



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
JULIANE KOKOTT  
apresentadas em 18 de abril de 2013<sup>1</sup>

**Processo C-115/12 P**

**República Francesa  
contra**

**Comissão Europeia**

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Fundos estruturais — Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) — Intervenção estrutural da União na região francesa da Martinica — Redução da participação financeira — Artigo 2.º da Diretiva 93/37/CEE — Contratos públicos — Coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas — Subsídios diretos a um contrato de empreitada de obras adjudicado por uma entidade privada — Instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres — Obras de renovação e de ampliação num complexo hoteleiro explorado por particulares»

### **I — Introdução**

1. Em que circunstâncias devem os projetos privados de construção que são subsidiados ou financiados numa proporção significativa pelo poder público ser sujeitos a um procedimento de adjudicação nos termos do direito europeu dos contratos públicos? No presente processo de recurso, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre esta questão jurídica, que se encontra, em grande medida, por esclarecer, relacionada com a utilização de recursos financeiros de um dos Fundos Estruturais europeus.

2. O litígio tem subjacente um projeto privado de construção realizado em 2003 na região francesa da Martinica, de renovação e de ampliação de um empreendimento turístico explorado por uma sociedade privada. Este projeto de construção foi financiado em mais de 50% pelo poder público, nomeadamente com recurso a meios do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER).

3. Após se ter constatado que o projeto de construção em causa tinha sido realizado sem ter sido objeto de um procedimento de adjudicação prévio nos termos do direito europeu dos contratos públicos, a Comissão Europeia decidiu, em 28 de julho de 2010, pela Decisão C (2010) 5229, suprimir a participação financeira do FEDER neste projeto<sup>2</sup> (a seguir «decisão controvertida»). Para tal efeito, a Comissão invocou o princípio de que os recursos provenientes dos Fundos Estruturais europeus só podem ser concedidos a projetos que sejam conformes com as políticas comunitárias, designadamente

1 — Língua original: alemão.

2 — Decisão C(2010) 5229 da Comissão, de 28 de julho de 2010, relativa à supressão de uma parte da participação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) a título do Documento único de programação do objetivo n.º 1 para uma intervenção estrutural comunitária na região da Martinica, em França.

as relativas ao domínio dos contratos públicos. Desde então, a França e a Comissão litigam sobre a questão de saber se o direito dos contratos públicos exigia efetivamente a realização de um procedimento de adjudicação para as obras de renovação e de ampliação do referido empreendimento turístico privado.

4. Neste contexto, é determinante a questão de saber se o empreendimento turístico em causa pode ser classificado de «instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres» na aceção do direito dos contratos públicos. Com efeito, particularmente no que respeita a este tipo de instalações, as disposições do direito dos contratos públicos devem ser respeitadas, mesmo quando a sua obra foi encomendada por particulares, desde que o respetivo projeto tenha sido diretamente subsidiado em mais de 50% pelo poder público.

5. Além disso, coloca-se a questão de saber se os benefícios fiscais também podem ser considerados subsídios diretos na aceção das referidas disposições.

## II — Enquadramento jurídico

### A — Direito da União

6. O quadro jurídico do presente processo é definido pela Diretiva 93/37/CEE<sup>3</sup>, cujo artigo 2.º tinha a seguinte redação<sup>4</sup>:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que as entidades adjudicantes observem ou assegurem a observância do disposto na presente diretiva sempre que subsidiem diretamente em mais de 50% um contrato de empreitada de obras celebrado por uma entidade exterior a elas próprias.

2. O disposto no n.º 1 diz apenas respeito aos contratos da classe 50, grupo 502 da Nomenclatura Geral das Atividades Económicas nas Comunidades Europeias (NACE) e aos contratos de obras de construção de hospitais, de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, estabelecimentos de ensino e edifícios para uso administrativo».

7. A título complementar, importa ainda referir o artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37, que dispõe o seguinte:

«Para efeitos da presente diretiva:

a) Os *contratos de empreitada de obras públicas* são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objeto quer a execução quer conjuntamente a execução e conceção das obras [...] ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização [...] de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante».

3 — Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54). Esta diretiva foi, entretanto, revogada e substituída pela 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 serviço (JO L 134, p. 114), que deveria ser transposta, o mais tardar, até 31 de janeiro de 2006. No entanto, no presente caso, é ainda aplicável a Diretiva 93/37, na medida em que a atribuição da participação do FEDER ao projeto de renovação e de ampliação do empreendimento turístico «Les Boucaniers» é abrangido pelo seu âmbito de aplicação temporal.

4 — O artigo 8.º da Diretiva 2004/18 contém uma disposição com um teor essencialmente idêntico, que é aplicável não apenas aos contratos de empreitada de obras, mas também aos contratos de serviços, em ambos os casos, no entanto, apenas acima de determinados limiares financeiros.

8. As disposições da Diretiva 93/37 são aplicáveis no presente processo em virtude da remissão do artigo 12.º do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, que contém disposições gerais sobre os Fundos Estruturais da União<sup>5</sup>. Esta disposição prevê o seguinte, sob o título «Compatibilidade»:

«As operações objeto de um financiamento pelos Fundos ou de um financiamento do BEI ou de outro instrumento financeiro devem observar o disposto no Tratado e nos atos adotados por força deste, bem como com as políticas e ações comunitárias, incluindo as que se referem às regras de concorrência, à adjudicação de contratos públicos, à proteção e melhoria do ambiente, à eliminação das desigualdades e à promoção da igualdade entre homens e mulheres».

### III — Antecedentes do litígio

9. A Société martiniquaise des villages de vacances (a seguir «SMVV») explora na região francesa da Martinica o empreendimento turístico «Les Boucaniers» do Club Méditerranée. Em 2003, a SMVV decidiu renovar e ampliar o referido empreendimento. O valor das obras de construção foi avaliado em cerca de 49,98 milhões de euros.

10. Para este projeto foram concedidos subsídios da região da Martinica no valor aproximado de 2,5 milhões de euros, bem como benefícios fiscais do Estado francês no valor aproximado de 16,69 milhões de euros<sup>6</sup>. Pela Decisão C (2004) 4142, de 18 de outubro de 2004, a Comissão Europeia fixou, por seu lado, a participação financeira do FEDER em 12,46 milhões de euros, o que corresponde a 24,93% do custo total elegível do projeto.

