

***RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO À LUZ DO TFUE: A
NECESSIDADE DE SALVAGUARDA DO INTERESSE GERAL***

- Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 2013 -

MARIA DO ROSÁRIO ANJOS

Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto e do Instituto
Universitário da Maia

Doutora em Direito Público

Investigadora do I2J - Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto. Investigadora da UICCC – Unidade de Investigação em Criminologia e Ciências do Comportamento e do Centro de Investigação (ISMAI) e do Grupo de Investigação em Derecho Público Global da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña

Abstract

This article examines the contribution of the recent judgment of the Court of Justice of the European Union, of 12.12.2013, for the interpretation and sedimentation of important concepts of European law on competition, on freedom of establishment and its compatibility with the necessary safeguarding of general economic interest, in the light of which a few can be considered acceptable restrictions on the principle of freedom of competition.

O presente artigo analisa o contributo do recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12.12.2013, para a interpretação e sedimentação de importantes conceitos do direito europeu da concorrência, em matéria de liberdade de estabelecimento e sua compatibilização com a necessária salvaguarda do interesse económico geral, à luz do qual pode considerar-se aceitável algumas restrições ao princípio da liberdade da concorrência.

Key words: freedom of establishment; general economic interest; competition; articles 49 and 106 TFEU

Palavras chave: liberdade de estabelecimento; interesse económico geral; concorrência; artigos 49 e 106 TFUE

Sumário:

1. Resumo do Acórdão do TJUE
2. A configuração do caso concreto
3. Análise do regime jurídico aplicável; 3.1 A presunção de pertinência; 3.2 As questões jurídicas em apreciação: a) O conceito de empresa na aceção dos artigos 101º, 102º e 106º TFUE; b) A aplicabilidade dos artigos 101º, 102º e 106º TFUE; c) A liberdade de estabelecimento
4. Conclusão

1. Resumo do Acórdão do TJUE

Por Acórdão, proferido em 12 de dezembro de 2013, a 4ª secção do Tribunal de Justiça decidiu, em síntese, que:

“Os artigos 101.º TFUE, 102.º TFUE e 106.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que impõe às sociedades com qualidade de organismos de certificação “Società Organismi di Attestazione” (doravante designadas por “SOA”) um regime de tarifas mínimas pelos serviços de certificação prestados às empresas que pretendem participar em processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas. Essa legislação nacional constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento na aceção do artigo 49º TFUE, mas é adequada para garantir a realização do objetivo da proteção dos destinatários dos referidos serviços. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se, tendo em conta, em especial, o modo de cálculo das tarifas mínimas, nomeadamente em função do número de categorias

de empreitadas para as quais o certificado é emitido, a referida legislação nacional ultrapassa o que é necessário para atingir este objetivo.”¹

O pedido de decisão prejudicial em causa teve por objeto a interpretação dos artigos 101.º TFUE, 102.º TFUE e 106.º TFUE. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o *Ministero dello Sviluppo Economico* (Ministério do Desenvolvimento Económico) e a *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (Autoridade de supervisão dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de serviços e dos contratos públicos de fornecimento) à *SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA* (SOA Organismo de Certificação Nacional de Empresas de Construção). Em causa está a apreciação pelo Tribunal da declaração, proferida pelo Ministério e pela Autoridade, de inaplicabilidade, relativamente aos serviços prestados pelas sociedades com a qualidade de organismos de certificação (SOA) da revogação legislativa das tarifas mínimas obrigatórias no exercício de atividades profissionais.

2. A configuração do caso concreto

O artigo 52.º, n.º1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), prevê:

«Os Estados-Membros podem instituir listas oficiais de empreiteiros, fornecedores ou prestadores de serviços aprovados ou uma certificação por organismos de certificação públicos ou privados.»

