

## CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 15 de Junho de 2006<sup>1</sup>

### I — Introdução

partes não alienadas no termo do projecto e assume integralmente o risco de perdas.

1. No presente processo, um tribunal francês, o Tribunal administratif de Lyon<sup>2</sup>, submete ao Tribunal de Justiça diversas questões sobre a interpretação do direito comunitário em matéria de adjudicações. Estas questões colocam-se no contexto de um diferendo relativo a um centro de lazer na cidade francesa de Roanne, cuja concepção e execução foi confiada, sem concurso prévio, a uma sociedade de desenvolvimento urbano de economia mista. O projecto caracteriza-se, em especial, pelo facto de que apenas determinadas partes do centro de lazer planeado se destinam, depois de terminadas, à própria cidade, ao passo que outras devem ser alienadas directamente a terceiros pela sociedade de desenvolvimento urbano, sendo porém co-financiadas pela cidade, a qual passa a ser proprietária das

2. Neste contexto, o tribunal de reenvio pretende saber, em primeiro lugar, quais as normas do direito comunitário em matéria de adjudicações que podem ser aplicadas a esse projecto e, em especial, como deve ser interpretado o conceito de empreitada de obras públicas. Suscita-se igualmente a questão de saber se, para calcular o valor da empreitada, deve atender-se ao volume global do projecto ou se deve ser incluído apenas o preço que a entidade adjudicante deve pagar pelas partes da obra que lhe são destinadas, eventualmente acrescido da sua contribuição financeira global. Por último, há que determinar se se pode prescindir de um procedimento de adjudicação quando, nos termos do direito nacional, o acordo controvertido só pode ser celebrado com determinadas pessoas colectivas que, por seu lado, em caso de adjudicação de empreitadas subsequentes, estão obrigadas a organizar processos de adjudicação.

1 — Língua original: alemão

2 — Tribunal administrativo de Lyon, a seguir também «tribunal de reenvio».

## II — Quadro jurídico

### A — Direito comunitário

3. O artigo 1.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas<sup>3</sup> (a seguir «Directiva 93/37») tem, designadamente, o seguinte teor:

«Para efeitos da presente directiva:

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 objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante;

3 — JO L 199, p. 54. Esta directiva foi revogada e substituída pela Directiva 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, a seguir «Directiva 2004/18»). Contudo, esta alteração só produz efeitos a partir de 31 de Janeiro de 2006 e, portanto, não é pertinente para o processo principal.

b) São consideradas *entidades adjudicantes* o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

Entende-se por *organismo de direito público* qualquer organismo:

- criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,
- dotado de personalidade jurídica e
- cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização

sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior ao equivalente em ecus a 5 000 000 expresso em direitos de saque especiais (DSE);

[...]

[...]

- c) Entende-se por *obra* o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, por si mesmo, uma função económica ou técnica;

3. Quando uma obra se encontrar dividida em vários lotes, sendo cada um deles objecto de um contrato, o valor de cada lote deve ser tido em consideração na avaliação do montante referido no n.º 1. Quando o valor cumulativo dos lotes for igual ou superior ao montante indicado no n.º 1, o disposto nesse número aplica-se a todos os lotes. Todavia, as entidades adjudicantes podem derrogar a aplicação do n.º 1 em relação a lotes cujo valor calculado sem IVA seja inferior a 1 000 000 de ecus, desde que o montante cumulativo desses lotes não exceda 20% do valor cumulativo de todos os lotes.

[...]»

4. O artigo 6.º da Directiva 93/37, na versão alterada pela Directiva 97/52<sup>4</sup>, prevê o seguinte:

«1. O disposto na presente directiva é aplicável:

4. As obras e os contratos não podem ser cindidos com o propósito de os subtrair à aplicação da presente directiva.

- a) Aos contratos de empreitada de obras públicas cujo valor estimado, sem

5. Para o cálculo do montante referido no n.º 1, bem como no artigo 7.º, será tomado em consideração, além do valor dos contratos de empreitada de obras públicas, o valor

4 — Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas (JO L 328, p. 1).

estimado dos fornecimentos necessários à execução das obras e postos à disposição do empreiteiro pelas entidades adjudicantes.

«O Estado, as colectividades locais ou os seus estabelecimentos públicos podem confiar o estudo e a execução das operações de ordenamento urbano previstos no presente Livro a qualquer entidade pública ou privada para tal vocacionada.

6. As entidades adjudicantes diligenciarão para que não haja discriminação entre os diferentes empreiteiros.»

Se a convenção for celebrada com um estabelecimento público, uma sociedade local de economia mista na acepção da Lei n.º 83-597, de 7 de Julho de 1983, ou com uma sociedade de economia mista, na qual de mais de metade do capital é detido por uma ou várias das entidades públicas seguintes: Estado, regiões, departamentos, municípios ou agrupamentos dos mesmos, esse acordo pode adoptar a forma de uma convenção pública de ordenamento urbano. Neste caso, pode ser confiada ao organismo co-contratante a aquisição, por via de expropriação ou de preferência, a realização de quaisquer operações e acções de ordenamento urbano e de equipamento que contribuam para realização da operação global que é objecto da convenção pública de ordenamento urbano.

5. No momento pertinente para o presente caso, o limiar de 5 000 000 DSE correspondia a um contra-valor de 6 242 028 EUR<sup>5</sup>.

## B — *Direito nacional*

6. Na redacção em vigor no momento dos factos do litígio no processo principal<sup>6</sup>, o artigo L. 300-4 do Code de l'urbanisme francês<sup>7</sup> (a seguir «artigo L. 300-4 do Code de l'urbanisme, na redacção anterior») previa o seguinte:

Pode ser confiado ao organismos mencionados no parágrafo anterior o acompanhamento de estudos preliminares necessários para determinar as características da operação no âmbito de um contrato de mandato, que os autoriza a celebrar contratos relativos a estudos em nome e por conta da colectividade ou do agrupamento de colectividades.

5 — V. a publicação do contra-valor dos limiares previstos pelas directivas relativas aos contratos públicos aplicáveis a partir de 1 de Janeiro de 2002 (Comunicação da Comissão, JO 2001, C 332, p. 21, n.º 2, terceira coluna).

6 — Esta versão decorre da Lei n.º 2000-1208, de 13 de Dezembro de 2000, *JORF* de 14 de Dezembro de 2000.

7 — Código do urbanismo.

[...]

7. Após a Comissão ter intentado uma acção por incumprimento contra a França, o artigo L. 300-4 do Code de l'urbanisme foi modificado pela Lei n.º 2005-809<sup>8</sup> (a seguir «artigo L. 300-4, na nova redacção do Code de l'urbanisme») do modo seguinte:

«O Estado, as colectividades territoriais, bem como os seus estabelecimentos públicos podem concessionar a realização das operações de ordenamento urbano previstas no presente Livro a qualquer entidade para tal vocacionada.

O concedente procederá à adjudicação das concessões de ordenamento urbano, na sequência de um procedimento de publicidade que permita a apresentação de várias ofertas concorrentes em condições previstas por decreto do Conseil d'État.

O concessionário assegura a supervisão da obra e dos equipamentos que contribuem para a operação previstos na concessão, bem como a realização dos estudos e de quaisquer missões necessárias à sua execução. O concedente pode encarregar o concessionário de adquirir os bens necessários à realização da operação, incluindo, se for o caso, por via da expropriação ou da preferência. O concessionário procede à venda, à locação ou à concessão dos bens imóveis situados no interior do perímetro da concessão.»

8 — Lei de 20 de Julho de 2005, *JORF* de 21 de Julho de 2005.

8. Além disso, o artigo 11.º da Lei n.º 2005-809 estabelece:

«Sem prejuízo de decisões judiciais transitadas em julgado, são válidas na medida em que a sua legalidade seja contestada com o fundamento de que a designação da entidade encarregada do ordenamento urbano não foi precedida de um processo de publicidade que permitisse a apresentação de várias ofertas concorrentes:

1. as concessões de ordenamento urbano, as convenções públicas de ordenamento urbano e as convenções de ordenamento urbano assinadas antes da publicação da presente lei;

[...]»