11. No entanto, na sequência de uma inspeção realizada em 2007, o Tribunal de Contas europeu criticou a concessão de meios do FEDER pela Comissão, devido ao facto de as obras de renovação e de ampliação do empreendimento turístico «Les Boucaniers» não terem sido objeto de qualquer procedimento de adjudicação, em violação do disposto no artigo 2.º da Diretiva 93/37, apesar de 63,33% do total do projeto ter sido financiado por auxílios provenientes de fundos públicos.

12. Estas objeções levantadas pelo Tribunal de Contas deram origem a uma longa troca de correspondência e levaram, por fim, a Comissão a suprimir integralmente a participação financeira do FEDER no projeto de renovação e de ampliação do empreendimento turístico «Les Boucaniers», através da decisão controvertida, de 28 de julho de 2010. Como este projeto de construção tinha sido subsidiado no âmbito de uma programação única das intervenções estruturais da União na região de Martinica<sup>7</sup>, do ponto de vista técnico, a referida decisão da Comissão provocou uma redução correspondente do montante total das intervenções estruturais da União na referida região.

13. Em primeira instância, foi negado provimento ao recurso de anulação interposto pela França em 11 de outubro de 2010 da decisão controvertida. Por acórdão de 16 de dezembro de 2011<sup>8</sup> (a seguir também «acórdão recorrido»), o Tribunal Geral negou provimento ao recurso da França e condenou —a nas despesas.

5 — Regulamento (CE) n.º 1260/1999 do Conselho de 21 de junho de 1999 que estabelece disposições gerais sobre os Fundos estruturais (JO L 161, p. 1).

6 — Estes benefícios fiscais têm por fundamento o artigo 199.º *undecies* B I do Code général des impôts français (Código geral dos impostos).

7 — Através da Decisão C (2000) 3493, de 21 de dezembro de 2000, a Comissão tinha aprovado para o período de 2000-2006 uma participação do FEDER a título do documento único de programação do objetivo n.º 1 para uma intervenção estrutural comunitária na Região de Martinica, França, no valor máximo de 17,15 milhões de euros.

8 — Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2011, França/Comissão (T-488/10).

#### IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

14. Por petição de 1 de março de 2012, a República Francesa interpôs o presente recurso do acórdão do Tribunal Geral. Pede que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular na íntegra o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, de 16 de dezembro de 2011, no processo T-488/10, França/Comissão; e
- decidir, a título definitivo, o litígio, anulando a Decisão C (2010) 5229 da Comissão, de 28 de julho de 2010, ou remeter o processo ao Tribunal Geral.

15. A Comissão pede, por seu lado, que o Tribunal de Justiça se digne:

- declarar inadmissível e, a título subsidiário, improcedente, a segunda parte do primeiro fundamento e a primeira parte do terceiro fundamento e negar provimento ao recurso; e
- condenar a recorrente nas despesas.

16. No Tribunal de Justiça foram apresentadas observações escritas e a audiência realizou-se em 11 de março de 2013.

#### V — Apreciação do recurso

17. Em apoio do seu recurso do acórdão do Tribunal Geral, a França invoca três fundamentos, relativos, por um lado, aos conceitos de subsídio direto e de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/37 (primeiro e terceiro fundamentos) e, por outro, à acusação de desvirtuação dos factos e de um aperfeiçoamento inadmissível da fundamentação da decisão controvertida (segundo fundamento). Seguidamente, analisarei o segundo fundamento, antes de apreciar o primeiro e o terceiro fundamentos.

*A — Segundo fundamento: acusação de desvirtuação da decisão controvertida e de aperfeiçoamento da sua fundamentação*

18. Com o seu segundo fundamento, a França impugna a segunda frase do n.º 43 do acórdão recorrido. Nesta passagem do acórdão, o Tribunal Geral declarou que, ao analisar na decisão controvertida o projeto de renovação completa do empreendimento turístico «Les Boucaniers», a Comissão se baseou na finalidade geral do empreendimento turístico<sup>9</sup>.

19. A França acusa o Tribunal Geral de ter, quanto a este ponto, desvirtuado a decisão controvertida e de ter aperfeiçoado a sua fundamentação. A França entende que, na decisão controvertida, a Comissão não se baseou na finalidade geral do empreendimento turístico, mas exclusivamente na natureza das obras realizadas. Neste âmbito, a França remete, em particular, para os considerandos 31 e 32 da decisão controvertida.

<sup>9</sup> — Na língua do processo, o n.º 43 do acórdão recorrido dispõe o seguinte: «Il convient de rappeler que, afin d'examiner si les marchés de travaux en cause portaient sur des travaux de bâtiment relatifs aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37, il y a lieu de se baser sur la vocation d'ensemble du club Les Boucaniers et non sur les travaux entrepris. À cet égard, il convient de relever que, en examinant, dans la décision attaquée, le projet consistant en une rénovation complète du club Les Boucaniers, la Commission a analysé l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37 en ce sens».

20. Segundo jurisprudência assente, no âmbito de um recurso de anulação, o juiz da União não pode, em caso algum, substituir a fundamentação do autor do ato impugnado pela sua própria<sup>10</sup>. Também não pode desvirtuar o conteúdo do ato impugnado<sup>11</sup>.

21. Do ponto de vista substantivo, a acusação de desvirtuação da decisão controvertida e a acusação de aperfeiçoamento da fundamentação desta decisão acabam por apontar no mesmo sentido. Em ambos os casos se acusa o Tribunal Geral de ter «interpretado» a decisão controvertida num sentido que esta não expressa. Por conseguinte, ambas as acusações podem ser objeto de uma apreciação única.

22. No meu entender, a Comissão não expôs claramente a sua posição na decisão controvertida. É verdade que os considerandos 31 e 32 da referida decisão se centram em cada uma das várias obras realizadas no âmbito da renovação e da ampliação do empreendimento turístico «Les Boucaniers». A França alegou corretamente tal facto. No entanto, a decisão controvertida também se refere ao facto de o projeto constituir um «projeto único» ou um «projeto conjunto» (considerandos 28 e 31 da decisão controvertida).

23. Tendo em consideração o exposto, não é de excluir que a Comissão, ao adotar a sua decisão, tenha efectuado uma apreciação não apenas da natureza das obras realizadas, mas também da finalidade geral do empreendimento turístico «Les Boucaniers». Pelo menos, a decisão controvertida está aberta a uma interpretação neste sentido, pelo que não se pode considerar que a leitura feita pelo Tribunal Geral constitua uma desvirtuação desta decisão<sup>12</sup> ou mesmo um aperfeiçoamento da fundamentação da decisão.