¹ Cfr: Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.2013, 4ª secção, proferido no âmbito do Processo nº C 327/12, no âmbito de processo de reenvio prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato, em que são partes Ministero dello Sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contra SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA,

Em transposição da directiva supra referida o código dos contratos públicos de obras, serviços e fornecimentos italiano² dispõe, no seu artigo 40º, que:

«1. As pessoas que executam empreitadas de obras públicas, seja a que título for, devem estar habilitadas e assegurar-se de que o exercício da atividade se rege pelos princípios da qualidade, do profissionalismo e da lealdade. Tendo em vista o mesmo objetivo, os produtos, procedimentos, serviços e sistemas de qualidade na empresa, utilizados por essas pessoas, estão sujeitos a certificação em conformidade com a legislação em vigor.

2. O regulamento (...) rege o sistema de habilitação único para todas as pessoas que executam, seja a que título for, empreitadas de obras públicas num montante superior a 150 000 euros, em função do tipo e do montante das obras. O regulamento (...) permite também rever periodicamente as categorias de habilitação e prever eventuais novas categorias.

3. O sistema de habilitação é posto em prática por organismos de certificação de direito privado, autorizados para este efeito pela Autorità. A atividade de certificação é exercida na observância do princípio da independência de apreciação, garantindo a ausência de qualquer interesse comercial ou financeiro suscetível de originar comportamentos parciais ou discriminatórios. No exercício da atividade de certificação relativamente às pessoas que executam empreitadas de obras públicas, as SOA exercem uma missão de direito público (...) Caso falsifiquem as certificações, aplicar-se-ão os artigos 476.º e 479.º do Código Penal. Antes de emitirem certificações, as SOA verificam que estão cumpridos todos os requisitos exigidos à empresa requerente. Os organismos de certificação são responsáveis por atestar que as pessoas habilitadas:

a) dispõem de um certificado que atesta que o respetivo sistema de qualidade cumpre com as normas europeias (...) e a legislação nacional em vigor, aprovado pelos organismos acreditados, em conformidade com as normas europeias (...). Os organismos acreditados devem inscrever a certificação

² Cfr.: Decreto Legislativo n° 163, de 12 de abril de 2006, publicado no suplemento ordinário ao GURI n.º 100, de 2 maio de 2006, que aprova o Código dos contratos públicos de obras, serviços e fornecimentos italiano, em transposição para a ordem jurídica interna das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE.

referida no presente número relativamente às empresas que executem empreitadas de obras públicas na lista oficial estabelecida pelo organismo italiano de certificação (...).

b) cumprem os requisitos gerais, técnico-organizacionais e económico-financeiros previstos pelas disposições [da União] aplicáveis em matéria de habilitação. Os certificados emitidos pelos promotores às empresas que executam empreitadas de obras públicas fazem parte dos requisitos técnico-organizacionais. (...)»

Nos termos desta regulamentação interna o organismo de certificação determina as modalidades e critérios de autorização e de eventual revogação da certificação pelos organismos de certificação, bem como os requisitos subjetivos, organizacionais, financeiros e técnicos a cumprir pelas empresas a certificar. As exigências a cumprir passam por cumprimento de requisitos gerais e os requisitos técnico-organizacionais e económico-financeiros referidos, incluindo as medidas respeitantes à extensão e ao tipo de obras públicas.

Associado a estas competências o organismo de certificação define, ainda, os critérios de fixação das tarifas aplicáveis (sem prejuízo da impossibilidade de não aplicar as tarifas mínimas), as modalidades de verificação da certificação, a duração da sua validade (que, no caso, é de cinco anos) devendo verificar-se antes do final do terceiro ano se se mantêm os requisitos gerais e os requisitos relativos à capacidade estrutural, entre muitas outras competências que lhe estão atribuídas, incluindo sancionatórias.

Já em 2010, um novo diploma legislativo reforça a obrigação de obter a certificação para pessoas que executem empreitadas de obras públicas atribuídas por uma entidade adjudicante num montante superior a 150 000 euros, sendo que a certificação de habilitação emitida em conformidade com o presente título constitui uma condição necessária e suficiente de modo a demonstrar que estão reunidos os requisitos

em matéria de capacidade técnica e financeira para efeito de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

