a presunção da sua aptidão resultante da inscrição nessas listas, face às entidades adjudicantes dos outros Estados-membros. Os n.ºs 2 e 3 desse artigo estabelecem:

«2) Os empreiteiros inscritos nessas listas podem apresentar à entidade adjudicante, em cada concurso, um certificado de inscrição passado pela autoridade competente. Este certificado descreve as condições que permitiram a inscrição na lista assim como a classificação constante dessa lista.

- 3) A inscrição em tais listas, certificada pelos organismos competentes, constitui uma presunção de aptidão, face às entidades adjudicantes dos outros

Estados-membros apenas no que respeita às alíneas a) a d) e g) do artigo 23.º, ao artigo 24.º, alíneas b) e c) do artigo 25.º, alíneas b) e d) do artigo 26.º e não no que se refere à alínea a) do artigo 25.º, e alíneas a), c) e e) do artigo 26.º para as obras correspondentes à classificação do empreiteiro.

Os dados resultantes da inscrição nas listas oficiais não podem ser postos em causa...»

2. *Direito nacional*

A regulamentação pertinente ao processo 27/86 é constituída, no essencial, pelo decreto-lei de 3 de Fevereiro de 1947, que regula a aprovação dos empreiteiros (*Moniteur belge* de 12.2.1947) que fixa, no seu artigo 1.º, as condições que devem reunir os empreiteiros para poderem ser autorizados a executar empreitadas de obras públicas. Para além das condições gerais, este artigo exige, lit. B, uma aprovação especial e prévia:

«Se no momento da adjudicação da empreitada ou no decurso da sua execução o volume de negócios global de todos os trabalhos, tanto públicos ou de utilidade pública como privados, executados simultaneamente pelo empreiteiro, ultrapassar o máximo que será fixado por decreto real».

O decreto real de 31 de Janeiro de 1978, que fixa as medidas de execução do decreto-lei de 3 de Fevereiro de 1947, já referido, (*Moniteur belge* de 25.2.1978) fixa esse volume e, nomeadamente, para os empreiteiros aprovados na classe 8, em 1 200 milhões de BFR.

O artigo 9.º do mesmo diploma prevê que «sem que daí possa derivar qualquer direito

para eles», os empreiteiros aprovados devem solicitar uma derrogação se, quando concorrem a uma empreitada de obras públicas ou se pelo facto da atribuição desta, o volume de negócios global dos trabalhos, tanto públicos como privados, que devem ou deverão executar simultaneamente, ultrapassar ou vier a ultrapassar em mais de 10 % o volume fixado para a classe à qual pertencem.

Relativamente aos processos 28 e 29/86, a disposição pertinente encontra-se igualmente inserida no decreto-lei de 3 de Fevereiro de 1947, já referido, cujo artigo 1.º foi completado por um parágrafo C com o seguinte teor:

«A inscrição na lista oficial dos empreiteiros aprovados de um Estado-membro da Comunidade Europeia tem o valor de aprovação, como previsto em B, relativamente aos trabalhos que, em virtude da sua inscrição, o empreiteiro está autorizado a executar no país onde está estabelecido.»

O decreto real de 31 de Janeiro de 1978, já citado, fixa para o volume de negócios máximo das empreitadas que podem ser adjudicadas aos empreiteiros aprovados em cada classe e, nomeadamente, para a classe 6, o montante de 75 milhões de BFR e, para a classe 7, o de 150 milhões de BFR. Para os empreiteiros incluídos na classe 8, não existe limite máximo para o volume de negócios das empreitadas que lhes podem ser adjudicadas.

O decreto ministerial de 7 de Fevereiro de 1978 (*Moniteur belge* de 25.2.1978), que estabelece os critérios a tomar em consideração para o exame dos pedidos de aprovação de empreiteiros, exige para a aprovação na classe 6 e na classe 7, entre outras condições, a existência de fundos próprios no valor de 15 milhões de BFR e de 30 milhões de BFR, respectivamente, e a existência, du-

rante os últimos três anos, de 50 operários e 2 quadros e 100 operários e 4 quadros, como números médios de efectivos e de quadros.