24. Por conseguinte, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

B — *Primeiro fundamento: conceito de subsídio direto na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37*

25. Com o primeiro fundamento, a França acusa o Tribunal Geral de ter ignorado o conceito de subsídio direto na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37.

26. Esta alegação tem por fundamento o facto de os apoios concedidos pelo Estado francês para a renovação e a ampliação do empreendimento turístico «Les Boucaniers» não terem sido subsídios financeiros, mas benefícios fiscais, os quais, além disso, não foram concedidos — de acordo com a França — à sociedade Club Méditerranée, na qualidade de proprietária do empreendimento turístico, ou à SMVV, como dona da obra, mas às pessoas singulares que tinham investido, na qualidade de sócios de uma *société en nom collectif*<sup>13</sup> privada, neste projeto de construção<sup>14</sup>.

27. A França contesta o facto destes benefícios fiscais poderem ser considerados «subsídios diretos» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37, na medida em que, por um lado, estes não têm a natureza de subsídio e, por outro, não têm o efeito de um subsídio direto. É oportuno começar por apreciar este último aspeto.

10 — Acórdãos de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão («DIR», C-164/98 P, Colet., p. I-447, n.ºs 38 e 49), de 1 de junho de 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão (C-442/03 P e C-471/03 P, Colet., p. I-4845, n.ºs 60 e 67), de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, Colet., p. I-10515, n.º 141) e de 24 de janeiro de 2013, Frucona Košice/Comissão (C-73/11 P, n.º 89).

11 — Segundo jurisprudência constante, em sede de recurso, o Tribunal de Justiça aprecia se o Tribunal Geral desvirtuou factos ou elementos de prova (v., nomeadamente, acórdãos de 18 de janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho, C-229/05 P, Colet., p. I-439, n.ºs 35 e 37, de 18 de julho de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comissão, C-326/05 P, Colet., p. I-6557, n.º 57, e de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere»/Comissão, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Colet., p. I-4727, n.ºs 152 e 153).

12 — V., neste sentido, — no que respeita a um documento que estava aberto a várias interpretações — acórdão de 10 de fevereiro de 2011, Activision Blizzard Germany/Comissão (C-260/09 P, Colet., p. I-419, n.º 54).

13 — Nos termos do direito francês, a *société en nom collectif* (SNC) é uma sociedade comercial em que os sócios respondem pessoalmente com todo o seu património.

14 — A Comissão salienta, pelo contrário, que os benefícios fiscais foram concedidos à *société en nom collectif*, enquanto tal, para o projeto de construção controvertido.



1. Quanto ao conceito de subsídio «direto» (segunda parte do primeiro fundamento)

28. A segunda parte do primeiro fundamento diz respeito ao conceito de subsídio «direto» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37 e tem por objeto, em particular, os n.ºs 36 e 37 do acórdão recorrido. A França entende que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que os benefícios fiscais relativos ao contrato de empreitada de obras constituíam um subsídio direto, apesar de estes benefícios não terem sido concedidos nem ao dono da obra nem ao proprietário do empreendimento turístico «Les Boucaniers», mas sim aos sócios de uma *société en nom collectif* privada.

a) Admissibilidade

29. A Comissão entende que esta parte do primeiro fundamento é inadmissível, na medida em que, na sua opinião, coloca em causa a apreciação dos factos e das provas feita pelo Tribunal Geral e apresenta uma nova argumentação que a França não invocou em primeira instância.

30. Esta objeção não me convence.

31. A alegação da França *não* visa pôr em causa o apuramento da matéria de facto efetuado pelo Tribunal Geral quanto à pessoa beneficiária dos benefícios fiscais, tanto mais quanto não foram feitas quaisquer declarações neste sentido no acórdão recorrido. Pelo contrário, a França critica, por um lado, a interpretação dada pelo Tribunal Geral ao artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37 e, por outro, a qualificação dos benefícios fiscais concretamente concedidos como subsídio «direto». Deste modo, o que está, em última instância, em causa é a qualificação jurídica dos factos efetuada pelo Tribunal Geral, a qual, segundo jurisprudência constante, é objecto de fiscalização em sede de recurso pelo Tribunal de Justiça<sup>15</sup>.

32. Ao contrário do que entende a Comissão, também não assume qualquer relevância o facto de a França já ter apresentado em primeira instância elementos específicos quanto à problemática dos subsídios «diretos». É pacífico que o Tribunal Geral analisou esta questão nos n.ºs 36 e 37 do acórdão recorrido. Estas observações do Tribunal Geral devem ser sujeitas a uma fiscalização jurisdicional em sede de recurso. A jurisprudência reconhece que, no âmbito de um recurso, o Tribunal de Justiça é competente para apreciar a solução jurídica dada aos fundamentos debatidos perante os primeiros juízes<sup>16</sup>.

33. É possível que a França não tenha alegado em primeira instância o facto de não existir um subsídio direto *do dono da obra* ou *do proprietário* do empreendimento turístico, uma vez que os benefícios fiscais foram concedidos aos sócios privados de uma *société en nom collectif*. A este respeito, no entanto, basta observar que as partes podem desenvolver a sua argumentação no decurso da instância, desde que não modifiquem o objeto do litígio analisado no Tribunal de Primeira Instância<sup>17</sup>. No entanto, no caso em apreço não há qualquer risco de modificação do objeto do litígio, na medida em que, em primeira instância, a questão relativa ao subsídio direto, enquanto tal, já foi objeto de debate contraditório.

34. Por conseguinte, a segunda parte do primeiro fundamento é admissível.

15 — Acórdãos de 1 de junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colet., p. I-1981, n.º 49), de 21 de setembro de 2006, JCB Service/Comissão (C-167/04 P, Colet., p. I-8935, n.º 106), de 16 de julho de 2009, Comissão/Schneider Electric (C-440/07 P, Colet., p. I-6413, n.º 191) e de 19 de julho de 2012, Conselho/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, n.º 55).

16 — Acórdãos Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (já referido na nota de rodapé n.º 15, n.º 59), de 11 de dezembro de 2008, Comissão/Département du Loiret (C-295/07 P, Colet., p. I-9363, n.º 95) e de 16 de novembro de 2011, Bank Melli Iran/Conselho (C-548/09 P, Colet., p. I-11381, n.º 122).