Importa referir que para obtenção da certificação (indispensável à apresentação de candidaturas a concurso de empreitadas e obras públicas) as empresas requerentes têm de instruir o procedimento de certificação com a entrega de cópia de escritura de constituição e estatutos da sociedade, lista dos acionistas e declaração relativa às eventuais situações de controlo ou de relação entre empresas, organigrama da empresa candidata (incluindo o *curriculum vitae* das pessoas que fazem parte da mesma), declaração do representante legal relativa ao cumprimento dos requisitos de idoneidade e certidão do registo criminal dos administradores, representantes legais, diretores e pessoal técnico. No âmbito da sua atividade de avaliação e de verificação da habilitação, a autoridade interna tem acesso a dados de carácter económico-financeiro, como os balanços e as informações sobre as alterações organizacionais e as transformações da natureza jurídica das empresas, podendo socorrer-se das bases de dados disponíveis junto de entes públicos e da Câmara de Comércio, Indústria e Artesanato.

Por último, a certificação de habilitação, bem como a sua renovação, e todas as atividades complementares de revisão ou alteração, estão sujeitas ao pagamento de uma contrapartida fixada em função do montante global e do número de categorias gerais ou especializadas para as quais é requerida a habilitação. A contrapartida deve ser integralmente paga antes da emissão da certificação.

Tal exigência, constituirá uma restrição ao princípio da liberdade de estabelecimento contrária ao Tratado?

No caso concreto a questão prejudicial em apreciação pelo Tribunal de Justiça é a de saber aferir a (des) conformidade ao Tratado das medidas adotadas pelo Ministério e pela Autoridade italiana quanto à revogação das tarifas mínimas obrigatórias no exercício de atividades profissionais, inaplicável aos serviços prestados pela autoridade de certificação em matéria de empreitadas e obras públicas, e saber se esta pode oferecer às empresas requerentes da certificação descontos sobre os montantes cobrados pela emissão de certificações.

A “SOA” Nazionale Costruttori interpôs recurso de anulação das referidas notas emitidas pelo Ministério. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a referência, no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 223/2006, às atividades «*intellectuais*» não pode abranger as atividades das SOA, que exercem uma missão pública de certificação. Com efeito, esta missão consiste na emissão de certificações de habilitação que constituem a condição necessária e suficiente para demonstrar que uma empresa cumpre os requisitos exigidos em matéria de capacidade técnica e financeira para efeitos de adjudicação de empreitadas de obras públicas. Apesar disso, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade das disposições nacionais pertinentes no que respeita à atividade de certificação das SOA com a legislação da União.

3. Análise do regime jurídico aplicável

Em causa está a questão de saber se, à luz das disposições do TFUE em matéria de concorrência e de liberdade de estabelecimento, a regulamentação italiana supra descrita, nomeadamente no que toca à fixação de tarifas mínimas, está em conformidade com as referidas disposições.

A questão colocada ao Tribunal foi a de saber se os princípios da União em matéria de concorrência, nomeadamente, os princípios contidos nos artigos 101.º, 102.º e 106.º TFUE, obstam à aplicação das tarifas previstas na legislação italiana em vigor, devidas pela atividade de certificação das empresas de empreitadas e obras públicas?

3.1 A presunção de pertinência

A este respeito, importa recordar-se que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, as questões relativas à interpretação do direito da União,

submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que este define sob a sua responsabilidade, gozam de uma presunção de pertinência.

O Tribunal de Justiça só pode recusar-se a responder a um pedido submetido por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação solicitada do direito da União não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético, ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas. Nestas condições o Tribunal de Justiça entendeu conhecer da questão.

Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se as disposições do Tratado em matéria de concorrência e de liberdade de estabelecimento devem ser interpretadas no sentido de que obstam a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que impõe um regime de tarifas mínimas pelos serviços de certificação prestados às empresas que pretendam participar em processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas. Questão que se afigura, pela forma como foi colocada pertinente e adequada, tendo merecido, como tal a apreciação do Tribunal.

