CAPÍTULO 28

MEIOS DE RECURSO.

Processo C-236/95 (Comissão *versus* Grécia)
Acórdão de 19 de setembro de 1996

Coletânea, 1996, página I-4459
ECLI:EU:C:1996:341

"1) Ao não adoptar, no prazo fixado, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar pleno cumprimento à Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5º da referida directiva.

2) A República Helénica é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

O artigo 5º da diretiva 89/665/CEE estabelecia que todos os Estados-Membros deveriam por em vigor as medidas necessárias para dar cumprimento às suas normas antes de 21 de dezembro de 1991. Conforme consta do processo C-236/95, a Grécia, após ser interpelada pela Comissão, informou que havia sido, entretanto, aprovado o decreto presidencial nº 23, de 15 de janeiro de 1993, de modo a prover à transposição das normas sobre meios de recurso em processos de adjudicação de empreitadas. Mas nada de efetivo sobre meios da mesma natureza na adjudicação de contratos públicos de fornecimento. Argumentou, então, que a sua lei nacional já dava proteção equivalente à definida no documento comunitário, como ocorreria com o decreto presidencial nº 18/89. O que não foi aceite pelo Tribunal de Justiça.

Processo C-44/96 (Mannesmann)
Acórdão de 15 de janeiro de 1998

Coletânea, 1998, página I-73
ECLI:EU:C:1998:4

"1) (...).
2) (...).
3) (...).
4) O artigo 7º, nº 1, do Regulamento (CEE) nº 2052/88 do Conselho, de 24 de Junho de 1988, relativo às missões dos fundos com finalidade estrutural, à sua eficácia e à coordenação das suas intervenções, entre si, com as intervenções do Banco Europeu de Investimento e com as dos outros instrumentos financeiros existentes, alterado pelo Regulamento (CEE) nº 2081/93, do Conselho, de 20 de Julho de 1993, deve ser interpretado no sentido de que o financiamento comunitário de um projecto de obras públicas não depende do respeito pelos respectivos beneficiários dos processos de recurso previstos na Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimentos, se os beneficiários não forem entidades adjudicantes na acepção do artigo 1º, alínea b), da Directiva 93/37."

COMENTÁRIO :
O nº 1, do artigo 7º, do Regulamento (CEE) nº 2052/88, tal como alterado pelo Regulamento (CEE) nº 2081/93, tinha o seguinte texto : ***"1. As acções objecto de financiamento por parte dos fundos estruturais ou de uma intervenção do BEI ou de outro instrumento financeiro existente devem ser conformes com as disposições dos Tratados e dos actos adoptados por força dos mesmos, bem como com as políticas comunitárias, incluindo as que se referem às regras da concorrência, à adjudicação de contratos públicos*** (sublinhado nosso) ***e à protecção do ambiente e ainda com a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres".***
Veja-se o significado, a contrario sensu, da parte final da decisão do Tribunal de onde se conclui que se a organização em causa for uma entidade adjudicante, nos termos da legislação europeia, será obrigatório o respeito pela legislação sobre meios de recurso, como parte da obrigação geral de obedecer à disciplina de adjudicação de contratos públicos, para ter acesso

a cofinanciamento. A suspensão, ou corte, das verbas dos fundos estruturais revela-se, assim, como a principal sanção a que podem estar sujeitos os Estados-Membros que a elas têm direito se não cumprirem as normas sobre contratos públicos, muito mais importante do que qualquer mecanismo de proteção judicial nacional resultante da transposição das diretivas sobre meios de recurso. Causando, como é inevitável, se não mesmo desejada, uma profunda desigualdade de estatuto entre os Estados-Membros. Os que beneficiam de cofinanciamento têm de respeitar as regras sobre contratos públicos, os outros, mesmo que não respeitem, poucas consequências sofrem. O comentário às duas primeiras conclusões consta do capítulo 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 8 (contrato). Para a quarta conclusão existe igualmente um comentário específico no capítulo 27 (fundos estruturais).

Processo C-54/96 (Dorsch Consult)
Acórdão de 17 de setembro de 1997

Coletânea, 1997, página I-4961
ECLI:EU:C:1997:413

"Não decorre do artigo 41º, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, que, na falta de transposição dessa directiva no termo do prazo previsto para esse efeito, as competentes instâncias de recurso dos Estados-Membros em matéria de processos de adjudicação de contratos públicos de obras e de fornecimentos são igualmente competentes para conhecer os recursos relativos aos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços. Todavia, as exigências de uma interpretação do direito nacional em conformidade com a Directiva 92/50 e de uma protecção efectiva dos direitos dos cidadãos impõem ao órgão jurisdicional nacional verificar se as disposições pertinentes do direito nacional permitem reconhecer aos cidadãos um direito de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos de serviços. Em circunstâncias como as do caso em apreço, o órgão jurisdicional nacional é obrigado, em especial, a verificar se esse direito de recurso pode ser exercido perante as mesmas instâncias que as previstas em matéria de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos e de obras."

COMENTÁRIO :

Sem prejuízo de este aresto suscitar várias e importantes questões de índole jurídica, retiramos o facto de, perante o texto concreto de normas da diretiva recursos então em vigor (89/665/CEE, alterada pela 92/50/CEE para cobrir também os meios de recurso nos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços) ***não terem, nesta decisão e em algumas outras que se seguirão, efeito direto reconhecido pelo Tribunal de Justiça****. É isso que se depreende e pode concluir, se bem que não seja expressamente afirmado, quando o Tribunal teve de qualificar a extensão de objeto da diretiva 89/665/CEE, feita pela diretiva 92/50/CEE. Cremos, porém, ser de utilidade reproduzir aqui o texto do citado artigo 41, da diretiva 92/50 :* ***"O nº 1, do artigo 1º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimento, passa a ter a***

seguinte redacção : 1. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, novamente, no nº 7 do artigo 2º,com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito". *Sobre o significado da parte final da conclusão deste acórdão, ela será aproveitável para a eventual constatação da existência de infração quanto à transposição (caso os tribunais não consigam confirmar o sentido positivo da questão, isto é, se existem meios de recurso como os previstos na diretiva 89/665/CEE ao dispor dos interessados em ter a adjudicação de um contrato púbico de serviços), relevante para o estabelecimento de responsabilidade do Estado-membro em causa.* ***Não para o reconhecimento de efeito direto****, repetimos, no contexto desta decisão. Há vários processos em que esta questão foi suscitada (C-76/97 Toegel, C-111/97 Evobus Austria, com questão semelhante face à diretiva 92/13/CEE, C-81/98 Alcatel Austria, C-258/97 HI-I), e que decorre do facto da primeira diretiva sobre meios de recurso (89/665/CEE) ser anterior à primeira diretiva sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de serviços (92/50/CEE). Porém, mais tarde, o Tribunal de Justiça veio a reconhecer, sem qualquer ambiguidade o efeito direto ao artigo 1º, da directiva 89/665/CEE (processo C-391/15, Marina del Mediterraneo, acórdão de 5 de abril de 2017, reportado mais adiante) –* ***"(...) 2) O artigo 1º, nº 1, e o artigo 2º, nº 1, alíneas a) e b) da Diretiva 89/665 têm efeito direto".*** *Reiterando, de resto jurisprudência constante do acórdão dado a 2 de junho de 2005, do processo C-15/04 (Koppensteiner), este noutra formulação. Importante, também no acórdão dado neste processo C-54/96 (Dorsch Consult) a discussão sobre se o órgão que havia desencadeado o reenvio (o Vergabeueberwachungsausschuss des Bundes – comissão federal de fiscalização de adjudicação de contratos públicos), ou não, um órgão jurisdicional nos termos do artigo 177, do Tratado. O Tribunal de Justiça conclui em sentido contrario à posição expressa pela Comissão, no processo, e aceitou essa qualidade.*

Processo C-328/96 (Comissão *versus* Áustria)
Acórdão de 28 de outubro de 1999

Coletânea, 1999, página I-7479
ECLI:EU:C:1999:526

"1) No processo de adjudicação dos concursos relativos à construção do novo centro administrativo e cultural de Sankt Poelten do Land da Baixa Áustria, que foram adjudicados antes de 6 de fevereiro de 1996, mas que, em 7 de Março de 1996, ainda não tinham sido formalizados ou ainda estavam em condições de ser anulados de forma razoável, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que - coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos e de obras, bem como por força do artigo 30º do Tratado CEE (que passou, após alteração a artigo 28º CE).

2) A República da Áustria é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

Mais do que a afirmação do sentido genérico da legislação comunitária sobre meios de recurso, o interesse deste acórdão reside na censura se basear em não ter havido uma correção, possível temporalmente, das irregularidades apontadas, antes da celebração dos contratos imputados. O Tribunal considera violada a diretiva 89/665/CEE, mas não indica qual a norma, ou normas, precisa(s) em que tal se teria concretizado. O concurso referia-se à adjudicação da construção da sede do Governo do estado federado da Baixa Áustria, e a um conjunto de fornecimentos associados. A entidade adjudicante (uma empresa pública, a Noeplan) havia desencadeado os procedimentos sem que, no entender da Comissão, fosse respeitada a legislação comunitária em diversos pontos. A 31 de maio de 1995, foi aprovada, pelo Land da Baixa Áustria, uma lei que cobria as adjudicações em questão, legislação essa que também mereceu o desacordo da Comissão Europeia. A 6 de fevereiro de 1996, o mesmo Land teria alterado a sua lei interna para promover, no futuro, a possibilidade de suspensão de adjudicações, mas tal não era aplicável aos contratos questionados. Finalmente, a referência à violação do artigo 28º do Tratado

CE (anterior artigo 30) visa a censura de especificações técnicas discriminatórias, pela inclusão de uma preferência de marca.

Processo C-76/97 (Toegel)
Acórdão de 24 de setembro de 1998

Coletânea, 1998, página I-5357
ECLI:EU:C:1998:432

"1) Nem o artigo 1º, nºs 1 e 2, nem o artigo 2º, nº 1, nem outras disposições da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, podem ser interpretadas no sentido de que, na falta de transposição da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, no prazo previsto para esse efeito, as instâncias de recurso dos Estados-Membros competentes em matéria de procedimentos de adjudicação de contratos públicos de empreitada ou de fornecimento, instituídas por força do artigo 2º, nº 8, da Directiva 89/665, têm também competência para conhecer de recursos relativos a procedimentos de adjudicação de contratos públicos de serviços. Todavia, as exigências de uma interpretação do direito nacional conforme com a Directiva 92/50 e de uma protecção efectiva dos direitos dos particulares impõem ao órgão jurisdicional nacional que verifique se as disposições aplicáveis do direito nacional permitem reconhecer aos particulares um direito de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos de serviços. Em circunstâncias como as do processo principal, o órgão jurisdicional nacional está obrigado, em especial, a verificar se esse direito de recurso pode ser exercido perante as mesmas instâncias que estão previstas em matéria de adjudicação de contratos públicos de fornecimento e de empreitada.
2) (...).
3) (...).
4) (...)."

<u>COMENTÁRIO :</u>
Invocando jurisprudência anterior : ***"27. (.,,) no nº 45, do acórdão Dorsch Consult, já referido, o Tribunal recordou que, se as disposições nacionais não podem ser interpretadas em conformidade com a Directiva 92/50, os interessados podem pedir, segundo os procedimentos apropriados do direito nacional, a***

reparação dos danos sofridos devido à falta de transposição da directiva no prazo fixado". *Neste processo estava em causa um litígio quanto à adjudicação de um contrato transporte de feridos ou doentes. Em 1984, um ente público austríaco celebrou contratos-quadro com a Cruz Vermelha Austríaca, com a União do Land da Baixa Áustria e com a Federação Austríaca dos Samaritanos Operários para a realização de transporte de doentes nos três setores de transporte – transporte em ambulância com acompanhamento médico, transporte de feridos e doentes com enfermeiro e transporte em ambulância sem assistência médica. Quem fazia o transporte tinha diversas obrigações, como a de coordenar e utilizar a possibilidade de transportes duplo ou múltiplos. No caso que envolvia W.Toegel, a situação era descrita deste modo :* ***"19. Em 1 de dezembro de 1992, a Bezirkshauptmannschaf Wien Umgebung (autoridade administrativa de primeira instância para a zona de Viena) autorizou W.Toegel a exercer actividade de aluguer de veículos, limitada ao transporte de feridos e doentes. Como a Niederoesterreichsiche Gebietskrankenkasse rejeitou por várias vezes o seu pedido para que fosse celebrado um contrato de facturação directa das despesas desse tipo de transporte pelo facto de as necessidades estarem suficientemente cobertas pelos dois contratos existentes, W.Toegel recorreu, em 22 de Agosto de 1996, para o Bundesvergabeamt para que este declarasse que o contrato em questão dizia respeito a um serviço abrangido pelo Anexo I-A da Directiva 92/50 e que, por conseguinte, havia que seguir um procedimento aberto de adjudicação do contrato".*** *Uma vez mais se estava perante um contrato público de serviços, o Tribunal reiterou jurisprudência constante. Como já apontado nestes comentários, é necessário ter, também, presente, em que medida este tipo de pronúncias (que são várias) são compatíveis com a afirmação de efeito direto de normas da diretiva 89/665/CEE, que o Tribunal também fez. O comentário às segunda e quarta conclusões constam do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).*

Processo C-103/97 (Koellensperger e Atzwanger)
Acórdão de 4 de fevereiro de 1999

Coletânea, 1999, página I-551
ECLI:EU:C:1999:52

"As condições enunciadas no artigo 2º, nº 8, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, não se aplicam a disposições como as que regem a composição e o funcionamento do Tiroler Landsvergabeamt."