17 — Acórdãos de 20 de outubro de 1994, Scaramuzza/Comissão (C-76/93 P, Colet., p. I-5173, n.º 18), PKK e KNK/Conselho (já referido na nota 11, n.º 64), de 15 de abril de 2010, Gualtieri/Comissão (C-485/08 P, Colet., p. I-3009, n.º 37) e de 18 de novembro de 2010, NDSHT/Comissão (C-322/09 P, Colet., p. I-11911, n.º 41).

b) Procedência

35. Quanto ao mérito, a argumentação da França não é, no entanto, convincente.

36. O teor do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37 mostra, desde logo, que a existência de um «subsídio direto» não depende da questão de saber *a que pessoas é concedido o apoio por parte do poder público*. Pelo contrário, para que o artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37 seja aplicável, basta que *o contrato de empreitada de obras* celebrado por uma entidade exterior a uma entidade adjudicante seja diretamente subsidiado em mais de 50% por uma ou mais entidades adjudicantes. Noutros termos, o conceito de subsídio direto não está associado à pessoa, mas antes ao objeto.

37. A interpretação particularmente restritiva de subsídio «direto» defendida pela França permitiria que o artigo 2.º da Diretiva 93/37 fosse muito facilmente contornado. Neste sentido, uma entidade adjudicante poderia eludir as obrigações que lhe incumbem por força da diretiva, atribuindo subsídios para o respetivo contrato de empreitada de obras, não ao dono da obra ou ao proprietário de um terreno para construção, mas às pessoas que lhes estão economicamente associadas.

38. Por conseguinte, o Tribunal Geral referiu-se corretamente, nos n.ºs 36 e 37 do acórdão recorrido, à questão de saber se *o projeto* foi objeto de um subsídio direto na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/37, e não ao facto de saber se o subsídio em causa tinha sido especificamente concedido ao dono da obra ou ao proprietário do empreendimento turístico «Les Boucaniers».

c) Conclusão intercalar

39. Por conseguinte, a segunda parte do primeiro fundamento é admissível, mas improcedente.

2. Quanto ao conceito de «subsídio» (primeira parte do primeiro fundamento)

40. A primeira parte do primeiro fundamento diz respeito ao conceito de «subsídio» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/37 e tem por objecto, em especial, os n.ºs 24 a 35 do acórdão recorrido. A França é da opinião de que os benefícios fiscais não podem ser considerados subsídios nos termos da referida disposição.

41. O conceito de subsídio não é definido de forma mais pormenorizada na Diretiva 93/37. À semelhança de outros conceitos jurídicos indefinidos, também este conceito pode apresentar um conteúdo diferente em função do domínio do direito da União que esteja em causa. Neste sentido, no âmbito das disposições relativas à proteção do mercado interno europeu contra as importações que são objeto de subvenções de países terceiros, o conceito de subsídio também abrange expressamente os benefícios fiscais<sup>18</sup>. Pelo contrário, no âmbito do direito da concorrência, os benefícios fiscais são abrangidos pelo conceito amplo de auxílio de Estado<sup>19</sup>, mas não pelo conceito mais restrito de subvenção<sup>20</sup>, o qual designa apenas contribuições diretas no direito da concorrência.

42. Por conseguinte, de forma a dar um conteúdo ao artigo 2.º da Diretiva 93/37, há que determinar, por via de uma interpretação autónoma, o significado do conceito de subsídio aí utilizado.

18 — Artigo 3.º do Regulamento (EG) n.º 597/2009 do Conselho, de 11 de junho de 2009, relativo à defesa contra as importações que são objeto de subvenções de países não membros da Comunidade Europeia (JO L 188, p. 93).

19 — O acórdão de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, Colet., p. 359, n.º 28), esclarece já que uma medida não é excluída do âmbito de aplicação do artigo 107.º TFUE (ex-artigo 92.º do Tratado CEE) apenas devido à sua natureza fiscal eventual; v., além disso, acórdão de 17 de novembro de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Colet., p. I-10821, n.ºs 58 e 66).

20 — O facto de o conceito de subvenção ser mais restrito do que o conceito de auxílio resulta, entre outros, dos acórdãos de 23 de fevereiro de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade (30/59, Colet. 1954-1961, p. 551), de 14 de setembro de 2004, Espanha/Comissão (C-276/02, Colet., p. I-8091, n.º 24) e de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, Colet., p. I-7671, n.º 86).

43. Não há dúvida que tanto os objetivos do artigo 2.º da Diretiva 93/37 como o contexto normativo em que se insere esta disposição constituem, em si mesmos, argumentos a favor de uma interpretação ampla do conceito de subsídio, que não se limita necessariamente às ajudas diretas do poder público, podendo também abranger outro tipo de medidas de apoio, como, por exemplo, os benefícios fiscais em causa no presente processo. O Tribunal Geral assinalou acertadamente este facto no seu acórdão<sup>21</sup>.

44. No entanto, a interpretação do artigo 2.º da Diretiva 93/37 não pode basear-se apenas nos objetivos e no contexto normativo desta disposição, devendo também incluir os seus trabalhos preparatórios. Tenho a impressão de que, no presente caso, o Tribunal Geral parece ter retirado dos trabalhos preparatórios as conclusões erradas.

45. A disposição prevista no artigo 2.º da Diretiva 93/37 foi incluída, pela primeira vez, no direito europeu dos contratos de empreitada de obras públicas<sup>22</sup> no artigo 1.º-A da Diretiva 71/305/CEE<sup>23</sup>, na redação que lhe foi dada pela Diretiva 89/440/CEE<sup>24</sup>.

46. Deve assinalar-se que, no âmbito do artigo 1.º-A da Diretiva 71/305, tanto a Comissão como também o Parlamento Europeu tinham inicialmente favorecido uma formulação muito ampla que não se restringia apenas aos subsídios diretos. Assim, a Comissão propôs que o artigo 1.º-A deveria abranger todas as formas de financiamento direto ou indireto de contratos de empreitada de obras<sup>25</sup>. A posição do Parlamento quanto ao artigo 1.º-A, adotada em primeira leitura, também se baseava ainda neste conceito muito amplo de financiamento. A posição adotada pelo Parlamento em primeira leitura quanto ao artigo 1.º-A incluía mesmo uma definição do conceito de financiamento que, além dos subsídios públicos, também abrangia expressamente a concessão de benefícios fiscais<sup>26</sup>.