II — Matéria de facto e de tramitação processual

1. Antecedentes dos processos

Processo 27/86

A «Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes» pôs a concurso, em Janeiro de 1978, uma empreitada relacionada com os trabalhos da auto-estrada das Ardenas, de acordo com o caderno de encargos especial n.º Z 78/C.77, que previa a aprovação dos concorrentes à execução de obras na classe 8.

Da abertura das propostas resultou que a SA Constructions et entreprises industrielles (adiante a sociedade CEI) era o empreiteiro que fazia a proposta mais favorável.

Os três empreiteiros concorrentes melhor colocados foram convidados a informar o volume de negócios global dos trabalhos que tinham em execução no momento da adjudicação da empreitada. Na sua resposta, a sociedade CEI reconheceu que as obras que tinha em execução, segundo o seu caderno de encomendas, ultrapassava o montante de 1 200 milhões de BFR. Em 22 de Setembro de 1978, o Conseil d'administration de l'Association intercommunale, entidade adjudicante, decidiu aprovar a oferta da empresa que fez a oferta mais elevada mas cujo volume global do compromisso em trabalhos a efectuar simultaneamente não ultrapassava os limites estabelecidos no decreto real de 31 de Janeiro de 1978, já citado.

Por petição entregue em 15 de Novembro de 1978, a sociedade CEI, demandante no processo principal, impugnou esta decisão perante o Conseil d'État alegando, entre outras coisas, violação da Directiva 71/305/CEE, na medida em que a entidade

adjudicante teria afastado a sua proposta por o volume de negócios global dos seus trabalhos em execução ultrapassar os limites estabelecidos no decreto real de 31 de Janeiro de 1978, enquanto que os artigos 25.º e 26.º da directiva apenas previam, como critérios para a selecção dos empreiteiros, a capacidade financeira e técnica, e que a exigência duma aprovação quando os trabalhos em curso ultrapassassem o limiar previamente estabelecido em quantia fixa não é um desses critérios.

Processos 28 e 29/86

As duas empreitadas de obras públicas em questão foram postas em concurso, uma pela Régie des bâtiments e a outra pelo ministro da Defesa Nacional, de acordo com os cadernos de encargos respectivos n.ºs K.90/78-H 87 e 8/M/A/034/1978 que prevêm a aprovação dos concorrentes na categoria D, classe 6 e 7, respectivamente.

Nos dois concursos, a sociedade Ing. A. Bellini & Ca., demandante no processo principal, (adiante «societade Bellini»), com sede social em Bergamo (Itália), foi considerada como tendo feito a melhor oferta dos concorrentes na determinação da oferta mais baixa; foi, no entanto, afastada, alegando-se, para tal, que não satisfazia os critérios fixados pela regulamentação belga para a aprovação nas classes exigidas pelos cadernos de encargos.

A sociedade Bellini tinha junto a uma das suas propostas uma cópia da sua aprovação, concedida pelo ministro italiano das Obras Públicas, na categoria 2, classe 8, que permitia que lhe fosse atribuída, de acordo com a legislação italiana, uma empreitada no valor máximo de 4 mil milhões de LIT, ou seja à volta de 142 milhões de BFR no câmbio médio da época, volume de negócios de trabalhos que corresponderia à classe 7 da regulamentação belga.

Um dos elementos tidos em consideração pelas entidades adjudicantes para excluir a proposta da demandante no processo princi-

pal era a insuficiência do capital social da sociedade Bellini. Com efeito, resulta da documentação preparatória das decisões de adjudicação, tida em conta nos pedidos de decisão a título prejudicial formulados pelo Conseil d'État, que a entidade adjudicante considerou que os fundos próprios da empresa Bellini seriam insuficientes para obter, de acordo com a regulamentação belga, a aprovação nas classes 6 ou 7 exigidas pelos cadernos de encargos das empreitadas em questão. De acordo com os elementos do processo, os fundos próprios da sociedade atingiriam o montante total de 2 625 000 BFR enquanto que a inclusão nas classes 6 e 7 exige, de acordo com a regulamentação belga, fundos próprios que se elevem a 15 milhões e 30 milhões de BFR, respectivamente.