3.2 As questões jurídicas em apreciação

a) O conceito de empresa na aceção dos artigos 101º, 102º e 106º TFUE

Quanto ao direito da União relevante em matéria da concorrência para responder a esta questão, importa, em primeiro lugar, examinar se, no âmbito da sua atividade de certificação, as “SOA” se podem considerar como «empresas» na aceção dos artigos 101.º, 102.º e 106.º TFUE. A este respeito, resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que, para efeitos de aplicação das disposições do direito da União em matéria de concorrência, é empresa qualquer pessoa que exerça uma atividade

económica, independentemente do estatuto jurídico dessa pessoa e do seu modo de financiamento³. Ora, o legislador italiano instituiu, um regime de certificação efetuado por organismos privados, a saber, as “SOA”. Estas são empresas com fins lucrativos encarregadas de prestar serviços de certificação, dado que a obtenção de um certificado adequado é um requisito necessário para a participação, dos interessados, em concursos de empreitadas de obras públicas, segundo os requisitos estabelecidos pela legislação nacional.

Segundo o Tribunal, é indiscutível que a atividade das “SOA” tem natureza económica. Com efeito, estas emitem certificados, contra remuneração e exclusivamente com base na procura real do mercado. Assumem, além disso, os riscos financeiros inerentes ao exercício dessa atividade, verificam a capacidade técnica e financeira das empresas sujeitas a certificação, a veracidade e o conteúdo das declarações, certificados e documentos apresentados pelas pessoas a quem é concedida a certificação, bem como a manutenção dos requisitos relativos à situação pessoal do candidato ou do proponente.

No âmbito desta verificação, as “SOA” devem transmitir as informações adequadas à “Autorità”, que supervisiona a regularidade das atividades de certificação, podendo ser aplicadas sanções relativamente a estas sociedades em caso de violação das respetivas obrigações previstas pela legislação nacional em vigor e operam em condições de concorrência, como aliás, foi salientado pelo advogado-geral nas suas conclusões.

As empresas que pretendam participar em processos de adjudicação de contratos de empreitadas de obras públicas não são legalmente obrigadas a recorrer aos serviços de certificação de uma “SOA” específica. Nestas condições, tal como o Tribunal de Justiça reconheceu a qualidade de empresa a um construtor de automóveis na medida em que este operava no mercado da certificação de automóveis emitindo certificados de conformidade necessários à respetiva matrícula⁴ as “SOA” devem ser consideradas, no âmbito da sua atividade de certificação, como «empresas» na aceção dos artigos 101.º, 102.º e 106.º TFUE.

³ Neste sentido, vd. Ac. TJ de 23 de abril de 1991, Höfner e Elser, Proc.C 41/90, Colet., p. I 1979, n.º 21.

⁴ Neste sentido, Vd. Ac. TJ de 11 de novembro de 1986, British Leyland/Comissão, Proc. C 226/84, Colet., p. 3263.

b) A aplicabilidade dos artigos 101º, 102º e 106º TFUE

Há, ainda, que verificar se os artigos 101º e 102º do TFUE são materialmente aplicáveis a uma situação como a que está em causa no processo principal, em que as normas relativas às tarifas mínimas para serviços de certificação são estabelecidas pelo Estado. A este respeito, importa recordar que, como resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, embora seja verdade que os artigos 101º e 102º TFUE dizem, unicamente, respeito ao **comportamento das empresas** e não visam medidas legislativas ou regulamentares que emanam dos Estados-Membros, não é menos certo que estes artigos, lidos em conjugação com o artigo 4º, nº 3 do TUE, que institui um dever de cooperação entre a União Europeia e os Estados-Membros, impõem aos Estados-Membros que não tomem nem mantenham em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas.⁵

Neste ponto o Tribunal tem vindo a considerar que existe violação dos artigos 101º ou 102º TFUE, quando um Estado-Membro impõe ou favorece a celebração de acordos contrários ao artigo 101.º TFUE ou reforça os seus efeitos, ou retira à sua própria regulamentação o seu carácter estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção de interesse económico, ou ainda impõe ou favorece abusos de posição dominante. Porém, no caso em apreço, face à legislação italiana em causa, o Tribunal de Justiça considerou que nenhum elemento dos autos permitia constatar que a legislação nacional em causa produzisse esses efeitos. Além disso, concluiu ainda o Tribunal que, resultava manifestamente dos autos que o Estado-Membro não delegara em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção com interesse económico.