COMENTÁRIO :

O litígio de onde emergem as questões colocadas ao Tribunal de Justiça resultou de um processo de adjudicação das obras de alargamento do Centro Hospitalar de Schwaz, numa decisão impugnada pelas empresas Koellensperger e Atzwanger. No decurso do processo nacional tinha sido suscitada a questão do estatuto jurídico do Tiroler Landsvergabeamt (Serviços de Adjudicações do Land do Tirol), de modo a aferir se este organismo poderia ser considerado instância de recurso de natureza não jurisdicional. O nº 8, do artigo 2º, da diretiva 89/665/CEE dispunha o seguinte : ***"8. Sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177º do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base. A nomeação dos membros dessa instância independente e a cessação do seu mandato estão sujeitas às mesmas condições aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua inamovibilidade. No mínimo, o presidente dessa instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente tomará as suas decisões na sequência de um processo contraditório***

e essas decisões produzirão, pelos meios determinados por cada Estado-membro, efeitos jurídicos coercivos". *Porém, o Tribunal de Justiça, sem prejuízo da discussão sobre o regime do Tiroler Landesvergabeamt, entendeu que ele tinha natureza jurisdicional, para efeitos do então artigo 177, do Tratado, razão pela qual não se aplicava o regime sucedâneo de garantias, previsto no nº 8, do artigo 2º, da diretiva 89/665/CEE. Importante, neste processo e em todos os outros em que esteja presente a aferição da natureza do órgão de reenvio, o percurso breve, mas substancial, que o Tribunal de Justiça faz quanto às qualidades para aplicação do citado artigo 177 (números 16 a 24, do acórdão).*

Processo C-111/97 (Evobus Austria)
Acórdão de 24 de setembro de 1998

Coletânea, 1998, página I-5411
ECLI:EU:C:1998:434

"Nem o artigo 1º, nºs 1 a 3, nem o artigo 2º, nºs 1 e 7 a 9, nem as disposições da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração dos contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, podem ser interpretadas no sentido de que, na falta de transposição dessa directiva no termo do prazo previsto para esse efeito, as instâncias de recurso dos Estados-Membros competentes em matéria de processos de celebração de contratos de direito público de obras e de fornecimentos estão igualmente habilitadas a conhecer dos recursos relativos a processos de celebração de contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Todavia, as exigências de uma interpretação do direito nacional conforme à Directiva 92/13 e de uma protecção efectiva dos direito dos sujeitos da relação jurídica obrigam o órgão jurisdicional nacional a verificar se as disposições pertinentes do direito nacional permitem reconhecer aos sujeitos da relação jurídica um direito de recurso em matéria de celebração de contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. O órgão jurisdicional nacional é, em particular, obrigado a verificar se esse direito de recurso se pode exercer perante as mesmas instâncias que as previstas em matéria de celebração de contratos de direito público de fornecimentos e de obras. Se as disposições nacionais não puderem ser interpretadas de maneira conforme à Directiva 92/13, os interessados podem pedir, segundo os processos adequados do direito nacional, a reparação dos danos sofridos devido à falta de transposição da directiva no prazo estabelecido."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a Evobus Austria e a Noevog (uma empresa pública da Baixa Áustria), a propósito da adjudicação de um contrato para o fornecimento de autocarros. Aqui é colocada uma questão semelhante à relação entre as normas da diretiva 89/665/CEE e a diretiva 92/50/CEE. Neste processo, perguntou-se ao Tribunal de Justiça primeiro, se, na falta de transposição da diretiva 92/13/CEE (que definia os meios de recurso em adjudicações nos ex-setores excluídos) as suas normas eram imediatamente aplicáveis a todos os contratos nesses setores. E, numa segunda linha, se na ausência de normas nacionais para promover a transposição da diretiva 92/13/CEE, mas existindo outras visando a transposição da diretiva 89/665/CEE, se podiam aplicar estas últimas mesmo nos contratos nos ex-setores excluídos (assim era a sua denominação até à diretiva 2004/17/CE). A resposta do Tribunal de Justiça foi duplamente negativa, nem sequer reconhecendo efeito direto das normas da diretiva 92/13/CEE (número 15, do acórdão), e remetendo a matéria para o campo da indemnização que pode ser solicitada por falta de transposição tempestiva (número 21, do acórdão). Além disso, a diretiva 89/665/CEE excluía expressamente a sua incidência aos contratos nos ex-setores excluídos.

Processo C-225/97 (Comissão *versus* França)
Acórdão de 19 de maio de 1999

Coletânea, 1999, página I-3011
ECLI:EU:C:1999:252

"1) Ao não adoptar, no prazo fixado, todas as medidas necessárias para dar cumprimento às disposições dos capítulos 2 e 4 da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração dos contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 13º, nº 1, desta directiva.

2) A acção é julgada improcedente quanto ao restante.

3) Cada uma das partes suportará as suas próprias despesas."

COMENTÁRIO :

As normas nacionais para transpor a diretiva 92/13/CEE teriam de estar em vigor antes de 1 de janeiro de 1993. No processo, a República Francesa sustentou que, no essencial, a sua lei nº 93/1416, de 23 de dezembro de 1993, havia assegurado uma transposição adequada. A matéria em relação à qual o Tribunal de Justiça não deu razão à Comissão residiu no regime da sanção pecuniária compulsória, prevista na alínea c), do nº 1, e do nº 5, do artigo 2º, da diretiva 92/13/CEE. Logo, a condenação residiu numa deficiente transposição do sistema de conciliação, previsto nos artigos 9º, 10 e 11, do documento comunitário referido.

Processo C-258/97 (HI I)
Acórdão de 4 de março de 1999

Coletânea, 1999, página I-1405
ECLI:EU:C:1999:118

"1) As condições estabelecidas no artigo 2º, nº 8, da Directiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, não se aplicam a instâncias cuja composição e funcionamento se regem por regras como as que caracterizam esta jurisdição.

2) Nem o artigo 2º, nº 8, nem as outras disposições da Directiva 89/665 podem ser interpretadas no sentido de que, na falta de transposição da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, no prazo previsto para esse efeito, as instâncias de recurso dos Estados-Membros competentes em matéria de processos de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, instituídas por força do artigo 2º, nº 8, da Directiva 89/665, têm também competência para conhecer de recursos relativos a processos de adjudicação de contratos públicos de serviços. Todavia, as exigências de uma interpretação do direito nacional conforme com a Directiva 92/50 e de uma protecção efectiva dos direitos dos particulares impõem ao órgão jurisdicional a obrigação de verificar se as disposições aplicáveis do direito nacional permitem reconhecer aos particulares um direito de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos de serviços. Em circunstâncias como as do processo principal, o órgão jurisdicional nacional está obrigado, em especial, e verificar se esse direito de recurso pode ser exercido perante as mesmas instâncias que as que estão previstas em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos.

3) (...).

4) (...)."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O organismo de recurso a que diz respeito a primeira conclusão é o Unahbaengiger Verwaltungssenat fuer Kaertner (UVK), organismo administrativo independente encarregue de assegurar o controlo de

legalidade dos actos da administração do Land da Caríntia, foi caraterizado, pelo Tribunal de Justiça, do seguinte modo : ***"18. Tal como observou o advogado-geral nos nºs 12 a 14 das suas conclusões, um organismo como o UVK possui todas as características exigidas para que lhe seja reconhecida a qualidade de jurisdição na acepção do artigo 177 do Tratado".*** *Logo, não entra na previsão da segunda possibilidade prevista no nº 8, do artigo 2º, da diretiva 89/665/CEE. Volta a questão do efeito da alteração à diretiva 89/665/CEE pela diretiva 92/50/CEE, reiterando o Tribunal de Justiça jurisprudência anterior. O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). O comentário à quarta conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).*

Processo C-81/98 (Alcatel Austria)
Acórdão de 28 de outubro de 1999

Coletânea, 1999, página I-7671
ECLI:EU:C:1999:534

"1) As disposições conjugadas do artigo 2º, nº 1, alínea a) e b), e 6, segundo parágrafo, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de adjudicação dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, devem ser interpretadas no sentido de que os Estados-Membros são obrigados no que diz respeito à decisão da entidade adjudicante, que precede a celebração do contrato, e pela qual esta escolhe o proponente que participou no processo de adjudicação com o qual celebrará o contrato, a prever sempre um processo de recurso que permita ao recorrente obter a anulação da decisão quando as respectivas condições estiverem preenchidas, independentemente da possibilidade de obter indemnizações quando o contrato foi celebrado.

2) O artigo 2º, nº 1, alíneas a) e b), da Directiva 89/665 não pode ser interpretado no sentido de que, não obstante a ausência de uma decisão de adjudicação de um contrato que poderia ser objecto de um recurso de anulação, as instâncias competentes de recurso dos Estados-Membros em matéria de adjudicação de contratos de direito público estão habilitadas a conhecer os recursos nas condições enunciadas nessa disposição."

COMENTÁRIO :

Aqui estava em causa matéria que tange o essencial dos mecanismos de garantia, sendo a decisão uma das mais relevantes nesta área. Trata-se de uma decisão num reenvio prejudicial desenvolvido a partir de um litígio que se estabeleceu entre três empresas e o Ministério Federal da Ciência e dos Transportes, da República da Áustria, num concurso para a instalação nas autoestradas austríacas de um sistema eletrónico que permitisse a transmissão automática de certos dados. O contrato foi adjudicado a 5 de setembro de 1996, mesmo dia da sua celebração. Tem relevo específico porque, numa certa conceção, o ato de adjudicação não passaria de algo interno à organização administrativa, e a situação jurídica só seria esclarecida, com efeitos externo, através da celebração do contrato. Ora a diretiva 89/665/CEE, mesmo na sua versão inicial, vive muito da noção de se poder reagir contra um ato destacado de adjudicação. Por isso, o

Tribunal de Justiça afirmou que, num caso como o da organização nacional austríaca dos procedimentos de adjudicação, se existe um momento, mesmo que quase contemporâneo do da celebração do contrato, tem de ser acompanhado por um direito de recurso correspondente. E não era a falta do estabelecimento de um prazo (na diretiva 89/665/CEE), entre o ato de adjudicação e a celebração do contrato, que permitiria uma interpretação das normas da diretiva 89/665/CEE permitindo que as decisões de adjudicação escapassem às garantias e recursos aí previstos. Para a decisão quanto às restantes questões prejudiciais, recuperando a análise do sistema austríaco, o Tribunal de Justiça afirmou: ***"46. (...) como salientou o juiz de reenvio no seu despacho (...), a decisão da entidade adjudicante, quanto à pessoa à qual adjudica o contrato, é uma decisão tomada dentro do sistema de organização interna, que, segundo o direito austríaco, não é dada a conhecer a terceiros. 47. Com efeito, resulta das explicações dadas pelo juiz de reenvio que o Estado, como entidade adjudicante, utiliza as regras, as formas e os fundamentos do direito civil no processo de adjudicação, de modo que a adjudicação do contrato de direito público é efectuada pela celebração de um contrato entre essa entidade e o proponente".*** *Aqui, o Tribunal de Justiça optou por considerar (vide a segunda conclusão) que, não prevendo a legislação nacional a impugnação do acto de adjudicação até que ele seja praticado, pela própria celebração do contrato, não se poderia afirmar, face às normas da diretiva 89/665/CEE, que as instâncias judiciais nacionais eram competentes para apreciar da legalidade do ato (interno) prévio à celebração do contrato. O que, salvo o devido respeito, implica um juízo de que as normas da diretiva 89/665/CEE em questão, não possuíam as qualidades para lhes ser reconhecido o efeito direto.*

Processo C-470/99 (Universale Bau)
Acórdão de 12 de dezembro de 2002

Coletânea, 2002, página I-11617
ECLI:EU:C:2002:746

"1. (...).

2. A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as medidas legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, não se opõe a uma regulamentação nacional que estabeleça que a interposição de recurso de uma decisão da entidade adjudicante deve decorrer dentro de um prazo previsto para o efeito e que qualquer irregularidade do processo de adjudicação invocada em apoio desse recurso deve ser suscitada dentro do mesmo prazo, sob pena de caducidade, pelo que, ultrapassado esse prazo, deixa de ser possível impugnar essa decisão ou suscitar essa irregularidade, desde que o prazo em questão seja razoável.

3. (...)."

COMENTÁRIO :

O caso decorre na Áustria, e no contexto de um litígio entre uma entidade (EBS) que o Tribunal de Justiça considerou como adjudicante, por reunir, a partir de um determinado momento, as qualidades de um organismo de direito público. Na vertente dos meios de recurso (qualquer das três conclusões do acórdão são muito importantes), depois de salientar que a diretiva 89/665/CEE não continha normas sobre prazos quanto à interposição de recursos ou impugnações, o Tribunal considerou que o que estava fixado na legislação austríaca era "razoável", face aos objetivos da diretiva 897665/CEE (nº 77, do acórdão) e : ***"78. (...) não restam dúvidas de que sanções como a caducidade são susceptíveis de garantir que as decisões ilegais das entidades adjudicantes, desde que conhecidas pelos interessados, são logo que possível denunciadas e corrigidas, igualmente em conformidade tanto com os objetivos prosseguidos pela Directiva 89/665/CEE como com o princípio da segurança jurídica".*** *O tema dos prazos de interposição (que não são fixados pela diretiva recursos, será recorrente na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Bem como outros requisitos para o exercício processual*

de direitos de impugnação. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais).

Processo C-92/00 (HI II)
Acórdão de 18 de junho de 2002

Coletânea, 2002, página I-5553
ECLI:EU:C:2002:379

"1) O artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, exige que a decisão da entidade adjudicante de anular o convite para apresentação de propostas para um contrato público de serviços possa ser objeto de um processo de recurso e ser eventualmente anulada com base na violação do direito comunitário em matéria de adjudicação de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito.

2) A Directiva 89/665, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50, opõe-se a que essa regulamentação nacional limite a fiscalização da legalidade da anulação de um convite para apresentação de propostas unicamente ao exame do carácter arbitrário dessa decisão.

3) A determinação do momento a tomar em consideração para apreciar a legalidade da decisão da entidade adjudicante de anular um convite para apresentação de propostas incumbe ao direito nacional, estando subentendido que as normas nacionais aplicáveis não podem ser menos favoráveis do que as respeitantes a recursos análogos de natureza interna nem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária."

<u>COMENTÁRIO :</u>

Mais uma decisão em matéria essencial dos meios de recurso. Aqui, é o âmbito material do(s) recurso(s) que está em causa. Como se constata das três vertentes em que se distribuem as conclusões, o Tribunal de Justiça, interpretando a diretiva 89/665/CEE coloca a decisão de anular um procedimento no campo da matéria que tem de ser possível de ser impugnada, sustenta a necessidade de completa fundamentação e disciplina, em sede de princípios de direito comunitário, o tempo da

potencial impugnação. A interpretação do conceito "decisões tomadas pelas entidades adjudicantes" dominou a discussão jurídica neste processo (e surgirá em muitos outros, no futuro) conceito esse parte do nº 1, do artigo 1º, da diretiva 89/665/CEE. A questão prejudicial tinha sido suscitada no contexto de um litígio entre a HI (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaftmbh) e a cidade de Viena, a respeito da anulação, por esta última, do convite para apresentação de propostas para um contrato público de serviços (cujo objeto era "direção do projeto de realização ca conceção estratégica global do fornecimento de refeições em certas instalações públicas"). Na sequência de um pedido de informações que lhe tinha sido dirigido pela HI, a entidade adjudicante decidiu retirar o convite, por razões suas de gestão. A HI impugnou diversas disposições dos documentos pré-contratuais e declarou que existia um outro motivo para a decisão da cidade de Viena : uma empresa em que a entidade adjudicante tinha participação direta e indireta, a Humanomed, tinha já desenvolvido trabalhos com objeto parcialmente sobreposto ao do procedimento desencadeado, e pretendia-se que o continuasse. Nas questões prejudiciais perguntava-se se a diretiva 89/665/CEE cobria, nos seus meios de recurso, a decisão de uma entidade adjudicante em retirar um convite. Em caso de resposta positiva duas outras questões eram colocadas, como será desenvolvido adiante. Na resposta à questão essencial, o Tribunal de Justiça começou por lembrar que não há nenhuma lista de atos impugnáveis na diretiva 89/665/CEE, pelo que se deveria apreciar o caso exclusivamente em função das suas caraterísticas específicas. E com recurso à jurisprudência já produzida, sem desconsiderar as comunicações previstas quando se decida não adjudicar, como sucedia nos casos do nº 2, do artigo 12, da diretiva 92/50/CEE e do nº 2, do artigo 8º, da diretiva 93/37/CEE. E declarou : ***"41 Donde decorre que o nº 2 do artigo 12º da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, impondo embora à entidade adjudicante, quando decida anular o convite para apresentação de propostas referentes a um concurso público de serviços, a comunicação das razões da sua decisão aos candidatos e aos proponentes, não implica, para esta entidade adjudicante, a obrigação de conduzir ao seu termo o processo de adjudicação".*** *Mas o Tribunal de Justiça também lembrou que esse ato de anulação, como qualquer outro, está sujeito a respeitar as regras gerais de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços (nº 47, do acórdão). Ora, qualquer ato que esteja sujeito ao cumprimento de "****regras substantivas de direito comunitário"*** *(nº 48, do acórdão), não deve escapar à incidência das normas da diretiva 89/665/CEE, numa interpretação ampla das suas normas (nº 50, do acórdão), em especial do nº*

