Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

24 de outubro de 2013*

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Concorrência — Auxílios de Estado — Auxílio declarado ilegal e incompatível com o mercado comum — Auxílio concedido ao grupo Grazer Wechselseitige (GRAWE) aquando da privatização do Bank Burgenland AG — Determinação do preço de mercado — Procedimento de concurso público — Condições ilícitas sem incidência na proposta mais elevada — Critério dito do 'vendedor privado' — Distinção entre as obrigações que incumbem ao Estado que exerce as suas prerrogativas de poder público e ao Estado que atua na qualidade de acionista — Desvirtuação de elementos de prova — Dever de fundamentação»

Nos processos apensos C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P,

que têm por objeto recursos de decisões do Tribunal Geral nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interpostos, respetivamente, em 7, 8 e 7 de maio de 2012,

Land Burgenland, representado por U. Soltész, P. Melcher e A. Egger, Rechtsanwälte,

recorrente,

apoiado por:

República Federal da Alemanha, representada por K. Petersen, T. Henze e J. Möller, na qualidade de agentes,

interveniente no presente recurso,

sendo as outras partes no processo:

Comissão Europeia, representada por L. Flynn, V. Kreuschitz e T. Maxian Rusche, na qualidade de agentes,

recorrida em primeira instância,

República da Áustria,

recorrente em primeira instância (C-214/12 P),

Grazer Wechselseitige Versicherung AG, com sede em Graz (Áustria), representada por H. Wollmann, Rechtsanwalt,

recorrente,

* * Língua do processo: alemão.

sendo a outra parte no processo:

Comissão Europeia, representada por L. Flynn, V. Kreuschitz e T. Maxian Rusche, na qualidade de agentes,

recorrida em primeira instância (C-215/12 P),

e

República da Áustria, representada por C. Pesendorfer e J. Bauer, na qualidade de agentes,

recorrente,

apoiada por:

República Federal da Alemanha, representada por K. Petersen, T. Henze e J. Möller, na qualidade de agentes,

interveniente no presente recurso,

sendo as outras partes no processo:

Comissão Europeia, representada por L. Flynn, V. Kreuschitz e T. Maxian Rusche, na qualidade de agentes,

recorrida em primeira instância,

Land Burgenland, representado por U. Soltész, P. Melcher e A. Egger, Rechtsanwälte,

recorrente em primeira instância (C-223/12 P),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, presidente de secção, J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot e A. Arabadjiev (relator), juízes,

advogado-geral: M. Wathelet,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 19 de junho de 2013,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 Com os seus recursos de decisão do Tribunal Geral, o Land Burgenland (C-214/12 P) e a República da Áustria (C-223/12 P) pedem a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 28 de fevereiro de 2012, Land Burgenland e Áustria/Comissão (T-268/08 e T-281/08, a seguir «acórdão Burgenland»), que negou provimento aos seus recursos destinados à anulação da Decisão

2008/719/CE da Comissão, de 30 de abril de 2008, relativa ao auxílio estatal C 56/06 (ex NN 77/06) concedido pela Áustria a favor da privatização do Bank Burgenland (JO L 239, p. 32, a seguir «decisão controvertida»).

2 Com o seu recurso de decisão do Tribunal Geral, a Grazer Wechselseitige Versicherung AG (a seguir «GRAWE») pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral de 28 de fevereiro de 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung/Comissão (T-282/08, a seguir «acórdão GRAWE»), que negou provimento ao seu recurso destinado à anulação da decisão controvertida.

Antecedentes do litígio

3 Até à sua privatização, o Hypo Bank Burgenland AG (a seguir «BB») era um banco regional sob a forma de uma sociedade anónima de direito austríaco e tinha sede em Eisenstadt (Áustria). Em 2005, o BB tinha um balanço total de 3,3 mil milhões de euros e era detido a 100% pelo Land Burgenland.

4 Em conformidade com o § 4 da Lei relativa aos bancos de créditos hipotecários do Land Burgenland (Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz, LGBl. 58/1991), na versão resultante da lei publicada no LGBl. 63/1998, o Land Burgenland era garante, na aceção do § 1356 do Código Civil austríaco (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), em caso de cessação de pagamentos pelo BB, da totalidade das obrigações deste último. Em aplicação das disposições desta lei, os credores do referido banco beneficiam de direitos diretos em relação ao garante, que, todavia, só é obrigado a agir quando os ativos do banco não são suficientes para cobrir os créditos.

5 Este regime de garantia de boa execução destinada às instituições públicas de crédito, denominada «Ausfallhaftung», em particular a do referido *Land* a favor do BB e dos seus antecessores, existe de modo praticamente inalterado desde 1928. O referido regime não cobria um período nem um montante específicos.

6 Por força de um acordo celebrado entre a Comissão das Comunidades Europeias e a República da Áustria, com base no qual foi adotada a Decisão C (2003) 1329 final da Comissão, de 30 de abril de 2003, relativa ao auxílio E 8/02 (JO C 175, p. 8), a Ausfallhaftung devia ser revogada até 1 de abril de 2007. Para todas as obrigações existentes em 2 de abril de 2003, a Ausfallhaftung continuava, em princípio, válida até ao seu vencimento. A Ausfallhaftung podia ser mantida no período compreendido entre 2 de abril de 2003 e 1 de abril de 2007 no que respeitava a novas obrigações, desde que estas se vencessem até 30 de setembro de 2017.

7 Após duas tentativas infrutíferas, em 2003 e 2005, o Land Burgenland lançou um terceiro processo de privatização do BB, cuja execução foi confiada ao banco de investimento HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA de Düsseldorf (Alemanha), em colaboração com o HSBC plc de Londres (Reino Unido) (a seguir, conjuntamente, «HSBC»). Este processo começou em outubro de 2005 com a publicação de um aviso de concurso público na imprensa.

8 Duas entidades, a saber, por um lado, a GRAWE, que é uma empresa austríaca que presta uma gama de serviços de seguros, de serviços financeiros e de *leasing* e que, em 2006, detinha importantes participações diretas em duas empresas financeiras do setor bancário e do investimento, conjuntamente com a GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH, e, por outro, um consórcio austro-ucraniano que associava as empresas austríacas SLAV AG e SLAV Finanzbeteiligung GmbH e as sociedades anónimas ucranianas Ukrpodshipnik e Ilyich (a seguir «consórcio») apresentaram propostas vinculativas. Estas propostas foram posteriormente objeto de um exame individual e de negociações contratuais que terminaram em 4 de março de 2006.

9 Em 5 de março de 2006, o Land Burgenland procedeu à atribuição do BB à GRAWE, ainda que o preço de compra por ela proposto (100,3 milhões de euros) tenha sido nitidamente inferior ao proposto pelo consórcio (155 milhões de euros). Esta decisão baseou-se, designadamente, numa recomendação escrita do HSBC, de 4 de março de 2006, que foi complementada por esclarecimentos orais dirigidos aos membros do Governo do Land Burgenland no próprio dia da decisão. A recomendação da HSBC enuncia, em substância, que, embora, atendendo ao preço de compra proposto, a decisão devesse favorecer o consórcio, recomendava-se que o BB fosse cedido à GRAWE tendo em conta outros critérios de seleção, a saber, a garantia do pagamento do preço, o prosseguimento da gestão do BB evitando o recurso à Ausfallhaftung, os aumentos de capital e a segurança das transações.

10 A venda do BB, que foi formalmente aprovada pelas autoridades do Land Burgenland em 7 de março de 2006, foi concluída em 12 de maio de 2006. Antes dessa conclusão, o BB emitiu, no âmbito da Ausfallhaftung, obrigações no montante de 700 milhões de euros, dos quais 320 milhões de euros estavam previstos nas condições da privatização e os 380 milhões de euros «suplementares» não constavam, segundo o considerando 35 da decisão controvertida, dos projetos de contrato com a GRAWE e o consórcio.

