

Processo C-28/23

**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1,
do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**

Data de entrada:

24 de janeiro de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Okresný súd Bratislava III (Tribunal de Primeira Instância de Bratislava III, Eslováquia)

Data da decisão de reenvio:

16 de janeiro de 2023

Demandante:

NFŠ a. s.

Demandados:

Slovenská republika (República Eslovaca) agindo através do Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministério da Educação, Ciência, Investigação e Desporto da República Eslovaca)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministério da Educação, Ciência, Investigação e Desporto da República Eslovaca)

Objeto do processo principal

Pedido de decisão prejudicial – Construção de um estádio de futebol – Contrato de empreitada de obras públicas – Contrato-promessa – Contrato de subvenção – Qualificação do contrato de contrato público – Nulidade absoluta e nulidade relativa do contrato – Diretivas 2004/18/UE, 2014/24/UE e 89/665/CEE

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União: artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1 Um contrato de subvenção e um contrato-promessa de compra e venda celebrados entre um ministério (o Estado) e uma entidade de direito privado selecionada sem procedimento de concurso público constituem um «contrato de empreitada de obras públicas» na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/18, e do artigo 2.º, ponto 6, alínea c), da Diretiva 2014/24, quando esse contrato de subvenção constitui um auxílio de Estado aprovado pela Comissão Europeia na aceção do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), TFUE, as obrigações decorrentes do contrato de subvenção incluem a obrigação do Estado de conceder uma subvenção, bem como a obrigação da entidade de direito privado de construir o edifício em conformidade com as condições fixadas pelo Ministério e permitir a uma organização desportiva utilizar uma parte desse edifício, e as obrigações decorrentes do contrato-promessa contêm uma opção unilateral em benefício da entidade de direito privado sob a forma de uma obrigação do Estado de comprar o edifício construído, sendo que estes contratos constituem um quadro de obrigações recíprocas, temporal e materialmente relacionadas, entre o Ministério e a entidade de direito privado?

2 O artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/18 e o artigo 2.º, ponto 6, alínea c), da Diretiva 2014/24 opõem-se a uma regulamentação nacional de um Estado-Membro segundo a qual um ato jurídico que, pelo seu conteúdo ou objeto, infringe ou elude a lei ou é contrário aos bons costumes padece de nulidade absoluta (ou seja, é nulo *ab initio/ex tunc*), quando essa violação da lei consiste numa violação grave das regras em matéria de adjudicação de contratos públicos?

3 O artigo 2.º-D, n.º 1, alínea a), e o artigo 2.º-D, n.º 2, da Diretiva 89/665 opõem-se a uma regulamentação nacional de um Estado-Membro segundo a qual um ato jurídico que, pelo seu conteúdo ou objeto, infringe ou elude a lei ou é contrário aos bons costumes padece de nulidade absoluta (ou seja, é nulo *ab initio/ex tunc*), quando essa violação da lei consiste numa violação grave (elusão)

das regras em matéria de adjudicação de contratos públicos, como sucede no processo principal?

4 Devem o artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/18 ou o artigo 2.º, ponto 6, alínea c), da Diretiva 2014/24 ser interpretados no sentido de que se opõem *ex tunc* a que um contrato-promessa de compra e venda, como o que é objeto do processo principal, produza efeitos jurídicos?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços: artigo 1.º, n.º 2, alínea b);

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE: artigo 2.º, ponto 6, alínea c), e artigo 18.º, n.º 1;

Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras: artigo 2.º-D, n.º 1, alínea a), e artigo 2.º-D, n.º 2;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de outubro de 2009, Comissão/Alemanha, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664), n.º 57;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, n.ºs 41, 43 e 44;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de maio de 2022, Comissão/Áustria (Locação de um edifício ainda não construído), C-537/19, ECLI:EU:C:2021:319, n.ºs 49 e 50.