1, do seu artigo 1º. Para concluir : ***"51. (...) admitir que os Estados-Membros não estivessem obrigados a prever processos de recurso de anulação relativamente a decisões de anulação de convites para a apresentação de propostas traduzir-se-ia em autorizá-los a privar, fazendo uso da faculdade prevista na disposição referida no número anterior*** (refere-se ao nº 5, do artigo 2º, da diretiva 89/665/CEE, que estabelece que para a outorga de indemnização por prejuízos causados por uma decisão ilegal, esta tenha de ser primeiro anulada) ***os proponentes lesados por semelhantes decisões, tomadas em violação das regras de direito comunitário, da possibilidade de intentar acções de indemnização por perdas e danos".*** *Relembrando a necessidade de proteger o efeito útil da diretiva 89/665/CEE, o Tribunal de Justiça conclui que o ato de anulação de um convite cabe no objeto dos meios de recurso. De onde decorre as decisões quanto às duas questões restantes :* ***"64. (...) a Directiva 89/665/CEE se opõe a que uma regulamentação nacional limite a fiscalização da legalidade da anulação de um convite para apresentação de propostas unicamente ao exame do carácter arbitrário" ; "68. (...) há que responder à terceira questão que a determinação do momento a tomar em consideração para apreciar a legalidade da decisão da entidade adjudicante de anular um convite para apresentação de propostas incumbe ao direito nacional, estando subentendido que as normas nacionais aplicáveis não podem ser menos favoráveis do que as respeitantes a recursos análogos de natureza interna nem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária."***

Processo C-214/00 (Comissão *versus* Espanha)
Acórdão de 15 de maio de 2003

Coletânea, 2003, página I-4667
ECLI:EU:C:2003:276

"1) Ao não tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nos artigos 1º e 2º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1990, que coordena as medidas legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, e, em particular :
- ao não alargar o sistema de recursos garantidos por esta directiva às decisões tomadas por sociedades de direito privado criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotadas de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destas, em cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pela Administração Pública ou por outras entidades de direito público, e
- ao fazer depender, regra geral, a possibilidade de adopção de providências cautelares em relação às decisões das entidades adjudicantes da necessidade de interposição prévia de recurso contra a decisão da entidade adjudicante,
O Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa directiva.
2) O recurso não merece acolhimento quanto ao mais.
3) A Comissão das Comunidades Europeias é condenada no pagamento de um terço das despesas e o Reino de Espanha nos dois terços restantes."

COMENTÁRIO :

A censura que o Reino de Espanha mereceu, por parte do Tribunal de Justiça, estendeu-se a vários pontos, a saber, irregularidade de transposição de normas da diretiva 89/665/CEE, em geral (ver, a este propósito, a parte inicial da primeira conclusão, onde se referem os artigos 1º e 2º, dessa

diretiva), errada descrição das entidades de cujos actos se poderia recorrer e, especificamente : ***"8...) ao fazer depender, regra geral, a possibilidade de adopção de providências cautelares em relação às decisões das entidades adjudicantes da necessidade de interposição prévia de recurso contra a decisão da entidade adjudicante".*** *Importante também o entendimento do Tribunal sobre o conceito de entidade adjudicante, que integra o objeto deste processo, porquanto a legislação espanhola tentou colocar fora desse âmbito as sociedades de direito privado (páginas I-4723 a I-4725). A matéria em relação à qual não foi dada razão à Comissão residiu na aceitação, pelo Tribunal de Justiça, dos argumentos de Espanha quanto à proteção jurisdicional efetiva no caso dos atos preparatórios.*

Processo C-327/00 (Santex)
Acórdão de 27 de fevereiro de 2003

Coletânea, 2003. Página I-1877
ECLI:EU:C:2003:109

"A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com a redacção dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretada no sentido de que, uma vez que se prove que, com o seu comportamento, uma entidade adjudicante tornou impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário a um cidadão da União lesado por uma decisão dessa entidade adjudicante, impõe aos órgãos jurisdicionais nacionais competentes a obrigação de julgar admissíveis os fundamentos baseados em incompatibilidade do aviso de concurso com o direito comunitário que sejam invocados em apoio de um recurso interposto da referida decisão, fazendo uso, eventualmente, da possibilidade prevista pelo direito nacional de deixar de aplicar as regras nacionais de caducidade que determinam que, passado o prazo de recurso do aviso do concurso, deixa de ser possível invocar essa incompatibilidade."

COMENTÁRIO :

O litigio no processo principal opôs a empresa Santex à Unità Socio Sanitaria Locale nr 42, de Pavia, a propósito de adjudicação de um contrato público de fornecimento direto a domicílio, de produtos absorventes de incontinência, num montante anual estimado em € 1.067.372.000 liras italianas. O aviso fora publicado no JOCE, a 23 de outubro de 1996, e continha uma disposição pela qual só seriam admitidos a concurso as empresas que tivessem realizado, nos últimos três exercícios, fornecimentos idênticos aos do objeto do concurso, um volume de negócios global igual, pelo menos, ao triplo do montante do contrato em causa. A Santex notificou a entidade adjudicante de que considerava a citada disposição uma restrição ilegal, que beneficiava o anterior fornecedor. A USL acabou por adjudicar o contrato a outra empresa (depois de patentear alguma ambiguidade quanto à procedência da questão que lhe tinha sido apresentada), excluindo a proposta da Santex do procedimento ; esta última impugnou tal ato,

considerando até que se não tivesse sido impedida de participar, teria ganho o concurso. Do processo judicial respetivo emergiram as questões prejudicais, sendo a primeira a da possibilidade de impugnar o próprio aviso do concurso, o que era contestado pelas autoridades italianas. Porém, o órgão jurisdicional de reenvio já considerava ilegal a restrição apontada à concorrência, seja nos termos da legislação europeia, ou da nacional. Para centrar o pedido que lhe era feito, o Tribunal de Justiça organiza a matéria do seguinte modo : ***"48. Face às considerações que precedem, a primeira questão deve ser compreendida como perguntando, essencialmente, se a Directiva 89/665 deve ser interpretada no sentido de que, quando se prove que, com o seu comportamento, uma entidade adjudicante tornou impossível ou excessivamente difícil, o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário a um nacional da União lesado por uma decisão dessa entidade adjudicante, a directiva impõe aos órgãos jurisdicionais nacionais competentes a obrigação de julgar admissíveis os fundamentos jurídicos baseados em incompatibilidade com o direito comunitário do aviso de concurso que sejam suscitados em apoio do recurso interposto da referida decisão, fazendo uso, eventualmente, da possibilidade prevista no direito nacional de deixar de aplicar as normas nacionais de caducidade que determinam que, passado o prazo de recurso do aviso de concurso, deixa de ser possível invocar essa incompatibilidade"*** *Depois de lembrar a sua jurisprudência quanto ao estabelecimento de um prazo de recurso pelas leis nacionais, algo que sendo legítimo e possível, frisou que isso não poderia prejudicar o efeito útil das normas da diretiva 89/665/CEE (nº 51, do acórdão). O prazo de 60 dias, estabelecido na lei italiana foi considerado como razoável e adequado (nº 54, do acórdão). Portanto, tudo pareceria conforme. Porém, o Tribunal de Justiça contextualizou a questão de modo bem mais largo. Fê-lo assim :* ***"58. (...) há que ter em consideração a circunstância de que, no presente caso, embora a cláusula controvertida tenha sido levada ao conhecimento dos interessados no momento da publicação do aviso de concurso, a entidade adjudicante criou, com o seu comportamento, um estado de incerteza quanto à interpretação dar a essa cláusula e que essa incerteza só foi eliminada com a adopção da decisão de exclusão. 59. Com efeito, como resulta das informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a USL deu a entender, num primeiro tempo, que tinha em conta as reservas suscitadas pela Santex e que não aplicaria a condição económica enunciada na cláusula controvertida no estádio de admissão das***

propostas. Foi somente através da decisão da exclusão, que afastou do processo de concurso todos os proponentes que não preenchiam a referida condição, que a entidade adjudicante exprimiu uma posição definitiva quanto à interpretação da cláusula controvertida".

Processo C-57/01 (Makedoniko Metro e Michaniki)
Acórdão de 23 de janeiro de 2003

Coletânea, 2003, página I-1091
ECLI:EU:C:2003:47

"1. A Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas.

2) Na medida em que uma decisão de uma entidade adjudicante viola os direitos de um agrupamento de empresas previstos no direito comunitário no âmbito de um concurso público, este agrupamento de empresas deve ter acesso às vias de recurso previstas pela Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços."

COMENTÁRIO :

A reprodução da primeira conclusão visa, tão só, facilitar a contextualização e compreensão da segunda. Pode surpreender a necessidade de uma pronúncia tão singela como a que consta da segunda conclusão, e que é um puro corolário da possibilidade de propostas serem apresentadas por agrupamentos de interessados, como sempre foi a solução do direito comunitário da contratação pública (cfr artigo 21, da diretiva 71/305/CEE e artigo 18 da diretiva 77/62/CEE). Porém, o facto é que, durante o processo de adjudicação da empreitada de construção do comboio metropolitano de Salónica (Grécia), operou a modificação da composição de um agrupamento. Foi considerado que, na impossibilidade de, nos termos do concurso limitado em questão, ser aceite tal modificação, o direito de recurso estava cerceado. O Tribunal aceitou a validade da norma que estabelece essa proibição, mas não deixou de reafirmar, em geral, que o direito de impugnação tem de ser reconhecido a um agrupamento de

empresas. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico).

Processo C-249/01 (Hackermueller)
Acórdão de 19 de junho de 2003

Coletânea, 2003, página I-6319
ECLI:EU:C:2003:359

"1) O artigo 1º, nº 3, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação de processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, não se opõe a que os processos de recurso previstos na referida directiva só sejam acessíveis a pessoas com interesse em obter a adjudicação de um contrato público determinado, na condição de estas pessoas terem sido ou poderem vir a ser lesadas pela violação que invocam.

2) O artigo 1º, nº 3, da Directiva 89/665, alterada pela Directiva 92/50, opõe-se a que seja recusado a um proponente o acesso a processos de recurso previstos na referida directiva, para impugnar a legalidade da decisão da entidade adjudicante que não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, com o fundamento de que essa proposta deveria ter sido previamente eliminada pela entidade adjudicante, por outras razões, e que, nesta medida, o mesmo não foi nem pode vir a ser lesado pela ilegalidade que invoca. No âmbito de processo de recurso assim aberto ao referido proponente, este deve poder impugnar a procedência do fundamento de exclusão com base no qual a instância responsável pretende concluir que não foi ou não pode vir a ser lesado pela decisão cuja ilegalidade invoca."

COMENTÁRIO :

A primeira conclusão deste acórdão trata da questão da legitimidade. E resolve-a da forma clássica : só quem tem interesse na adjudicação do contrato deve poder desencadear qualquer procedimento de impugnação. Logo, este requisito, se colocado, como é comum, na legislação nacional, não pode ferir o direito comunitário. O litígio no processo principal opunha W.Hackermueller a duas empresas públicas (BIG e WED) a propósito de um "concurso de ideias" (contrato de serviços) quanto ao projeto de arquitetura e parâmetros de decisão com vista à contratação de serviços de planeamento geral para a construção da nova Faculdade de Engenharia

Mecânica da TU-Wien. A sua proposta não foi escolhida para a segunda fase, ato que foi impugnado pela empresa prejudicada. A primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio era muito ampla, inquirindo sobre se o direito de recurso teria de ser conferido a qualquer pessoa. A resposta do Tribunal de Justiça foi : ***"17. Daqui decorre que esta disposição*** (nº 3, do artigo 1º, da diretiva 89/665/CEE, nota nossa) ***não obriga os Estados-Membros a tornar esses processos acessíveis a qualquer pessoa que pretenda obter a adjudicação de um contrato público, mas permite aos Estados-Membros exigir, além disso, que a pessoa em causa tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada pela alegada violação".*** *Depois, era perguntado (o Tribunal de Justiça contextualizou a questão nos termos descritos no nº 21, do acórdão) se no caso de que uma proposta devesse ter sido excluída, por motivos diferentes daqueles que o proponente excluído adiantou, e portanto, deveria já estar fora do procedimento, isso equivalia a que ele não se pudesse considerar lesado, ou com a possibilidade de o vir a ser, o Tribunal de Justiça declarou :* ***"(...) há que reconhecer que a realização completa do objectivo prosseguido pela Directiva 89/665 ficaria comprometida se fosse possível a uma instância responsável pelos processos de recurso previstos por esta directiva recusar o respectivo acesso a um proponente que tivesse invocado a ilegalidade da decisão pela qual a entidade adjudicante não considerou que a sua proposta era a mais vantajosa, com o fundamento de que a mesma entidade não havia, erradamente, eliminado a referida proposta antes de proceder à selecção da proposta mais vantajosa".*** *Lembra o Tribunal de Justiça que caso ele tivesse sido eliminado mais cedo, teria direito a impugnar tal ato, porque ele se encontra abrangido pela descrição do nº 1, do artigo 1º, da referida diretiva. E caso o fizesse, aí sim, a instância de recurso poderia considerar uma violação anterior, com todas as respetivas consequências. Mas sempre sem coartar o direito de impugnação pleno, de alguém que é um legítimo interessado.*

Processo C-314/01 (Siemens e ARGE Telekom)
Acórdão de 18 de março de 2004

Coletânea, 2004, página I-2549
ECLI:EU:C:2004:159

"A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, e, em particular, os seus artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 7, devem ser interpretados no sentido de que, no caso de uma cláusula do concurso ser incompatível com a regulamentação comunitária em matéria de contratos de direito público, a ordem jurídica interna dos Estados-Membros deve prever a possibilidade de invocar essa incompatibilidade no âmbito dos processos de recurso previstos na Directiva 89/665."