11 Em 4 de abril de 2006, o consórcio apresentou à Comissão uma denúncia segundo a qual a República da Áustria tinha violado as regras relativas aos auxílios de Estado aquando da privatização do BB. O denunciante alegava, nomeadamente, que o procedimento de concurso público, que não tinha sido equitativo nem transparente e fora discriminatório a seu respeito, não se tinha saldado pela cessão do BB ao proponente que apresentou a proposta mais elevada, a saber, o consórcio, mas sim à GRAWE.

12 Por carta de 21 de dezembro de 2006, a Comissão informou as autoridades austríacas da sua decisão, no que se refere à cessão do BB à GRAWE, de dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. Esta decisão foi publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* em 8 de fevereiro de 2007 (JO C 28, p. 8). Em 30 de abril de 2008, a Comissão adotou a decisão controvertida.

13 Para se pronunciar sobre a questão de saber se a GRAWE beneficiou de uma vantagem seletiva, a Comissão examinou se o Land Burgenland se comportou como um vendedor que opera numa economia de mercado (a seguir critério dito do «vendedor privado»). A este respeito, a Comissão indica, nos n.os 120 e 122 da decisão controvertida, que um vendedor privado pode escolher uma proposta inferior à proposta mais elevada em duas hipóteses.

14 A primeira refere-se à situação em que é claro que a cessão ao candidato que apresentou a proposta mais elevada não é realizável, o que, no caso em apreço, implica o exame da segurança da transação na perspetiva da solidez económica do consórcio e da probabilidade de este não obter a necessária autorização da Finanzmarktaufsicht (autoridade austríaca de supervisão dos mercados financeiros, a seguir «FMA»). Ora, na opinião da Comissão, não só não havia nenhuma razão para duvidar do facto de que o consórcio podia pagar o preço de compra de 155 milhões de euros por ele proposto, como nada indicava nem provava que a FMA teria proibido a cessão do BB ao consórcio.

15 A segunda hipótese cobre o caso em que se justifica a tomada em consideração de outros fatores além do preço, entendendo-se que os únicos fatores a tomar em consideração são os que um vendedor privado teria tido em conta, o que, segundo a Comissão, exclui os riscos resultantes de uma obrigação de pagamento de uma garantia que devesse ser qualificada de auxílio de Estado eventualmente em vigor, como a Ausfallhaftung.

16 A este respeito, a Comissão precisa que resulta da jurisprudência que o papel do Estado enquanto vendedor de uma empresa, por um lado, e as obrigações que lhe incumbem como poder público, por outro, não devem ser confundidos. Ora, nenhum vendedor privado teria subscrito uma garantia que não respeitasse as condições de mercado e a decisão sobre a supressão da Ausfallhaftung confirma que esta não faz parte dessas condições.

17 Nestas circunstâncias, a Comissão declarou, no considerado 175 da decisão controvertida, que a República da Áustria concedeu ilegalmente um auxílio de Estado à GRAWE no âmbito da privatização do BB, em violação do artigo 88.º, n.º 3, CE, e que esse auxílio não é compatível com o mercado comum. Consequentemente, os artigos 1.°, 2.° e 4.° desta decisão têm a seguinte redação:

«Artigo 1.º

O auxílio estatal a favor da GRAWE, concedido ilegalmente pela Áustria em violação do disposto no [artigo 88.º, n.º 3, CE], é incompatível com o mercado comum. O auxílio corresponde à diferença entre as duas propostas finais apresentadas no âmbito do concurso público após os ajustamentos necessários, em conformidade com os parâmetros estabelecidos nos [considerandos] 167 a 174 da presente decisão.

Artigo 2.º

1. Áustria recuperará o auxílio referido no artigo 1.º junto do beneficiário.

[…]

Artigo 4.º

1. No prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, a Áustria fornecerá as seguintes informações à Comissão:

a) O montante total (capital e juros a título da recuperação) a recuperar junto do beneficiário, estabelecido de acordo com os parâmetros definidos na presente decisão, juntamente com uma explicação pormenorizada do método utilizado para calcular este montante e a avaliação do património por um perito independente;

[…]»

Tramitação processual no Tribunal Geral e acórdãos Burgenland e GRAWE

18 Por petições entradas na Secretaria do Tribunal Geral, respetivamente, em 11, 15 e 17 de julho de 2008, o Land Burgenland, a República da Áustria e o GRAWE interpuseram recursos destinados à anulação da decisão controvertida (processos T-268/08, T-281/08 e T-282/08, respetivamente).

19 Por despacho do presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral de 20 de abril de 2009, ouvidas as partes, os processos T-268/08 e T-281/08 foram apensados para efeitos da fase escrita, da fase oral e do acórdão.

20 O Land Burgenland e a República da Áustria invocaram nove fundamentos de recurso. Entre estes fundamentos, figuram os seguintes:

— o primeiro, relativo a uma aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE na determinação do preço de mercado do BB, na medida em que a Comissão exigiu, sem razão, a realização de um concurso público com vista à privatização desse banco;

— o terceiro, relativo a uma aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE, na medida em que a Comissão recusou ter em conta o desfecho incerto e a possível morosidade do procedimento de autorização na FMA em caso de cessão do BB ao consórcio;

— o quarto, relativo a uma aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE, na medida em que o Land Burgenland podia ter em conta os riscos associados à Ausfallhaftung para efeitos da comparação das propostas apresentadas, respetivamente, pela GRAWE e pelo consórcio;

— o sétimo, relativo a uma aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE, na medida em que a proposta do consórcio não podia servir para determinar o preço de mercado do BB, e

— o oitavo, relativo a uma apreciação errada da emissão de obrigações no âmbito da Ausfallhaftung aquando da privatização do BB.

21 A GRAWE invocou diversos fundamentos de recurso, alguns dos quais dizem respeito a uma aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE, antes de mais, na determinação do preço de mercado do BB, seguidamente, em razão da recusa de ter em conta a Ausfallhaftung e, por último, na medida em que a Comissão ignorou a possibilidade de uma diferença negativa ao nível do preço de compra.

22 Com os acórdãos Burgenland e GRAWE, o Tribunal Geral negou provimento à totalidade dos recursos. Concretamente, considerou, no essencial:

— que a Comissão podia, no caso em apreço, basear-se exclusivamente na proposta apresentada pelo consórcio para determinar o preço de mercado do BB, e que não era necessário recorrer a peritagens;

— que a Comissão não cometeu nenhum erro ao concluir que nem o desfecho incerto, nem a possível morosidade do procedimento na FMA — caso tivesse sido decidido ceder o BB ao consórcio — podiam justificar que o consórcio fosse excluído enquanto adquirente;

— que não se podia censurar à Comissão o facto de ter afastado a tomada em consideração da Ausfallhaftung no âmbito da avaliação das propostas, porque se trata de um auxílio de Estado que não foi subscrito em condições normais de mercado e não pode, por conseguinte, ser tido em conta na apreciação do comportamento das autoridades à luz do critério do vendedor privado, e

— que a apreciação da emissão de obrigações no âmbito da Ausfallhaftung não está errada, uma vez que ficou demonstrado que o consórcio não tinha tido em conta, na sua proposta, a emissão de obrigações suplementares no valor de 380 milhões de euros, e que, além disso, não ficou demonstrado que a GRAWE não tinha beneficiado, em razão dessas obrigações suplementares, de uma vantagem adicional, nem que qualquer outra vantagem tinha sido neutralizada de outro modo.

Tramitação processual no Tribunal de Justiça

23 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 25 de julho de 2012, a República Federal da Alemanha pediu para intervir nos processos C-214/12 P e C-223/12 P em apoio dos pedidos, respetivamente, do Land Burgenland e da República da Áustria.

24 Por despachos de 20 de setembro de 2012, o presidente do Tribunal de Justiça admitiu a intervenção da República Federal da Alemanha nos referidos processos.

25 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2012, os processos C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P foram apensados para efeitos da fase oral e do acórdão.