47. Pelo contrário, a versão do artigo 1.ºA da Diretiva 71/305 que acabou por ser adotada pelo Conselho já não se refere, em termos gerais, ao financiamento de contratos de empreitada de obras, limitando-se a fazer exclusivamente referência ao facto de que as entidades adjudicantes subsidiam diretamente este tipo de contratos.

48. Por conseguinte, contrariamente à proposta da Comissão e à posição adotada pelo Parlamento em primeira leitura, o Conselho, na qualidade de legislador comunitário no período em causa, optou por uma formulação estrita do artigo 1.º-A da Diretiva 71/305, que evita o conceito amplo de «financiamento» e se limita à regra de que as entidades adjudicantes subsidiam diretamente em mais de 50% os contratos de empreitada de obras públicas.

21 — V., em particular, os n.ºs 32 e 33 do acórdão recorrido.

22 — O acórdão recorrido refere-se erroneamente ao artigo 1.º-A da Diretiva 89/440, mas, na verdade, trata-se do artigo 1.º-A da Diretiva 71/305, na redação que lhe foi dada pela Diretiva 89/440.

23 — Diretiva 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).

24 — Diretiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de julho de 1989, que altera a Diretiva 71/305/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 210, p. 1).

25 — Na proposta da Comissão de diretiva do Conselho que altera a Diretiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de execução de empreitadas de obras públicas [COM(86) 679 final], o n.º 1 da disposição, que correspondia ainda ao artigo 2.ºA, tinha a seguinte redação: «Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que as disposições da presente diretiva sejam respeitadas quando os investimentos nos contratos de empreitada de obras adjudicados por entidades diferentes das definidas no artigo 1.º, alínea b), sejam financiados total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por fundos públicos».

26 — Em primeira leitura, o Parlamento pronunciou-se a favor da seguinte formulação do artigo 2.ºA da Diretiva 71/305 (JO 1988, C 167, p. 65): «1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o disposto na presente diretiva seja respeitado sempre que as entidades adjudicantes [...] financiem de forma maioritária os investimentos para contratos de empreitada, adjudicados por entidades distintas das definidas no alínea b) do artigo 1.º Por financiamento, entende-se: o pagamento de subsídios públicos, a concessão de empréstimos com taxa de juro bonificada, a concessão de benefícios fiscais, a concessão de benefícios de carácter imobiliário».



49. O mesmo resulta da declaração conjunta do Conselho e da Comissão, que foi anexada à ata da reunião do Conselho por ocasião da adoção do artigo 1.º-A da Diretiva 71/305. É verdade que nesta declaração é confirmado o facto de «todas as diferentes formas de subsídio direto» deverem ser abrangidas pelo artigo 1.º-A<sup>27</sup>. No entanto, nesta declaração não há qualquer indicação de que, além dos subsídios diretos, devam ser abrangidos no âmbito de aplicação do artigo 1.º-A outros benefícios, como, por exemplo, os benefícios fiscais ou que este tipo de benefícios fiscais deveria, por seu lado, ser considerado subsídio direto, como a Comissão afirma no processo no Tribunal de Justiça.

50. Neste contexto, é pouco convincente o entendimento jurídico do Tribunal Geral<sup>28</sup> e da Comissão, segundo o qual a referência a um subsídio direto no artigo 1.º-A da Diretiva 71/305 visa «clara e exclusivamente» excluir os subsídios indiretos, mas não restringir o âmbito de aplicação da referida disposição. Desta forma, não se entende a razão pela qual o Conselho restringiu o teor da referida disposição especificamente aos subsídios e não quis manter o conceito de financiamento, bastante mais amplo, utilizado inicialmente.

51. Tendo em conta os referidos trabalhos preparatórios, o conceito de subsídio direto na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/37, disposição de conteúdo idêntico posterior ao artigo 1.º-A da Diretiva 71/305, dificilmente pode ser entendido de forma tão ampla que permita abranger também os benefícios fiscais. Não existem quaisquer indícios que permitam concluir que o legislador tenha pretendido, nesta disposição, conferir um sentido tão amplo ao conceito de subsídio.

52. Por conseguinte, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao incluir também meros benefícios fiscais no âmbito de aplicação do artigo 2.º da Diretiva 93/37, não obstante as conclusões decorrentes dos trabalhos preparatórios acima referidos.

53. Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada procedente. Este é um motivo suficiente para justificar a anulação do acórdão recorrido. Com efeito, se os benefícios fiscais concedidos pelo Estado francês para a renovação e a extensão do empreendimento turístico «Les Boucaniers» não forem contabilizados, a percentagem de subsídio direto concedido pelo poder público a este projeto é reduzida a um limiar inferior ao limiar de 50% referido no artigo 2.º da Diretiva 93/37<sup>29</sup>.

*C — Terceiro fundamento: «instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37*

54. O terceiro fundamento invocado pela França diz respeito ao conceito de «instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37. A França acusa o Tribunal Geral de ter interpretado este conceito de forma excessivamente ampla e, ao agir nestes termos, não ter levado em consideração o facto de esta disposição ter apenas por objeto contratos de empreitada de obras que, por um lado, servem as necessidades coletivas dos utentes de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres (v., a este respeito, ponto 1 *infra*) e, por outro, apresentam um interesse económico direto para as entidades adjudicantes (v., a este respeito, *infra*, o ponto 2).

27 — Esta declaração registada na ata da reunião do Conselho tem a seguinte redação: «O Conselho e a Comissão confirmam que, aquando da aplicação do artigo 1.º-A, devem ser levadas em conta, na medida do possível, todas as formas de subvenção direta, incluindo as de origem comunitária, para os contratos de empreitada de obras em questão».

28 — Acórdão recorrido, n.º 35, parte final.

29 — V., a este respeito, *supra*, n.ºs 9 a 11 das presentes conclusões.

1. Quanto à relevância das necessidades coletivas dos utentes de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres (primeira parte do terceiro fundamento)

55. Na primeira parte do terceiro considerando são impugnados os n.ºs 56 a 63 do acórdão recorrido. A França critica o facto de o Tribunal Geral ter ignorado o facto de que apenas as instalações que se destinam a servir as necessidades coletivas dos seus utentes podem ser consideradas instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37.

a) Admissibilidade

56. A Comissão considera inadmissível esta primeira parte do terceiro fundamento devido ao facto de a França não ter invocado primeira instância o argumento relativo às «necessidades coletivas dos utentes» de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, tendo-se baseado, pelo contrário, no critério das «necessidades tradicionais das entidades adjudicantes».