COMENTÁRIO :

O tema do âmbito do recurso, enquanto meio idóneo capaz de permitir reação adequada a violações da regulamentação europeia quanto aos contratos públicos surge como recorrente. Neste processo, o litígio do processo principal ocorreu na Áustria, entre duas empresas privadas e a União das Caixas de Segurança Social (Hauptverband) a propósito da adjudicação de um contrato relativo à conceção, elaboração e realização de um sistema de processamento eletrónico de dados em cartões com chip integrado. Tudo no contexto de um concurso que tinha duas fases, tendo a Hauptverband procedido ao convite de cinco das seis empresas que tinham participado na primeira fase. Uma das principais disposições pré-contratuais era a seguinte, que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio foi prevista a fim de assegurar a boa execução do contrato no plano técnico : ***"A subcontratação de partes do contrato apenas é autorizada até ao limite de 30% das prestações e desde que o proponente ou o grupo de proponentes conserve as prestações características do contrato, isto é, a gestão do projecto, a concepção do sistema, o desenvolvimento, a realização, o fornecimento e o funcionamento dos componentes centrais do sistema global específicos do projecto, o desenvolvimento, o fornecimento e a gestão dos cartões segundo o seu ciclo de vida, bem como o desenvolvimento dos terminais"****.*

Na apresentação das propostas, três dos quatro grupos concorrentes apresentavam o mesmo fornecedor de cartões (Austria Card). O quarto grupo (ADS/ORGA), não. A entidade adjudicante anunciou que que pretendia atribuir o contrato à ADS/ORGA. Os três concorrentes cuja proposta não foi escolhida impugnaram esta decisão, e pretenderam a anulação do concurso, nomeadamente por considerarem a cláusula de subcontratação contrária ao direito comunitário. Partindo do princípio que a disposição que limita a subcontratação seria contrária à diretiva 92/50/CEE (por exemplo, fundado na interpretação que o Tribunal de Justiça deu a situação similar, no processo C-176/98, Holst Italia), desde que o prestador demonstre que pode dispor efetivamente dos meios das entidades subcontratadas, a resposta foi : ***"Se se concluir que uma cláusula do concurso é efetivamente contrária à Directiva 92/50, concretamente na medida em que proíbe ilegalmente o recurso à subcontratação, basta então recordar que, nos termos dos artigos 1º, nº 1, e2º, nº 7, da Directiva 89/665, os Estados-Membros estão obrigados a tomar as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível, no caso de essas decisões terem violado a regulamentação comunitária em matéria de contratos de direito público".*** *E por aqui se ficou, sem entrar no detalhe do desvalor em concreto. Mas sem deixar de lembrar que não estava a julgar a cláusula em concreto (isso era simplesmente um pressuposto, na filosofia deste acórdão), e que apesar de ela se referir à execução do contrato estavam já identificados, na jurisprudência, os critérios para aceitar limitações à subcontratação (nº 45, do acórdão).*

Processo C-315/01 (GAT)
Acórdão de 19 de junho de 2003

Coletânea, 2003, página I-6351
ECLI:EU:C:2003:360

"1. A Directiva 89/665/CEE do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, não se opõe a que no âmbito de um pedido apresentado por um proponente com vista a obter a declaração da ilegalidade da decisão de adjudicação de um contrato público, para efeitos de uma posterior indemnização, a instância de recurso responsável suscite oficiosamente a ilegalidade de uma decisão de uma entidade adjudicante diferente da que foi impugnada pelo proponente. Ao invés, esta directiva opõe-se a que a referida instância negue provimento ao pedido do proponente com o fundamento de que, devido à ilegalidade suscitada oficiosamente, o processo de adjudicação era, de qualquer forma, irregular e de que o eventual prejuízo do proponente se teria, assim, verificado, mesmo na inexistência da ilegalidade invocada por este último.

2) (...).

3) (...)".

<u>COMENTÁRIO :</u>

Uma clara afirmação entre o que é o lícito no âmbito da liberdade dos Estados-membros, - a consideração oficiosa, em processo de recurso nacional, de ilegalidade diversa da invocada pelo impugnante – e o que o não é – usar essa invocação oficiosa para, de facto, inviabilizar o deferimento da pretensão do mesmo impugnante. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas) e à terceira do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo).

Processo C-410/01 (Fritsch, Chiari & Partner)
Acórdão de 19 de junho de 2003

Coletânea, 2003, página I-6413
ECLI:EU:C:2003:362

"O artigo 1º, nº 3, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com as alterações introduzidas pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, opõe-se a que se considere que uma empresa que participou num processo de adjudicação de um contrato público perdeu o seu interesse na obtenção desse contrato, com o fundamento de que, antes de interpor um dos recursos previstos na referida directiva, se absteve de pedir a intervenção de uma comissão de conciliação, como a Bundes-Vergabekontrollkomission, criada pela Bundesgesetz ueber die Vergabe von Auftraegen (Bundesversgabegesetz) 1997 (lei federal de 1997 sobre a adjudicação de contratos públicos)."

COMENTÁRIO :

Com a transposição da diretiva 89/665/CEE na Áustria, foi criada uma comissão de conciliação (Bundes-Vergabekontrollkommission – B-VKK). No contexto das várias soluções legais para estabelecer um modelo de recursos em matéria de contratação pública, foi tornado, objetivamente, obrigatório o recurso a tal comissão, para, depois, se passar à fase judicial. O Tribunal concluiu : ***"31. (...) há que reconhecer que o facto de se subordinar o acesso aos processos de recurso previstos pela Directiva 89/665 ao pedido de intervenção prévia de uma comissão de conciliação, como a B-VKK, é contrário aos objetivos de rapidez e eficácia desta directiva. 32. Com efeito, por um lado, o pedido de intervenção prévia dessa comissão de conciliação tem inevitavelmente por efeito atrasar a interposição dos processos de recurso que a Directiva 89/665 obriga os Estados-Membros a instituir. 33. Por outro lado, uma simples comissão de conciliação, como a B-VKK, não tem qualquer dos poderes que o artigo 2º, nº 1, da Directiva 89/665 obriga os Estados-Membros a conceder às instâncias responsáveis pelos referidos processos de recurso, de forma que a sua intervenção não é susceptível de garantir a***

aplicação efectiva das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos. 34. Importa acrescentar que o facto de o artigo 1º, nº 3, da Directiva 89/665 permitir expressamente que os Estados-Membros determinem as modalidades segundo as quais devem tornar os processos de recurso previstos pela referida directiva acessíveis a qualquer pessoa que tenha ou possa vir a ter interesse na obtenção de um contrato público determinado e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação não os autoriza, contudo, a dar a noção de 'interesse na obtenção de um contrato público' uma interpretação susceptível de pôr em causa o efeito útil da directiva (v. neste sentido, acórdão Universale Bau, e o., já referido)."

Processo C-424/01 (CS Austria)
Despacho do Tribunal de 9 de abril de 2003

Coletânea, 2003, página I-3249
ECLI:EU:C:2003:213

"O artigo 2º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, na redacção dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que os Estados-membros prevejam que, quando uma instância responsável pelos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos se pronuncie sobre um pedido de medidas provisórias, deve ou poder ter em conta as perspectivas de êxito de um pedido de anulação de uma decisão ilegal da entidade adjudicante, desde que as normas nacionais assim aplicáveis à adopção de medidas provisórias não sejam menos favoráveis que as relativas a recursos semelhantes de natureza interna e que não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a CS Communications & Systems Austria GmbH à AUV (Allgemeine Unfallversicherungsanstalt) um instituto público encarregue de seguros de acidentes, a respeito da decisão tomada por esta última de recusar, sem a examinar quanto ao mérito, a proposta que a CS Austria apresentou no quadro de um contrato de fornecimento, de montagem e de aplicação de diversos componentes eletrónicos de rede, por não corresponder às especificações do aviso de concurso público, publicado a 9 de julho de 2001. O valor deste contrato, que incluía a formação para utilização destes suportes lógicos, do sistema, era estimado em € 1.000.000. A CS Austria apresentou a sua proposta em 10 de setembro de 2001, especificando que os produtos que pretendia fornecer não eram novos, mas tinham sido objeto de uma revisão geral. A AUV, em 19 de setembro do mesmo ano, comunicou à CS Austria que a sua proposta havia sido eliminada, porque não correspondia ao pedido no aviso, porque jurisprudência dos tribunais austríacos afirmava que em caso de dúvida, só podiam ser fornecidos produtos novos no contexto de um

concurso. A CS Austria, baseada em que não havia qualquer proibição, nos documentos pré-contratuais, em apresentar produtos que não fossem novos, e que a sua proposta era tecnicamente apta, impugnou o ato da AUV, e pedia a emissão de medidas provisórias, que impedissem a AUV de adjudicar o contrato, o que foi deferido parcialmente, pois que era necessário esclarecer o sentido de normas da diretiva 89/665/CEE. O estabelecimento da condição fumus boni júris é comum a muitas legislações. A sua apreciação perante as normas da citada diretiva foi assim feita : ***"29. Há que dizer que as perspectivas de êxito do recurso quanto ao mérito não constam entre os elementos que a instância responsável pelos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos deve ou pode ter em conta quando se pronuncia sobre um pedido de medidas provisórias ao abrigo do artigo 2º, nº 1, alínea a), da Directiva 89/665, mas que esta também não proíbe que sejam tomadas em conta*** *(página I-3264) ;* ***"32. (...) há que declarar que a circunstância de uma norma nacional prever que a instância responsável pelos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos deve, ou, se for caso disso, está autorizada a tomar em conta as perspectivas de êxito de um pedido de anulação de uma decisão da entidade adjudicante assente na sua ilegalidade, não é susceptível de causar dano à efectividade dos direitos conferidos pelas directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos nem, designadamente, do direito a uma via de recurso eficaz e rápida prevista pela Directiva 89/665, visto que essa norma nacional se limita a possibilitar a tomada em conta, em cada caso particular, do grau de probabilidade de uma alegada violação de direito comunitário em matéria de concursos públicos ou das normas nacionais que transpõem esse direito"*** *(páginas I-3265 e I-3266). Como sempre, na apreciação da margem de liberdade do poder legislativo pelos Estado-Membros, o Tribunal de Justiça insistiu em que os instrumentos nacionais concebidos para cumprir os objetivos da diretiva 89/665/CEE não poderiam tornar impossível, ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos em causa, e deveriam conter requisitos semelhantes a figuras processuais análogas, desde que compatíveis com o direito da União.*

Processo C-448/01 (EVN e Wienstrom)
Acórdão de 4 de dezembro de 2003

Coletânea, 2003, página I-14527
ECLI:EU:C:2003:651

"1) (...).

2) A legislação comunitária em matéria de concursos públicos impõe que a entidade adjudicante revogue o anúncio de concurso quando, no quadro do processo de recurso previsto no artigo 1º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativa à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos públicos de obras e de fornecimentos, tal como alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, se revelar ilegal uma decisão relativa a um dos critérios de adjudicação estabelecidos e por esse motivo for anulada pela instância de recurso."

COMENTÁRIO :

"92. (...) os princípios da igualdade de tratamento e da transparência dos processos de adjudicação implicam que as entidades adjudicantes têm a obrigação de se cingir à mesma interpretação dos critérios de adjudicação durante todo o processo (v., neste sentido, nomeadamente, acórdão SIAC Construction, já referido, nº 43). 93. No que respeita aos próprios critérios de adjudicação é de admitir, por maioria de razão, que os mesmos não devem sofrer qualquer alteração ao longo do processo de adjudicação. 94. Daqui resulta que, no caso de anulação, pela instância de recurso, de uma decisão relativa a um critério de adjudicação, a entidade adjudicante não pode validamente prosseguir o processo de adjudicação abstraindo deste critério, uma vez que tal equivaleria a alterar os critérios aplicáveis ao processo em questão" *(paginas I-14592 e I-14593). Saliente-se que a revogação do anúncio é tida, neste caso, como o meio mais adequado para frustrar o procedimento. E, aqui, o Tribunal de Justiça não hesitou em retirar todas as consequências quanto à definição da atitude exigível à entidade adjudicante. É certo que fundamentou, de modo indireto, no que seria uma lesão continuada quanto à estabilidade do critério de adjudicação, mas levou até ao limite a sua decisão.*

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo).

Processo C-212/02 (Comissão *versus* Áustria)
Acórdão de 24 de junho de 2004

ECLI:EU:C:2004:386

"1) Na medida em que as Landesvergabegesetze (leis dos Laender relativas à adjudicação de contratos de direito público) dos Laender de Salzburgo, da Estíria, da Baixa Áustria e da Caríntia não prevêem, em todos os casos, um processo de recurso que permita a um proponente afastado obter a anulação da decisão de adjudicação do contrato, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2º, nº 1, alíneas a) e b9, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, e da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicacões.

2) A República da Áustria é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

*A República da Áustria é um Estado federal, em que os Estados federados (como os de Salzburg, Estíria, Baixa Áustria e da Caríntia) têm poder legislativo que os habilita a emitir normas sobre esta matéria. As quais devem respeitar não só o ordenamento jurídico federal, mas também o direito da União. No caso concreto, aquilo que estava em falta nas citadas leis federadas, era, como aponta a parte inicial da primeira conclusão, era a de garantir um espectro completo para o exercício do direito de recurso. Como se pode comprovar do texto a seguir reproduzido, estavam em causa ambas as diretivas sobre meios de recurso : 89/665/CEE e 92/13/CEE. "**21. *Uma protecção jurídica completa pressupõe, antes de mais, a obrigação de informar os proponentes da decisão de adjudicação. Uma legislação relativa ao acesso aos documentos administrativos que se limita a prever a informação aos proponentes unicamente das decisões que lhes dizem directamente respeito não pode compensar a inexistência de obrigação de informar todos os proponentes da decisão de adjudicação antes da***

celebração do contrato, a fim de estes disporem de uma efectiva possibilidade de interpor recurso. 22. A circunstância de não ser proibido fornecer uma tal informação não pode eximir a República da Áustria da obrigação de adoptar disposições legislativas no sentido de se conformar com as exigências do efeito útil das Directivas 89/665 e 92/13. Este Estado-Membro não pode sustentar ter assegurado uma aplicação conforme destas directivas invocando que nada impede a entidade adjudicante de publicar as decisões de atribuição algum tempo antes da celebração do contrato. Esta faculdade resulta em reconhecer à entidade adjudicante a liberdade de decidir ou não decidir informar os proponentes da decisão de adjudicação, ao passo que as referidas directivas se destinam a proteger os proponentes do poder arbitrário da entidade adjudicante". *E igual apreciação negativa também para o facto de o Governo federal austríaco ter recorrido a uma circular administrativa para, supostamente, promover a transposição das normas europeias em questão.*

Processo C-230/02 (Grossmann Air Service)
Acórdão de 12 de fevereiro de 2004

Coletânea, 2004, página I-1829
ECLI:EU:C:2004:93

"1) Os artigos 1º, nº 3, e 2º, nº 1, alínea b) da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que se considere que, após a adjudicação de um contrato público, uma pessoa fica privada do direito de aceder aos processos de recurso previstos nesta directiva caso não tenha participado nesse concurso, por ter entendido que não estava em condições de fornecer todas as prestações objecto do concurso, devido à presença de especificações alegadamente discriminatórias na documentação a ele relativa, e por, apesar disso, não ter interposto recurso de tais especificações antes da adjudicação do referido contrato.

2) O artigo 1º, nº 3, da Directiva 89/665, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que se considere que uma pessoa que participou num processo de adjudicação de um contrato público perdeu o seu interesse na obtenção desse contrato, pelo facto de não ter submetido o assunto a uma comissão de conciliação, como a Bundes-Vergabekontrollkomission (comissão federal de controlo das adjudicações), instituída pela Bundesgesetz ueber der Vergabe von Auftraegen (Bundesvergabegesetz) 1997 (Lei federal de 1997 sobre a adjudicação de contratos públicos), antes de fazer uso de um processo de recurso previsto por esta directiva.

COMENTÁRIO :

Ver o processo C-410/01 (Fritsch, Chiari & Partner). Começando pela segunda conclusão, a criação de diferentes instâncias graciosas de recurso, mesmo com a melhor das intenções, pode acabar sendo um obstáculo ao exercício de direitos. Não esquecer que os meios de recurso deveriam ser eficazes e rápidos, nos termos da diretiva 89/665/CEE. O litígio de onde

emergiu o reenvio prejudicial estabeleceu-se entre a empresa Grossmann Air Service e o Ministério Federal das Finanças Austríaco. Quanto à legitimidade, a participação no concurso pode constituir um requisito lícito para que possa interpor recurso visando a anulação de um acto ilegal. Porém, mesmo isto desde que a ordem jurídica nacional, para ser compatível com as normas das diretivas, preveja a possibilidade de impugnação de eventuais regras discriminatórias, que terão justificado a não participação no concurso público em causa. Não é difícil aceitar que se trata de uma decisão muito equilibrada, não dando azo a impugnações oportunistas a quem já de desinteressou, de facto, da adjudicação : ***"37. É forçoso constatar que o facto de uma pessoa não recorrer da decisão da entidade adjudicante que fixou especificações de um concurso que aquela considera discriminatórias em seu detrimento, na medida em que a impedem de participar utilmente no processo de adjudicação em causa, e de aguardar a notificação da decisão de adjudicação do contrato para impugnar essa adjudicação junto da instância responsável, arguindo precisamente a natureza discriminatória das referidas especificações, não está de acordo com os objectivos de rapidez e eficácia da Directiva 89/665")*** *Dando relevo à possibilidade, não utilizada, de impugnar as próprias normas do procedimento.*

Processos C-21/03 (Fabricom) e C-34/03 (Fabricom) apensos
Acórdão de 3 de março de 2005

Coletânea, 2005, página I-1559
ECCLI:EU:C:2005:127

"1 (...).