Pedidos das partes

26 O Land Burgenland e a República da Áustria concluem pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:

— a título principal, anular o acórdão Burgenland, decidir definitivamente quanto ao litígio anulando a decisão controvertida, e condenar a Comissão nas despesas do presente processo e do processo no Tribunal Geral, e

— a título subsidiário, anular o acórdão Burgenland, remeter o processo ao Tribunal Geral e reservar para final a decisão sobre as despesas.

27 A GRAWE conclui pedindo que ao Tribunal de Justiça que se digne:

— a título principal, anular o acórdão GRAWE, decidir definitivamente quanto ao litígio anulando a decisão controvertida, e condenar a Comissão nas despesas do presente processo e do processo no Tribunal Geral, e

— a título subsidiário, anular o acórdão GRAWE, remeter o processo ao Tribunal Geral e reservar para final a decisão sobre as despesas.

28 A Comissão conclui pedindo que ao Tribunal de Justiça que se digne:

— a título principal, negar provimento aos presentes recursos e condenar o Land Burgenland, a GRAWE e a República da Áustria nas despesas, e

— a título subsidiário, declarar o litígio no processo C-215/12 P em condições de ser julgado, negar provimento ao recurso no processo T-282/08 e condenar a GRAWE nas despesas.

Quanto aos presentes recursos

29 O Land Burgenland, a GRAWE e a República da Áustria invocam, respetivamente, quatro, três e dois fundamentos de recurso.

30 Na medida em que os fundamentos invocados nos três recursos são idênticos ou semelhantes, devem ser tratados conjuntamente. Deste modo, importa examinar, em primeiro lugar, o segundo fundamento do recurso do Land Burgenland e o primeiro fundamento dos recursos da GRAWE e da República da Áustria, relativos à pertinência dos riscos associados à Ausfallhaftung, para efeitos da avaliação das propostas apresentadas relativamente ao BB.

Quanto aos fundamentos relativos à pertinência dos riscos associados à Ausfallhaftung, para efeitos da avaliação das propostas apresentadas relativamente ao BB,

Argumentos das partes

31 O Land Burgenland, com o segundo fundamento do seu recurso, e a República da Áustria e a GRAWE, com o primeiro fundamento dos seus recursos, alegam que o Tribunal Geral violou o artigo 87.º, n.º 1, CE ao considerar que a Comissão não cometeu um erro de direito quando não teve em conta, na avaliação das propostas apresentadas para a compra do BB, os riscos associados à Ausfallhaftung.

32 Primeiro, no entendimento do Land Burgenland e da República da Áustria, nos n.ºs 154 a 158 do seu acórdão Burgenland, o Tribunal Geral baseou-se erradamente nos acórdãos de 14 de setembro de 1994, Espanha/Comissão (C-278/92 a C-280/92, Colet., p. I-4103), e de 28 de janeiro de 2003,

Alemanha/Comissão (C-334/99, Colet., p. I-1139), que estabelecem uma distinção entre as obrigações que incumbem ao Estado que atua enquanto poder público e as que lhe incumbem na qualidade de proprietário e acionista de uma sociedade. Ora, na medida em que a Ausfallhaftung constitui uma garantia de direito privado remunerada, os riscos que lhe estão associados incumbem ao Land Burgenland enquanto proprietário e acionista do BB. Além disso, à época, esta não era uma empresa em dificuldades, contrariamente às circunstâncias que deram lugar ao acórdão Alemanha/Comissão, já referido.

33 No âmbito da sua réplica, limitada à incidência do acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF (C-124/10 P), nos processos que deram origem aos presentes recursos, o Land Burgenland e a República da Áustria precisam que resulta deste acórdão que um Estado-Membro não atua na qualidade de poder público apenas porque concede meios no exercício de prerrogativas de poder público. Portanto, a circunstância de as obrigações do Land Burgenland para com o BB decorrerem de uma lei não pode prevalecer sobre o facto de as mesmas se imporem ao Land Burgenland na sua qualidade de acionista do BB. Além disso, como a Comissão não efetuou a apreciação global de todos os elementos pertinentes exigida pelo acórdão Comissão/EDF, já referido, o Tribunal Geral não podia ter considerado que a Ausfallhaftung se impunha ao Land Burgenland, na sua qualidade de poder público.

34 Em segundo lugar, o Tribunal Geral tinha cometido um erro ao ignorar os acórdãos do Tribunal Geral de 15 de setembro de 1998, BP Chemicals/Comissão (T-11/95, Colet., p. II-3235), e de 2 de março de 2012, Países Baixos e ING Groep/Comissão (T-29/10 e T-33/10), dos quais resulta que, para constatar a existência e, se for caso disso, a intensidade de um auxílio no âmbito da apreciação de uma medida à luz do critério do investidor privado, devem ser tidos em conta os auxílios concedidos anteriormente. Ora, é ponto assente que a Ausfallhaftung constituía um auxílio existente e legal que, por conseguinte, devia ser tido em conta.

35 Em terceiro lugar, a unidade e a coerência do direito da União exigem que a Ausfallhaftung seja tida em conta. Com efeito, era incoerente, por um lado, admitir a legalidade da Ausfallhaftung e impor que o Land Burgenland a limitasse ao mínimo necessário e, por outro, proibir que este tivesse em conta os riscos que lhe estavam associados aquando da venda do BB. Tal interpretação do artigo 87.º, n.º 1, CE torna impossível, na prática, a privatização de empresas públicas.

36 Em quarto lugar, o n.º 158 do acórdão Burgenland é incompreensível, uma vez que faz referência às «características acima descritas» para estabelecer que a Ausfallhaftung não foi subscrita nas condições normais de mercado. Com efeito, tal constatação não resulta de nenhuma das características da Ausfallhaftung descritas no referido acórdão.

37 A GRAWE censura ao Tribunal Geral, primeiro, ter aplicado o acórdão Espanha/Comissão, já referido, de maneira incorreta. O Land Burgenland aplicou a Ausfallhaftung às obrigações do BB no âmbito de uma atividade económica. Esta responsabilidade é indissociável da decisão tomada, em 1928, de exercer atividades comerciais nos domínios financeiros. Ora, a função da Ausfallhaftung foi pôr capitais próprios à disposição do BB, o que era economicamente comparável à abertura de um banco sob a forma de uma sociedade de pessoas. Assim, a Ausfallhaftung é uma obrigação contraída pelo Land Burgenland na sua qualidade de proprietário do BB, pelo que devia ser tida em conta no âmbito da aplicação do critério do vendedor privado.

38 No âmbito da sua réplica, também limitada à incidência do acórdão Comissão/EDF, já referido, nos presentes processos, a GRAWE entende que resulta desse acórdão que o modo de concessão de uma vantagem, neste caso uma lei, não tem nenhuma importância para a questão de saber se foi concedida pelo Estado na sua qualidade de poder público ou na sua qualidade de acionista. Ora, ao basear-se na origem legal da Ausfallhaftung, o Tribunal Geral aplicou um critério errado. Além disso, o Tribunal Geral nunca se questionou sobre se o Land Burgenland se responsabilizou pela Ausfallhaftung na sua qualidade de acionista. A este respeito, a GRAWE entende que nada impede um Estado-Membro de

prosseguir simultaneamente objetivos sociais e, como acontece no caso em apreço, objetivos de rentabilidade. Com efeito, o Land Burgenland recebia dividendos correspondentes a uma remuneração da Ausfallhaftung, que substituía os fundos próprios. Segundo a GRAWE, mesmo quando uma vantagem reveste caráter de auxílio, isso não impede que quem a concede o faça na qualidade de acionista.

39 Em segundo lugar, às diferenças de circunstâncias entre os presentes processos e o que deu lugar ao acórdão Alemanha/Comissão, já referido, conforme salientadas pelo Land Burgenland e pela República da Áustria, a GRAWE acrescenta que a República Federal da Alemanha também tinha tido em conta os custos do saneamento financeiro do local de implantação e que as medidas em causa no presente processo tinham sido implementadas em violação do artigo 88.º, n.º 3, CE.