Disposições de direito nacional invocadas

Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník [Lei de 26 de fevereiro de 1964, n.º 40/1964 que aprova o Código Civil] conforme alterada (a seguir «Código Civil»):

- § 39.º: «É nulo o ato jurídico que, pelo seu conteúdo ou objeto, infrinja ou eluda a lei ou seja contrário aos bons costumes.» (nulidade absoluta do ato jurídico)
- § 40a.º: «Se o motivo da nulidade do ato jurídico resultar das disposições do § 49a.º, § 140.º, § 145.º, n.º 1, § 479.º, § 589.º e § 701.º, n.º 1, considera-se

que o ato jurídico é válido se a pessoa a quem esse ato jurídico diz respeito não invocar a nulidade do ato jurídico. A nulidade não pode ser invocada pela pessoa que a causou. O mesmo se aplica se o ato jurídico não foi adotado na forma estipulada pelas partes (§ 40.º). Se um ato jurídico for contrário a uma regra jurídica de aplicação geral em matéria de preços, só é nulo na medida em que é contrário a essa regra, se a pessoa a quem o ato diz respeito invocar a sua nulidade.» (nulidade relativa do ato jurídico)

Zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Lei de 14 de dezembro de 2005 n.º 25/2006 relativa aos contratos públicos e que altera e complementa algumas outras leis), conforme alterada: § 1.º, n.º 2, alínea m), § 1.º, n.º 7, § 3.º, n.º 3, e § 147a.º;

Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Lei de 18 de novembro de 2015 n.º 343/2015 relativa aos contratos públicos e que altera e complementa algumas outras leis), conforme alterada: § 1.º, n.º 2, alínea c), § 3.º, n.º 3, § 10.º, n.º 3, § 181.º, n.º 1, e § 181.º, n.º 11.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Entre 2006 e 2013, o Governo da República Eslovaca (a seguir «Governo») adotou várias resoluções com vista à construção, na Eslováquia, do Národný futbalový štadión (Estádio Nacional de Futebol, a seguir «estádio»), o qual devia cumprir as normas da UEFA. O investidor/empreiteiro do projeto devia ser selecionado por concurso público.
- 2 Em 10 de julho de 2013, o Governo, sem realizar um concurso público, adotou a Resolução n.º 400/2013, com base na qual o Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministério da Educação, Ciência, Investigação e Desporto da República Eslovaca, a seguir «Ministério da Educação») devia celebrar, com uma determinada sociedade, a saber, a sociedade Národný futbalový štadión, a. s. (antecessora jurídica da demandante, a sociedade NFŠ, a. s.), um memorando que devia fixar as condições de concessão da subvenção e as de construção do estádio. O texto final do memorando figurava na referida resolução do Governo. O Memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry „Národný futbalový štadión” [Memorando de cooperação para a construção e exploração da infraestrutura desportiva «Národný futbalový štadión» (Estádio Nacional de Futebol), a seguir «memorando»] foi assinado em 11 de julho de 2013.
- 3 Em 15 de agosto de 2013, o Ministério da Educação e a Národný futbalový štadión, a. s. celebraram o Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (Contrato relativo às condições de concessão de uma subvenção para a construção de um estádio nacional de futebol, a seguir «contrato relativo às condições de concessão da subvenção»). Nos termos das disposições deste contrato, foi publicado um convite à apresentação de

propostas para a concessão da subvenção no domínio do desporto n.º 2013-11- «Národný futbalový štadión» (a seguir «convite à apresentação de propostas») no prazo de 60 dias após a sua entrada em vigor, ou seja, em 20 de setembro de 2013. Segundo o convite à apresentação de propostas, apenas a sociedade Národný futbalový štadión, a. s. estava habilitada a apresentar uma proposta.