### III — Matéria de facto e tramitação do processo

9. Em 2002, a cidade francesa de Roanne planeou, a título de medida de desenvolvimento urbano, a construção de um centro de lazer. Numa primeira fase da construção, o projecto incluía em especial um cinema

multiplex, estando igualmente prevista a construção de espaços comerciais, um parque de estacionamento público com cerca de 320 lugares, bem como de vias de acesso e espaços públicos. Para uma fase posterior, estava prevista a construção de outros espaços comerciais e de um hotel.

10. A execução do projecto foi confiada a uma sociedade de desenvolvimento urbano de economia mista, a Société d'équipement du département de la Loire (SEDL). Para este efeito, a cidade de Roanne celebrou com a SEDL, em 25 de Novembro de 2002, uma convenção pública de ordenamento urbano<sup>9</sup>, para a assinatura da qual o conselho municipal de Roanne autorizou previamente o seu presidente, por deliberação de 28 de Outubro de 2002.

11. Esta convenção encarrega a SEDL, designadamente, da missão de proceder a aquisições imobiliárias e de procurar meios de financiamento, apresentar determinados documentos contabilísticos, ordenar a realização de estudos, organizar um processo de selecção de gabinetes de estudos, ordenar a realização das obras de construção, bem como assegurar a coordenação da operação e a informação da cidade.

12. Nos termos da convenção celebrada, o parque de estacionamento público a construir para o centro de lazer, as vias de acesso e os espaços públicos deviam ser integrados

no património da cidade de Roanne. Pelo contrário, as outras obras planeadas destinavam-se a ser alienadas a terceiros, tendo sido calculado que a alienação permitiria à SEDL, enquanto titular do projecto, obter um montante total de 8 099 000 EUR.

13. Quanto ao parque de estacionamento público, a convenção previa que a cidade pagasse 2 925 000 EUR à SEDL. Ao mesmo tempo, a cidade devia contribuir para o financiamento de todas as obras a realizar com uma participação no capital da sociedade, que foi fixada em 2 443 103 EUR para a primeira fase das obras e em 3 034 341 EUR para a totalidade das obras<sup>10</sup>. Além disso, os terrenos e as obras ainda não alienados a terceiros pela SEDL no termo do projecto passariam automaticamente a ser propriedade da cidade de Roanne, que assumiria a execução dos contratos pendentes e as dívidas até essa data contraídas pela SEDL. Por último, a cidade de Roanne assumiu expressamente o risco de perdas do projecto<sup>11</sup>.

14. A celebração da convenção pública de ordenamento urbano com a SEDL não foi precedida de qualquer medida de publicidade ou de concurso público do projecto.

10 — Num anexo à convenção pública de ordenamento urbano, apresentada ao Tribunal de Justiça pelo Governo francês, é adicionalmente previsto um montante de 210 000 EUR, que deve ser pago pelos outros participantes (os chamados «partenaires du pôle d'échanges»).

11 — Por exemplo, nos termos do artigo 25-1 da convenção pública de ordenamento urbano: «[...] le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante [...]»

9 — Convention publique d'aménagement.

15. Os demandantes no processo principal são membros da oposição no conselho municipal de Roanne. Pedem ao Tribunal administratif de Lyon que anule a deliberação do conselho municipal de 28 de Outubro de 2002 invocando, designadamente, uma violação das regras do direito comunitário relativas a adjudicações. Sustentam que devia ter sido organizado um procedimento de adjudicação na aceção da Directiva 93/37.

#### **IV — Pedido de decisão prejudicial e processo no Tribunal de Justiça**

16. Por acórdão de 7 de Abril de 2005, o Tribunal administratif de Lyon suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes três questões prejudiciais:

- «1) Um contrato pelo qual uma primeira entidade adjudicante encarrega uma segunda entidade adjudicante da realização, no interesse geral, de uma operação de ordenamento urbano, no âmbito da qual esta segunda entidade adjudicante entrega à primeira obras destinadas a satisfazer as suas necessidades, e no termo do qual a primeira entidade adjudicante passa automaticamente a ser proprietária de outros terrenos e obras que não tenham sido alienados a terceiros, constitui um contrato de empreitada de obras públicas na aceção do disposto no artigo 1.º da Directiva 93/37/CEE de 14 de Junho de 1993, conforme alterada?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: para a apreciação do referido limiar de 5 000 000 de direitos de saque especiais fixado pelo artigo 6.º dessa mesma directiva, deve ser tomado em consideração unicamente o preço pago em contrapartida da cessão das obras entregues à entidade adjudicante, ou a soma desse preço e das participações pagas, mesmo que estas só estejam parcialmente afectas à realização dessas obras, ou, por último, a totalidade do montante das obras públicas, quando os bens não alienados no termo do contrato passam automaticamente a ser propriedade da primeira entidade adjudicante e esta assume então a execução dos contratos em curso e as dívidas contraídas pela segunda entidade adjudicante?
- 3) No caso de resposta afirmativa às duas primeiras questões, a primeira entidade adjudicante está dispensada, para celebrar esse contrato, de aplicar os processos de adjudicação de contratos previstos pela mesma directiva, na medida em que este contrato só pode ser celebrado com determinadas pessoas colectivas e que estes mesmos procedimentos serão aplicados pela segunda entidade adjudicante para a adjudicação das respectivas empreitadas de obras?»

17. Apresentaram observações escritas e orais perante o Tribunal de Justiça, além da cidade de Roanne, na qualidade de demandada no processo principal, os Governos francês, lituano, austríaco, polaco, bem como a Comissão das Comunidades Europeias. Os demandantes no processo principal não apresentaram tempestivamente as suas observações escritas, mas apresentaram observações orais no Tribunal de Justiça.

## V — Apreciação

### A — Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

18. A cidade de Roanne e o Governo francês têm dúvidas quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial.

19. Antes de mais, a cidade de Roanne sustenta que as questões prejudiciais não são pertinentes para a decisão a proferir porque o legislador francês validou retroactivamente, de modo expresso, convenções públicas de ordenamento urbano como a convenção controvertida no presente processo (através do procedimento dito de «validation législative»). Por conseguinte, a

sua legalidade já não pode ser posta em causa com base na inexistência de um procedimento de adjudicação.

20. Segundo jurisprudência assente, é unicamente ao juiz nacional que compete apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Este Tribunal só pode rejeitar uma questão apresentada por um órgão jurisdicional nacional *se for manifesto* que a interpretação por ele solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio ou quando a questão é de natureza geral ou hipotética e o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas<sup>12</sup>. Salvo nestas hipóteses, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a decidir sobre as questões prejudiciais relativas à interpretação das normas de direito comunitário<sup>13</sup>.

21. No caso vertente, de modo nenhum é *manifesto* que as questões colocadas pelo Tribunal administratif de Lyon quanto à

12 — V., por exemplo, acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman* (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 59 a 61), de 18 de Novembro de 2003, *Budějovický Budvar* (C-216/01, Colect., p. I-13617, n.º 47), de 7 de Junho de 2005, *VEMW e o.* (C-17/03, Colect., p. I-4983, n.º 34), e de 10 de Janeiro de 2006, *International Air Transport Association* (C-344/04, Colect., p. I-403, n.º 24).

13 — Acórdãos *Bosman* (n.º 59), *Budějovický Budvar* (n.º 47) e *International Air Transport Association* (n.º 24), já referidos na nota 12.

interpretação da Directiva 93/37 não sejam pertinentes para a decisão da causa principal.

22. É certo que o artigo 11.º da Lei n.º 2005-809 validou retroactivamente determinadas convenções públicas de ordenamento urbano, mesmo quando foram celebradas sem o necessário procedimento de adjudicação.