Um outro elemento tido em conta pela entidade adjudicante para não aceitar a oferta da demandante no processo principal foi a insuficiência dos efectivos do pessoal. Com efeito, a sociedade Bellini tinha provado ter em ordem os pagamentos à Previdência Social relativamente a um quadro e 28 outros assalariados, enquanto que a regulamentação belga exigia a existência de, durante os três últimos anos, 50 operários e 2 quadros para a classe 6, e 100 operários e 4 quadros para a classe 7, como efectivos médios.

Por requerimentos entregues a 13 de Março e 9 de Julho de 1979, a sociedade Bellini solicitou ao Conseil d'État a anulação das duas decisões de adjudicação.

A requerente invocou, entre outros fundamentos, a violação dos artigos 3.º, alínea c), e 7.º do Tratado CEE e dos artigos 25.º e 28.º, n.º 3, da Directiva 71/305/CEE, já citada, na medida em que a entidade adjudicante teria posto em causa a aptidão económica e financeira da demandante provada pela sua inscrição na lista oficial dos empreiteiros aprovados em Itália, enquanto que a sua inscrição nessa lista constituía uma

presunção de capacidade económica e financeira e as informações resultantes dessa inscrição não podiam ser postas em causa, especialmente as mencionadas nos artigos 25.º, alíneas b) e c), e 26.º, alíneas b) e d), da Directiva 71/305/CEE. O comportamento das entidades adjudicantes seria, assim, discriminatório em razão da sua nacionalidade e violaria o direito de livre circulação das pessoas colectivas no interior da Comunidade.

2. *Questões prejudiciais*

Considerando que a solução dos três litígios está ligada à interpretação da Directiva 71/305/CEE, o Conseil d'État, secção administrativa, Terceira Secção, por acórdãos de 15 de Janeiro de 1986, suspendeu a instância e, ao abrigo do artigo 177.º do Tratado CEE, colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

A — No processo 27/86:

- «1) Os elementos que permitem determinar a capacidade financeira e económica de um empreiteiro são taxativamente enunciados no artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE?
- 2) Em caso de resposta negativa, o volume de negócios dos trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente poderá ser considerado como um elemento que permite determinar a capacidade financeira e económica de um empreiteiro, na acepção do artigo 25.º da directiva?»

Nos fundamentos da sua decisão de reenvio, o Conseil d'État sublinha, por um lado, que a aplicação do critério do volume de negócios global dos trabalhos que podem ser executados simultaneamente por um concor-

rente a uma empreitada de obras públicas tem por fim evitar qualquer monopólio, permitir uma sã repartição dos trabalhos e evitar uma concorrência desenfreada ou uma especulação pelas empresas que as conduza a assumirem compromissos para além das suas capacidades e, por outro, que a Directiva 71/305/CEE visa assegurar a igualdade entre os concorrentes às empreitadas de obras públicas e que, para esse fim, estabelece critérios de selecção objectivos, a fim de não deixar ao poder discricionário da administração a avaliação da aptidão dos empreiteiros.

B — A questão colocada nos processos 28 e 29/86 é a seguinte:

«A Directiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de empreitadas de obras públicas, permite, designadamente nos seus artigos 25.º e 26.º, alínea d), que a proposta de um empreiteiro italiano seja excluída pela entidade adjudicante belga porque o empreiteiro não comprovou dispor do montante mínimo de fundos próprios exigido pela legislação belga e não tem ao seu serviço, em média, o número mínimo de operários e de quadros exigidos por essa legislação, quando essa entidade patronal está aprovada, em Itália, na classe correspondente à requerida na Bélgica em virtude da importância dos trabalhos a adjudicar?»

3. *Tramitação processual*

As decisões de reenvio deram entrada na Secretaria do Tribunal em 3 de Fevereiro de 1986.