40 Em terceiro lugar, a GRAWE alega que o acórdão GRAWE viola o princípio da segurança jurídica e o imperativo de coerência. Uma vez que a Decisão C(2003) 1329 final declarou a conformidade da Ausfallhaftung com o direito da União, todos os operadores económicos deviam poder confiar na mesma também no que respeita às consequências económicas que lhe estão indissociavelmente ligadas. Ora, a decisão controvertida e o acórdão GRAWE puseram em causa a referida decisão.

41 Em quarto lugar, pelas mesmas razões que as invocadas pelo Land Burgenland e pela República da Áustria, a GRAWE entende que o acórdão Países Baixos e ING Groep/Comissão, já referido, impõe que o Tribunal Geral admita a necessidade de ter em conta a Ausfallhaftung na apreciação do critério do vendedor privado.

42 Em quinto lugar, a GRAWE sublinha que o efeito negativo da Ausfallhaftung na concorrência não reveste a mesma dimensão consoante essa garantia seja executada na prática ou se trate apenas de um eventual compromisso do Land Burgenland relativamente ao BB. Com efeito, os pagamentos meramente potenciais têm uma incidência menor na concorrência do que os pagamentos concretos. Assim, os atos do Land Burgenland destinados a evitar o recurso à Ausfallhaftung tiveram por efeito limitar a distorção da concorrência no mercado. Portanto, a posição do Tribunal Geral prejudica o efeito útil do artigo 87.º, n.º 1, CE.

43 A GRAWE acrescenta que, durante a crise financeira, muitos Estados-Membros injetaram capital nas instituições de créditos e que esses capitais públicos deviam ser substituídos, o mais rapidamente possível, por fundos privados, a fim de proteger a concorrência e repor as condições normais de funcionamento do mercado. Ora, a decisão controvertida e o acórdão GRAWE constituem obstáculos importantes a este processo.

44 Para concluir a sua argumentação sobre este aspeto, a GRAWE realça o facto de que, tendo em conta a Ausfallhaftung, a sua proposta era a melhor.

45 A Comissão contesta a argumentação desenvolvida pelo Land Burgenland, pela República da Áustria e pela GRAWE.

Apreciação do Tribunal de Justiça

46 Com o seu primeiro argumento, o Land Burgenland, a República da Áustria e a GRAWE alegam, em substância, que o Tribunal Geral ignorou, tendo em conta as características da Ausfallhaftung, tanto o papel do Land Burgenland enquanto proprietário e acionista do BB como, por esse motivo, o critério do investidor privado, conforme resulta dos acórdãos, já referidos, Espanha/Comissão e Alemanha/Comissão.

47 A este respeito, antes de mais, há que observar que, nos n.os 155 e 156 do acórdão Burgenland e nos n.os 128 e 129 do acórdão GRAWE, o Tribunal Geral recordou corretamente o referido conceito, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao referido critério.

48 Em seguida, no n.º 157 do acórdão Burgenland e no n.º 130 do acórdão GRAWE, o Tribunal Geral considerou, em conformidade com a referida jurisprudência, que, no quadro da aplicação do critério do investidor privado, importa determinar se as medidas em causa são aquelas que um investidor desse tipo, que espera realizar lucros a mais ou menos longo prazo, poderia ter concedido.

49 Por último, no n.º 158 do acórdão Burgenland e no n.º 131 do acórdão GRAWE, o Tribunal Geral constatou, no quadro da sua apreciação soberana dos factos, que, atendendo às suas características, a Ausfallhaftung não foi subscrita nas condições normais do mercado.

50 Nestas condições, o Tribunal Geral concluiu acertadamente, nos n.os 158 e 159 do acórdão Burgenland e no n.º 131 do acórdão GRAWE, que a Ausfallhaftung não podia ser tida em conta na apreciação do comportamento das autoridades austríacas à luz do critério do vendedor privado e que, consequentemente, não se podia censurar à Comissão o facto de ter afastado a pertinência da Ausfallhaftung na avaliação das propostas apresentadas, respetivamente, pelo consórcio e pela GRAWE.

51 Além disso, quanto à incidência do acórdão Comissão/EDF, já referido, importa salientar que o mesmo dizia respeito, principalmente, à aplicabilidade, afastada pela Comissão na decisão em causa no processo que deu lugar a esse acórdão, do critério do investidor privado nas circunstâncias desse processo, e não à aplicação em concreto desse mesmo critério (v. acórdão Comissão/EDF, já referido, n.º 75). No entanto, nos presentes processos, é dado assente que a Comissão aplicou o critério do vendedor privado e que aquilo que o Land Burgenland, a República da Áustria e a GRAWE contestam é a confirmação, pelo Tribunal Geral, da maneira como esse critério foi aplicado pela Comissão.

52 Ora, quanto à aplicação desse critério, o acórdão Comissão/EDF, já referido, confirmou a jurisprudência resultante, em particular, dos acórdãos, já referidos, Espanha/Comissão e Alemanha/Comissão, segundo a qual, para efeitos da apreciação da questão de saber se a mesma medida teria sido adotada em condições normais de mercado por um vendedor privado colocado numa situação o mais semelhante possível à do Estado, só podem ser tidos em conta os benefícios e as obrigações relacionados com a situação deste último na qualidade de acionista, com exclusão dos relacionados com a sua qualidade de poder público (v., neste sentido, acórdão Comissão/EDF, já referido, n.º 79).

53 No acórdão Comissão/EDF, já referido, o Tribunal de Justiça precisou ainda que, no âmbito dessa apreciação, a forma como a vantagem é posta à disposição e a natureza dos meios da intervenção estatal são indiferentes quando o Estado-Membro em questão tenha concedido a referida vantagem na sua qualidade de acionista da empresa em causa (v. acórdão Comissão/EDF, n.os 91 e 92).

54 Quanto ao exame efetuado a este respeito pelo Tribunal Geral, resulta dos acórdãos Burgenland e GRAWE que o Tribunal não fundamentou a improcedência das alegações do Land Burgenland, da República da Áustria e da GRAWE na origem legal da Ausfallhaftung, contrariamente ao que estes alegam. Com efeito, o Tribunal Geral examinou se a Ausfallhaftung devia ser tida em conta na aplicação do critério do vendedor privado e concluiu que um vendedor privado não teria subscrito uma garantia dessa natureza.

55 Ora, o Land Burgenland, a República da Áustria e a GRAWE não invocam nenhum elemento suscetível de pôr em causa a referida conclusão, mas são os próprios a alegar que a Ausfallhaftung constitui um auxílio de Estado, como, de resto, a Comissão tinha declarado na Decisão C(2003) 1329 final.

56 Nestas condições, e dado que, com a concessão de um auxílio, um Estado-Membro prossegue, por definição, objetivos diferentes da rentabilidade dos meios concedidos a uma empresa que lhe pertence, importa considerar que esses meios são, em princípio, concedidos pelo Estado no exercício das suas prerrogativas de poder público.

57 Na medida em que o Land Burgenland, a República da Áustria e a GRAWE alegam que, com a Ausfallhaftung, o Land Burgenland prosseguia, não obstante, objetivos de rentabilidade ou, pelo menos, visava também esses objetivos, importa recordar que se um Estado-Membro invocar um critério como o do vendedor privado, lhe incumbe, em caso de dúvida, demonstrar inequivocamente e com base em elementos objetivos e verificáveis que a medida aplicada decorre da sua qualidade de acionista (v., neste sentido, acórdão Comissão/EDF, já referido, n.º 82).

58 Esses elementos devem revelar claramente que o Estado-Membro em causa adotou, prévia ou simultaneamente à concessão da vantagem económica, a decisão de proceder, através da medida efetivamente aplicada, a um investimento na empresa pública controlada (acórdão Comissão/EDF, já referido, n.º 83).