23. Ora, o objecto do litígio no processo principal não é a questão da validade da *convenção* celebrada entre a cidade de Roanne e a SEDL mas a da validade da *deliberação do conselho municipal*, através da qual o presidente do município de Roanne foi previamente autorizado a assinar essa convenção. Assim, trata-se essencialmente de um litígio interno ao município, no qual estão em causa, em primeira linha, as competências dos órgãos da cidade de Roanne<sup>14</sup>. Para a resolução do presente litígio pode, com efeito, ser pertinente determinar as normas do direito comunitário em matéria de adjudicações que seriam de observar mesmo que se confirmasse que, para efeitos externos, a convenção celebrada com a SEDL é válida. Em qualquer caso,

14 — Dado que, por conseguinte, no processo principal não está de modo nenhum em causa a validade da convenção-quadro pública, o tribunal de reenvio também não é confrontado com a questão da *inaplicabilidade* do artigo 11.º da Lei n.º 2005-809 no caso de este ser contrário ao direito comunitário (quanto à obrigação de os tribunais nacionais não aplicarem disposições contrárias ao direito comunitário, v. jurisprudência assente desde o acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal, 106/77, Colect., p. 243, n.ºs 21 e 24, recentemente confirmado pelo acórdão de 3 de Maio de 2005, Berlusconi e o., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Colect., p. 1-3565, n.º 72, com outras referências).

parece não ser de excluir *a priori* que uma deliberação do conselho municipal também possa ser anulada quando a convenção pública de ordenamento urbano celebrada com uma sociedade de desenvolvimento urbano, à qual serviu de base, não possa, como tal, ser impugnada judicialmente. De resto, compete exclusivamente aos tribunais nacionais examinar os efeitos da eventual invalidade da deliberação do conselho municipal sobre a eficácia da convenção entre a cidade de Roanne e a SEDL.

24. Assim, não pode ser acolhida a objecção da admissibilidade das questões prejudiciais, suscitada pela cidade de Roanne.

25. O Governo francês entende, além disso, que as questões prejudiciais não são pertinentes para a decisão do litígio, uma vez que se referem a uma convenção pública de ordenamento urbano. Alega que, na realidade, um centro de lazer como o que está em causa no processo principal não constitui uma operação de ordenamento urbano. Deste modo, as questões submetidas ao Tribunal de Justiça são de natureza puramente hipotética.

26. Esta objecção também não é convincente. Com efeito, não é relevante a qua-

lificação dada, nos termos do direito nacional, à convenção celebrada com a SEDL assim como também não importa se a cidade de Roanne e o tribunal de reenvio entendiam correctamente ou não que se tratava de uma convenção pública de ordenamento urbano<sup>15</sup>. Isto porque, no âmbito do processo previsto no artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça tem competência para interpretar unicamente o direito comunitário, e não disposições nacionais, e também não tem de decidir se a interpretação dada pelo órgão jurisdicional de reenvio está correcta<sup>16</sup>. Quanto ao quadro factual e jurídico no qual se inserem as questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça deve ter em conta o estabelecido pelo órgão jurisdicional de reenvio<sup>17</sup>.

Roanne, pelo que não podem, de modo algum, ser consideradas de natureza hipotética.

28. O pedido de decisão prejudicial é, portanto, admissível.

#### *B — Apreciação do conteúdo das questões prejudiciais*

27. Mas, mesmo que a convenção celebrada entre a cidade de Roanne e a SEDL não deva ser qualificada como convenção pública de ordenamento urbano, o Tribunal de Justiça dispõe, no caso vertente, de suficientes elementos relativos ao quadro factual e jurídico do processo principal para responder de forma útil às questões colocadas pelo tribunal de reenvio sobre a interpretação da Directiva 93/37. Como indicado anteriormente, estas questões colocam-se também num litígio concreto sobre a validade de uma deliberação do conselho municipal de

1. Quanto à primeira questão: conceito de empreitada de obras públicas

29. Com a sua primeira questão, o tribunal de reenvio pergunta, essencialmente, se se trata de um contrato de empreitada de obras públicas na acepção do artigo 1.º da Directiva 93/37, quando uma primeira entidade adjudicante confia a uma segunda entidade adjudicante, a título de medida de desenvolvimento urbano, a concepção e execução de um centro de lazer; do qual apenas determinadas partes, uma vez construídas, estão destinadas à primeira entidade adjudicante, ao passo que outras partes devem ser alienadas a terceiros directamente pela segunda entidade adjudicante, passando porém as partes não alienadas no termo do projecto a ser propriedade da primeira entidade adjudicante, a qual assume integralmente o risco de perdas.

15 — Neste sentido, também acórdão de 20 de Outubro de 2005, Comissão/França (C-264/03, Colect., p. I-8831, n.º 36). Nos termos deste acórdão, não há que procurar a qualificação que o direito nacional dá a um determinado contrato, quando se trata de determinar se este contrato é um contrato público na acepção das directivas em matéria de adjudicações.

16 — Acórdãos de 12 de Janeiro de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Colect., p. I-589, n.º 20), e de 10 de Janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze (C-222/04, Colect., p. I-289, n.º 63).

17 — Acórdãos Turn- und Sportunion Waldburg (já referido na nota 16, n.º 21), e de 30 de Junho de 2005, Tod's e Tod's France (C-28/04, Colect., p. I-5781, n.º 14, com outras referências).

30. Da definição constante do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37 decorre que uma empreitada de obras públicas se refere a determinadas obras, descritas em pormenor nesta directiva, relativamente às quais uma entidade adjudicante celebra, por escrito, um contrato oneroso com um empreiteiro.

— a execução ou simultaneamente a execução e concepção de uma obra, a saber, uma obra que represente o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, só por si, uma função económica ou técnica (artigo 1.º, alínea c), da Directiva 93/37), ou

a) Objecto do contrato: delimitação entre contrato público de serviços e outras empreitadas públicas

— a realização [por intermédio de terceiros<sup>20</sup>], seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante.

31. De acordo com o artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37, uma empreitada de obras públicas pode ter por objecto os seguintes três tipos de obras<sup>18</sup>:

32. Segundo indica o tribunal de reenvio, o centro de lazer a construir em Roanne incluía, em especial, um cinema multiplex e espaços comerciais, bem como um parque de estacionamento público, vias de acesso e espaços públicos; para uma fase posterior, estava prevista a construção de outros espaços comerciais e de um hotel.

— a execução ou simultaneamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II da Directiva 93/37, ou<sup>19</sup>

33. A construção desse centro de lazer exige que sejam realizadas obras na acepção das três variantes do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37: em primeiro lugar, trata-se de uma obra cuja execução implica nume-

18 — V., também, acórdão de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi e o. (C-399/98, dito «Scala de Milão», Colect., p. 1-5409, n.º 58).

19 — O anexo II da Directiva 93/37 contém uma lista das actividades profissionais que correspondem à Nomenclatura Geral das Actividades Económicas nas Comunidades Europeias (NACE). Figura aí, designadamente, a posição NACE 501.1 «Construção civil em geral», incluída no grupo NACE 501 «Construção de edifícios (de habitação e outros)».

20 — O aditamento expresso «por intermédio de terceiros» não figura noutras versões linguísticas da directiva.

rosas actividades referidas no anexo II da Directiva 93/37<sup>21</sup>. Em segundo lugar, no caso vertente, a SEDL constrói o centro de lazer recorrendo a prestações de empresas terceiras de acordo com as necessidades detalhadamente determinadas pela cidade de Roanne<sup>22</sup> e sob o controlo desta<sup>23</sup>. E, em terceiro lugar, um centro de lazer como o que está em causa constitui também o resultado de um conjunto de obras de construção que, face à almejada melhoria da infra-estrutura da cidade<sup>24</sup>, preenche uma função económica<sup>25</sup>; por conseguinte, trata-se de uma obra na acepção do artigo 1.º, alínea a), conjugada com a alínea c), da Directiva 93/37<sup>26</sup>. Assim, cada um destes três aspectos evidencia que a construção de um centro de lazer como o planeado pela cidade de Roanne está, em princípio, abrangida pelo âmbito de aplicação material da Directiva 93/37.