⁵ Neste sentido, Vd. Ac. TJ de 5 de dezembro de 2006, Cipolla e o., Proc. C 94/04 e C 202/04, Colet., p. I 11421, nº 46, e Ac. TJ de 1 de julho de 2010, Sbarigia, Proc. C 393/08, Colet., p. I 6337, nº 31.

Chegados a este ponto, cumpre analisar, em terceiro lugar, se o artigo 106.º TFUE é aplicável ao caso em apreço, uma vez que o n.º 1 deste artigo proíbe os Estados-Membros, no tocante às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, de tomar ou manter qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente nos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE. Pode considerar-se que uma medida estatal atribui um direito exclusivo ou especial, na aceção do artigo 106.º, n.º 1, TFUE, quando confere proteção a um número limitado de empresas, proteção essa que pode afetar substancialmente a capacidade de outras empresas exercerem a atividade económica em questão no mesmo território, em condições substancialmente equivalentes.

No caso em apreço, segundo o Tribunal que não se pode considerar que o facto de terem sido confiadas a todas as SOA, e apenas a estas, as atividades ligadas à certificação lhes confira direitos especiais ou exclusivos. Com efeito, todas as SOA têm os mesmos direitos e as mesmas competências no âmbito do mercado pertinente dos serviços de certificação, sem que tenha sido criada nenhuma vantagem concorrencial em benefício de certas empresas ativas no mercado em detrimento de outras empresas que prestam os mesmos serviços.

Portanto, do ponto de vista do Tribunal não se pode considerar que as “SOA” sejam empresas às quais o Estado-Membro em causa concedeu direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106º, nº 1, TFUE.

Tendo em conta as considerações precedentes, a decisão proferida pelo Tribunal foi no sentido de declarar que os artigos 101º, 102º e 106º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que impõe às “SOA” um regime de tarifas mínimas pelos serviços de certificação prestados às empresas que pretendem participar em processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas.

c) Quanto à liberdade de estabelecimento

Também esta questão foi submetida à apreciação do Tribunal já que o artigo 49.º TFUE se opõe às restrições à liberdade de estabelecimento. Esta disposição proíbe qualquer medida nacional que perturbe ou torne menos atrativo o exercício, pelos nacionais da União, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.

O conceito de restrição abrange as medidas adotadas por um Estado-Membro que, embora indistintamente aplicáveis, afetam o acesso ao mercado das empresas de outros Estados-Membros e entram, dessa forma, o comércio intracomunitário⁶.

No caso em apreço, todos os elementos do litígio no processo principal estão confinados no interior de um único Estado-Membro, a República Italiana. Mas isso não exclui, sem mais a possibilidade de outras empresas estabelecidas noutros Estados-Membros diferentes da República Italiana possam estar interessadas em exercer uma atividade de certificação neste último Estado-Membro. Por outro lado, mesmo numa situação em que todos os elementos estão confinados no interior de um único Estado-Membro, a resposta pode ser útil ao órgão jurisdicional de reenvio, designadamente no caso de o direito nacional impor que um cidadão italiano beneficie dos mesmos direitos que os que um cidadão de outro Estado-Membro extrairia do direito da União na mesma situação.

No que respeita ao artigo 51º TFUE, nos termos do qual as atividades que envolvem o exercício da autoridade pública estão isentas da aplicação das disposições do Tratados em matéria de liberdade de estabelecimento, o Tribunal considerou que esta derrogação não é aplicável ao processo principal em causa nos autos, porquanto, a referida derrogação deve restringir-se apenas às atividades que, consideradas em si mesmas, apresentem uma ligação direta e específica com o exercício da autoridade pública. Ora, à luz das considerações desenvolvidas pelo Tribunal ao longo do presente não se resulta que as atividades de certificação das “SOA” constituam uma participação direta e específica no exercício da autoridade pública.

⁶ Neste sentido, Vd. Ac. TJ. de 28 de abril de 2009, Comissão/Itália, Proc. C 518/06, Colet., p. I 3491, nºs 63 e 64.