Por despacho proferido em 19 de Março de 1986, o Tribunal de Justiça ordenou, por razões de conexão, a apensação dos três processos acima referidos, para efeitos do processo escrito e oral e do acórdão, nos termos do artigo 43.º do Regulamento Processual.

De acordo com o artigo 20.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CEE, foram apresentadas observações escritas:

- no processo 27/86, pela Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes, a que sucedeu o Fonds des routes, demandada no processo principal, representada pelo ministro das Obras Públicas, tendo por conselheiro Pierre Lambert, advogado do foro de Bruxelas, e pela SA Constructions et entreprises industrielles (CEI), demandante no processo principal, representada por R. Libiez, J. Putzeys e X. Leurquin, advogados do foro de Bruxelas;
- no processo 28/86, pela Régie des bâtiments, demandada no processo principal, representada pelo ministro das Obras Públicas, tendo por consultor Pierre Lambert, advogado do foro de Bruxelas, e pela Confédération nationale de la construction, interveniente no processo principal, representada por Léon Goffin e Jean-Louis Lodomez, advogados do foro de Bruxelas;
- no processo 29/86, pelo Estado belga, demandado no processo principal, representado pelo ministro da Defesa Nacional, na pessoa do seu agente Jean-Paul Pierrard, consultor jurídico adjunto;
- nos processos 28 e 29/86, pela SpA Ing. A. Bellini & Ca., demandante no processo principal, representada por J. Putzeys e X. Leurquin, advogados do foro de Bruxelas;
- em todos os processos, pela Comissão das Comunidades Europeias, representada pelo seu consultor jurídico Maurice Guerrin, na qualidade de agente, pelo Reino de Espanha, representado pelo seu agente Luis Javier Casanova Fernandez, e pelo Governo italiano, represen-

tado pelo seu agente Ivo M. Braguglia, advogado do Estado.

Por decisão de 19 de Novembro de 1986, tomada ao abrigo dos n. os 1 e 2 do artigo 95.º do Regulamento Processual, o Tribunal deferiu os processos apensos à Sexta Secção.

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

III — Resumo das observações escritas apresentadas ao Tribunal

1. Quanto à primeira questão no processo 27/86

As partes no processo principal, o Reino de Espanha, o Governo italiano e a Comissão consideram, unanimemente, que os elementos comprovativos que permitem determinar a capacidade económica e financeira de um empreiteiro não são enunciados taxativamente no artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE.

Em apoio desta tese, sublinham, em substância, que a expressão «regra geral» utilizada no primeiro parágrafo do artigo 25.º da referida directiva e a inclusão, no segundo parágrafo, de «elementos comprovativos para além dos mencionados nas alíneas a), b) e c)», não deixam nenhuma dúvida sobre o carácter não taxativo da enumeração dos elementos no artigo em questão. Observam ainda que o terceiro parágrafo do artigo faz referência a «qualquer outro documento considerado apropriado pelas entidades adjudicantes» como elemento de prova da capacidade económica de um empreiteiro. Tal seria, aliás, o critério tido em conta pelo Tribunal de Justiça no seu acór-

ção de 10 de Fevereiro de 1982 (Transpoute et travaux, 76/81, Recueil 1982, p. 417).

A proposta de resposta da Comissão contém uma cambiante:

« 1) Os elementos que permitem determinar a capacidade económica e financeira de um empreiteiro são enunciados de forma taxativa no artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE, no sentido de que a entidade adjudicante não se pode recusar a admitir um ou outro daqueles elementos, se fornecidos pelo empreiteiro. Todavia, as entidades adjudicantes podem exigir outros elementos comprovativos, que não os mencionados nas alíneas a), b) e c) do mesmo artigo, desde que o refiram no aviso ou no convite para a apresentação de propostas.»

2. Quanto à segunda questão do processo 27/86

O *Fonds des routes*, demandado no processo principal, o Reino de Espanha e a Comissão consideram que a questão do Conseil d'État deve obter uma resposta afirmativa.