59 A este propósito, podem, nomeadamente, ser exigidos elementos que demonstrem que essa decisão se baseia em avaliações económicas comparáveis às que, nas circunstâncias do caso concreto, um vendedor privado sensato colocado numa situação o mais semelhante possível à do referido Estado-Membro teria efetuado, antes de proceder ao referido investimento, para determinar a rentabilidade futura desse investimento (v., neste sentido, acórdão Comissão/EDF, já referido, n.º 84).

60 Só se o Estado-Membro em causa apresentar à Comissão elementos da natureza exigida, é que cabe a esta última efetuar uma apreciação global que tenha em conta, para além dos elementos fornecidos por esse Estado-Membro, qualquer outro elemento pertinente que, no caso em concreto, lhe permita determinar se a medida em causa decorre da qualidade de acionista ou da qualidade de poder público do referido Estado-Membro (v., neste sentido, acórdão Comissão/EDF, já referido, n.º 86).

61 Todavia, o Land Burgenland, a República da Áustria e a GRAWE não invocaram, nem durante o procedimento administrativo, nem no Tribunal Geral, elementos que revelem que a instauração ou a manutenção da Ausfallhaftung se basearam em avaliações económicas realizadas pelo Land Burgenland com vista a determinar a sua rentabilidade. Daqui se conclui que a Comissão não era obrigada a efetuar essa apreciação global relativamente à Ausfallhaftung e que os acórdãos Burgenland e GRAWE não enfermam de erros a este respeito.

62 No que se refere ao argumento segundo o qual o Tribunal Geral não teve em conta os acórdãos, já referidos, BP Chemicals/Comissão e Países Baixos e ING Groep/Comissão, evocados pelo Land Burgenland, pela República da Áustria e pela GRAWE, importa sublinhar que, visto as circunstâncias factuais e jurídicas dos processos que deram lugar a esses acórdãos se distinguirem substancialmente das que deram origem aos presentes litígios, esses acórdãos não são pertinentes no caso em apreço.

63 Por último, basta referir que o n.º 158 do acórdão Burgenland deve ser lido à luz, designadamente, dos n.ºs 2, 3 e 149 do mesmo acórdão, o que permite compreender o alcance do referido n.º 158.

64 Decorre daqui que, ao negar provimento aos pedidos do Land Burgenland, da República da Áustria e da GRAWE, o Tribunal Geral não cometeu o erro de direito que lhe é por eles imputado nem a alegada violação da unidade e da coerência do direito da União, ou, tão pouco do princípio da segurança jurídica ou dos deveres de fundamentação que lhe incumbem.

65 Consequentemente, o segundo fundamento do recurso do Land Burgenland e os primeiros fundamentos dos recursos da República da Áustria e da GRAWE devem ser julgados improcedentes por falta de fundamento.

Quanto aos fundamentos dos recursos relativos à incidência do desfecho e da duração previsíveis do processo na FMA na avaliação das propostas do consórcio e da GRAWE

Argumentos das partes

66 O Land Burgenland, com o quarto fundamento do seu recurso, e a República da Áustria, com o segundo fundamento do seu recurso, alegam que o Tribunal Geral violou o artigo 87.º, n.º 1, CE ao declarar, nos n.os 106 a 140 do acórdão Burgenland, que a Comissão não cometeu um erro quando concluiu que nem o desfecho incerto, nem a duração provavelmente mais longa do processo na FMA, em caso de venda do BB ao consórcio, justificavam a sua venda à GRAWE.

67 Em primeiro lugar, consideram que o Tribunal Geral considerou, erradamente, nos n.os 119 e 120 do acórdão Burgenland, que os elementos invocados pelo Land Burgenland e pela República da Áustria para demonstrar que a aquisição do BB pelo consórcio não teria provavelmente sido autorizada não são pertinentes no âmbito da avaliação das possibilidades de sucesso do procedimento de autorização, porquanto não foi indicado se e em que medida esses elementos foram tidos em conta pela FMA. Tanto a Comissão como o Tribunal Geral conheciam em detalhe os critérios de autorização aplicados pela FMA e quer o Land Burgenland, quer a República da Áustria precisaram detalhadamente os aspetos que originaram dúvidas importantes quanto à questão de saber se essa venda podia ser autorizada pela FMA. Por conseguinte, o Tribunal Geral apreciou a sua argumentação de maneira manifestamente errada e sem fundamentação verificável.

68 Na medida em que, no n.º 121 do acórdão Burgenland, afirma que alguns dos elementos mencionados no n.º 119 do referido acórdão constituem unicamente «preocupações sobre o futuro comercial do BB» que não são determinantes para um vendedor privado, o Tribunal Geral cometeu um erro, porquanto esses elementos teriam sido tomados em consideração pela FMA no procedimento de autorização e, portanto, por um vendedor privado. Ora, atendendo à margem de previsão que o Tribunal Geral reconheceu expressamente, no n.º 136 do acórdão Burgenland, ao Land Burgenland, este podia considerar que a FMA teria provavelmente proibido a venda ao consórcio. Neste contexto, a probabilidade de 50% era apenas uma expressão simplificada da circunstância de que, conforme resultava dos contactos informais com a FMA, a venda à GRAWE seria autorizada, ao passo que, em caso de venda ao consórcio, o desfecho do processo estaria «totalmente aberto».

69 Em segundo lugar, o Land Burgenland e a República da Áustria sustentam, a título principal, que, tendo em conta o que precede, as considerações do Tribunal Geral, constantes do n.º 132 do acórdão Burgenland, relativas à urgência da venda do BB já não são pertinentes. A título subsidiário, alegam que as considerações do Tribunal Geral assentam numa interpretação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE, porquanto, após duas tentativas infrutíferas e onerosas, em tempo e em dinheiro, de privatização do BB e tendo em conta a caducidade da proposta da GRAWE durante o procedimento de autorização pela FMA e a potencial proibição, por esta, da venda do BB ao consórcio, um vendedor privado não teria corrido o risco de insucesso desta terceira tentativa de privatização e, por conseguinte, não teria vendido o BB ao consórcio. Além disso, contrariamente ao que o Tribunal Geral declarou no referido n.º 132, o Land Burgenland e a República da Áustria forneceram uma série de provas suscetíveis de demonstrar que, em razão da duração prolongada do processo na FMA, a privatização do BB tinha ficado comprometida. Portanto, o Tribunal Geral fez uma apreciação incompleta dos factos e não fundamentou corretamente o acórdão Burgenland.

70 Em terceiro lugar, o Land Burgenland e a República da Áustria consideram que o Tribunal Geral limitou erradamente o exame que efetuou à identificação de erros manifestos de apreciação. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Tribunal Geral devia ter efetuado uma fiscalização jurisdicional circunstanciada.

71 A Comissão contesta a argumentação do Land Burgenland e da República da Áustria. Em especial, começa por salientar que, com os seus fundamentos, não acusam o Tribunal Geral de uma desvirtuação dos factos, e considera que, portanto, as suas alegações são inoperantes.

Apreciação do Tribunal de Justiça

72 Em primeiro lugar, cumpre referir que a questão de saber em que medida os elementos de prova produzidos no procedimento administrativo demonstram ou não, à luz da legislação nacional aplicável, uma probabilidade de proibição pela FMA da venda do BB ao consórcio se enquadra na apreciação soberana dos factos pelo Tribunal Geral. O mesmo se pode dizer no que respeita aos efeitos da duração do processo na FMA nas perspetivas de privatização do BB.

73 Portanto, dado que a este respeito não foi invocada nenhuma desvirtuação dos elementos de prova pertinentes, as referidas alegações do Land Burgenland e da República da Áustria são inadmissíveis (v., neste sentido, acórdãos de 18 de maio de 2006, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, C-397/03 P, Colet., p. I-4429, n.º 85, e de 29 de março de 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Comissão, C-352/09 P, Colet., p. I-2359, n.º 180).