34. Porém, no caso vertente, a convenção pública de ordenamento urbano celebrada entre a cidade de Roanne e a SEDL não tinha por objecto apenas a *construção* do centro de lazer. Assim, foi a SEDL foi incumbida da

missão de, designadamente, proceder a aquisições imobiliárias e de procurar meios de financiamento, apresentar determinados documentos contabilísticos, ordenar a realização de projectos, organizar um processo de selecção de gabinetes de estudos, bem como assegurar a coordenação da operação e a informação da cidade. Além disso, cabia-lhe a comercialização de grande parte das obras a realizar.

35. Com estas missões suplementares foram incluídos igualmente elementos de prestação de serviços no contrato celebrado entre a cidade de Roanne e a SEDL. Neste contexto, coloca-se o problema da delimitação entre, por um lado, empreitadas de obras públicas e, por outro, contratos públicos de serviços na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 92/50<sup>27</sup>. Este aspecto foi igualmente referido por vários intervenientes no processo no Tribunal de Justiça.

36. De entre os mencionados elementos de prestação de serviços, apenas a *concepção* das obras está claramente abrangida pelo âmbito de aplicação material da Directiva 93/37 desde que o contrato se refira *conjuntamente* à concepção e execução das obras [v. artigo 1.º, alínea a), da Directiva

21 — V. *supra*, n.º 31 destas conclusões, primeiro travessão.

22 — V. *supra*, n.º 31 destas conclusões, terceiro travessão. V. também *infra*, n.ºs 52 e 53 destas conclusões.

23 — Neste contexto, decorre do despacho de reenvio, em especial, que os projectos da SEDL devem ser apresentados para efeitos da aceitação pela cidade de Roanne, e que a cidade de Roanne pode exigir a apresentação de qualquer documento pela SEDL, fiscalizar as obras e ter acesso a elas, assim como formular observações à SEDL.

24 — No despacho de reenvio, o projecto é expressamente referido como operação de desenvolvimento urbano.

25 — Neste sentido — relativamente à construção de troços de auto-estrada — acórdãos de 12 de Setembro de 2000, Comissão/França (C-276/97, Colect., p. I-6251, n.º 32), e de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Itália (C-187/04 e C-188/04, não publicado na Colectânea, n.º 28).

26 — V. *supra*, n.º 31 destas conclusões, segundo travessão.

27 — Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1, a seguir também «Directiva 92/50»). Esta directiva foi revogada e substituída pela Directiva 2004/18, mas esta alteração só produz efeitos a partir de 31 de Janeiro de 2006, e, por conseguinte, não é pertinente para o processo principal.

93/37]. Isto verifica-se em relação a uma convenção pública de ordenamento urbano como a celebrada entre a cidade de Roanne e a SEDL, nos termos da qual a SEDL é expressamente encarregada da concepção e execução das obras.

37. Em relação a todos os outros elementos da prestação de serviços, deve entender-se que existe um *contrato misto*, cuja qualificação jurídica deve ser efectuada em função do seu centro de gravidade. Só quando a concepção e execução das obras, em comparação com as restantes missões da adjudicatária, constitui o objecto principal do contrato, pode tratar-se de um contrato de empreitada de obras públicas; a concepção e a execução das obras não devem ter carácter meramente acessório<sup>28</sup>.

38. Compete ao tribunal de reenvio proceder a essa apreciação<sup>29</sup>. Porém, o Tribunal de Justiça pode fornecer ao juiz nacional elementos de interpretação que lhe facilitem a decisão e pelos quais se deve orientar<sup>30</sup>.

28 — Neste sentido, o décimo sexto considerando da Directiva 92/50, cujo conteúdo é confirmado também no décimo considerando da Directiva 2004/18. Quanto à necessidade de determinar um centro de gravidade para a delimitação do âmbito de aplicação material da Directiva 93/37 do de outras directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, v. também acórdão de 19 de Abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional* (C-331/92, *Colect.*, p. I-1329, n.º 26 a 29).

29 — Acórdão *Gestión Hotelera Internacional* (já referido na nota 28, n.º 28); v. igualmente acórdão de 19 de Janeiro de 2006, *Bouanich* (C-265/04, *Colect.*, p. I-923, n.º 54).

30 — Jurisprudência assente; v., por exemplo, acórdão *Scala de Milão* (já referido na nota 18, n.º 48).

39. Em princípio, o valor das prestações convencionadas pode constituir um ponto de referência para determinar o objecto principal de um contrato misto e apreciar a importância de cada um dos seus elementos. Na medida em que seja possível determinar um preço individual para cada uma das prestações a efectuar, o valor dos trabalhos de concepção e execução deve ser comparado com o valor das restantes prestações a realizar. Mas, além disso, é necessário proceder a uma análise objectiva da totalidade do projecto. Com efeito, só assim é possível apreciar se as obras constituem o objecto principal do contrato não só quantitativa mas também qualitativamente<sup>31</sup>.

40. No caso vertente, desconhece-se qual o valor atribuído a cada uma das prestações a efectuar pela SEDL<sup>32</sup>. Portanto, apenas é determinante a análise objectiva da empreitada no seu conjunto: a SEDL foi incumbida da construção de um centro de lazer, a título

31 — Ao passo que a distinção entre contratos públicos de serviços e contratos públicos de fornecimento, nos termos do artigo 2.º da Directiva 92/50, é feita exclusivamente em função do valor dos serviços e produtos em causa (v., a este respeito, mais recentemente, acórdão de 11 de Maio de 2006, *Carbotermo e o.*, C-340/04, *Colect.*, p. I-4137, n.º 31), falta um preceito semelhante para a delimitação entre contratos públicos de serviços e contratos de empreitada de obras públicas. Neste último caso, o décimo sexto considerando da Directiva 92/50 baseia-se em *critérios qualitativos* (as obras devem constituir «o objecto do contrato»); a utilização de critérios qualitativos é ainda mais clara no décimo considerando da Directiva 2004/18, no qual são referidas «obras (com) carácter acessório em relação ao objecto principal do contrato», que são «uma consequência ou um complemento do mesmo».

32 — Foi fixado um preço unitário apenas para o parque de estacionamento público, que se destina à cidade de Roanne. De resto, só está prevista uma contribuição global da cidade de Roanne para o financiamento da totalidade do projecto. Além disso, a cidade de Roanne declarou estar pronta a aceitar as partes do centro de lazer não alienadas a terceiros no termo do projecto e a assumir as obrigações contratuais existentes.

de medida de desenvolvimento urbano. A missão de proceder a aquisições imobiliárias e de procurar meios de financiamento tinha como única finalidade a preparação desse projecto. O mesmo é válido para a selecção de gabinetes de estudos conduzida SEDL. Além disso, a missão de coordenar a operação, bem como o dever de informar a cidade e de apresentar documentos contabilísticos constituem meras obrigações acessórias que simplesmente acompanham a concepção e execução do centro de lazer pela SEDL. Também a missão de comercializar partes significativas do centro de lazer parece ter carácter sobretudo subordinado, comparada com a sua concepção e execução.

41. Por conseguinte, o tribunal de reenvio considera, correctamente, que a realização de obras como as que estão em causa não deve ser considerada puramente acessória, atendendo à natureza e à importância dos restantes trabalhos a realizar. Pelo contrário, segundo os dados relativos à matéria de facto no processo principal à disposição do Tribunal de Justiça, a concepção e execução do centro de lazer constitui a parte essencial da missão que a cidade de Roanne confiou à SEDL.

42. A classificação como empreitada de uma convenção como a que aqui está em causa não é posta em causa pelo facto de o centro de lazer a construir estar previsto como operação de desenvolvimento urbano, e de apenas uma parte relativamente insignificante desse centro — um parque de estacionamento público, vias de acesso e espaços

públicos — dever ser integrada no património da cidade após a sua conclusão, ao passo que as restantes obras devem ser alienadas a terceiros. Na verdade, o conceito de empreitada de obras públicas não depende da finalidade a que está destinada a obra a realizar. Por exemplo, o Tribunal de Justiça já decidiu que o conceito não abrange apenas empreitadas que visam a satisfação de necessidades de interesse geral<sup>33</sup>. Também é indiferente se a entidade adjudicante pretende utilizar ela própria a obra a realizar ou se tenciona colocá-la à disposição da colectividade ou de determinados terceiros.