2) A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativa à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, mais especialmente os seus artigos 2º, nº 1, alínea a) e 5º, bem como a Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das medidas legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, mas especialmente os seus artigos 1º e 2º, opõem-se a que a entidade adjudicante possa recusar, até ao fim do procedimento de apreciação das propostas, que a empresa ligada a uma pessoa que tenha sido encarregada da investigação, da experimentação, do estado ou do desenvolvimento de obras, fornecimentos ou serviços participe no procedimento, ou apresente uma proposta, quando, interrogada a esse respeito pela entidade adjudicante, essa empresa afirme não beneficiar, por esse motivo, de uma vantagem injustificada susceptível de falsear as condições normais da concorrência."

<u>COMENTÁRIO :</u>

Para a contextualização desta conclusão é indispensável a consulta ao comentário feito à primeira, que consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico). No que concerne à relação com as normas da diretiva 89/665/CEE, o Tribunal de Justiça declarou ***"44. (...) a possibilidade de a entidade adjudicante atrasar, até uma fase muito adiantada do processo, a tomada de decisão quanto à possibilidade de uma empresa ligada a uma pessoa que efectuou determinados trabalhos preparatórios participar no concurso ou apresentar uma proposta, quando essa entidade dispõe de todos os elementos para tomar a referida decisão, retira a essa empresa a***

possibilidade de invocar as regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos administrativos contra a entidade adjudicante, durante um período que depende unicamente da discricionariedade desta última e que se pode estender, eventualmente, até ao momento em que as violações já não podem ser corrigidas. 45. Uma situação deste tipo pode prejudicar o efeito útil das Directivas 89/665 e 92/13 e é susceptível de conduzir a um adiamento injustificado da possibilidade de os interessados exercerem os direitos que lhes são conferidos pelo direito comunitário.. Além disso, é contrária ao objetivo das Directivas 89/665 e 92/13, que consiste em proteger os concorrentes face à entidade adjudicantes". *O tema do arrastamento da decisão sobre o proponente em causa resultou do facto de a terceira questão prejudicial referir o momento da decisão, ou seja, se seria lícito à entidade adjudicante só se pronunciar sobre o estatuto de empresa em questão, e sua proposta, no fim do procedimento de apreciação das propostas, mesmo tendo, anteriormente, todos os dados para a decisão. Este acórdão responde baseando-se tanto na diretiva 89/665/CEE como na 92/13/CEE.*

Processo C- 26/03 (Stadt Halle)
Acórdão de 11 de janeiro de 2005

Coletânea, 2005, página I-1
ECLI:EU:C:2005:5

"1) O artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas, relativa à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, com a redacção dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, com a redacção que, por sua vez, lhe foi dada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, deve ser interpretado no sentido de que a obrigação de os Estados-Membros assegurarem a possibilidade de recursos eficazes e rápidos contra decisões adoptadas pelas entidades adjudicantes abrange também as decisões tomadas à margem de um procedimento formal de adjudicação de contratos, e prévias à abertura de concurso formal, designadamente a decisão quanto à questão de saber se um determinado contrato cai no âmbito de aplicação pessoal e material da Directiva 92/50, com a nova redacção. Esta possibilidade de recurso está aberta a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter o contrato em causa e que tenha sido ou possa ser lesada pela alegada violação, a partir do momento em que seja manifestada a vontade da entidade adjudicante susceptível de produzir efeitos jurídicos. Por conseguinte, os Estados-Membros não estão autorizados a subordinar a possibilidade de recurso ao facto de o procedimento de adjudicação do contrato público em causa ter formalmente atingido uma determinada fase.

2) (...)".

COMENTÁRIO **:**

Num processo emblemático para a caraterização dos modelos de contratação interna, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre um tema de grande importância no sistema de garantias. Sustentando que se tratava de uma mera operação interna (o que o Tribunal de Justiça não aceitou), a entidade adjudicante não reconhecia que se estivesse perante um procedimento pré-contratual abrangido pelas diretivas sobre contratação pública. Sobre o conceito de "decisões tomadas pelas entidades

adjudicantes", o Tribunal de Justiça, como sempre, preferiu uma interpretação ampla (nº 30, do acórdão), e : ***"34. Face a esta jurisprudência, bem como aos objetivos, à economia e à letra da Directiva 89/665, e no sentido de preservar o efeito útil desta, é de concluir que constitui uma decisão recorrível, na acepção do artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE, qualquer acto da entidade adjudicante, adoptado em relação a um contrato público de serviços no âmbito de aplicação material da Directiva 92/50 e susceptível de produzir efeitos jurídicos, independentemente da questão de saber se este acto é adoptado à margem de um procedimento formal de adjudicação do contrato ou no âmbito deste".*** *E acentuou, quanto ao momento do exercício do direito de recurso, que deveria ser definido (na ausência de regras específicas a esse propósito, na diretiva 89/665/CEE) de modo a assegurar a correção de comportamentos ilícitos. Como o fez quanto à legitimidade, declarando que basta ser alguém com interesse na adjudicação do contrato em causa. Ainda quanto ao momento, desde que a entidade adjudicante pratique algum ato com efeitos jurídicos sobre o procedimento, e seus interessados, deve poder-se exercer um direito de impugnação. Não só a partir de um determinado ponto do procedimento, definido em legislação nacional. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e de cooperação para exercício conjunto de missão de serviço público).*

Processo C-202/03 (DAC)
Despacho de 29 de abril de 2004
ECLI:EU:C:2004:281

"O artigo 2º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, na redação dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros são obrigados a conferir às suas instâncias de recurso o poder de tomar, independentemente da interposição prévia de um recurso quanto ao mérito, quaisquer medidas provisórias, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa."

COMENTÁRIO :

A diretiva 89/665/CEE continha, desde a sua versão inicial, regras sobre as medidas provisórias. A alínea a), do nº 1, do artigo 2º, citada no despacho decisório neste caso tinha o seguinte texto : ***"1. Os Estados-membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recurso referidos no artigo 1º prevejam os poderes que permitam : a) Tomar o mais rapidamente possível , através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes".*** *Logo, tudo conduzindo a que os processos de contencioso pré-contratual, no que dizem respeito às medidas provisórias, têm uma génese (e uma natureza) autónomas. Prévia à interposição do recurso quanto ao mérito, se este vier a existir. Este acórdão teve grande impacto nem Itália, como o demonstra a produção doutrinal que provocou. Uma das questões apresentadas ao Tribunal de Justiça tinha o seguinte conteúdo :* ***"(...) o artigo 21 da Lei nr 1034, de 6.12.1971, conforme alterado pelo artigo 3 da Lei nr 205, de 21.7.2000, na parte em que, entre as possíveis medidas cautelares, não prevê uma medida ante causam, destinada a impedir, com efeitos imediatos, que a Administração celebre o contrato subsequente à organização de um procedimento***

de concurso, independentemente da interposição de um recurso de anulação de um acto desse mesmo procedimento, representa ou não cumprimento suficiente do previsto no artigo 1, nr 3, da Diretiva 89/665/CEE, de 221 de dezembro de 1989, que obriga todos os Estados-Membros a introduzirem nos respectivos ordenamentos meios processuais plenamente acessíveis a todos aqueles que pretendam exigir o ressarcimento de um prejuízo sofrido ou que receiem sofrer um prejuízo em razão de uma decisão de adjudicação de uma empreitada pública tomada pela comissão de concurso ?".

Processo C-275/03 (Comissão *versus* Portugal)
Acórdão de 14 de outubro de 2004

ECLI:EU:C:2004:632

"1) Ao não revogar o Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequências da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos.

2) A República Portuguesa é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

Este processo desenvolve-se a propósito da fase inicial da transposição, em Portugal, da diretiva 89/665/CEE, que o Governo havia comunicado à Comissão, em 26 de julho de 1995, ter sido adequadamente feita. Porém, o diploma essencial sobre a responsabilidade civil extracontratual pública, o decreto-lei nº 48051, de 21 de novembro de 1967, continuava em vigor. Ora, como declarou, no acórdão, o Tribunal de Justiça : ***"27. Contrariamente ao que é afirmado pelo Governo português, resulta do Decreto-Lei nº 48051, que se mantinha em vigor na data em que expirou o prazo estabelecido no parecer fundamentado, que a atribuição de indemnizações às pessoas lesadas por uma violação do direito comunitário aplicável à celebração de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem está subordinada à prova de que os actos ilegais do Estado ou das pessoas colectivas de direito público foram cometidos com dolo".*** *O que colidia diretamente com o disposto na alínea c), do nº 1, do artigo 2º, da diretiva 89/665/CEE, além de se opor aos desideratos de rapidez e eficácia dos meios de recurso nesse documento previstos. E, por esse facto, podia um lesado por violação de normas comunitárias sobre contratação pública ver-se privado da indemnização a que teria direito, ou ser extraordinariamente difícil, pela necessidade de provar tal dolo ou culpa. O decreto-lei nº 48051, de 21 de novembro de 1967, só viria a ser revogado pelo artigo 5º, da lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o* ***Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estados e Demais***

Entidades Públicas". *Ver decisão no processo C-70/06 (Comissão versus Portugal), quanto à inexecução do acórdão dado no processo C-275/03, e processo C-292/11 P (Comissão versus Portugal), ambas comentadas no capítulo 29 (execução de decisões do Tribunal de Justiça).*

Processo C-15/04 (Koppensteiner)
Acórdão de 2 de junho de 2005

Coletânea, 2005, página I-4855
ECLI:EU:C:2005:345

"O órgão jurisdicional competente é obrigado a não aplicar as normas nacionais que o impedem de respeitar a obrigação que decorre dos artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 1, alínea b), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos meios de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços."

COMENTÁRIO :

O litígio principal opôs a sociedade Koppemsteiner à Bundesimmobiliengesellschaft (BIG) relativamente à decisão tomada por esta de retirar o anúncio de concurso para um contrato de direito público de serviços no termo do prazo estabelecido para apresentação de propostas. A BIG é uma sociedade encarregada da gestão das construções e de bens imóveis da República Federal da Áustria, e é a 100% do Estado. Em 26 de setembro de 2003, abriu um concurso público relativo a um lote de obras de demolição, no quadro da construção de uma escola primária e de três ginásios. O projeto, no seu conjunto, estava avaliado em € 8.600.000 e as demolições em € 95.000. Depois de ter sido informada da retirada da proposta de negócio (por motivos graves, na conceção da lei austríaca, que seria a apresentação de propostas de valor muito mais elevado do que o preço-base), a Koppensteiner foi convidada a apresentar proposta num procedimento por negociação sem publicação de anúncio, com objeto semelhante, mas uma valorização das demolições em € 90.000. A Koppensteiner apresentou propostas nos dois procedimentos, mas recorreu da anulação do primeiro, e pediu a anulação do segundo. A BIG, a 24 de janeiro de 2004, atribuiu o contrato a outra empresa, no contexto do segundo procedimento. De todo este percurso jurídico, o órgão jurisdicional de reenvio coloca, a par da necessidade de prever a impugnação, no contexto da diretiva 89/665/CEE, de uma decisão de anulação de um concurso, o tema do efeito direto de normas desse documento legislativo. O Tribunal, decidindo sobre o mérito, começou por reiterar a jurisprudência do acórdão dado no processo C-92/00 (HI-II).

Num passo especialmente interessante, declarou : ***"32. Um tribunal nacional perante o qual um proponente peça a anulação de uma decisão de retirada de um anúncio de concurso por esta ser contrária ao direito comunitário, e cujo direito nacional não permita conhecer desse pedido, será, por isso, confrontada com a questão de saber se e, eventualmente, em que condições é obrigado, por força do direito comunitário, a declarar admissível tal recurso de anulação".*** *E conclui :* ***"37. (...) o Tribunal já declarou que os artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 1, alínea b), da Directiva 89/665 se opõem a tal exclusão*** (refere-se à exclusão de poder impugnar a decisão de anulação, nota nossa) ***; "38. As referidas disposições da Directiva 89/665 são incondicionais e suficientemente precisas para fundamentar um direito de um particular que pode, tal sendo o caso, invoca-lo contra uma entidade adjudicante como a BIG."*** *Tendo em conta que existe alguma jurisprudência sobre outros aspetos de relação entre as normas das diretivas 89/665/CEE e 92/50/CEE, na qual é negado o reconhecimento de efeito direto de normas, importa transcrever o teor das que são referidas neste acórdão, ainda que o façamos em repetição. Assim, o nº 1, do artigo 1º, da diretiva 89/665/CEE, tal como alterada pela diretiva 92/50/CEE tinha o seguinte texto :* ***"1. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, novamente, no nº 7, do artigo 2º, com o fundamento de que essa decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito"***. *A alínea b), do nº 1, do artigo 2º, do mesmo documento legislativo tinha o seguinte texto :* ***"2. Os Estados-membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1º prevejamos poderes que permitam : (...) b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa".***

Processo C-129/04 (Espace Trianon)
Acórdão de 8 de setembro de 2005

Coletânea, 2005, página I-7805
ECLI:EU:C:2005:521

"O artigo 1º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, alterada pela Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretada no sentido de que se não opõe a que, segundo o direito nacional, só o conjunto dos membros de um consórcio que não dispõe de personalidade jurídica que, enquanto tal, tenha participado num procedimento de adjudicação de um contrato público e ao qual não tenha adjudicado o referido contrato pode interpor recurso da decisão de adjudicação e não unicamente um dos seus membros a título individual. O mesmo vale no caso de todos os membros de tal consórcio agirem em conjunto mas de o recurso de um dos seus membros ser julgado inadmissível."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal (na Bélgica) opôs a Espace Trianon e a Sofibail ao office communautaire et regional de la formation professionelle et de l'eemploi (FOREM), membros do consórcio Espace Trianon-Sofibail, a respeito de um processo de adjudicação de um contrato de direito público. A 30 de setembro de 1997 a FOREM publicou um anúncio para a conceção, realização e financiamento de um imóvel com uma área acima do solo de 6.500 m2, para uso da sua direção regional de Liège. Foram apresentadas cinco propostas, entre as quais a do citado consórcio. A 22 de dezembro de 1998, o comité de gestão da FOREM adjudicou o contrato a um outro concorrente (acto confirmado a 8 de janeiro de 1999, pelo mesmo órgão) o que foi impugnado pelos dois membros do consórcio, separadamente. No caso da Espace Trianon, e de acordo com o tribunal de reenvio, a decisão da Espace Trianon foi irregular, porque decidida por dois administradores e não pelo conselho de administração. O recurso apresentado pela Sofibail era, pelo contrário, regular. A apreciação do Tribunal foi : ***"19. (...) importa sublinhar que o artigo 1º, nº 3*** (da diretiva 89/665/CEE, nota nossa) ***ao referir-se a qualquer pessoa interessada em obter a adjudicação de um contrato público, visa, numa situação como a***

do processo principal, a pessoa que, ao apresentar a sua proposta no concurso público em causa, tenha demonstrado interesse em obter a adjudicação do contrato. 20. Ora, nesta situação, foi o consórcio enquanto tal que apresentou a proposta e não os seus membros a título individual. Seriam também todos os membros desta associação que, se o contrato público em causa lhes tivesse sido adjudicado, teriam a obrigação de assinar o contrato e de executar os trabalhos. 21. Contrariamente a outras situações submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça (v. designadamente, acórdãos de 12 de Fevereiro de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, Colect. P. I-1829, nº 28, e de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, ainda não publicado na Colectânea, nº 41), nada se opôs, no processo principal, a que os membros do consórcio interpusessem conjuntamente, na qualidade de associados ou em nome próprio, um recurso de anulação das decisões de 22 de Dezembro de 1998 e de 8 de Janeiro de 1999. 22. Por conseguinte, uma regra processual nacional que exige que um recurso de anulação de uma decisão de uma entidade adjudicante de adjudicar um contrato público seja interposto pelo conjunto dos membros que formam um consórcio não limita o acesso a tais recursos de uma forma contrária ao artigo 1º, nº 3, da Directiva 89/665". *Novamente o tema da legitimidade processual no caso de um consórcio (não de um mero agrupamento de empresas), afirmando que é permitido, face ao direito comunitário, que a lei nacional só confira o direito de recurso ao consórcio qua tale, e não a membros isolados do mesmo. O que o Tribunal de Justiça afirmou como válido (nos limites do seu poder de interpretação), mesmo em circunstâncias como as dos recursos apresentados no processo principal, em que um dos recorrentes, a Espace Trianon, havia apresentado um recurso irregular, face aos seus próprios estatutos.*

Processo C-6/05 (Medipac)
Acórdão de 14 de junho de 2007

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Importante porque se trata de um processo em que é imposta a suspensão de um concurso, para permitir o funcionamento de um mecanismo de salvaguarda, em sede de dispositivos médicos.