74 Em segundo lugar, na medida em que o Land Burgenland e a República da Áustria alegam que, tendo em conta os elementos de prova invocados no Tribunal Geral, este não teve razão em afastar, nos n.os 120 e 121 do acórdão Burgenland, a pertinência dos indícios referidos no n.º 119 do mesmo acórdão, é certo que resulta dos elementos de prova produzidos no Tribunal Geral que, contrariamente ao que este declarou nos n.os 120 e 121 do acórdão Burgenland, a FMA tomou em consideração o plano de negócios do consórcio. Todavia, daqui não resulta que os outros indícios referidos n.º 119, além do relativo ao plano de negócios, foram tidos em conta pela FMA.

75 Além disso, deve salientar-se que os critérios de ponderação dos diferentes indícios tidos em conta pela FMA não resultam dos referidos elementos de prova, pelo que não há nenhum elemento que permita concluir em que medida o referido plano de negócio foi determinante no quadro da apreciação efetuada pela FMA.

76 Nestas condições, deve concluir-se que a alegada desvirtuação, nos n.os 120 e 121 do acórdão Burgenland, dos elementos de prova não está demonstrada, uma vez que não resulta de forma manifesta dos documentos dos autos (v., neste sentido, acórdãos de 27 de outubro de 2011, Áustria/Scheucher-Fleisch e o., C-47/10 P, Colet., p. I-10707, n.º 59 e jurisprudência referida).

77 Em terceiro lugar, o exame, pela Comissão, da questão de saber se determinadas medidas podem ser qualificadas de auxílios de Estado, pelo facto de as autoridades públicas não terem agido do mesmo modo que um vendedor privado, exige que se proceda a uma apreciação económica complexa (v., neste sentido, acórdãos de 22 de novembro de 2007, Espanha/Lenzing, C-525/04 P, Colet., p. I-9947, n.º 59, e de 24 de janeiro de 2013, Frucona Košice/Comissão, C-73/11 P, n.º 74).

78 A este respeito, importa recordar que, no âmbito da fiscalização que os órgãos jurisdicionais da União exercem sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão, no domínio dos auxílios de Estado, não compete ao juiz da União substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação económica (v., neste sentido, acórdãos de 2 de setembro de 2010, Comissão/Scott, C-290/07 P, Colet., p. I-7763, n.os 64 e 66, e Frucona Košice/Comissão, já referido, n.º 75).

79 Todavia, o juiz da União deve, designadamente, verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar

uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (acórdãos de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/13 P, Colet., p. I-987, n.º 39; Comissão/Scott, já referido, n.º 5, e Frucona Košice/Comissão, já referido, n.º 76).

80 No caso em apreço, uma vez que a Comissão efetuou, em conformidade com o que foi recordado no n.º 77 do presente acórdão, uma apreciação económica complexa, o exame que incumbia ao Tribunal Geral realizar limitava-se ao que foi recordado no número anterior. Ora, impõe-se referir que o exame a que procedeu o Tribunal Geral nos n.ºs 109 e seguintes do acórdão Burgenland está conforme com as exigências da fiscalização jurisdicional que devia efetuar, contrariamente ao que alegam o Land Burgenland e a República da Áustria.

81 Em quarto lugar, no que respeita à alegada violação do dever de fundamentação de que o Land Burgenland e a República da Áustria acusam o Tribunal Geral, resulta do que precede, bem como da simples leitura do n.º 132 do acórdão Burgenland, que o raciocínio do Tribunal Geral, nos n.ºs 120, 121 e 132 do referido acórdão, é suscetível de permitir aos recorrentes conhecerem as razões pelas quais o Tribunal Geral julgou a sua argumentação improcedente e ao Tribunal de Justiça dispor de elementos suficientes para exercer a sua fiscalização jurisdicional no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal Geral, pelo que esse raciocínio está conforme com as exigências da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça sobre a matéria (v., neste sentido, designadamente, acórdão de 21 de dezembro de 2011, A2A/Comissão, C-320/09 P, n.º 97).

82 Daqui se conclui que o quarto fundamento do recurso do Land Burgenland e o segundo fundamento do recurso da República Áustria devem ser julgados parcialmente inadmissíveis e parcialmente improcedentes por falta de fundamento.

Quanto aos fundamentos dos recursos relativos ao caráter determinante ou não da proposta do consórcio para efeitos da avaliação do preço de mercado do BB

Argumentos das partes

83 Com o terceiro fundamento do seu recurso, o Land Burgenland alega que o Tribunal Geral violou o artigo 87.º, n.º 1, CE quando declarou, nos n.ºs 69 a 73 e 87 a 91 do acórdão Burgenland, que a Comissão não cometeu um erro ao determinar o valor de mercado do BB com base na proposta do consórcio, sem ter em conta as peritagens independentes na sua posse e ao não procurar obter outras peritagens.

84 Em primeiro lugar, o Tribunal Geral considerou erradamente que a Comissão não tinha cometido um erro manifesto de apreciação ao determinar o preço de mercado do BB com base unicamente na proposta do consórcio. Com efeito, segundo o Land Burgenland, resulta da jurisprudência que existem outros métodos que refletem o preço de mercado real do objeto a vender. Em qualquer caso, dado que as propostas apresentadas não constituíam a melhor estimativa aproximada desse preço, o Tribunal Geral devia ter verificado se era esse o caso da referida proposta. Ora, o Tribunal Geral não procedeu a essa verificação no acórdão Burgenland, que se limitou a citar a decisão controvertida.

85 Em segundo lugar, o Land Burgenland considera que o Tribunal Geral desvirtuou a decisão controvertida, que concluía que o procedimento de concurso público era irregular devido à existência da condição ilícita destinada a evitar o recurso à Ausfallhaftung, e que se contradisse ao considerar, em simultâneo, que o procedimento de concurso público era irregular, em razão da referida condição ilícita, e incondicional. Ora, este caráter irregular do referido procedimento viciou a proposta do consórcio.

86 Em terceiro lugar, o Tribunal Geral fez uma apreciação errada da argumentação do Land Burgenland e absteve-se de examinar os factos ao constatar, no n.º 90 do acórdão Burgenland, que a irregularidade do concurso público não tinha influenciado o montante das propostas. Com efeito, o Tribunal Geral limitou-se a remeter para a decisão controvertida, sem ter efetuado as suas próprias verificações, em especial, sem verificar se a Comissão tinha tido em conta a totalidade dos elementos pertinentes. Todavia, esta última limitou-se, ela própria, a constatar que as referidas condições não tinham causado uma distorção das propostas no sentido da sua redução, mas não examinou se tinham provocado uma distorção no sentido do seu aumento. No processo em primeira instância, o Land Burgenland sublinhou que a proposta do consórcio era até 200% superior ao valor do BB e, por conseguinte, irrealista.

87 Em quarto lugar, se o n.º 89 do acórdão Burgenland significa que a proposta do consórcio devia ser tomada em consideração apesar de o seu caráter excessivo não refletir o preço de mercado do BB, o Tribunal Geral entrou em contradição nas suas considerações. Com efeito, é incoerente ter em conta as distorções no sentido descendente, mas não as distorções no sentido ascendente, mesmo quando resultam das mesmas circunstâncias.

88 Em quinto lugar, as considerações que figuram no referido n.º 89 violam o princípio da igualdade de tratamento da propriedade pública e privada, consagrado no artigo 345.º TFUE. As lacunas constatadas pela Comissão basearam-se na condição relativa à necessidade de evitar o recurso à Ausfallhaftung. Ora, se, de acordo com a Comissão e o Tribunal Geral, o Land Burgenland não podia tomar em consideração os riscos resultantes da Ausfallhaftung, devia necessariamente poder ignorar o aumento da proposta do consórcio imputável a esses riscos, que tornou essa proposta excessiva. Ao excluir este elemento, o Tribunal Geral pôs o Land Burgenland em situação de desvantagem relativamente aos vendedores privados.