43. Ao invés, o artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37 deve ser interpretado à luz dos objectivos deste diploma<sup>34</sup>, que visa eliminar as restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços em matéria de empreitadas de obras públicas, e abrir estes mercados a uma concorrência efectiva<sup>35</sup>. Estes objectivos também podem ficar comprometidos quando a entidade adjudicante encomenda uma obra que, tendo sido concebida, por exemplo, a título de medida de ordenamento urbano e de desenvolvimento urbano ou por motivos de

33 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73, n.º 32); no mesmo sentido, acórdãos de 18 de Novembro de 2004, Comissão/Alemanha (C-126/03, Colect., p. I-11197, n.º 18), e de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colect., p. I-1, n.º 26).

34 — Acórdão Scala de Milão (já referido na nota 18, n.ºs 52, 54 e 75).

35 — V. em especial, o segundo e o décimo considerandos da Directiva 93/37, bem como acórdãos Scala de Milão (já referido na nota 18, n.ºs 52 e 75), de 27 de Novembro de 2001, Impresa Lombardini (C-285/99 e C-286/99, Colect., p. I-9233, n.ºs 34 e 35), de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau (C-470/99, Colect., p. I-11617, n.ºs 51 e 89), e de 7 de Outubro de 2004, Sintesi (C-247/02, Colect., p. I-9215, n.º 35); no mesmo sentido, acórdão Carbotermo (já referido na nota 31, n.º 58).

política social, se destina, em parte ou na totalidade, a beneficiar a colectividade ou terceiros privados. Com efeito, existe risco de distorção da concorrência devido ao favorecimento de determinados operadores do mercado face a outros quando uma entidade adjudicante decide confiar uma obra a um empreiteiro, independentemente dos motivos e do contexto da realização da obra ou da finalidade a que a mesma se destina.

44. O facto de a SEDL ter sido encarregada de procurar o terreno para construção, e de a cidade de Roanne só adquirir da SEDL as partes do centro de lazer que lhe estão destinadas, ou seja, o parque de estacionamento público, as vias de acesso e os espaços públicos, em *estado de acabamento*<sup>36</sup>, também não exclui uma convenção pública de ordenamento urbano como a presente do âmbito de aplicação material da Directiva 93/37. Com efeito, segundo as informações existentes, o objecto da convenção entre a cidade de Roanne e a SEDL não é só a entrega de um centro de lazer acabado, mas expressamente também a prévia concepção e execução das obras segundo as instruções da cidade, obrigação contratualmente assumida, de modo expresso, pela SEDL. Em contrapartida, a cidade de Roanne não se decidiu apenas a adquirir uma obra acabada, mas solicitou logo a sua execução.

36 — Nos termos do direito francês, trata-se da chamada «vente en l'état futur d'achèvement».

45. Também pela mesma razão, o acordo controvertido não pode ser qualificado como *contrato público de fornecimento* na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/36<sup>37</sup>. Como já foi indicado, os trabalhos de concepção e de construção necessários neste caso não são, de modo algum, apenas prestações acessórias, mas constituem a parte essencial do acordo celebrado. Para um caso como esse, as disposições relativas aos contratos de empreitada de obras públicas constituem o regime mais específico<sup>38</sup>.

46. Finalmente, a faculdade que a SEDL tem de alienar directamente a terceiros grande parte do centro de lazer não permite inferir que existe *concessão de obras públicas* na acepção do artigo 1.º, alínea d), da Directiva 93/37. É certo que a relação triangular entre a cidade de Roanne, a SEDL e os terceiros adquirentes, cujos pagamentos constituem uma grande parte da retribuição da SEDL, evoca uma concessão. Contudo, uma outra característica da concessão de serviços públicos é que o co-contratante da entidade adjudicante assume o risco de exploração do negócio<sup>39</sup>. Isto não se verifica no caso vertente, dado que a cidade de Roanne se

37 — Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1, a seguir também «Directiva 93/36»). Esta directiva foi revogada e substituída pela Directiva 2004/18, mas esta alteração só produz efeitos a partir de 31 de Janeiro de 2006 e, por conseguinte, não é pertinente para o processo principal.

38 — Artigo 1.º, alínea a), segunda frase, da Directiva 93/36; v. também acórdão *Gestión Hotelera Internacional* (já referido na nota 28, n.ºs 25 e 26).

39 — Neste sentido, quanto à distinção entre contratos públicos de serviços e concessões de serviços públicos, v. acórdão de 13 de Outubro de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 40).

obrigou contratualmente a aceitar as partes do centro de lazer não alienadas no termo do projecto e também a assumir o risco de perdas do projecto.

47. Neste contexto, a convenção celebrada entre a cidade de Roanne e a SEDL é, pelo seu objecto, uma empreitada de obras públicas e está abrangida pelo âmbito de aplicação material da Directiva 93/37.

b) Contrato oneroso celebrado por escrito entre um empreiteiro e uma entidade adjudicante

48. A existência de um contrato de empreitada de obras públicas pressupõe ainda, nos termos do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37, que a realização de uma obra tenha sido acordada através de um contrato oneroso celebrado por escrito entre uma entidade adjudicante e um empreiteiro.

49. Enquanto entidade territorial, a cidade de Roanne é uma *entidade adjudicante* [v. artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37]. O facto de o centro de lazer poder ser inicialmente construído pela SEDL em nome

próprio e depois parcialmente transferido para a cidade de Roanne, não põe em causa a posição da cidade enquanto entidade adjudicante de um contrato de empreitada <sup>40</sup>.

50. O conceito de *empreiteiro* não está definido na Directiva 93/37. No contexto do direito da concorrência, o conceito de empreiteiro abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento, entendendo-se por uma actividade económica qualquer actividade que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado <sup>41</sup>. Esta definição pode ser aplicada também no domínio das empreitadas de obras públicas. Em conformidade com os objectivos prosseguidos pela Directiva 93/37, que visa contribuir para a realização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas, e permitir o desenvolvimento de uma concorrência efectiva <sup>42</sup>, o conceito de empreiteiro deve ser entendido aí igualmente em sentido amplo. Isto é confirmado também pela definição legal, aplicável a casos futuros, constante do artigo 1.º, n.º 8, da Directiva 2004/18. Em conformidade com esta norma, na acepção do direito relativo às adjudicações, empreiteiro é qualquer pessoa singular ou colectiva, entidade pública ou agrupamento de tais entidades que ofereça no mercado as prestações em questão.

40 — Acórdão Scala de Milão (já referido na nota 18, n.º 95).

41 — Jurisprudência assente; v., mais recentemente, acórdãos Cassa di risparmio di Firenze, já referido na nota 16, n.ºs 107 e 108), e de 23 de Março de 2006, Enirisorse (C-237/04, Colect., p. I-2843, n.ºs 28 e 29), bem como a jurisprudência aí citada.

42 — Segundo considerando e primeira frase do décimo considerando da Directiva 93/37. V. também n.º 43 destas conclusões.

51. Existe um mercado para as prestações relacionado com a concepção e execução de obras, como aquelas de que no caso em apreço a cidade de Roanne necessitava. Neste mercado, podem intervir como proponentes tanto empresas privadas como sociedades de desenvolvimento urbano de economia mista. Uma sociedade deste tipo pode, portanto, ser um empreiteiro na acepção da Directiva 93/37.

52. A qualidade de empreiteiro de uma sociedade de desenvolvimento urbano como a SEDL não está excluída, desde logo, pelo facto de esta, eventualmente, não poder, nem levar a cabo, a concepção e execução das obras com os seus próprios meios mas, por seu lado, recorrer às prestações de subempreiteiros para realizar a totalidade ou parte considerável das obras<sup>43</sup>. Com efeito, nos termos desta disposição, as obras podem ser realizadas «seja por que meio for»<sup>44</sup>. Isto inclui também a intervenção de subempreiteiros, facto que é especialmente claro na versão alemã deste artigo, na qual é mencionada a realização de uma obra «por intermédio de terceiros».