Processo C-432/05 (Unibet)
Acórdão de 13 de março de 2007

Coletânea, 2007, página I-2271
ECLI:EU:C:2007:163

"1) O princípio da protecção jurisdicional efectiva dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que não exige que na ordem jurídica de um Estado-Membro exista uma acção autónoma destinada, a título principal, a apreciar a conformidade de disposições nacionais com o artigo 49º CE, uma vez que outras vias de recurso efectivas, que não são menos favoráveis do que as que regulam as acções nacionais similares, permitem apreciar a título incidental essa conformidade, o que compete ao juiz nacional verificar.

2) O princípio da protecção jurisdicional efectiva dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que exige que na ordem jurídica de um Estado-Membro possam ser concedidas medidas provisórias até que o órgão jurisdicional competente se pronuncie sobre a conformidade das disposições nacionais com o direito comunitário, quando a concessão de tais medidas seja necessária para garantir a a plena eficácia da decisão jurisdicional a tomar quanto à existência de tais direitos.

3) O princípio da protecção jurisdicional efectiva dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, em caso de dúvida sobre a conformidade de disposições nacionais com o direito comunitário, a eventual concessão de medidas provisórias para suspender a aplicação das referidas disposições até que o órgão jurisdicional competente se pronuncie sobre a conformidade destas com o direito comunitário é regulada por critérios fixados pelo direito nacional aplicável nesse órgão jurisdicional, desde que esses critérios não sejam menos favoráveis do que os relativos a pedidos similares de natureza interna nem tornem impossível ou excessivamente difícil, na prática, a protecção jurisdicional provisória desses direitos."

COMENTÁRIO :

Apesar de não ser um caso em que se decida sobre um processo de adjudicação de uma empreitada, um fornecimento ou uma prestação de serviços, o interesse da matéria para esta coletânea jurisprudencial é

manifesto, preenchendo o conceito de proteção jurisprudencial efetiva. O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais).

Processo C-70/06 (Comissão *versus* Portugal)
Acórdão de 10 de janeiro de 2008

O comentário a este acórdão consta do capítulo 29 (execução de decisões do Tribunal de Justiça). Versa sobre a não revogação do decreto-lei nº48051, de 21 de janeiro de 1967, assim desrespeitando o acórdão do Tribunal de Justiça dada no processo C-275/03, de 14 de outubro de 2004.

Processo C-241/06 (Laemmerzahl)
Acórdão de 11 de outubro de 2007

Coletânea, 2007, página I-8415
ECLI:EU:C:2007:597

"1) Nos termos do artigo 9º, nº 4, e do anexo IV da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 2001/78/CE da Comissão, de 13 de Setembro de 2001, o anúncio do concurso relativo a um contrato abrangido pelo âmbito de aplicação desta directiva deve precisar a quantidade ou a extensão total do referido contrato. A falta desta indicação deve poder ser objeto de recurso nos termos do artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimentos, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.
2) A Directiva 89/665, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/50, designadamente o seu artigo 1º, nºs 1 e 3, opõe-se a que uma regra nacional de caducidade seja aplicada de modo a negar a um proponente o direito de interpor recurso relativamente à escolha do procedimento de adjudicação de um contrato público ou ao cálculo do valor desse contrato, quando a entidade adjudicante não tenha indicado claramente ao interessado a quantidade ou a extensão total do referido contrato, As mesmas disposições da referida directiva opõem-se igualmente a que esta regra seja alargada de maneira geral aos recursos de decisões da entidade adjudicante, incluindo as tomadas em fases do procedimento de adjudicação posteriores ao termo do prazo estabelecido por essa regra de caducidade."

COMENTÁRIO :

Trata-se de um importantíssimo aresto, que se pronuncia sobre um tema essencial da contratação pública, o da definição e determinação do objeto de um contrato público. E que terá de ser necessariamente relevante logo em sede de definição de objeto do procedimento pré-contratual. À época, a variação de objeto só era aceitável para os trabalhos a mais e para os serviços a mais. Nem havia sequer a possibilidade de serem encomendados, no

âmbito de um contrato público sujeito à disciplina europeia, fornecimentos a mais, o que só veio a ser corrigido em 2014. No que diz respeito aos meios de recurso, o Tribunal, dando sentido útil aos dispositivos da diretiva 89/665/CEE, alarga o âmbito das impugnações à falha que constitua a não indicação da quantidade ou extensão total do objeto do futuro contrato. Por obediência ao estabelecido pelo nº 1, do artigo 1º, dessa diretiva. O Tribunal de Justiça reitera que o estabelecimento, pelas legislações nacionais, de prazos de caducidade para interposição de recursos não só não é contrário, mas confina-se aos objetivos da diretiva 89/665/CEE (números 50 e 51, do acórdão). Que têm de ser razoáveis, e não impedir, ou tornar excecionalmente difícil, o exercício de direitos. E que devem ser interpretados em função da atitude concreta da entidade adjudicante. Isto é, se esta for evasiva, ou não prestar a informação suficiente para que o impugnante se possa determinar, um prazo de caducidade, sem ser, em princípio ilegal, pode nisso tornar-se. No caso concreto, o Tribunal afirma : ***"57. Deve concluir-se que a Directiva 89/665/CEE, em especial o seu artigo 1º, nºs 1 e 3, se opõe a que uma regra de caducidade estabelecida no direito nacional seja aplicada de maneira a negar a um proponente a possibilidade de interpor recurso no que se refere ao procedimento de adjudicação de um contrato público ou ao cálculo do valor desse contrato, quando a entidade adjudicante não tenha indicado claramente ao interessado qual a quantidade ou a extensão total do referido contrato".***

Processo C-444/06 (Comissão *versus* Espanha)
Acórdão de 3 de abril de 2008

Coletânea, 2008, página I-2045
ECLI:EU:C:2008:190

"1) Ao não prever um prazo obrigatório para a entidade adjudicante notificar a todos os concorrentes a decisão de adjudicação de um contrato e ao não prever um prazo obrigatório de dilação entre a adjudicação de um contrato e a sua celebração, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 2º, nº 1, alíneas a) e b), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992.

2) A acção é julgada improcedente quanto ao restante.

3) O Reino de Espanha é condenado a suportar dois terços da totalidade das despesas. A Comissão das Comunidades Europeias é condenada a suportar a terça parte restante."

COMENTÁRIO :

A Comissão levou o Reino de Espanha perante o Tribunal de Justiça por considerar que várias disposições do direito nacional não correspondiam ao sentido útil das normas da diretiva 89/665/CEE. Uma primeira questão dizia respeito a não estar previsto um prazo para informar todos os interessados sobre a adjudicação. A segunda, que com a primeira foi respondida em conjunto, era relativa a não estar previsto um prazo mínimo entre a adjudicação e a celebração do contratos O Tribunal de Justiça declarou : ***"38.(...) a protecção jurídica completa*** (resultante das normas da diretiva 89/665/CEE, nota nossa) ***que deve, deste modo, ser assegurada antes da celebração do contrato, nos termos do artigo 2º, nº 1, da directiva recursos pressupõe, em especial, a obrigação de informar os concorrentes da decisão de adjudicação antes da celebração do contrato a fim de que estes disponham de uma possibilidade real de recurso. 39. Esta mesma protecção exige que seja prevista a possibilidade de o concorrente preterido examinar em tempo útil a questão da validade da decisão de adjudicação. Tendo em conta as exigências do efeito útil da directiva recursos, deve decorrer um prazo razoável entre o momento em que a decisão de adjudicação é comunicada aos***

concorrentes preteridos e a celebração do contrato, a fim de lhes permitir, designadamente, apresentar um pedido de medidas provisórias até à celebração do contrato". *Lembrando que a adjudicação implicava, de jure, a celebração do contrato, seria impraticável a impugnação prática de algo entre os dois momentos. E mais :* ***"43. (...) importa sublinhar que a formalização do contrato pode ser concomitante com a respectiva adjudicação ou seguir-se a esta última num prazo extremamente curto. Com efeito, essa formalização, como, de resto, o Reino de Espanha reconhece, não está sujeita a um prazo mínimo e pode ter lugar logo que o adjudicatário tenha provado que constituiu uma garantia definitiva, uma vez que a legislação impõe unicamente que a constituição dessa garantia tenha lugar, o mais tardar, no prazo de quinze dias a contar da notificação da adjudicação. Consequentemente, a execução do referido contrato pode começar antes de a referida adjudicação ter sido objecto de todas as notificações exigidas".*** *Trata-se, como é evidente, de um acórdão verdadeiramente importante, cujo alcance vai muito mais além do que a apreciação crítica da legislação espanhola em causa. A parte em relação à qual não foi dada razão à Comissão dizia respeito a uma disposição da lei espanhola que previa a continuação da produção de efeitos de um contrato público declarado nulo, se disso dependesse a não perturbação grave do serviço público.* ***"54. (...) como resulta da redacção do artigo 63º, nº 3, da lei relativa aos contratos públicos, esses efeitos só a título excepcional continuam a produzir-se e isso até serem adoptadas medidas urgentes. Por outro lado, como afirmou o Reino de Espanha sem que a Comissão o tivesse desmentido, esses efeitos continuam a produzir-se sob o controlo dos órgãos jurisdicionais. 55. Assim, afigura-se que a finalidade da referida disposição não é obstar à execução da declaração de nulidade de um contrato determinado, mas evitar, quando está em causa o interesse geral, as consequências excessivas e eventualmente prejudiciais de uma execução imediata dessa declaração, até serem adoptadas medidas urgentes, a fim de garantir a continuidade do serviço público".***

Processo C-450/06 (Varec)
Acórdão de 14 de fevereiro de 2008

Coletânea, 2008, página I-581
ECLI:EU:C:2008:91

"O artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, na redacção dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, conjugado com o artigo 15º, nº 2, da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, na redacção dada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, deve ser interpretado no sentido de que a instância responsável pelos recursos previstos no referido artigo 1º, nº 1, deve garantir a confidencialidade e o direito ao respeito dos segredos de negócio em relação a informações contidas nos processos que lhe sejam transmitidos pelas partes na causa, nomeadamente pela entidade adjudicante, podendo, no entanto, ela própria conhecer de tais informações e tomá-las em consideração. Cabe a essa instância decidir em que medida e segundo que modalidades deve garantir-se a confidencialidade e o segredo dessas informações, face às exigências de uma protecção jurídica efectiva e ao respeito dos direitos de defesa das partes no litígio e, no caso de um recurso jurisdicional ou de um recurso junto de uma instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 234º CE, a fim de que o processo respeite, no seu conjunto, o direito a um processo equitativo."

COMENTÁRIO :

Este caso desenrola-se na Bélgica, onde se estabeleceu um litígio entre a empresa Varec e o Ministro da Defesa, representando o Estado. Em 14 de dezembro de 2001, foi lançado um concurso para adjudicação de um contrato de substituição de elos das lagartas para tanques "Léopard". Dois concorrentes apresentaram propostas : a Varec e a Diehl. Examinando as propostas, foi considerado que a proposta da Varec não preenchia as condições de seleção de caráter técnico e que, portanto, era irregular. O

contrato foi adjudicado à Diehl. A Varec impugnou judicialmente a decisão. O processo então entregue pela entidade adjudicante no Conseil d'État, para a instrução do recurso, não incluía a proposta da Diehl. Depois de um requerimento apresentado ao tribunal pela Varec, foram entregues alguns elementos da proposta da Diehl, mas não todos. O acórdão refere-se a este episódio, nestes termos : ***"17. Em 17 de Dezembro de 2002, o Estado belga juntou aos autos a proposta da Diehl, precisando que nela não figuravam os planos de conjunto do elo proposto nem os seus elementos constitutivos. Indicou que, em conformidade com o caderno de encargos e o pedido da Diehl, lhe restituíra esses elementos. Acrescentou que, por essa razão, não podia juntar esses elementos aos autos e que, se fosse indispensável a sua junção, dever-se-ia, então, pedir à Diehl que os fornecesse. O Estado belga lembrou igualmente que a Varec e a Diehl estão em oposição quanto aos direitos intelectuais que se ligam aos planos em questão"****. A Diehl opôs-se a tal junção, dado os elementos em causa conterem matéria confidencial, dada não só a sua natureza, como o detalhe quanto às revisões exatas dos planos de fabrico. Depois de esclarecer que a diretiva 93/36/CEE era a aplicável, em conjunto com a 89/665/CEE, a este processo, o Tribunal de Justiça passou à apreciação do caso. O nº 2, do artigo 15, da diretiva 93/36/CEE dispõe que as entidades adjudicantes têm a obrigação de respeitar o caráter confidencial de todas as informações prestadas pelos fornecedores. Para a interpretação destas normas, e de outras aplicáveis, o Tribunal declarou :* ***39. É certo que essas disposições visam a conduta das entidades adjudicantes. Deve todavia reconhecer-se que o seu efeito útil estaria gravemente comprometido se, na altura de um recurso interposto de uma decisão tomada pela entidade adjudicante num processo de adjudicação de um contrato de direito público, todas as informações relativas a esse processo devessem, sem qualquer limitação, ser postas à disposição do autor desse recurso, ou mesmo de outras pessoas tais como os intervenientes. 40. Em tal hipótese, a simples interposição do recurso daria acesso a informações que poderiam ser utilizadas para falsear a concorrência ou para prejudicar os interesses legítimos dos operadores económicos que participaram no processo de adjudicação do contrato de direito público em causa. Tal possibilidade poderia mesmo incitar operadores económicos a interpor recursos com o único objetivo de acederem aos segredos de negócios dos seus concorrentes".*** *E conclusivamente :* ***43. (...) no quadro de um processo de recurso em matéria de adjudicação de um contrato de direito público, a instância responsável por esse***

processo deve poder decidir que determinadas informações contidas no processo relativo a tal adjudicação não serão transmitidas às partes e aos seus advogados, se isso for necessário para assegurar a protecção da concorrência leal ou dos interesses legítimos dos operadores económicos pretendia pelo direito comunitário". *Transportando a questão para o campo do respeito pelo "processo equitativo", previsto na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (seu artigo 6º), o Tribunal considerou que também aí nada obrigava, em geral, à disponibilização de todos os elementos, mesmo tendo em conta o princípio do contraditório :* ***"51. (...) no quadro de um recurso contencioso de uma decisão tomada por uma entidade adjudicante num processo de adjudicação de um contrato de direito público, o princípio do contraditório não implica um direito de acesso ilimitado e absoluto das partes à totalidade das informações relativas ao processo de adjudicação em causa que foram depositadas perante a instância responsável pelo recurso. Pelo contrário, esse direito de acesso deve ser ponderado com o direito dos outros operadores à proteção das suas informações confidenciais e dos seus segredos de negócios".*** *Isso não prejudica que a instância que decida o recurso tem de estar de posse de todos os elementos (número 53),só que não pode facultá-las sem antes notificar o potencial lesado sobre o pedido de outrem, antes de decidir.*