- 4 Em 21 de novembro de 2013, o Ministério da Educação e a Národný futbalový štadión, a. s. celebraram, com base no convite à apresentação de propostas, o Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (Contrato de subvenção financiada pelo orçamento de Estado). A subvenção foi concedida sem ter sido feita uma seleção de entre um número mais vasto de interessados (eludindo os procedimentos de concurso), uma vez que, segundo o teor do convite à apresentação de propostas, a única entidade elegível era a sociedade Národný futbalový štadión, a. s., como resulta da Resolução do Governo n.º 400/2013.
- 5 O Ministério da Educação comprometeu-se a conceder uma subvenção de 27 200 000 euros para a realização do projeto de construção do estádio.
- 6 A sociedade Národný futbalový štadión, a. s. comprometeu-se a cofinanciar o estádio em, pelo menos, 60 % dos custos de construção.
- 7 Em 10 de maio de 2016, o Ministério da Educação, agindo em nome da República Eslovaca, celebrou, enquanto futuro comprador, com a sociedade NFŠ a. s., enquanto futura vendedora, o Zmluva o budúcej (kúpnej) zmluve č. 0385/2016 (contrato-promessa de compra e venda n.º 0385/2016, a seguir «contrato-promessa»), que estabelece as condições para a celebração do contrato prometido de compra e venda do estádio com base no convite da sociedade NFŠ, a. s., segundo o qual os riscos associados à propriedade e à exploração desse estádio seria transferidos para a República Eslovaca. O contrato-promessa incluía anexos que continham especificações pormenorizadas sobre os parâmetros técnicos e materiais do edifício construído, o estádio. As características do edifício foram, portanto, definidas pela República Eslovaca, representada pelo Ministério da Educação.
- 8 Nesse mesmo dia, em 10 de maio de 2016, o Ministério da Educação e a demandante celebraram o anexo 1 do contrato de subvenção que excluía a possibilidade de utilização gratuita de algumas áreas do estádio pela Slovenský futbalový zväz (Associação Eslovaca de Futebol, Eslováquia).
- 9 A produção de efeitos jurídicos pelo contrato-promessa dependia do cumprimento de três condições, isto é: 1) a publicação do contrato no Registo central de contratos do Estado, 2) a adoção pela Comissão Europeia de uma decisão relativa à avaliação das transações previstas no contrato-promessa e no contrato de subvenção na perspectiva da admissibilidade de um auxílio de Estado e 3) a emissão de um parecer quanto à compatibilidade das transações previstas no contrato-promessa com as disposições em matéria de contratos públicos, pelo

Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (Autoridade dos Contratos Públicos da República Eslovaca; a seguir «Autoridade»), enquanto autoridade nacional de supervisão dos contratos públicos.

- 10 Por Decisão SA.46530, de 24 de maio de 2017, a Comissão Europeia declarou o auxílio de Estado, sob a forma acima descrita de subvenção e opção de venda, compatível com o mercado interno na aceção do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), TFUE, cumprindo-se assim a segunda das condições acima referidas para o contrato-promessa produzir efeitos jurídicos.
- 11 Quanto à terceira das condições acima referidas para o contrato-promessa produzir efeitos jurídicos, a Autoridade, apesar do pedido do Ministério da Educação, não emitiu nenhum parecer vinculativo nem efetuou uma fiscalização em relação à transação prevista no contrato-promessa e, por conseguinte, não aprovou essa transação. A presidente da Autoridade limitou-se a enviar uma resposta não vinculativa, sob a forma de uma carta datada de 8 de julho de 2016.
- 12 Estão atualmente em curso os seguintes processos judiciais: 1) o Ministério da Educação e a República Eslovaca demandam judicialmente a sociedade NFŠ, a. s. com vista a obterem o reembolso da totalidade da subvenção, no montante de 27 200 000 euros, acrescido dos juros e das despesas, devido à nulidade absoluta do contrato de subvenção por ser incompatível com a lei, 2) a sociedade NFŠ, a. s. demanda judicialmente o Ministério da Educação e a República Eslovaca com vista a fixar o conteúdo da cláusula do contrato-promessa inaplicável que estabelece o procedimento para o cálculo do preço de compra do estádio, 3) a sociedade NFŠ, a. s. demanda judicialmente a República Eslovaca e o Ministério da Educação com vista a obter o pagamento de uma penalidade contratual no valor de 48 000 000 euros, a título da não celebração do contrato de prometido de compra e venda do estádio nas condições previstas no contrato-promessa, e 4) a sociedade NFŠ, a. s. demanda judicialmente a República Eslovaca e o Ministério da Educação com vista a obter o pagamento de uma indemnização por perdas e danos, no valor de 47 349 262,73 euros, acrescido dos juros e despesas, relativos ao projeto do estádio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 13 A demandante sustenta que, sem a concessão pelo Estado de um auxílio sob a forma de subvenção e de opção de venda, não teria sido possível realizar a construção do estádio pelo investidor privado (demandante). O auxílio do Estado a esse projeto era composto por dois instrumentos, a saber, a subvenção concedida com base num contrato de subvenção e a opção exercida com base no contrato-promessa. Na opinião da demandante, o contrato relativo às condições de concessão da subvenção e o memorando formavam, em conjunto, o quadro jurídico que lhe deveria garantir que, caso passasse com êxito o procedimento de convite à apresentação de propostas para a concessão da subvenção para a construção do estádio, receberia o auxílio de Estado.