53. Assim, se uma sociedade de desenvolvimento urbano se oferece para a concepção e execução de uma obra, mesmo recorrendo a subempreiteiros, esta sociedade deve ser considerada empreiteiro na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37. Neste

caso, a sociedade de desenvolvimento urbano é mais do que uma simples mandatária (em francês: «mandataire») da entidade adjudicante que, por seu lado, apenas a ajuda a procurar empreiteiros qualificados e desempenha um papel de coordenação. Quem se obriga, em nome próprio, a efectuar a concepção e execução de uma obra<sup>45</sup>, é empreiteiro na acepção da Directiva 93/37.

54. De resto, a qualidade de empreiteiro na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37 não pressupõe necessariamente um fim lucrativo. Desde logo, isto decorre do facto entidades adjudicantes poderem ser incumbidas de empreitadas públicas<sup>46</sup>. Em momentos de escassez de encomendas, mesmo empresas privadas podem estar interessadas em aceitar encomendas das quais não esperam nenhum lucro ou nenhum lucro considerável para, pelo menos, desta forma melhor fazerem face aos seus custos fixos. Assim, no caso em apreço, a qualidade de empreiteiro da SEDL também não é excluída, desde logo, pelo facto de esta se ter obrigado, através da convenção pública de ordenamento urbano, a restituir à cidade de Roanne o eventual excedente resultante da construção e comercialização do centro de lazer<sup>47</sup>.

43 — Acórdão Scala de Milão (já referido na nota 18, n.º 90). Quanto ao recurso a subempreiteiros v. também — em relação aos contratos públicos de serviços — acórdãos de 2 de Dezembro de 1999, *Holst Italia* (C-176/98, *Colect.*, p. I-8607, n.ºs 26 e segs.) e Comissão/Alemanha (já referido na nota 33, n.º 18).

44 — V., neste sentido, *supra*, n.º 31 destas conclusões, terceiro travessão.

45 — Na convenção pública de ordenamento urbano (v. artigo 2.º, n.º 4), a SEDL comprometeu-se expressamente a realizar as obras: «[...] l'Aménageur s'engage, pour sa part, à [...] réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, [...]».

46 — Acórdãos de 18 de Novembro de 1999, *Teckal* (C-107/98, *Colect.*, p. I-8121, n.º 50, segunda frase), e de 7 de Dezembro de 2000, *ARGE* (C-94/99, *Colect.*, p. I-11037, n.º 40); no mesmo sentido, acórdãos Comissão/Alemanha (já referido na nota 33, n.º 19) e de 13 de Janeiro de 2005, Comissão/Espanha (C-84/03, *Colect.*, p. I-139, n.ºs 38 a 40).

47 — Artigo 22.º, n.º 2, da convenção pública de ordenamento urbano.

55. Com o a convenção de ordenamento urbano de 25 de Novembro de 2002 foi celebrado, *por escrito, um contrato* entre a cidade de Roanne e a SEDL. O facto de esta convenção ter carácter público e permitir à SEDL o eventual exercício de determinados poderes de soberania, designadamente proceder a expropriações, não impede a sua classificação como *contrato* na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37<sup>48</sup>.

56. No caso em apreço, também não é possível entender, *a priori*, que existe uma *operação in house* ou *operação quase in house*<sup>49</sup> no sentido da jurisprudência Teckal<sup>50</sup>, porque a SEDL é uma sociedade de economia mista e, deste modo, não pode sujeitar as entidades territoriais que nela participam a um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços<sup>51</sup>.

57. Um contrato tem *carácter oneroso* quando a entidade adjudicante deve uma contraprestação pelas prestações a efectuar

pelo empreiteiro<sup>52</sup>. De acordo com os objectivos da Directiva 93/37, ou seja, abrir os mercados às empreitadas de obras públicas e contribuir para a realização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços neste domínio<sup>53</sup>, o conceito de carácter oneroso deve ser objecto de interpretação ampla. Esse conceito abrange não só contraprestações em dinheiro, mas também qualquer tipo de obrigações assumidas pela entidade adjudicante em contrapartida da execução da empreitada como, por exemplo, a garantia de contribuições concretas para o financiamento do projecto ou para a cobertura de eventuais perdas na sua execução.

58. No caso em apreço, a cidade de Roanne não se obrigou apenas ao pagamento de 2 925 000 EUR pela entrega do parque de estacionamento público. Comprometeu-se, além disso, a dar uma contribuição financeira para todas as obras a realizar, fixado em 2 443 103 EUR para a primeira fase da construção e 3 034 341 EUR para a totalidade do projecto. Prevê-se igualmente que os terrenos e as obras ainda não alienados a terceiros no termo do projecto passam automaticamente, nesse momento, a ser propriedade da cidade de Roanne, que se assume a execução dos contratos em curso e as dívidas até aí contraídas pela SEDL. Cada

48 — Acórdão Scala de Milão (já referido na nota 18, n.º 73).

49 — V., a este respeito, n.º 2 das conclusões que apresentei no processo Parking Brixen, em 1 de Março de 2005 (acórdão já citado na nota 39).

50 — Acórdãos Teckal (já referido na nota 46, n.º 50, segunda frase), de 8 de Maio de 2003, Espanha/Comissão (C-349/97, Colect., p. I-3851, n.º 204, quarta frase), Stadt Halle e RPL Lochau (já referido na nota 33, n.º 49, segunda frase), Comissão/Espanha, de 13 de Janeiro de 2005 (já referido na nota 46, n.º 38), de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Austria (C-29/04, Colect., p. I-9705, n.º 34), e Carbotermo (já referido na nota 31, n.º 33); v. também, para situações não abrangidas pelo âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, acórdãos Parking Brixen (já referido na nota 39, n.ºs 58, 59 e 62), e de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.ºs 24 e segs.).

51 — Acórdãos Stadt Halle e RPL Lochau (já referido na nota 33, n.º 49), Comissão/Austria (já referido na nota 50, n.º 46) e ANAV (já referido na nota 50, n.º 31).

52 — Neste sentido, acórdão Scala de Milão (já referido na nota 18, n.º 77).

53 — Segundo considerando e primeira frase do décimo considerando da Directiva 93/37. V., também, n.º 43 destas conclusões.

uma destas obrigações tem o carácter de contraprestação da entidade adjudicante pela concepção e execução do centro de lazer por parte da SEDL. Assim, uma convenção pública de ordenamento urbano como a do caso vertente é um contrato oneroso.

2. Quanto à segunda questão: cálculo dos limiares

60. A segunda questão do tribunal de reenvio diz respeito ao valor da empreitada na aceção do artigo 6.º da Directiva 93/37, na versão alterada pela Directiva 97/52.

c) Conclusão provisória

59. Deste modo, uma convenção pública de ordenamento urbano como a que está em causa no processo principal apresenta todas as características de uma empreitada de obras públicas. Assim, deve responder-se à primeira questão prejudicial do seguinte modo:

Constitui uma empreitada de obras públicas na aceção do artigo 1.º da Directiva 93/37, o facto uma primeira entidade adjudicante incumbir uma segunda entidade adjudicante, a título de medida de desenvolvimento urbano, da concepção e execução de um centro de lazer, do qual, uma vez concluídas, apenas determinadas partes se destinam à primeira entidade adjudicante, ao passo que outras partes devem ser alienadas a terceiros directamente pela segunda entidade adjudicante, passando as partes não alienadas no termo do projecto a ser propriedade da primeira entidade adjudicante, a qual assume integralmente o risco de perdas.