Processo C-492/06 (Consorzio Elisoccorso)
Despacho do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2007

Coletânea, 2007, página I-8189
ECLI:EU:C:2007:583

"O artigo 1º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, segundo o direito nacional, um dos membros de uma associação temporária sem personalidade jurídica que tenha participado, enquanto tal, num processos de adjudicação de um contrato público e à qual o referido contrato não tenha sido adjudicado, possa interpor, a título individual, um recurso da decisão de adjudicação deste."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha o Consorzio Elisoccorso San Raffaele à Elilombarda Srl, líder de uma associação temporária em vias de constituição. Em 30 de novembro de 2004, a Azienda Ospedaliera Niguarda Ca'Granda di Milano, enquanto entidade adjudicante, publicou um anúncio de concurso que tinha por objeto, nomeadamente, um serviço de socorro aéreo por helicóptero, no montante estimado de despesa de € 25.900.000. Dois agrupamentos concorreram, sendo o contrato adjudicado ao liderado pela Consorzio Elisoccorso. O outro concorrente apresentou um recurso contra essa decisão, que foi contestada por não ter sido apresentado pela associação temporária liderado pela Elilombarda. Depois de várias vicissitudes judiciais, era este o tema da questão prejudicial. Tendo em conta a decisão dada no processo C-129/04 (Espace Trianon), que viabilizou uma solução legislativa nacional que impunha que um recurso tivesse de ser apresentado por todos os membros de uma associação temporária de empresas, o caso ganhou um interesse acrescido. Mas o Tribunal de Justiça manteve a sua linha de raciocínio (que até permitiu a decisão por despacho), frisando que a diretiva 89/665/CEE só estabelecia condições mínimas quantos aos meios de recurso (nº 21, do acórdão). Portanto, podia aceitar tanto uma legislação nacional que impusesse a interposição de recursos por todos os membros de uma associação temporária, como outra que dispusesse diferentemente, ou mesmo o contrário. Reportando-se ao acórdão Trianon, o Tribunal de Justiça

declarou : ***"25. (...) o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 1º da referida directiva não se opõe a que, segundo o direito nacional de um Estado-Membro, apenas a totalidade dos membros de uma associação temporária sem personalidade jurídica que tenho participado, enquanto tal, num processo de adjudicação de um contrato público e à qual o referido contrato não tenha sido adjudicado, possa interpor um recurso da decisão de adjudicação deste".*** *E, com isso :* ***"27. O Tribunal de Justiça de modo algum excluiu que outros Estados-Membros possam no seu direito nacional, conceder um acesso mais vasto aos referidos recursos, consagrando um conceito de legitimidade mais amplo do que o mínimo garantido pela referida directiva".***

Processos C-145/08 (Club Hotel Loutraki) e C-149/08 (Aktor) apensos
Acórdão de 6 de maio de 2010

Coletânea, 2010, página I-4165
ECLI:EU:C:2010:247

"(...).

2) O direito da União, em particular o direito à protecção jurisdicional efectiva, opõe-se a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, interpretada no sentido de que os membros de um consórcio, proponente num processo de adjudicação de um contrato público, são privados da possibilidade de pedir, a título individual, uma indemnização pelos danos que sofreram individualmente em consequência de uma decisão adoptada por uma autoridade, diferente da entidade adjudicante, envolvida nesse processos em conformidade com as normas nacionais aplicáveis, e que pode ter influência sobre o desenrolar deste processo."

COMENTÁRIO :

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública), do qual consta uma resenha quanto aos factos em causa nos processos principais. Estava em questão uma situação em que só um dos membros de um agrupamento havia impugnado atos da ESR (Conselho Nacional de Radiodifusão) grega, que, a coberto de legislação especial, emite certificados de inexistência de incompatibilidades entre ser prestador em contratos públicos, e participação relevante em empesas do setor da comunicação social. Assim, se no processo C-145/08 (Club Hotel Loutraki) nem sequer o contrato misto em questão estava coberto pelas normas das diretivas de contratação pública, desaplicando, consequentemente, a diretiva 89/665/CEE, no segundo, tratava-se da adjudicação de uma empreitada de obra pública. No entanto, e como o contencioso se constituiu a propósito do exercício dos poderes da ESR (se bem que com consequências decisivas em procedimentos de adjudicação de contratos públicos), o Tribunal de Justiça declarou : ***"67. (...) resulta dos termos da Directiva 89/665/CEE, comummente designada por directiva 'recursos', que a protecção conferida por esta abrange os actos ou omissões das entidades adjudicantes" ; "69. (...) deve concluir-se que os litígios relativos às decisões de uma autoridade como a ESR não são abrangidos pelo sistema de recurso estabelecido na Directiva 89/665".*** *Mas não se ficou por aqui :* ***"70.***

Todavia, as decisões do ESR são suscetíveis de ter um determinado efeito sobre o desenrolar, ou mesmo o desfecho, de um processo de adjudicação de um contrato público, na medida em que podem levar à exclusão de um proponente, ou mesmo de um adjudicatário, foi adoptada, na opinião da referida recorrente, em violação das disposições da Directiva 93/37/CEE (...), e dos princípios decorrentes do direito primário da União". *E lembrou o princípio da proteção jurisdicional efetiva, e o acórdão dado no processo C-432/05 (Unibet), a par dos princípios da equivalência efetividade. Sustentou que existia falta de cobertura processual do direito de conseguir uma indemnização quando se tratasse de agir a título individual (como era o caso de um componente de um agrupamento desencadear procedimentos singularmente. Aqui, como consta da segunda conclusão do acórdão, acima reproduzida, o facto de se tratar de atos de uma outra entidade pública, que não a adjudicante, mas com* ***"influência sobre o desenrolar do processo"****, já não estaria excluído do regime de garantias gerais definido pelo direito da União.*

Processo C-327/08 (Comissão *versus* França)
Acórdão de 11 de junho de 2009

Coletânea, 2009, página I-102
ECLI:EU:C:2009:371

"1) A República Francesa, ao adoptar e manter em vigor o artigo 1441º-1 do novo Código de Processo Civil, conforme alterado pelo decreto nº 2005-1308, de 20 de Outubro de 2005, relativo aos contratos adjudicados pelas entidades adjudicantes referidas no artigo 4º do Despacho nº 2005-649, de 6 de Junho de 2005, relativo aos contratos adjudicados por certas pessoas públicas ou privadas não sujeitas ao Código dos Contratos Públicos, na medida em que essa disposição prevê, para a resposta da autoridade ou entidade adjudicante a uma notificação, um prazo de dez dias que exclui qualquer medida provisória pré-contratual antes da referida resposta e sem que esse prazo suspenda o prazo a respeitar entre a notificação da decisão de adjudicação do contrato aos candidatos e concorrentes preteridos e a assinatura do mesmo, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, e 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

2) Quanto ao demais, a acção é julgada improcedente.

3) A Comissão das Comunidades Europeias e a República Francesa suportarão, cada uma, as suas próprias despesas."

<u>COMENTÁRIO :</u>

A Comissão levou a República Francesa perante o Tribunal de Justiça devido ao facto de a legislação nacional em causa permitir que, em certos casos, diminuir o prazo de 10 dias entre a decisão de adjudicação e a celebração do contrato. A Comissão invocava que tal disposição provocava insegurança jurídica, e podia impedir o exercício de direitos de impugnação do ato de adjudicação, sendo um meio arbitrário ao dispor da entidade

adjudicante. O Tribunal de Justiça lembrou que seja na diretiva 89/665/CEE, seja na diretiva 92/13/CEE, não tinha sido estabelecido um prazo mínimo específico entre os dois atos. Só com a diretiva 2007/66/CE foi tal lacuna preenchida, mas com condições, remetendo para casos de contratação excecional, previstos na diretiva 2004/18/CE (nº 40, do acórdão). Por isso, não deu razão à Comissão Europeia, nesta primeira questão. Quanto à segunda questão, estava em causa uma disposição do código do processo civil francês (artigo 1441-1), que estabelecia um prazo de 10 dias para a resposta da entidade adjudicante a uma notificação obrigatória, que excluía qualquer medida provisória pré-contratual antes da referida resposta e sem que esse prazo suspendesse o prazo a respeitar entre a notificação da decisão de adjudicação do contrato aos interessados e a assinatura do mesmo. Foi declarado contrário às normas das diretivas recursos. A criação dessa fase prévia colidia com a estrutura de defesa de direitos previstas nas diretivas, com a separação clara entre a data da comunicação da decisão de adjudicação e a da firma do contrato.

Processo C-406/08 (Uniplex)
Acórdão de 28 de janeiro de 2010

Coletânea, 2010, página I-817
ECLI:EU:C:2010:45

"1) O artigo 1º, nº 1, da Directiva 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, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, exige que o prazo para propor uma acção para obter uma declaração de violação das regras de adjudicação de contratos públicos ou para obter uma indemnização pela violação destas regras corre a partir da data em que o demandante teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento dessa violação.

2) O artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE, conforme alterada pela Directiva 92/50, opõe-se a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que permite a um órgão jurisdicional nacional julgar inadmissível por caducidade uma acção para obter uma declaração de violação das regras de adjudicação de contratos públicos ou para obter uma indemnização pela violação destas regras em aplicação do critério, apreciado de forma discricionária, segundo o qual tais acções devem ser instauradas prontamente.

3) A Directiva 89/665/CEE, conforme alterada pela Directiva 92/50, obriga o órgão jurisdicional nacional a prorrogar, utilizando o seu poder discricionário, o prazo de propositura da acção de modo a garantir ao demandante um prazo equivalente àquele de que teria disposto se o prazo previsto pela regulamentação nacional aplicável tivesse corrido a partir da data em que teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento da violação das regras de adjudicação de contratos públicos. Se as disposições nacionais relativas aos prazos de propositura da acção não forem susceptíveis de uma interpretação em conformidade com a Directiva 89/665, conforme alterada pela Directiva 92/50, o órgão jurisdicional nacional deve afastar a sua aplicação, a fim de aplicar integralmente o direito comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares."

COMENTÁRIO :

Este processo respeita completamente ao tema do prazo para interposição de recurso, e de como tem de ser determinado esse mesmo prazo, cruzado com o conhecimento completo da decisão que se pretenda impugnar. O litígio no processo principal opôs a Uniplex (UK) Ltd à NHS Business Services Authority, a propósito da celebração de um acordo-quadro. Em 26 de março de 2007, a NHS abriu um concurso limitado para a celebração de um acordo-quadro para o fornecimento de hemostáticos. O correspondente anúncio foi publicado no JOCE a 28 de março de 2007. Apesar de ter apresentado a sua candidatura, a Uniplex foi informada, a 22 de novembro de 2007, de que não seria celebrado consigo um acordo-quadro. Depois disso, sucederam-se numerosas comunicações entre as duas partes, sobre as vicissitudes do procedimento, a suficiência das informações dadas pela entidade adjudicante e o regime legal de exercício de direitos. Finalmente, em 12 de março de 2008, a Uniplez interpor uma ação judicial, de onde resultaram três questões prejudiciais. Sobre a primeira questão, saber se o prazo para interpor recurso conta da sua produção, ou do conhecimento do ato e seus fundamentos, algo que, em rigor, até estranha (a pergunta do órgão de reenvio), dada a evidência da resposta necessária, o Tribunal de Justiça declarou ***: 30. O facto de um candidato ou um proponente tomar conhecimento de que a sua candidatura ou a sua proposta foi recusada não lhe permite propor efectivamente uma acção. Tais informações são insuficientes para permitir a um candidato ou proponente discernir a existência eventual de uma ilegalidade susceptível de ser objeto de uma acção. 31 Só após o candidato ou o proponente em causa ter sido informado dos motivos pelos quais foi afastado do processo de adjudicação de um contrato é que lhe é possível formar uma convicção esclarecida acerca da eventual existência de uma violação das disposições aplicáveis e sobre a oportunidade de propor uma acção".*** *Ou seja, como é do mais elementar senso comum, receber uma informação de que a proposta ou candidatura foi recusada, não chega para preparar uma impugnação como hipótese de sucesso. Muito pior se o prazo começasse a correr desde o momento da produção do ato de adjudicação, sem o conhecimento do(s) interessado(s). Quanto à segunda questão, semelhante a outra colocada no processo C-456/08, importava ver o significado de a regulamentação nacional impor que a acção fosse intentada* ***"prontamente"****. E a resposta do Tribunal de Justiça, em coerência, foi idêntica :* ***Uma disposição nacional, como a Regulation 47(7)(b) do Regulamento de 2006, segundo a qual só podem ser instauradas acções se 'a acção for instaurada prontamente, e, em qualquer caso, no prazo de três***

meses', comporta uma incerteza. Com efeito, não se pode excluir que esta disposição autorize os órgãos jurisdicionais nacionais a julgarem uma acção inadmissível por caducidade antes mesmo do termo do prazo de três meses, se entenderem que a acção não foi instaurada 'prontamente' na acepção desta disposição". *E concluiu negativamente quanto à compatibilidade entre tais regras nacionais e as da diretiva 89/665/CEE. Finalmente, cabia ao Tribunal de Justiça esclarecer sobre os deveres do juiz nacional em prorrogar mesmo os prazos de interposição de acções, no contexto da regulamenta atrás descrita. Mas foi muito além, chegando a tocar o tema do efeito direto. Assim :* ***47. Com vista a cumprir os requisitos contidos na resposta dada à primeira questão, o órgão jurisdicional nacional deve, em toda a medida do possível, interpretar as disposições nacionais relativas ao prazo da propositura da acção de forma a assegurar que este prazo só corre a partir do conhecimento da violação das regras aplicáveis à adjudicação do contrato público em causa".*** *Logo, os tribunais nacionais teriam de usar o seu poder discricionário no sentido de assegurar o direito à ação. E :* ***"49. Em qualquer caso, se as disposições nacionais relativas aos prazos de propositura da acção não forem susceptíveis de uma interpretação conforme com a Directiva 89/665, o órgão jurisdicional nacional deve afastar a sua aplicação, a fim de aplicar integralmente o direito comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares (v. neste sentido, acórdãos já referidos, Santex, nº 64, e Laemmerzhal, nº 63)".***

Processo C-455/08 (Comissão *versus* Irlanda)
Acórdão de 23 de dezembro de 2009

Coletânea, 2009, página I-225
ECLI:EU:C:2009:809

"1) Ao adoptar os artigos 49 do Statutory Instrument nº 329 de 2006 e 51 do Statutory Instrument nº 50 de 2007, a Irlanda definiu as regras que regem a notificação aos proponentes das decisões dos poderes adjudicantes e das entidades adjudicantes, bem como a fundamentação dessas decisões, de tal forma que, no momento em que os proponentes são plenamente informados das razões da rejeição da sua proposta, o prazo de suspensão que precede a celebração do contrato pode já ter expirado, e , ao agir desta forma, este Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1º, nº 1, e 3º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, e dos artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 1, da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.
2) A Irlanda é condenada nas despesas."