O *Fonds des routes* alega, em apoio da sua tese, que a limitação do volume de negócios dos trabalhos que podem ser executados simultaneamente por um empreiteiro é de interesse geral e que foi invocada no programa geral para a supressão das restrições à livre prestação de serviços, elaborada em 18 de Dezembro de 1961 pelo Conselho (JO de 15.1.1962, p. 32 a 35).

Para o Reino de Espanha, a limitação impugnada seria um critério objectivo que não permitiria discriminações. Sublinha, aliás, que a regulamentação espanhola estabelece um sistema de limitação do volume de negócios global dos trabalhos que podem ser executados simultaneamente similar ao da regulamentação belga.

A *Comissão* considera que o conhecimento do volume de negócios global dos trabalhos que a empresa deve ou deverá efectuar simultaneamente e a exigência de uma derrogação eventual para o caso de serem ultrapassados certos volumes estão na dependência do poder discricionário da entidade adjudicante, de acordo com o disposto no segundo parágrafo do artigo 25.º, para exigir elementos comprovativos particulares, para além dos mencionados nas alíneas a), b) e c) do mesmo artigo, ainda que esse poder discricionário não deva ser exercido de forma arbitrária ou discriminatória.

A *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI)*, demandante no processo principal, e o *Governo italiano* propõem uma resposta negativa.

As observações da *sociedade CEI* andam à volta de uma interpretação geral dos artigos 25.º e 26.º da directiva. Segundo a demandante no processo principal, estes dois artigos seriam a expressão de uma regra comum de selecção qualitativa dos concorrentes à adjudicação das empreitadas de obras públicas formulada implicitamente na directiva: esta regra comum estabeleceria a obrigação de as entidades adjudicantes permitirem aos concorrentes não excluídos ao abrigo do artigo 23.º fazerem prova da sua capacidade financeira, económica e técnica individual.

Os meios de prova dessa capacidade apenas poderiam ser os elementos comprovativos da situação financeira, económica e técnica de cada empreiteiro considerado individualmente.

Ora, a exigência contida na regulamentação belga de não ser ultrapassado um certo volume de negócios dos trabalhos efectuados simultaneamente por um concorrente à execução da obra, no momento da adjudicação da empreitada de obra pública ou no decurso da sua execução, seria incompatível tanto com a regra comum que concede a

cada empreiteiro o direito de fazer prova da sua capacidade para a empreitada em questão como com a configuração dos elementos comprovativos dos artigos 25.º e 26.º

Com efeito, tal exigência constituiria uma presunção *juris et de jure* de falta de capacidade financeira e económica que não permitiria aos empreiteiros provar o contrário. Tratar-se-ia, de facto, de uma causa de exclusão geral e abstracta ilegal porque não figura entre as enumeradas taxativamente no artigo 23.º

Seria, por outro lado, claro que esta limitação é uma regra substancial que não tem nenhuma semelhança com os meios de prova previstos no artigo 25.º

A sociedade CEI analisa, em seguida, se o facto de a regulamentação belga prever a possibilidade de solicitar uma derrogação individual ao limite do volume de negócios dos trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente ser de considerar como uma possibilidade dada aos empreiteiros de provarem a sua capacidade. Sustenta que tal não seria o caso, pois a entidade adjudicante belga não seria obrigada a examinar os pedidos de derrogação. Por outro lado, o decreto ministerial de 7 de Fevereiro de 1978, ao exigir, para a concessão eventual de uma derrogação, que o concorrente tenha apresentado um pedido com vista a obter a aprovação requerida, colocaria uma condição impossível de preencher pela demandante no processo principal, já aprovada na classe superior.

Por último, a demandante no processo principal sustenta que, de qualquer modo, a entidade adjudicante apenas poderia exigir, aquando da análise das propostas, os elementos comprovativos taxativamente enumerados no aviso ou no convite para apresentação das propostas, o que, em seu parecer, excluiria a aplicabilidade, no caso em apreço, da limitação do volume de negócios dos trabalhos a realizar simultaneamente.