61. No caso vertente, a dificuldade em calcular o valor do contrato resulta do facto de as receitas da SEDL provenientes da concepção e execução do centro de lazer serem compostas por vários elementos: em primeiro lugar, a SEDL recebe da cidade de Roanne o montante de 2 925 000 EUR pela construção do parque de estacionamento público. Em segundo lugar, a cidade de Roanne concede uma contribuição financeira global para todas as obras a realizar, fixada em 2 443 103 EUR para a primeira fase da construção e 3 034 341 EUR para a totalidade do projecto. E, em terceiro lugar, a SEDL recebe receitas da venda a terceiros das partes do centro de lazer não destinadas à cidade de Roanne; na convenção pública de ordenamento urbano é indicado que o produto da alienação pode ascender a 8 099 000 EUR.

62. Essencialmente, o tribunal nacional quer saber quais destes aspectos devem ser tidos em conta ao calcular o valor do contrato; disso depende a questão de saber se, no caso vertente, foi ultrapassado ou não o limiar de 5 000 000 DSE. O teor do artigo 6.º da Directiva 93/37 é omissivo sobre esta questão. Porém, com base nos objectivos desta

directiva, é possível inferir aspectos importantes a ter em conta ao calcular o valor da empreitada.

63. Tal como já foi referido, a Directiva 93/37 tem como objectivo global contribuir para a realização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e a abertura dos contratos públicos a uma concorrência efectiva<sup>54</sup>. O limiar previsto no artigo 6.º desta directiva destina-se a identificar as empreitadas de obras públicas especialmente interessantes para empreiteiros de outros Estados-Membros<sup>55</sup>. Com efeito, para proteger os interesses desses empreiteiros e para garantir a sua igualdade de tratamento face aos proponentes nacionais, a Directiva 93/37 prevê a organização de processos de adjudicação especiais<sup>56</sup>.

64. Por conseguinte, no quadro do artigo 6.º da Directiva 93/37, é determinante adoptar a perspectiva de um potencial proponente. Só

assim é possível determinar se uma empreitada de obras públicas pode ser especialmente interessante para empreiteiros estrangeiros<sup>57</sup> e, portanto, no sentido da abertura do mercado e da concorrência, deve ser objecto dos processos de adjudicação especiais previstos nesta directiva.

65. Na perspectiva de potenciais proponentes, é especialmente importante neste contexto o *volume total* da empreitada de obras públicas, ou seja, o volume de negócios total que pode ser realizado pelo empreiteiro<sup>58</sup>. No caso de uma empreitada de obras públicas em que apenas partes das obras a realizar se destinam à própria entidade adjudicante, ao passo que o resto da obra deve ser alienado directamente a terceiros, as partes destinadas a terceiros devem também ser tidas em conta ao calcular o valor da empreitada.

66. Em contrapartida, é irrelevante saber se a totalidade ou apenas parte do volume de negócios a realizar pelo empreiteiro procede de recursos da entidade adjudicante ou se uma parte provém directamente de terceiros. Com efeito, desde que apenas a totalidade do

54 — Segundo considerando e primeira frase do décimo considerando da Directiva 93/37. V., também, n.º 43 destas conclusões.

55 — V. neste sentido, sexto considerando da Directiva 93/37.

56 — É certo que, mesmo quando não são ultrapassados os limiares, as liberdades fundamentais exigem que seja garantido um grau mínimo de publicidade [*princípio da transparência*, v., a este respeito, acórdãos de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287, n.ºs 16 a 22), Parking Brixen (já referido na nota 39, n.ºs 46 a 50) e ANAV (já referido na nota 50, n.ºs 18 a 22)], mas com condições menos rigorosas do que no âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos (v., a este respeito, as conclusões que apresentei no processo Parking Brixen, já referido na nota 49, n.º 37).

57 — Este aspecto é realçado também no acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França (C-16/98, Colect., p. I-8315, n.ºs 44 e 46) relativamente a uma problemática semelhante no contexto da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84).

58 — Esta ideia de base inspira também o artigo 6.º, n.ºs 3 a 5, da Directiva 93/37. Nestes termos, é necessário atender à obra ou à empreitada no seu todo, devendo ser evitadas fragmentações que permitiriam subtrair a totalidade ou parte das obras ou das empreitadas a um procedimento de adjudicação.

projecto, incluindo partes eventualmente destinadas a terceiros, tenha sido encomendada pela entidade adjudicante e, em qualquer caso, por esta co-financiada igualmente em relação à totalidade do projecto, existe o perigo de prejudicar proponentes estrangeiros, sendo assim posta em causa a realização dos objectivos da abertura do mercado e da concorrência.

67. Aplicando este raciocínio a um caso como o presente, isto significa que não se devia ter tido em conta apenas o montante de 2 925 000 EUR a pagar pela cidade de Roanne pelo parque de estacionamento público e a sua contribuição financeira prevista, no montante de 3 034 341 EUR<sup>59</sup>. Ao invés, era necessário ter igualmente em conta a totalidade das receitas obtidas pelo empreiteiro contratado pela venda de partes do centro de lazer a terceiros, isto é, 8 099 000 EUR adicionais. Tanto mais que, no caso em apreço, também as partes do centro de lazer destinadas a terceiros foram consideravelmente subvencionadas através da contribuição financeira global da cidade de Roanne.

59 — Tanto quanto se sabe, estava previsto, desde o início, que a execução de ambas as fases da obra devia ser efectuada pela mesma empresa. Portanto, é determinante a contribuição financeira da cidade para a totalidade do projecto (argumento *a fortiori* decorrente do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 93/37, nos termos do qual é necessário somar o valor de vários lotes). Além disso, há que ter em conta os 210 000 EUR referidos na nota 10 que deviam ser pagos pelos outros participantes.

68. Se, pelo contrário, juntamente com as obrigações de pagamento em sentido estrito assumidas pela cidade de Roanne<sup>60</sup>, não se incluísem no cálculo das receitas da alienação a terceiros no montante de 8 099 000 EUR, mas apenas os riscos de responsabilidade assumidos pela cidade<sup>61</sup>, o valor da empreitada assim calculado não permitiria reflectir integralmente o volume de negócios realizável e, deste modo, o interesse da empreitada para potenciais proponentes.

69. Neste contexto, cabe responder à segunda questão prejudicial do seguinte modo:

Para calcular o valor da empreitada na acepção do artigo 6.º da Directiva 93/37, na versão alterada pela Directiva 97/52, deve atender-se ao volume total do projecto, tal como se apresenta na perspectiva do empreiteiro. Não basta considerar simplesmente o preço de cada uma das partes da obra entregues à entidade adjudicante e o montante de uma contribuição financeira por ela concedida, bem como eventuais riscos de responsabilidade por ela assumidos.

60 — Ou seja, 2 925 000 EUR para o parque de estacionamento público, bem como uma contribuição financeira no montante de 3 034 341 EUR para a totalidade do projecto (v. nota 59).

61 — Ou seja, a aceitação automática das partes do centro de lazer ainda não alienadas a terceiros pela cidade de Roanne no termo do projecto, bem como a assunção de todas as dívidas existentes.

3. Quanto à terceira questão: inobservância de um procedimento de adjudicação

70. Com a sua terceira questão, o tribunal de reenvio pergunta, no essencial, se é possível prescindir de um procedimento de adjudicação previsto na Directiva 93/37 quando, nos termos do direito nacional, a convenção controvertida só pode ser celebrada com determinadas pessoas colectivas que, por seu lado, em caso de adjudicação de eventuais empreitadas subsequentes, estão obrigadas a organizar processos de adjudicação.

71. Segundo jurisprudência assente, as directivas relativas às adjudicações são aplicáveis também quando o empreiteiro contratado é por seu lado uma entidade adjudicante<sup>62</sup>. Por conseguinte, mesmo nesse caso, é necessário, em princípio, organizar um procedimento de adjudicação.

72. É certo que o empreiteiro contratado pode, por seu lado, estar obrigado, por exemplo, quando assume o papel de um empreiteiro geral, a organizar processos de adjudicação para a selecção posterior de subempreiteiros. Mas, estes processos de adjudicação subsequentes referem-se, em

regra, apenas a determinadas partes do projecto global. Além disso, os contratos celebrados com subempreiteiros poderiam, desde logo por causa do seu reduzido valor, ficar abaixo dos limiares em vigor e, deste modo, não ser abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de empreitadas. Acresce que, deste modo, pelo menos a função de coordenação de um empreiteiro geral estaria sempre subtraída à organização de um procedimento de adjudicação. Assim, eventuais processos posteriores de adjudicação para os subempreiteiros não podem compensar a inexistência inicial de um procedimento de adjudicação para contratação do empreiteiro geral.