57. Esta objeção não pode ser acolhida. É verdade que a França não apresentou, em primeira instância, o critério das «necessidades coletivas dos utentes» — pelo menos, na fase escrita —, tendo alegado inicialmente que o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 diz respeito a contratos que, pela sua natureza, decorrem das necessidades tradicionais das entidades adjudicantes. Todavia, a referência atual às necessidades coletivas dos utentes constitui apenas um desenvolvimento da argumentação apresentada pela França que não altera o objeto do litígio e, por conseguinte, é admissível no processo de recurso<sup>30</sup>.

58. Por conseguinte, esta primeira parte do terceiro fundamento é admissível.

b) Procedência

59. No âmbito desta primeira parte do terceiro fundamento as partes discutem, no essencial, a questão de saber se o conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 deve ser interpretado em sentido restrito ou amplo.

60. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral optou por uma interpretação ampla, que também designa por «interpretação funcional»<sup>31</sup>. Nos termos desta interpretação, mesmo os contratos de empreitada de obras relacionados com empreendimentos turísticos privados como o Club Méditerranée «Les Boucaniers» são abrangidos pelo âmbito de aplicação da legislação em matéria de empreitadas de obras públicas, desde que sejam diretamente subsidiados em mais de 50% por entidades adjudicantes.

61. Esta interpretação do conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres não é convincente.

i) A necessidade de uma interpretação restritiva do conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres

62. É verdade que, à primeira vista, o teor do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 também pode abranger empreendimentos turísticos privados como o que está em causa no presente processo. Todavia, tanto a finalidade do artigo 2.º da Diretiva 93/37, como o contexto em que esta disposição inclui as referidas instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres no âmbito de aplicação da diretiva ditam o contrário.

30 — V., a este respeito, a jurisprudência referida *supra*, na nota de rodapé n.º 17.

31 — Acórdão recorrido, em particular o n.º 30, parte final, e o n.º 59.

63. O artigo 2.º da Diretiva 93/37 não prevê qualquer extensão generalizada do direito relativo às empreitadas de obras públicas a todos os projetos de obras privadas, apenas porque são subsidiados em mais de 50% com fundos públicos.

64. Pelo contrário, o artigo 2.º da Diretiva 93/37 contribui apenas para evitar que as disposições relativas aos contratos de empreitada de obras públicas e os objetivos por elas prosseguidos sejam eludidos em *determinadas matérias*<sup>32</sup>. Por essa razão, nessas mesmas matérias, o artigo 2.º inclui contratos de empreitada de obras privadas no âmbito de aplicação da diretiva, desde que estes projetos sejam subsidiados diretamente em mais de 50% por entidades adjudicantes. A este respeito, o facto de a disposição não ser suscetível de generalização, mas constituir uma enumeração exaustiva, é demonstrado claramente pelo recurso à formulação «diz apenas respeito» no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37.

65. Além disso, uma comparação com as outras matérias referidas no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 demonstra que estão exclusivamente em causa contratos relacionados com as infraestruturas de transporte<sup>33</sup> ou obras que são colocadas à disposição do público em geral (escolas, universidades, hospitais) ou que são utilizadas pelas próprias entidades adjudicantes (edifícios para uso administrativo).

66. Neste contexto, o conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 deve ser interpretado de forma restritiva, como o fez, aliás, já o Tribunal de Justiça em relação a outras disposições do direito europeu dos contratos públicos<sup>34</sup>. Ao contrário do que entende a Comissão, tal não se traduz, de forma alguma, na introdução de um critério adicional, não previsto pelo legislador da União, por via de uma «reinterpretação» do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37. Pelo contrário, só a interpretação restritiva do conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres responde ao objetivo e ao contexto normativo em que este conceito é utilizado na Diretiva 93/37 pelo legislador, tal como observou corretamente a França.

ii) Critérios para uma interpretação restritiva do conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres

67. Apesar de a França ter razão quando afirma que o conceito de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres previsto no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 deve ser objeto de uma interpretação restritiva, não estou convencida de que os critérios propostos por este Estado-Membro sejam os adequados a uma tal interpretação.

68. O critério da «satisfação das necessidades coletivas dos utentes» de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, no qual a França se baseia no presente processo de recurso, parece-me demasiado vago para poder fornecer um critério adequado de interpretação e de aplicação do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37. Além disso, a maioria das instalações mencionadas nesta disposição (escolas, universidades, hospitais, mas também instalações desportivas, recreativas e

32 — Conclusões do advogado-geral P. Léger de 7 de dezembro de 2000, no processo Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e o. (C-399/98, Colet., p. I-5409, n.º 106); v., também, o n.º 30 do acórdão recorrido.

33 — São os contratos na aceção da classe 50, grupo 502 da «Nomenclatura Geral das Atividades Económicas nas Comunidades Europeias» (NACE), para os quais o artigo 2.º, n.º 2 da Diretiva 93/37 remete.

34 — V., por exemplo, a interpretação restritiva que, segundo jurisprudência assente, é feita do conceito de contrato público, com exclusão das operações «quase-internas», como decorre do acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colet., p. I-8121, n.º 50, segunda frase).

de ocupação de tempos livres) destinam-se, em regra, a satisfazer (pelo menos, também) necessidades individuais dos seus utentes<sup>35</sup>. Em última instância, é menos importante saber se os interesses «individuais» ou «coletivos» dos utentes são satisfeitos, do que saber se a colocação à disposição dos edifícios em causa é considerada de interesse público.

69. O critério das «necessidades tradicionais das entidades adjudicantes», proposto pela França em primeira instância, também não parece ser mais adequado. Este critério está demasiado orientado para as funções tradicionais dos organismos públicos e negligencia o facto de estas funções poderem evoluir e ser ampliadas ao longo do tempo. Uma interpretação adequada do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 deve também levar em consideração esta circunstância.