- 14 A demandante sustenta ainda que não resulta do contrato-promessa a obrigação de executar e, posteriormente, vender o estádio ao Ministério da Educação. Isto porque, na opinião da demandante, o contrato-promessa não corresponde à definição de contrato público na medida em que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para que um contrato possa ser qualificado de contrato público deve decorrer desse contrato a existência de uma obrigação de realizar certas obras, cujo cumprimento pode ser demandado judicialmente. Ora, o contrato-promessa não contém tal obrigação. A demandante põe em causa o carácter oneroso do contrato-promessa, argumentando que o contrato-promessa tem por objeto apenas a opção concedida à demandante, não a sua obrigação de executar o contrato.
- 15 O Ministério da Educação sustenta que no contexto da construção do estádio foram violadas as regras de adjudicação de contratos públicos. Expressa a opinião de que a celebração do contrato de subvenção financiada pelo orçamento do Estado ocorreu em violação da lei, na medida em que a subvenção foi concedida e o contrato celebrado com base num convite à apresentação de propostas que não previa um concurso entre os candidatos ao financiamento. Daí resulta, na opinião do Ministério da Educação, que o contrato de subvenção é nulo na aceção do § 39.º do Código Civil (nulidade absoluta).
- 16 O Ministério da Educação alega ainda que a não aplicação dos procedimentos relativos aos contratos públicos e a adjudicação, na prática, direta à sociedade NFŠ, a. s. violam não só as regras relativas aos contratos públicos mas também outras disposições da República Eslovaca que preveem a realização de um concurso e a obrigação de efetuar uma gestão racional e eficaz dos fundos públicos.
- 17 O Ministério da Educação considera que o contrato de subvenção financiada pelo orçamento do Estado e o contrato-promessa constituem um conjunto de direitos e obrigações recíprocos, temporal e materialmente relacionados, entre o Ministério da Educação e a sociedade NFŠ, a. s., através do qual se elude deliberadamente o regime da zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (Lei n.º 25/2006, relativa aos contratos públicos e que altera e complementa algumas outras leis), conforme alterada, e da zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (Lei n.º 343/2015 sobre os contratos públicos) e padece, portanto, *ab initio*, de nulidade absoluta por infringir ou eventualmente eludir a lei dos contratos públicos.
- 18 O Ministério da Educação é de opinião que a seleção do empreiteiro ou do investidor deveria ter sido objeto de um concurso transparente e que não deveria ter sido dada preferência a uma determinada entidade de direito privado.
- 19 O Ministério da Educação declarou que o contrato de subvenção especificava as condições que o estádio devia cumprir (devia ser um estádio de categoria 4 na aceção da Diretiva UEFA, cumprir determinados requisitos relativos à capacidade, equipamento, dimensões, parâmetros técnicos, formação dos representantes

desportivos, entre outras). O Ministério da Educação era membro do comité de gestão e acompanhamento da construção do estádio, o que lhe deu a oportunidade de se pronunciar sobre a evolução da sua construção e utilização, bem como sobre outras questões relacionadas com a construção, financiamento e análises e pareceres de peritos externos. As tarefas do comité de monitorização e a fiscalização por este exercida estavam também expressamente reguladas no contrato-promessa (ponto 4.1.1 do contrato-promessa).