89 Com o segundo fundamento do seu recurso, a GRAWE considera também que os resultados de um procedimento de concurso público só são um indicador válido do preço de mercado quando o concurso público é aberto, transparente e incondicional. Ora, segundo a Comissão e o Tribunal Geral, o processo de privatização do BB não satisfazia esta exigência central, em razão da condição relativa à necessidade de evitar o recurso à Ausfallhaftung. Além disso, esta condição tinha conduzido a uma distorção da proposta do consórcio no sentido do seu aumento, como expôs a GRAWE no Tribunal Geral. Todavia, o Tribunal Geral não examinou esta argumentação, mas limitou-se a referir a posição da Comissão, sem ter verificado a exatidão da análise desta última, que também não verificou se existia uma distorção da proposta do consórcio no sentido do seu aumento.

90 A GRAWE sublinha que, contrariamente ao que a Comissão alegou no Tribunal Geral, uma distorção do preço de mercado do BB no sentido do seu aumento é pertinente, porquanto, na aplicação do critério do investidor privado, o preço de mercado corresponde ao preço mais elevado que um investidor privado, atuando em condições normais de concorrência, estaria disposto a pagar. Por conseguinte, o Tribunal Geral devia ter decidido que, no âmbito da sua obrigação de examinar diligente e imparcialmente o processo, a Comissão deveria ter recorrido a outros métodos de determinação do preço de mercado.

91 A Comissão contesta a argumentação do Land Burgenland e da GRAWE.

Apreciação do Tribunal de Justiça

92 Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o preço de mercado é o preço mais elevado que um investidor privado, atuando em condições normais de concorrência, está disposto a pagar por uma sociedade na situação em que se encontra (v. acórdãos de 20 de setembro de 2001, Banks, C-390/98, Colet., p. I-6117, n.º 77, e de 29 de abril de 2004, Alemanha/Comissão, C-277/00, Colet., p. I-3925, n.º 80).

93 Para efeitos da verificação do preço de mercado, as autoridades nacionais podem ter em conta, designadamente, a forma utilizada para a cessão de uma sociedade, por exemplo a adjudicação pública, que supostamente garante uma venda nas condições do mercado, ou uma peritagem eventualmente efetuada no momento da cessão (v., neste sentido, acórdão de 13 de novembro de 2008, Comissão/França, C-214/07, Colet., p. I-8357, n.º 59 e 60).

94 Resulta daqui que o Tribunal Geral teve razão ao considerar, nos n.ºs 70 e 87 do acórdão Burgenland e no n.º 77 do acórdão GRAWE, que, quando uma autoridade pública procede à venda de uma empresa que lhe pertence através de um procedimento de concurso público aberto, transparente e incondicional, se pode presumir que o preço de mercado corresponde à proposta mais elevada, entendendo-se que se deve demonstrar, primeiro, que essa proposta é vinculativa e credível e, segundo, que a tomada em consideração de outros fatores económicos diferentes do preço não se justifica.

95 Com efeito, nessas condições, não se pode impor que a Comissão recorra a outros meios para efeitos da verificação do preço de mercado, como peritagens independentes.

96 O Tribunal Geral também teve razão ao declarar, no n.º 90 do acórdão Burgenland e no n.º 81 do acórdão GRAWE, que a proposta mais elevada apresentada no âmbito de um procedimento de adjudicação irregular em razão de condições ilícitas pode, não obstante, corresponder ao preço de mercado, quando as lacunas que viciam as condições do concurso público não tenham influenciado o montante dessa proposta, provocando uma diminuição da mesma.

97 No caso em apreço, por um lado, no âmbito da sua apreciação económica complexa da questão de saber se o Land Burgenland se tinha comportado como um vendedor privado, a Comissão examinou se os vícios do procedimento de concurso público constatados tiveram incidência no resultado desse procedimento e salientou, designadamente com base nas observações do consórcio segundo as quais este considerava que as condições ilícitas controvertidas não eram aplicáveis no futuro, que esses vícios não causaram uma redução do montante da proposta mais elevada.

98 Por outro lado, uma vez que o Land Burgenland e a GRAWE não aduziram nenhum argumento no Tribunal Geral destinado a demonstrar que a referida apreciação da Comissão estava errada, não se pode criticar o Tribunal Geral por ter confirmado a conclusão da Comissão sem ter efetuado as suas próprias verificações.

99 Na medida em que o Land Burgenland e a GRAWE alegam que a Comissão não examinou uma distorção no sentido do aumento do montante da proposta mais elevada e que o Tribunal Geral não censurou essa omissão, basta salientar que o Tribunal Geral considerou acertadamente, no n.º 89 do acórdão Burgenland, que o vendedor privado em economia de mercado optará, em princípio, pela proposta de compra mais elevada, quando seja vinculativa e credível, independentemente das razões que levaram o potencial comprador a apresentar a referida proposta, e que, consequentemente, a alegação de que o montante da proposta apresentada pelo consórcio é exorbitante deve ser afastada.

100 Resulta do que precede que o terceiro fundamento do recurso do Land Burgenland e o segundo fundamento do recurso da GRAWE devem ser julgados improcedentes por falta de fundamento.

Quanto aos fundamentos dos recursos relativos à avaliação das emissões privilegiadas no montante de 320 milhões de euros

Argumentos das partes

101 Com o primeiro fundamento do seu recurso, o Land Burgenland alega que o Tribunal Geral violou o seu direito a ser ouvido ao não ter apreciado a sua argumentação no sentido de que a Comissão devia ter tido em conta, no considerando 171 da decisão controvertida, não só as vantagens resultantes da emissão de obrigações «suplementares» no valor de 380 milhões de euros, mas também as decorrentes da emissão de obrigações no valor de 320 milhões de euros. Além disso, sustenta que chamou a atenção do Tribunal Geral para esta argumentação nas suas observações sobre o relatório de audiência, dado que a mesma não figurava nesse relatório.

102 Ora, uma vez que a tomada em consideração das vantagens associadas à emissão de obrigações no valor de 320 milhões de euros, respetivamente, para o consórcio e para a GRAWE eliminaria qualquer elemento de auxílio na venda do BB à GRAWE, a apreciação deste argumento teria levado à anulação da decisão controvertida. Com efeito, em função da sua diferença de notação e, por conseguinte, das suas classes de risco, o consórcio tinha beneficiado, em virtude da referida emissão de obrigações, de uma vantagem de refinanciamento de, pelo menos, 43,5 milhões de euros, ao passo que essa vantagem foi de apenas 3,52 a 8,32 milhões de euros para a GRAWE.

103 O Land Burgenland precisa que não se pode considerar que os n.os 171 a 172 do acórdão Burgenland contêm uma apreciação da referida argumentação, dado que a ignoram e que, além disso, o referido n.º 171 enferma de falta de fundamentação.

104 O Land Burgenland acrescenta que a apreciação feita pelo Tribunal Geral, nos n.os 168 a 172 do acórdão Burgenland, do resto da sua argumentação relativa ao oitavo fundamento de recurso assenta numa fundamentação e numa apreciação jurídica insuficientes, numa desconsideração das provas por ele fornecidas, numa contradição com as declarações constantes do n.º 148 da decisão controvertida e no facto de não ter verificado se essa decisão se tinha baseado na totalidade dos elementos de prova pertinentes.

105 Com o terceiro fundamento do seu recurso, a GRAWE sustenta que, no processo em primeira instância, alegou que, em função da sua diferença de notação e, por conseguinte, das classes de risco em que ela própria e o consórcio se inserem, este último tinha beneficiado, em virtude da emissão de obrigações no valor de 320 milhões de euros, de uma vantagem de refinanciamento de 42,5 milhões de euros, ao passo que a vantagem que a GRAWE tinha retirado da emissão da totalidade das obrigações no valor de 700 milhões de euros foi de apenas 1,6 milhões de euros, pelo que o preço de compra oferecido pelos dois concorrentes deveria ter sido ajustado em 40,8 milhões de euros a favor da GRAWE. Ora, no acórdão GRAWE, o Tribunal Geral não apreciou este argumento.