Com efeito, as decisões de certificar ou não o controlo técnico, que, em substância, constataam apenas os resultados da inspeção técnica não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da derrogação prevista no artigo 51.º TFUE, na medida em que, por um lado, são desprovidas da autonomia decisória específica do exercício de prerrogativas de autoridade pública e, por outro, são adotadas no âmbito de uma vigilância estatal direta.⁷ Considerou ainda o Tribunal que, de igual modo, o papel auxiliar e preparatório devolvido aos organismos privados face à autoridade de supervisão não poderá ser considerado como uma ligação direta e específica com o exercício da autoridade pública, na aceção do artigo 51.º TFUE.

Pelo que, a verificação, pelas SOA, da capacidade técnica e financeira das empresas sujeitas a certificação, da veracidade e do conteúdo das declarações, certificados e documentos apresentados pelas pessoas a quem é concedida a certificação, bem como da manutenção dos requisitos relativos à situação pessoal do candidato ou do proponente, não pode ser considerada uma atividade abrangida pela autonomia decisória específica do exercício de prerrogativas de autoridade pública. Esta verificação é inteiramente determinada pelo quadro legislativo nacional.

Além disso, é levada a cabo sob a supervisão estatal direta e tem por função facilitar a tarefa das entidades adjudicantes no âmbito dos concursos públicos de empreitadas, com a finalidade de permitir às referidas autoridades cumprir a sua missão com um conhecimento preciso e circunstanciado da capacidade técnica e financeira dos proponentes.

Consequentemente, há que apreciar a legislação nacional em causa no processo principal à luz do artigo 49.º TFUE, quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento.

As normas nacionais contestadas no âmbito deste processo proíbem as empresas que prestam serviços de certificação de não aplicar as tarifas mínimas previstas pelo direito italiano. Como salientou o advogado-geral as referidas normas são suscetíveis de tornar menos atrativo o exercício da liberdade de estabelecimento no mercado dos referidos serviços para empresas estabelecidas noutros Estados-Membros que não a

⁷ A este propósito vd. Ac. TJ. de 22 de outubro de 2009, Comissão/Portugal, Proc. C 438/08, Colet., p. I 10219, nºs 41 e 45.

República Italiana. Com efeito, a referida proibição priva as empresas estabelecidas num Estado-Membro diferente da República Italiana e que cumprem os requisitos estabelecidos pela legislação italiana da possibilidade de, pedindo honorários inferiores aos fixados pelo legislador italiano, concorrer mais eficazmente com as empresas instaladas de modo estável no Estado-Membro em causa e que, por essa razão, têm maior facilidade do que as empresas com sede noutra Estado-Membro em angariar clientela.

Nestas condições, o Tribunal entendeu que deve considerar-se que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento. Porém, a restrição à liberdade de estabelecimento pode ser justificada por razões imperiosas.

Ora, o Tribunal considera que *uma restrição à liberdade de estabelecimento pode ser admitida na condição de se verificar que responde a razões imperiosas de interesse geral*, se for adequada a garantir a realização do objetivo prosseguido e se não ultrapassar o necessário para o atingir.

O Governo italiano defendeu a posição de que a legislação nacional em causa visa garantir a independência das “SOA” e a qualidade dos serviços de certificação que prestam. Com efeito, uma concorrência entre as SOA ao nível das tarifas negociadas com os seus clientes e a possibilidade de fixar estas tarifas a um nível muito baixo poderia pôr em causa a sua independência em relação aos referidos clientes e afetar de forma negativa a qualidade dos serviços de certificação. O interesse geral ligado à proteção dos destinatários dos serviços é suscetível de justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento.

No caso em apreço, por um lado, as “SOA” estão encarregadas da certificação de empresas, sendo a obtenção de um certificado apropriado condição necessária da participação das empresas interessadas em concursos de empreitadas de obras públicas. Neste contexto, a legislação italiana visa garantir a ausência de qualquer interesse comercial ou financeiro suscetível de provocar comportamentos parciais ou discriminatórios por parte das “SOA” relativamente às referidas empresas.

Por outro lado, como decorre da decisão de reenvio, as “SOA” não podem exercer outras atividades que não a certificação. Além disso, nos termos da legislação nacional, devem dispor de recursos e procedimentos adequados para garantir a eficácia e a lealdade da prestação dos seus serviços. É, pois, na perspetiva da proteção dos destinatários dos serviços que reveste particular importância a independência das “SOA” relativamente aos interesses particulares dos seus clientes. Uma certa limitação da possibilidade de negociar os preços dos serviços com estes clientes pode reforçar a referida independência.