- 20 Além disso, o Ministério da Educação considera que o ponto 2.2 do contrato-promessa prevê claramente uma prestação pecuniária através do cálculo do preço de venda (estabelecendo também o seu limite máximo). O próprio contrato-promessa prevê, portanto, um procedimento para determinar preço pelo qual o Estado deve comprar o estádio ao abrigo do contrato prometido de compra e venda. A totalidade da transação prevista no contrato-promessa pode, portanto, ser avaliada realisticamente em termos monetários e não tem pertinência se o montante final está (ou não) previsto no contrato de prometido de compra e venda, uma vez que já resulta do contrato-promessa, sem nenhuma dúvida, que as partes contratantes pretendem uma transação a título oneroso. Acolher a tese relativa ao «caráter oneroso/gratuito» apresentada pela NFS, a. s. levaria a que, na prática, seria possível, através deste método deliberado e ilegal, transformar qualquer contrato a título oneroso num contrato a título gratuito, transformando o contrato de prometido a título oneroso numa obrigação decorrente do contrato-promessa que atribui o direito a uma «opção unilateral» de celebrar o contrato prometido a título oneroso apenas a uma das partes do contrato (o proponente).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 21 Importa esclarecer se i) um contrato de subvenção para a construção de um edifício que, além dos objetivos comerciais, servirá também para promover publicamente o desporto, e ii) um contrato-promessa celebrado entre o Ministério da Educação (o Estado) e uma entidade de direito privado selecionada sem concurso constituem

um «contrato de empreitada de obras públicas» na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/18/CE ou do artigo 2.º, ponto 6, alínea c), da Diretiva 2014/23/UE, caso:

- o contrato de subvenção constitua um auxílio de Estado aprovado pela Comissão Europeia na aceção do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), TFUE,
- as obrigações decorrentes do contrato de subvenção incluem a obrigação do Estado de conceder uma subvenção, bem como a obrigação da entidade de direito privado de construir o edifício em conformidade com as condições fixadas pelo Ministério da Educação e permitir a uma organização desportiva utilizar uma parte desse edifício, e

- as obrigações decorrentes do contrato-promessa contêm uma opção unilateral em benefício da entidade de direito privado, sob a forma de uma obrigação do Estado de comprar o edifício construído,
 - estes contratos constituem, por sua vez, um quadro de obrigações recíprocas, temporal e materialmente relacionadas, entre o Ministério da Educação e a autoridade de direito privado.
- 22 As partes no processo principal indicam que a doutrina e a jurisprudência na matéria não esclarecem se a violação da lei dos contratos públicos implica a nulidade absoluta do contrato (nulidade *ab initio –ex tunc*) ou a nulidade relativa do contrato (*ex nunc*).
- 23 A este respeito, a demandante, na sua ação com vista a determinar o conteúdo do contrato-promessa na parte relativa à fixação do preço de compra, indica a circunstância de que «nem a nem a jurisprudência na matéria respondem definitivamente à questão de saber se a violação da lei dos contratos públicos implica a nulidade absoluta ou relativa do contrato». Neste contexto, a demandante recorda que a nulidade de um ato jurídico (um contrato) não pode ser invocada pela pessoa que a causou (§ 40a.º do Código Civil).
- 24 O Ministério da Educação pede que seja declarada a nulidade absoluta do ato jurídico (o contrato), pelo facto de o esquema contratual impugnado levar a uma flagrante elusão das regras de adjudicação de contratos públicos previstas pela lei dos contratos públicos e também pelo direito da União.
- 25 A jurisprudência nacional relativa à questão em apreço não é uniforme. A demandante invoca as decisões do Krajský súd v Bratislave (Tribunal Regional de Bratislava, República Eslovaca), o qual, a respeito da violação das regras que regem a adjudicação de contratos públicos, aplicou o conceito de nulidade relativa do contrato. Por sua vez, o Ministério da Educação invoca uma decisão do Ústavný súd (Tribunal Constitucional, República Eslovaca), que relaciona a violação das regras de adjudicação dos contratos públicos com a nulidade absoluta *ex tunc*, e uma decisão do Krajský súd v Bratislave (Tribunal Regional de Bratislava), na qual esse órgão jurisdicional considerou que a adjudicação de um contrato que devia ter sido adjudicado segundo um procedimento previsto na lei [dos contratos públicos], mas que não foi adjudicado desse modo, acarreta também a nulidade absoluta de tal contrato.
- 26 À luz do que precede, é necessário determinar se o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea d), ou o artigo 2.º-D, n.º 2, da Diretiva 89/665 se opõem a uma regulamentação nacional de um Estado-Membro segundo a qual um ato jurídico que, pelo seu conteúdo ou objeto, infringe ou alude a lei ou é contrário aos bons costumes padece de nulidade absoluta (ou seja, é nulo *ab initio/ex tunc*), quando essa violação da lei consiste numa violação grave (elusão) das regras em matéria de adjudicação de contratos públicos.