106 Segundo a GRAWE, esta omissão não pode ser justificado pelo facto de a emissão de obrigações no montante de 320 milhões de euros ser conhecida pelo consórcio e pela GRAWE, de modo que podiam tê-la em conta nas respetivas propostas. Com efeito, na medida em que a Comissão e o Tribunal Geral consideraram que as vantagens resultantes da Ausfallhaftung não podiam ser apreciadas no âmbito do critério do investidor privado, deviam, consequentemente, ter sido apreciadas separadamente a fim de preservar a coerência do raciocínio.

107 A Comissão considera que a argumentação do Land Burgenland e da GRAWE é inadmissível, dado que nem a petição do recurso interposto no Tribunal Geral pelo Land Burgenland nem a da GRAWE continham um fundamento de anulação relativo à avaliação das emissões privilegiadas no montante de 320 milhões de euros. Deste modo, as observações formuladas a propósito do relatório de audiência tinham-se destinado a introduzir um fundamento novo, que é inadmissível.

108 A título subsidiário, aquela instituição alega que a referida argumentação é infundada.

109 Em qualquer caso, a apreciação, pelo Tribunal Geral, da argumentação do Land Burgenland e da GRAWE não podia ter levado a uma alteração dos dispositivos dos acórdãos Burgenland e GRAWE. Com efeito, uma vez que o consórcio e a GRAWE tinham conhecimento da emissão de obrigações no montante de 320 milhões de euros, estes tinham-na tido em conta nas suas respetivas propostas.

Apreciação do Tribunal de Justiça

110 Em primeiro lugar, resulta dos autos do processo que deu lugar ao acórdão Burgenland que, embora a argumentação do Land Burgenland relativa à emissão de obrigações no montante de 320 milhões de euros não figure na petição inicial como parte distinta do oitavo fundamento do recurso interposto por este último, está contudo presente nesse fundamento. Ora, na sequência das precisões sobre o relatório de audiência apresentadas pelo Land Burgenland, a presença e o alcance desta argumentação, que já figurava na petição inicial, não podiam ser postas em dúvida. Por conseguinte, contrariamente ao que alega a Comissão, não se pode considerar que as referidas precisões constituem um fundamento novo inadmissível.

111 Além disso, resulta dos autos do processo que deu lugar ao acórdão GRAWE que a referida argumentação figurava, de maneira suficientemente clara, no recurso da GRAWE.

112 Decorre daqui que o Tribunal Geral devia ter examinado esta argumentação quer no acórdão Burgenland, quer no acórdão GRAWE. Todavia, contrariamente ao que alega a Comissão, não resulta dos acórdãos Burgenland e GRAWE que o Tribunal Geral tenha procedido a essa apreciação.

113 Por conseguinte, no caso em apreço, há que examinar a referida argumentação que é reproduzida, no essencial, pelo Land Burgenland e pela GRAWE, respetivamente, no primeiro e no terceiro fundamentos dos seus recursos.

114 A este respeito, basta recordar que foi declarado, no n.º 99 do presente acórdão, que o Tribunal Geral teve razão ao considerar que o vendedor privado em economia de mercado optará, em princípio, pela proposta de compra mais elevada, quando seja vinculativa e credível, independentemente das razões que levaram o potencial comprador a apresentar a referida proposta. Com efeito, na perspetiva desse vendedor privado, as razões que levam determinado proponente a apresentar uma proposta de um certo montante não são determinantes.

115 No caso em apreço, é ponto assente que a emissão de obrigações no montante de 320 milhões de euros era conhecida quer do consórcio, quer da GRAWE, e que, consequentemente, estes últimos a tiveram em conta nas suas propostas respetivas. Ora, dado que, à luz do que foi recordado no número anterior, não há que proceder a um exame das razões que levaram o potencial comprador a apresentar a proposta de compra mais elevada, resulta daí que, em qualquer caso, a argumentação relativa a essa emissão de obrigações não pode ser acolhida.

116 Em especial, como salientou acertadamente a Comissão, na medida em que todos os elementos das condições de privatização de uma empresa pública são suscetíveis de apresentar vantagens e desvantagens distintas para cada um dos diferentes proponentes, a análise a que se referem o Land Burgenland e a GRAWE não pode, neste caso, limitar-se unicamente aos efeitos da emissão das obrigações no montante de 320 milhões de euros, mas deve abranger também, por exemplo, as vantagens fiscais que determinados proponentes podem retirar de um relatório fiscal de perdas do BB. Ora, a Comissão não é obrigada a efetuar essa análise detalhada e diferenciada para cada proponente.

117 Com efeito, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, quando uma empresa é comprada ao preço mais elevado que um investidor privado, atuando em condições normais de concorrência, estava disposto a pagar por essa sociedade na situação em que se encontrava, a sociedade em causa foi avaliada, em todos os aspetos, ao preço de mercado e não se pode considerar que o comprador tinha sido beneficiado relativamente aos outros operadores presentes no mercado (v., neste sentido, acórdãos já referidos Banks, n.º 77, e de 29 de abril de 2004, Alemanha/Comissão, n.º 80).

118 Em segundo lugar, quanto às alegações do Land Burgenland relativas à apreciação, pelo Tribunal Geral, da sua argumentação sobre a emissão de obrigações no montante de 380 milhões de euros, por um lado, resulta do n.º 165 do acórdão Burgenland que o Tribunal Geral teve em conta toda a argumentação do Land Burgenland a este respeito e que, em especial, fez referência aos elementos de prova em que este se baseou no âmbito do presente recurso.

119 Por outro lado, resulta do n.º 170 do acórdão Burgenland que o Tribunal Geral julgou esta argumentação improcedente por considerar que, apesar desses elementos, a Comissão podia, sem cometer nenhum erro, fundamentar a sua conclusão nos elementos constantes da decisão controvertida.

120 Por conseguinte, impõe-se concluir, antes de mais, que a referida fundamentação permite ao Land Burgenland conhecer as razões pelas quais o Tribunal Geral julgou esta argumentação improcedente e ao Tribunal de Justiça dispor de elementos suficientes para exercer a sua fiscalização jurisdicional. Em seguida, esta fundamentação não comporta uma apreciação jurídica insuficiente, nem uma desconsideração das provas fornecidas pelo Land Burgenland, nem, tão pouco, peca por não se ter verificado se a Comissão tinha baseado a decisão controvertida na totalidade dos elementos de prova pertinentes. Por último, a leitura, em especial, do primeiro período do referido n.º 170 não permite concluir pela existência de uma alegada contradição com as conclusões constantes do n.º 148 da decisão controvertida.

121 À luz das considerações precedentes, o primeiro fundamento do recurso do Land Burgenland e o terceiro fundamento do recurso da GRAWE devem ser julgados improcedentes por falta de fundamento.

122 Uma vez que nenhum dos fundamentos de recurso invocados pelo Land Burgenland, pela República da Áustria e pela GRAWE é suscetível de ser acolhido, deve ser negado provimento aos seus recursos.

Quanto às despesas

123 Por força do disposto no artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, se o recurso da decisão do Tribunal Geral for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas.

124 Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do referido regulamento, aplicável aos processos de recurso de decisões do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação do Land Burgenland, da República da Áustria e da GRAWE e tendo estes sido vencidos, há que condená-los nas despesas.

125 Nos termos do artigo 140.º, n.º 1, do mesmo regulamento, igualmente aplicável aos processos de recurso de decisões do Tribunal Geral por força do referido artigo 184.º, n.º 1, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as suas próprias despesas. Por conseguinte, há que decidir que a República Federal da Alemanha suportará a suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) decide:

1) É negado provimento aos recursos.

2) O Land Burgenland, a Grazer Wechselseitige Versicherung AG e a República da Áustria são condenados nas despesas.

3) A República Federal da Alemanha suportará a suas próprias despesas.

Assinaturas