70. Proponho, por conseguinte, que o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 seja entendido no sentido de que esta disposição apenas abrange contratos de empreitada de obras privadas que sejam subsidiadas por entidades adjudicantes para cumprirem as suas funções decorrentes de *serviços de interesse geral*. Os serviços de interesse geral constituem um conceito comum no direito da União<sup>36</sup> que, além disso, é suficientemente aberto para, por um lado, levar em consideração as diferentes necessidades nos vários Estados-Membros e nas diversas autarquias locais e regionais e, por outro, atender aos desenvolvimentos mais recentes no domínio das atividades dos organismos públicos. Além disso, tal permitiria garantir uma coerência entre o direito dos contratos públicos e o direito europeu da concorrência.

71. Mesmo que, no presente caso, tanto a França como a Comissão não se tenham pronunciado concretamente a favor do critério dos serviços de interesse geral, o Tribunal de Justiça não está impedido de se basear precisamente nesse mesmo critério ao interpretar e aplicar o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37. Com efeito, o juiz não é a «voz das partes»<sup>37</sup>. Consequentemente, o juiz não pode estar vinculado apenas pelos argumentos invocados pelas partes em apoio das suas pretensões, sob pena de se ver eventualmente obrigado a fundamentar a sua decisão em considerações jurídicas erradas<sup>38</sup>.

72. Assim, caso se interprete o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 no sentido de que *nem todas as* instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres são abrangidas por esta disposição, mas apenas as que sejam de interesse geral — como, por exemplo, jardins, instalações desportivas, bibliotecas e museus acessíveis ao público —, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito no presente caso.

73. Por conseguinte, a primeira parte do terceiro fundamento é procedente.

35 — A utilização de um hospital depende do estado de saúde do respetivo utente, sendo, por conseguinte, uma necessidade muito individual. Nos mesmos termos, a frequência de estabelecimentos de ensino depende, parcial ou totalmente, da capacidade individual e das preferências de cada um.

36 — V., por exemplo, a comunicação da Comissão «Serviços de interesse geral na Europa» (JO 2001, C 17, p. 4), bem como o relatório «Serviços de interesse geral» apresentado pela Comissão ao Conselho Europeu de Laeken [COM(2001) 598 final].

37 — V., já neste sentido, as conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas em 27 de abril de 1998, no processo Parlamento/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Colet., p. I-7421, n.º 36).

38 — V., neste sentido, despacho de 27 de setembro de 2004, UER/M6 e o. (C-470/02 P, n.º 69) e o acórdão de 21 de setembro de 2010, Suécia/API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, Colet., p. I-8533, n.º 65).

2. Quanto ao interesse económico direto da entidade adjudicante (segunda parte do terceiro fundamento)

74. Na segunda parte do terceiro fundamento, a França impugna, em particular, o n.º 64 do acórdão recorrido. A França sustenta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que o conceito de contrato de empreitada de obras, na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/37, devia ser interpretado independentemente do conceito de contratos de empreitada de obras públicas na aceção do artigo 1.º, alínea a), dessa diretiva. Segundo a França, o artigo 1.º, alínea a) e o artigo 2.º da Diretiva 93/37 dizem apenas respeito a contratos de empreitada de obras que apresentam um interesse económico direto para a entidade adjudicante.

75. Os argumentos apresentados pela França são convincentes.

76. Os contratos de empreitada de obras na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/37 apenas se diferenciam dos contratos referidos no artigo 1.º, alínea a), desta diretiva pelo facto de não serem adjudicados por *entidades adjudicantes*, mas sim por *entidades exteriores* — sobretudo empresas privadas — e por serem diretamente subsidiados em mais de 50% por entidades adjudicantes.

77. Além disso, o próprio teor do artigo 2.º da Diretiva 93/37 estabelece, através da utilização da expressão «contratos de empreitada de obras», uma ligação com a definição que o artigo 1.º, alínea a), prevê para toda a diretiva e da qual depende precisamente o âmbito de aplicação material dessa mesma diretiva.

78. A finalidade do artigo 2.º da Diretiva 93/37 aponta também no sentido de uma interpretação do conceito de contrato de empreitada de obras baseado na definição geral constante do artigo 1.º, alínea a), da diretiva. Com efeito, o artigo 2.º da diretiva visa impedir que as disposições do direito europeu relativo às empreitadas de obras públicas sejam eludidas por via da intervenção de privados<sup>39</sup>. Por conseguinte, o artigo 2.º não pode incluir no âmbito de aplicação da diretiva outros contratos de empreitada de obras para além dos que também seriam sujeitos a um procedimento de adjudicação se fossem adjudicados diretamente por uma entidade adjudicante, em vez de uma entidade privada.

79. Ou seja, se, num caso normal, a existência de um contrato de empreitada de obras na aceção do artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37 exige que as obras realizadas revistam um interesse económico direto para a entidade adjudicante<sup>40</sup>, o mesmo se passa *a fortiori* no caso especial do artigo 2.º da Diretiva 93/37. As obras realizadas neste âmbito só podem ser incluídas no âmbito de aplicação da Diretiva 93/37 quando apresentem um interesse económico direto para as entidades adjudicantes que as subsidiam diretamente em mais de 50%.

80. Como observou o Tribunal de Justiça, pode existir um interesse económico direto, em particular, quando se dispõe que a entidade adjudicante assumirá a propriedade ou disporá de um direito de utilização da obra a realizar ou quando obtenha vantagens económicas ou assumirá riscos económicos relacionados com a utilização futura da obra<sup>41</sup>. Nada disto se pode presumir num caso como o presente, em que um projecto de construção privado apenas recebeu uma ajuda financeira — no âmbito de apoios estruturais — por entidades adjudicantes.

39 — V. *supra*, n.º 64 das presentes conclusões.

40 — V., neste sentido, acórdãos de 25 de março de 2010, Helmut Müller (C-451/08, Colet., p. I-2673, n.ºs 49, 54, 57 e 58) e de 15 de julho de 2010, Comissão/Alemanha (C-271/08, Colet., p. I-7091, n.º 75), relativo à norma que substituiu a Diretiva 93/37, reconhecida na Diretiva 2004/18.

41 — V., a este respeito, acórdão Helmut Müller (já referido na nota de rodapé n.º 40, n.ºs 50 a 52). O advogado-geral M. Wathelet examinou recentemente o critério do interesse económico direto nas suas conclusões de 11 de abril de 2013, no processo Comissão/Países Baixos (C-576/10, n.ºs 108 a 113); v., além disso, as conclusões do advogado-geral P. Mengozzi, de 17 de novembro de 2009, no processo Helmut Müller (já referidas na nota de rodapé n.º 40, n.ºs 46 a 62).