73. Este é também o caso no presente processo: embora esteja previsto que a SEDL deve confiar a subempreiteiros determinadas missões relativas à concepção e execução do centro de lazer de Roanne e organizar também processos de adjudicação para este efeito, isso não inclui, de modo algum, todas as missões assumidas pela SEDL na convenção pública de ordenamento urbano, em especial as suas missões de coordenação e a responsabilidade geral, que lhe cabem no âmbito da construção do centro de lazer. O objecto da convenção pública de ordenamento urbano entre a cidade de Roanne e a SEDL não é idêntico ao objecto de eventuais empreitadas subsequentes entre a SEDL e os seus subempreiteiros.

74. Tudo isto milita a favor da tese de que uma convenção pública de ordenamento

62 — Acórdãos Teckal (já referido na nota 46, n.º 42, segunda frase, e n.º 51) e ARGE (já referido na nota 46, n.º 40); no mesmo sentido, acórdãos Comissão/Alemanha (já referido na nota 33, n.º 19) e Comissão/Espanha, de 13 de Janeiro de 2005 (já referido na nota 46, n.ºs 38 a 40).

urbano como a do caso vertente não devia ter sido celebrada sem um procedimento de adjudicação prévio.

75. Esta tese também não é posta em causa pelo acórdão Scala de Milão, no qual o Tribunal de Justiça entendeu não ser necessário que um município organizasse processos de adjudicação nos termos da Directiva 93/37 antes de adjudicar uma empreitada de obras públicas e declarou que o efeito útil da Directiva 93/37 é também assegurado se o direito nacional permitir à administração municipal obrigar o titular do loteamento detentor da licença a aplicar estes processos<sup>63</sup>.

76. Com efeito, como o Tribunal de Justiça esclareceu posteriormente, esta apreciação estava justificada no contexto das circunstâncias específicas do caso Scala de Milão; nesse processo, os factos caracterizavam-se pela circunstância de que o adjudicatário da empreitada de obras públicas tinham de ser, por imperativo legal, proprietário dos terrenos objecto de loteamento e titular da licença de construção e o município, enquanto entidade adjudicante, não tinha o poder de contratar outro empreiteiro<sup>64</sup>.

77. Nada indica que, no caso em apreço, a cidade de Roanne estivesse sujeita a uma tal limitação das possibilidades de escolha da sua co-contratante e que a SEDL tivesse sido de antemão designada como adjudicatária pela lei.

78. É certo que, nos termos da legislação francesa vigente no momento para aqui determinante, as convenções públicas de ordenamento urbano só podiam ser celebradas com um círculo limitado de pessoas. Com efeito, decorre do artigo L. 300-4, n.º 2, na redacção anterior, do Code de l'urbanisme, que nessa época só podiam ser escolhidas como co-contratantes entidades públicas francesas e determinadas sociedades francesas de economia mista. No entanto, isto não significa que, como no caso Scala de Milão, por imperativo legal só pudesse ser contratado um único empreiteiro e que este estivesse determinado de antemão.

79. Existe outra razão pela qual a existência de uma disposição como o artigo L. 300-4, n.º 2, na redacção anterior, do Code de l'urbanisme não pode justificar a renúncia a um procedimento de adjudicação previsto na Directiva 93/37: ao restringir o círculo de eventuais co-contratantes a um número limitado de pessoas colectivas que se caracterizam por serem entidades públicas francesas ou por elas controladas, tal disposição impede, à partida, que as entidades adjudicantes possam escolher empreiteiros estrangeiros como partes contratantes de conven-

63 — Acórdão Scala de Milão (já referido na nota 18, n.º 100).

64 — Acórdão Comissão/França (já referido na nota 15, n.º 57).

ções públicas de ordenamento urbano. Assim, não seria possível abrir o mercado relativamente a uma série de empreitadas de significativa importância. Isto é contrário à finalidade da directiva, nos termos da qual, em matéria de empreitadas de obras públicas, as restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços devem ser eliminadas e estes mercados devem ser abertos a uma concorrência efectiva<sup>65</sup>.

não gozam de qualquer direito exclusivo, na acepção da norma referida, relativo à concepção e execução de centros de lazer.

80. O artigo 6.º da Directiva 92/50 simplesmente permite renunciar a um procedimento de adjudicação quando são adjudicadas empreitadas de serviços a uma entidade que seja ela própria uma entidade adjudicante com base em determinados direitos exclusivos de que goze. Porém, enquanto disposição excepcional, deve ser interpretada de forma estrita<sup>66</sup> e não é aplicável por analogia a outras directivas em matéria de adjudicações<sup>67</sup>. De resto, tanto quanto se sabe, as sociedades de desenvolvimento urbano de economia mista como a SEDL

81. Pode, no caso vertente, ficar por responder a questão de se saber se o artigo 11.º da Directiva 2004/18, no futuro, pode conduzir a um resultado diferente, uma vez que os factos no processo principal não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação temporal dessa directiva.

82. Há, pois, que responder à terceira questão prejudicial do seguinte modo:

65 — V., em especial, os segundo e décimo considerando da Directiva 93/37, e ainda a proibição de discriminação consagrada no seu artigo 6.º, n.º 6. No mesmo sentido, também acórdão Comissão/França (já referido na nota 15, n.ºs 60, 61 e 68).

66 — Quanto ao princípio da interpretação estrita de excepções às regras gerais relativas à adjudicação de contratos públicos, v. acórdão Comissão/Espanha, de 13 de Janeiro de 2005 (já referido na nota 50, n.º 48), bem como acórdãos Stadt Halle e RPL Lochau (já referido na nota 33, n.º 46) e ANAV (já referido na nota 50, n.º 26).

67 — Neste sentido, acórdãos Teckal (já referido na nota 46, n.º 44) e Carbotermo (já referido na nota 31, n.º 33).

Não se pode prescindir de um procedimento de adjudicação nos termos da Directiva 93/37 apenas porque, segundo direito nacional, a convenção em causa só pode ser celebrada com determinadas pessoas colectivas que, por seu lado, no caso de serem adjudicadas eventuais empreitadas subseqüentes, estão obrigadas a organizar processos de adjudicação.

## VI — Conclusão

83. À luz das anteriores considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao Tribunal administratif de Lyon do seguinte modo:

- 1) Constitui empreitada de obras públicas na acepção do artigo 1.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, o facto de uma primeira entidade adjudicante incumbir uma segunda entidade adjudicante, a título de medida de desenvolvimento urbano, da concepção e execução de um centro de lazer, do qual, uma vez concluídas, apenas determinadas partes se destinam à primeira entidade adjudicante, ao passo que outras partes devem ser alienadas a terceiros directamente pela segunda entidade adjudicante, passando porém as partes não alienadas no termo do projecto a ser propriedade da primeira entidade adjudicante, a qual assume integralmente o risco de perdas.
- 2) Para calcular o valor da empreitada na acepção do artigo 6.º da Directiva 93/37, na versão alterada pela Directiva 97/52, deve atender-se ao volume total do projecto, tal como se apresenta na perspectiva do empreiteiro. Não basta considerar simplesmente o preço de cada uma das partes da obra entregues à entidade adjudicante e o montante de uma contribuição financeira por ela concedida, bem como eventuais riscos de responsabilidade por ela assumidos.
- 3) Não se pode prescindir de um procedimento de adjudicação nos termos da Directiva 93/37 apenas porque, segundo direito nacional, a convenção em causa só pode ser celebrada com determinadas pessoas colectivas que, por seu lado, no caso de serem adjudicadas eventuais empreitadas subsequentes, estão obrigadas a organizar processos de adjudicação.