Em conclusão, a sociedade CEI propõe a seguinte resposta à segunda questão:

«O volume de negócios dos trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente não pode ser considerado como elemento que permite determinar a capacidade financeira e económica de um empreiteiro, na acepção do artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE pois:

- 1) não se trata de um elemento comprovativo da capacidade financeira e económica de uma empresa, solicitado sob a forma de documento, como todos os outros elementos do artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE, mas de uma causa de exclusão geral e abstracta de qualquer empreiteiro que ultrapasse um volume limite de trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente;
- 2) não se trata de um elemento comprovativo na acepção do artigo 25.º, pois não se baseia em elementos da realidade financeira e económica internos à empresa;
- 3) não se trata de um elemento comprovativo já que não figura no aviso ou no convite para apresentação de propostas;
- 4) não se trata de um elemento comprovativo já que não deixa a entidade adjudicante inteiramente livre para decidir, em consequência, se vai proceder ou não ao exame da capacidade económica e financeira de um empreiteiro ou eliminá-lo imediatamente;
- 5) não se trata de um elemento comprovativo pois funciona como um obstáculo que impede um empreiteiro aprovado na classe 8, tanto de obter uma derrogação a essa exigência, como de provar, por intermédio de qualquer outro documento, a sua capacidade financeira e económica para obter a empreitada em questão.

O *Governo italiano* deduz da finalidade que o Conseil d'État reconhece à limitação do volume de negócios dos trabalhos que podem ser efectuados simultaneamente, ou seja, evitar a existência de monopólios e permitir uma sã repartição dos trabalhos, que esse critério não pode ser considerado como elemento comprovativo da capacidade financeira e económica dos empreiteiros concorrentes à adjudicação da obra, na acepção do artigo 25.º da Directiva 71/305/CEE. Ora, se esse critério não se incluir nas excepções previstas no n.º 2 do artigo 25.º da directiva, tornar-se-ia imediatamente «um modo de prova estranho aos taxativamente autorizados pela directiva» (acórdão *Transporoute*, já citado, ponto 10).

3. Quanto à questão colocada nos processos 28 e 29/86

A *Régie des bâtiments*, demandada no processo principal, relativamente ao processo 28/86, a *Confédération nationale de la construction*, interveniente no processo principal, relativamente ao processo 28/86, o *Estado Belga*, demandado no processo principal, relativamente ao processo 29/86, o *Reino de Espanha* e a *Comissão* propõem uma resposta afirmativa que baseiam nos seguintes argumentos.

De acordo com o artigo 20.º da Directiva 71/305/CEE, as entidades adjudicantes deveriam verificar a aptidão dos concorrentes à adjudicação da obra de acordo com os critérios de capacidade financeira, económica e técnica referidos nos artigos 25.º a 28.º A directiva indicaria também a maneira como os concorrentes à adjudicação da obra podem justificar tanto a sua capacidade financeira e económica como a sua capacidade técnica. Mas, não determinando a directiva o nível a alcançar em cada um desses critérios, pertenceria aos Estados-membros fixar o limiar a partir do qual consideram que a capacidade financeira, económica e técnica

dos concorrentes à adjudicação da obra é apropriada à empreitada em adjudicação.

Ora, a presunção de aptidão que o artigo 28.º da directiva estabelece significaria que o certificado de inscrição na lista dos empreiteiros aprovados num Estado-membro se substitui, relativamente à entidade adjudicante de outro Estado-membro, à apresentação do balanço e à declaração sobre o volume de negócios [artigo 25.º, alíneas b) e c)] bem como à declaração sobre os efectivos [artigo 26.º, alínea d)]. Mas o facto de se tratar de uma simples presunção de aptidão permitiria a sua inversão. A força probatória resultante da inscrição numa lista oficial apenas diz respeito aos elementos objectivos sobre os quais essa inscrição se baseia. Cada Estado-membro fixaria livremente as condições, mais ou menos exigentes, de aptidão para efectuar trabalhos de um certo valor.