Nestas condições, a fixação de um regime de tarifas mínimas pela prestação dos serviços em causa destina-se, em princípio, a assegurar a boa qualidade dos mesmos e é adequada para garantir a realização do objetivo da proteção dos destinatários dos referidos serviços. A este respeito, o Tribunal considerou, ainda que, o modo de cálculo das tarifas mínimas, deve ser proporcional em relação à realização do objetivo visado.

4. Conclusão

Acompanhando a conclusão do Tribunal de Justiça no Acórdão proferido, é de considerar que uma legislação nacional como a que foi analisada ao longo do presente Acórdão, a qual impõe um regime de tarifas mínimas pelos serviços de certificação prestados às empresas que pretendam participar em processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, em princípio, **constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento na aceção do artigo 49.º TFUE.**

Mas tal legislação, na ótica da jurisprudência do Tribunal de Justiça é adequada na exata medida em que possa ser justificada pela necessidade de garantia da realização do objetivo da proteção dos destinatários dos referidos serviços.

Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a referida legislação nacional não ultrapassa o que é necessário para atingir este objetivo.

Mas, o ponto mais importante do Acórdão agora analisado é a justificação para a restrição à liberdade de estabelecimento, ou seja, esta pode ser admitida na condição de se **verificarem razões imperiosas de interesse geral que o justifiquem**, na condição de se revelar adequada a garantir a realização do objetivo prosseguido e se não ultrapassar o necessário para esse efeito.

Neste sentido a decisão do Tribunal ao considerar que os artigos 101º, 102º e 106º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que impõe às sociedades com qualidade de organismos de certificação um regime de tarifas mínimas pelos serviços de certificação prestados às empresas que pretendem participar em processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, e, ao admitir a restrição à liberdade de estabelecimento por se sobreporem razões ponderosas de interesse geral promove uma ponderação do princípio da liberdade de concorrência e do princípio da salvaguarda do interesse geral, com primazia para este último.

O princípio inspirador, que caracterizou, desde o início, a construção do projeto Europeu foi o princípio da livre concorrência, claramente expresso nas quatro liberdades fundamentais. Tal opção está em sintonia com o modelo de organização económica e social que subjaz ao modelo da União dos países que a integram.

Porém, isso não impediu que se consagrasse a possibilidade de derrogações ao princípio da concorrência, quando razões de interesse geral o justificassem outras soluções em nome da salvaguarda do interesse público. Foi precisamente esta marca inspiradora do artigo 90º, nº 2 do Tratado de Roma, actual artigo 106, nº 2 TFUE, cujo conteúdo se manteve, sem qualquer alteração, ao longo das sucessivas revisões do Tratado Instituidor.

Assim, podemos dizer que, desde o primeiro momento, se questionou o lugar das atividades de interesse económico geral, admitindo que, para sua salvaguarda, os Estados membros possam, em determinados setores de atividade considerados essenciais à vida coletiva, e quando reunidos determinados requisitos, reservá-los a um regime menos concorrencial.

Aliás, em coerência com o reconhecimento de que em economia de mercado ocorrem falhas que têm de ser superadas pela intervenção ou regulação das autoridades públicas, prestando ou garantindo a prestação de bens e serviços essenciais aos cidadãos quando estes não sejam assegurados, em condições de razoabilidade, pelo livre funcionamento do mercado.

Em certas circunstâncias, devidamente justificadas pela necessidade de assegurar o maior grau de satisfação do interesse geral em presença, a regra da concorrência pode ceder, admitindo-se a existência de direitos especiais ou de derrogações às liberdades fundamentais consagradas no Tratado.

O compromisso entre o princípio da livre concorrência e o da salvaguarda do interesse geral sai, mais uma vez, reforçado, no Acórdão do Tribunal de Justiça que destacamos nesta análise, evidenciando uma ponderação, claramente, equilibrada e proporcional dos valores em presença.