81. O mero facto de um projecto de construção privado poder ter efeitos positivos sobre o desenvolvimento económico geral de uma região, como poderá ser o caso da renovação e a ampliação de um empreendimento turístico privado, não é, no entanto, suficiente para afirmar a existência de um interesse económico direto daqueles organismos públicos que subsidiaram diretamente o projecto de construção em causa. As entidades financiadoras públicas apenas têm, quando muito, um interesse económico *indireto* nas obras realizadas.

82. Por conseguinte, também quanto a este aspeto, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na interpretação e na aplicação do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37. Por conseguinte, a segunda parte do terceiro fundamento também é procedente.

### 3. Observação final em relação ao terceiro fundamento

83. A Comissão alega, ainda, a respeito das duas partes do terceiro fundamento que uma interpretação ampla do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37, como a que foi realizada pelo Tribunal Geral, visa concretizar o objetivo de garantir uma distribuição imparcial de fundos públicos<sup>42</sup>.

84. É verdade que também este aspeto faz parte integrante dos objetivos prosseguidos pelas disposições do direito europeu em matéria de contratos públicos. No entanto, a tomada em consideração deste objetivo não pode conduzir a uma interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37 que seja contrária ao sistema. O legislador optou por concretizar este objetivo de uma forma que não sujeita todos, mas apenas alguns, projectos de construção privados às disposições da Diretiva 93/37.

85. A título complementar, importa recordar que as liberdades fundamentais do mercado interno europeu — nomeadamente, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços — contém uma proibição de discriminação, da qual decorre também um dever de transparência<sup>43</sup>. Estes princípios impedem as entidades adjudicantes, mesmo fora do âmbito de aplicação das diretivas relativas aos contratos públicos, de subsidiar ou financiar contratos de empreitada de obras privados com fundos públicos de forma pouco transparente ou discriminatória. Para tal não é necessária uma interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 93/37.

### D — Conclusão

86. Uma vez que a primeira parte do primeiro fundamento e as duas partes do terceiro fundamento são procedentes, o acórdão recorrido deve ser anulado.

## VI — Decisão sobre o recurso em primeira instância

87. Segundo o artigo 61.º, primeiro parágrafo, do seu Estatuto, o Tribunal de Justiça pode decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral para julgamento.

88. No presente caso, o Tribunal Geral examinou de forma aprofundada no seu acórdão os motivos invocados em primeira instância pela França. Além disso, no processo no Tribunal Geral bem como no âmbito do processo de recurso perante o Tribunal de Justiça, as partes tiveram a oportunidade de expor os seus pontos de vista sobre todos os elementos pertinentes para a decisão deste litígio. A matéria de facto também não necessita de qualquer esclarecimento adicional. Por conseguinte, o litígio está em condições de ser julgado.

42 — A Comissão refere-se ao n.º 31 do acórdão recorrido.

43 — Acórdãos de 7 de dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colet., p. I-10745, n.ºs 60 a 62), de 21 de julho de 2005, Coname (C-231/03, Colet., p. I-7287, n.ºs 16 e 17) e de 13 de abril de 2010, Wall (C-91/08, Colet., p. I-2815, n.º 68).

89. Caso o artigo 2.º da Diretiva 93/37 seja interpretado e aplicado como proponho *supra* no âmbito do primeiro e do terceiro fundamentos<sup>44</sup>, o recurso de anulação interposto pela França deve ser julgado procedente. Com efeito, por um lado, o empreendimento turístico privado «Les Boucaniers» não foi subsidiado em mais de 50% caso não sejam tidos em consideração os benefícios fiscais concedidos pelo Estado francês. Por outro, o empreendimento turístico não pode ser considerado uma instalação desportiva, recreativa e de ocupação de tempos livres na aceção da referida disposição. Mesmo que se parta do pressuposto de que também os habitantes locais da Martinica utilizam de forma esporádica a oferta em matéria de tempos livres do empreendimento turístico — como utilizadores diários, sujeitos ao pagamento de uma entrada —, esta situação não priva o empreendimento turístico da sua natureza de complexo hoteleiro destinado a satisfazer interesses puramente privados e não a prestar quaisquer serviços de interesse geral.

90. Por conseguinte, a decisão controvertida da Comissão deve ser anulada (artigo 264.º, primeiro parágrafo, TFUE).

## VII — Despesas

91. Nos termos do artigo 184.º, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas quando o recurso é julgado procedente e decide ele próprio definitivamente sobre o litígio<sup>45</sup>.

92. Por força do disposto no artigo 138.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 184.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

93. No seu recurso de anulação interposto em primeira instância, a França pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas. Tendo a Comissão sido vencida no presente recurso de anulação, há que condená-la nas despesas do processo em primeira instância.

94. No entanto, no processo de recurso, a França não pediu a condenação da parte vencida nas despesas. Por conseguinte, justifica-se a condenação de ambas as partes no pagamento das suas próprias despesas.

## VIII — Conclusão

95. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça decida o seguinte:

- «1) Anular o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, de 16 de dezembro de 2011, no processo T-488/10, França/Comissão.
- 2) Anular a Decisão C (2010) 5229 da Comissão Europeia, de 28 de julho de 2010.
- 3) Condenar a Comissão Europeia nas despesas do processo em primeira instância. Quanto ao restante, cada parte deve suportar as suas próprias despesas.»

44 — V. *supra*, n.ºs 54 a 82 das presentes conclusões.

45 — Em conformidade com o princípio geral nos termos do qual as novas regras processuais se aplicam a todos os litígios pendentes à data da sua entrada em vigor [jurisprudência constante, v., por exemplo, acórdão de 12 de novembro de 1981, *Meridionale Industria Salumi e o.* (212/80 a 217/80, *Recueil*, p. 2735, n.º 9)], a decisão sobre as despesas no presente processo rege-se pelo Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça de 25 de setembro de 2012, que entrou em vigor em 1 de novembro de 2012 (v., no mesmo sentido, acórdão de 15 de novembro de 2012, *Conselho/Bamba*, C-417/11 P, n.ºs 91 e 92). No que respeita ao conteúdo, não se verifica, no entanto, qualquer diferença em relação ao artigo 69.º, n.º 2, em conjugação com os artigos 118.º e 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 1991.