Este grupo de observações extrai também argumentos do facto do n.º 2 do artigo 28.º da directiva exigir que o certificado de inscrição faça menção das referências que permitiram a inscrição na lista e da classificação que essa lista inclui, o que, em seu entender, não poderia ter outra justificação que não fosse a de permitir à entidade adjudicante verificar se a presunção de aptidão que resulta do certificado não foi afastada pelas exigências legais e regulamentares do Estado adjudicante.

Por último, alega-se nestas observações que a tese da equivalência pura e simples das inscrições nas listas dos empreiteiros aprovados nos Estados-membros seria contrária ao texto e ao espírito das regras comunitárias e constituiria uma discriminação em detrimento dos empreiteiros inscritos em países

cujas condições de aprovação seriam mais rigorosas que as impostas por outras regulamentações nacionais.

A *SpA Ing. Bellini & Ca.* e o *Governo italiano* consideram que se deve responder negativamente à questão colocada pelo Conselho d'État.

Com uma argumentação paralela à da demandante no processo principal, relativamente ao processo 27/86, a empresa *Bellini* baseia também as suas observações numa interpretação dos artigos 25.º e 26.º da Directiva 71/305/CEE, os quais conteriam, em seu entender, uma regra comum de selecção qualitativa dos concorrentes à adjudicação das empreitadas de obras públicas que permitia aos empreiteiros justificar, caso a caso, a sua capacidade económica, financeira e técnica a partir de elementos comprovativos retirados da realidade financeira, económica e técnica de cada empresa individualmente considerada.

Ora, a exigência, decorrente do regime belga de aprovação, de um volume mínimo de fundos próprios e de um número mínimo de pessoal, aplicável a todas as empreitadas e a todos os empreiteiros sem ter em consideração as suas características e situação financeira, económica e técnica individuais, seria uma regra de carácter geral e abstracto e, portanto, incompatível com a regra comum de selecção qualitativa decorrente dos artigos 25.º e 26.º da directiva, que permite aos empreiteiros fazer a prova das suas capacidades relativamente a cada empreitada.

Por outro lado, estas exigências seriam, de facto, causas de exclusão gerais e abstractas de um empreiteiro e, assim, igualmente in-

compatíveis com o artigo 23.º da directiva, que enumera taxativamente os casos de exclusão.

Quanto à aplicação dessas exigências a empreiteiros aprovados num Estado-membro, a sociedade Bellini considera que essa aplicação é contrária ao sistema previsto no artigo 28.º, n.º 3, da directiva para o exame, pelas entidades adjudicantes, da capacidade financeira, económica e técnica desses empreiteiros. Com efeito, em sua opinião, o volume de fundos próprios e o número de empregados e de quadros seriam elementos contidos nos artigos 25.º, alínea b), e 26.º, alínea d), da Directiva 71/305/CEE para os quais o empreiteiro se presumia apto nos planos financeiro, económico e técnico, ao abrigo do artigo 28.º, n.º 3, da directiva.

O *Governo italiano* sublinha que o Tribunal de Justiça, no seu acórdão *Transporoute*, já citado, considerou que o n.º 3 do artigo 28.º concede às empresas inscritas numa lista oficial num Estado-membro o direito de utilizarem, nos limites por ele fixados, relativamente à entidade adjudicante de ou-

tro Estado-membro, essa inscrição como meio de prova alternativa de que preenche os requisitos qualitativos enunciados nos artigos 23.º a 26.º da directiva. Ora, a inscrição de aptidão de um empreiteiro inscrito numa lista oficial, que resultaria do n.º 3 do artigo 28.º, já incluiria todos os aspectos da sua capacidade financeira e técnica cuja prova é exigida, de acordo com a legislação do Estado adjudicante, mediante um montante mínimo do capital ou dos efectivos. O Governo italiano mantém, assim, que a inscrição numa lista oficial, ao substituir-se aos elementos previstos nas alíneas d) e c) do artigo 25.º (balanço, declaração respeitante ao volume de negócios), que permitem demonstrar a capacidade financeira e económica do empreiteiro, exclui a possibilidade de um outro Estado-membro exigir a prova de um montante mínimo de capital. O mesmo argumento seria válido relativamente à exigência de um mínimo de empregados e de quadros.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juiz relator