<u>COMENTÁRIO :</u>
O tema que ocupa esta decisão é, parcialmente, o mesmo que esteve em causa no processo C-444/06 (Comissão versus Espanha, com acórdão aprovado a 3 de abril de 2008), ou seja, a não previsão de um prazo suficiente para permitir uma impugnação do ato de adjudicação, antes do contrato ser celebrado. Neste processo estava em causa legislação irlandesa de 2006 e 2007. Como no processo atrás referido, o Tribunal de Justiça os objetivos da diretiva 89/665/CEE são os de permitir o exercício pleno de um direito de ataque à decisão de adjudicação, bem como a de, firmado o contrato, obter uma indemnização que cubra os danos provocados (nº 27, do acórdão). Na legislação irlandesa em causa, estabelece-se a obrigação de informar os concorrentes no prazo de 14 dias antes da celebração do

contrato, Mas o fornecimento pleno das razões da escolha só têm de ser dadas se isso for requerido, e havia um prazo de 15 dias para o fazer. Portanto, o contrato poderia ser celebrado antes do segundo prazo ser cumprido. Mais ainda, as razões poderiam ser resumidas, o que provocava o risco de ser fornecida informação incompleta. Não foi acolhido o argumento de que só com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, se conseguiu discernir o alcance das normas das diretivas recursos, ou que a legislação europeia não fosse clara, até aí. Tendo em conta o momento em que se estabeleceu o objeto do processo (como sempre, no final do período dado no parecer fundamentado da Comissão para serem efetuadas as correções), o Tribunal de Justiça desconsiderou o que tenha ocorrido em sede de transposição da diretiva 2007/66, cujo prazo terminava em 20 de dezembro de 2009. Tudo foi considerado como abrangendo os contratos cujos meios de recurso estavam previstos na diretiva 92/13/CEE.

Processo C-456/08 (Comissão *versus* Irlanda)
Acórdão de 28 de janeiro de 2010

Coletânea, 2010, página I-859
ECLI:EU:C:2010:46

"1) A Irlanda,

- pelo facto de a National Roads Authority não ter informado o proponente preterido da sua decisão de adjudicação do contrato relativo à concepção, construção, financiamento e exploração da auto-estrada de circunvalação oeste da cidade de Dundalk, e
- ao manter em vigor as disposições da Order 84A(4) do Regulamento de Processo dos Tribunais Superiores (Rules of the Superior Courts), na versão resultante do Statutory Instrument nº 374/1998, na medida em que estas comportam uma incerteza quanto à decisão da qual o recurso deve se e quanto à determinação dos prazos para interposição de tal recurso,

não cumpriu, no que respeita ao primeiro fundamento, as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, e do artigo 8º, nº 2, 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, conforme alterada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, bem como, no que respeita ao segundo fundamento, as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 1º, nº 1, da Directiva 89/665, conforme alterada pela Directiva 92/50.

2) A Irlanda é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

A Comissão levou a República da Irlanda perante o Tribunal de Justiça, por um procedimento de adjudicação, por motivos semelhantes ao que dominaram o objeto C-455/08, ou seja, as condições de informação da decisão final do processo, e das condições práticas de impugnação desse ato. O acórdão aprovado no processo atrás referido foi-o a 23 de dezembro de

2009 e o presente a 28 de janeiro de 2010. No caso atual, estava em questão um procedimento desencadeado pela NRA-National Roads Authority publicou no JOCE, de 10 de julho de 2001 um convite à manifestação de interesse na conceção, construção, financiamento e exploração da autoestrada de circunvalação oeste da cidade de Dundalk, a fazer em modelo PPP. Dos quatro consórcios que se apresentaram, dois foram escolhidos para negociações mais profundas, o Eurolink, do qual fazia parte a SIAC Construction, e o Celtic Road Group (CRG). Em 8 de agosto de 2003, estes dois consórcios foram convidados a apresentar a sua melhor oferta. Em 14 de outubro de 2003, o consórcio Eurolink foi informado de que a NRA tinha decidido escolher o CRG para negociações mais aprofundadas, sem que tivesse sido adjudicado o contrato. Em 9 de dezembro de 2003, a NRA adjudicou o contrato ao CRG. A celebração do contrato foi a 5 de fevereiro de 2004. Foi publicado no JOUE o anúncio de adjudicação. A SIAC, sozinha, interpôs, a 8 de abril de 2004, uma ação judicial, pedindo o ressarcimento dos prejuízos que teria tido com os atos praticados pela NRA. Para além das normas da diretiva 89/665/CEE, estava em causa a infração, pela NRA, do disposto no nº 2, do artigo 8º, da diretiva 93/37/CEE, que impõe a obrigação de levar ao conhecimento dos interessados a decisão de adjudicação. Era claro que tal notificação não tinha sido feita. E o Tribunal de Justiça caraterizou essa falta, que deu como provada (nº 41, do acórdão). Passou-se então à apreciação de dois outros argumentos da Comissão. Os de que a legislação nacional irlandesa causava incerteza quanto à decisão contra a qual o recurso deva ser interposto, e, também, que causava incerteza quanto à determinação do prazo. Quanto ao primeiro aspeto, e depois de percorrer a lei irlandesa e a jurisprudência comunitária, o Tribunal de Justiça aceitou que existia incerteza quanto à contagem do prazo de interposição de recurso, sem por em causa que o simples estabelecimento de prazos de interposição não contrariava as normas da diretiva 89/665/CEE. A lógica da decisão é o seguinte : ***"54. A Order 84A(4) das RSC*** (Rules of the Superior Courts, nota nossa) ***dispõe que 'qualquer recurso de uma decisão relativa à adjudicação ou da adjudicação de um contrato público' deve ser interposto dentro de um determinado prazo. 55. No entanto, os órgãos jurisdicionais irlandeses podem interpretar esta disposição, como ocorreu no âmbito do litígio em que foi proferido o acórdão da High Court de 16 de Julho de 2004, no sentido de que se aplica não apenas à decisão definitiva de atribuição de um contrato público mas também às decisões interlocutórias adoptadas por uma entidade adjudicante durante o processo de adjudicação desse contrato. Ora se a decisão definitiva de atribuir um contrato***

público é adoptada após o termo do prazo imposto para impugnar a decisão interlocutória em causa, não se pode excluir que um candidato ou um proponente interessado fique impedido, por motivo de caducidade, de interpor recurso da adjudicação do contrato em causa". *O Tribunal lembrou que todas estas questões ganham uma importância redobrada num processo em que há várias fases, como aquele em que se desenvolveu o litígio. Depois, quanto à questão da contagem do prazo, ele era estabelecido em 3 meses. Mas que teria de ser interposto o mais cedo possível. Do argumentário da Comissão constava ainda o seguinte* ***"69. A referida disposição cria uma incerteza complementar quanto à questão de saber em que casos será aplicado o prazo de três meses e em que casos será mais curto porque teria sido possível interpor um recurso mais cedo".*** *O Tribunal de Justiça aceitou esta última posição, e considerou que a possibilidade legal de estender o prazo de interposição de recurso não era suficiente para cumprir o que deriva da diretiva 89/665/EE : o estabelecimento de um prazo fixo, contado a partir de critérios claros.*

Processo C- 568/08 (Combinatie Spijker)
Acórdão de 9 de dezembro de 2010

Coletânea, 2010, página I-12655
ECLI:EU:C:2010:751

"1) O artigo 1º, nºs 1 e 3, e o artigo 2º, nºs 1 e 6, da Directiva 89/665/CEE, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, não se opõem a um sistema em que, para obter uma decisão jurisdicional num prazo curto, o único processo disponível é o que se caracteriza pelo facto de ter por objecto permitir a adopção de uma medida urgente, de os advogados não disporem do direito de trocar alegações entre si, de as provas só poderem, em princípio, ser produzidas por documento escrito, de as normas legais em matéria de prova não serem aplicáveis e de a sentença não conduzir a uma regulação definitiva das relações jurídicas nem fazer parte de um processo decisório do qual resulta uma decisão com força de caso julgado.

2) A Directiva 89/665/CEE, conforme alterada pela Directiva 92/50, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a que, para adoptar uma medida provisória, o juiz das medidas provisórias proceda a uma interpretação da 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 de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, que, em seguida, é qualificada como errónea pelo juiz que conhece do mérito.

3) No que diz respeito à responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares por violações do direito da União que lhe sejam imputáveis, os particulares lesados têm direito a reparação, desde que a norma do direito da União violada tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada e que haja um nexo de causalidade directo entre essa violação e o dano sofrido. Na falta de disposições do direito da União neste domínio, compete à ordem jurídica interna da cada Estado-Membro, uma vez satisfeitas as referidas condições, fixar os critérios com base nos quais o prejuízo resultante de uma violação do direito da União em matéria de adjudicação de

contratos públicos deve ser determinado e avaliado, desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efectividade."

COMENTÁRIO :

No âmbito de um litígio estabelecido entre diversos empreiteiros e a província de Drenthe (Países Baixos), a respeito da adjudicação de uma empreitada, cujo objeto consistia na renovação de duas pontes basculantes. No município de Emmen. A União Europeia cofinanciava essas obras, na condição que fossem executadas até 1 de julho de 2008. O anúncio foi publicado no JOUE a 13 de julho de 2007, sendo alterado por outro publicado a 23 de julho de 2007. A entidade adjudicante informou os restantes interessados de que pretendia adjudicar o contrato à firma MFE, por este ter apresentado a proposta com preço mais baixo. A Combinatie declarou que considerava que a proposta da MFE era inválida, por desrespeitar os requisitos do concurso. A 1 de novembro de 2007, a entidade adjudicante comunicou aos interessados que iria anular o procedimento, por diversos defeitos que, entretanto, discernira nas regras do concurso. A Combinatie considerou que os motivos apontados eram insuficientes para proceder à anulação. Para proceder ao enquadramento jurídico da matéria, o Tribunal de Justiça começou por observar o montante do contrato a celebrar. De acordo com os dados do processo, a proposta adjudicatária era do valor de € 1.117,200, logo, abaixo do limiar definido na diretiva 2004/18/CE para as empreitadas (€ 5.278.000, à data dos factos). Foi dirigida uma pergunta ao órgão jurisdicional de reenvio, que esclareceu que a obra em causa era parte de um projeto de investimento que, no seu conjunto, se estimava que pudesse ascender a € 6.100.000. Com este elemento, o Tribunal de Justiça considerou aplicável ao processo a diretiva 2004/18/CE, e por consequência, a diretiva 89/665/CEE. Mas considerou inadmissível a primeira questão, que era a de saber se era incompatível com o direito da União a atribuição de competência semelhante (para decidir sobre a regularidade de adjudicação de contratos públicos) a tribunais civis e administrativos. Tendo em conta os contornos da lei nacional, que só em casos muito específicos, e por lei, expressa, dá competência a tribunais administrativos, o que impede a possibilidade de decisões contraditórias sobre a mesma matéria, o Tribunal de Justiça considerou que este tema nada tinha a ver com a questão controvertida. Sobre a segunda questão, o Tribunal respondeu : ***"59. (...) a Directiva 89/665 não se opõe a um sistema em que , para obter uma decisão rápida, o único processo disponível é o que se caracteriza pelo facto de ter por objecto permitir a adopção de uma medida urgente, de os advogados não terem o direito de trocar alegações entre si, de as provas só poderem,***

em princípio, ser produzidas por documento escrito e de as normas legais em matéria de prova não serem aplicáveis". *Tudo pelo respeito da celeridade e eficácia dos procedimentos de impugnação, nomeadamente as medias provisórias. Sobre a relação das decisões judiciais sobre medidas provisórias, e sobre o fundo da matéria, em decisão final, e a potencialidade de serem diferentes, ou ,mesmo, contraditórias, o Tribunal reflete, do seguinte modo :* ***"77. (...) não se pode excluir que o juiz das medidas provisórias e o juiz que conhece do mérito, chamados a tratar sucessivamente de um mesmo litígio, tenham uma interpretação divergente das regras do direito da União aplicáveis. Por um lado, o juiz das medidas provisórias é levado a tomar uma decisão no âmbito de um processo urgente no qual quer a recolha de provas quer o exame dos fundamentos das partes são necessariamente mais sumários do que no âmbito do processo para conhecimento do mérito. Por outro lado, a intervenção do juiz das medidas provisórias não visa, contrariamente à do juiz que conhece do mérito, decidir definitivamente dos pedidos que lhe são submetidos, mas proteger provisoriamente os interesses em presença, ponderando-os, sendo caso disso".*** *Logo, a atuação da diretiva 89/665/CEE não elimina que tais posições divergentes ocorram, sem que isso danifique juridicamente qualquer dos processos, e respetivas decisões. Quanto à matéria de indemnização, é reiterada jurisprudência constante, equilibrada entre os princípios da legislação europeia, e aquilo que esta deixou ao critério das ordens jurídicas nacionais. Nunca se esqueça que o espetro das normas das diretivas recursos não abrange a totalidade da matéria de recursos, e suas consequências.*

Processo C-570/08 (Symvoulio Apochetefseon)
Acórdão de 21 de outubro de 2010

Coletânea, 2010, página I-10131
ECLI:EU:C:2010:621

"O artigo 2º, nº 8, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 2 1 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, deve ser interpretado no sentido de que não impõe aos Estados-Membros a obrigação de prever, também a favor das entidades adjudicantes, uma via de recurso de carácter jurisdicional das decisões dos órgãos de base, de natureza não jurisdicional, responsáveis pelos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos. Contudo, essa disposição não impede os Estados-Membros de prever, se for caso disso, nas respectivas ordens jurídicas, essa via de recurso, a favor das entidades adjudicantes."

COMENTÁRIO :

Este processo, de objeto algo singular, foi originado em Chipre, e decorre de um litígio que se estabeleceu entre o Serviço de Saneamento Básico de Nicósia (Symvoulio) e a Autoridade de Revisão das Propostas, órgão administrativo que aprecia os recursos hierárquicos interpostos das decisões das entidades adjudicantes em matéria de contratos públicos. E relativamente ao direito do Symvoulio de interpor, num órgão jurisdicional, recurso de uma decisão da citada Autoridade. Essa Autoridade havia anulado um ato de adjudicação do Symvoulio, o que foi impugnado pela entidade adjudicante, perante o Supremo Tribunal de Chipre, que, na pendência desse processo, considerou que o artigo 146 da Constituição deveria ser interpretado no sentido de que não confere um interesse legítimo às entidades adjudicantes para interpor recurso de uma decisão de anulação da Autoridade. E desaplicou uma norma da regulação dos contratos públicos, o artigo 60 da lei 101(1)2003, que afirmava exatamente o contrário. A argumentação do Supremo Tribunal de Chipre é particularmente interessante pela incursão que faz na distribuição de papéis entre as entidades adjudicantes e a Autoridade (números 18 a 20, do acórdão). Na análise feita pelo Tribunal de Justiça, sobre o que resultaria como obrigações dos Estados-Membros, na definição da estrutura concreta de garantias, três argumentos essenciais são aduzidos : a) o facto de serem

as "empresas comunitárias" os autores da interposição de recursos ; b) que os recursos devem ser acessíveis a qualquer pessoa interessada em obter a adjudicação de um contrato público ; c) a previsão da intervenção da Comissão Europeia, caso não sejam interpostos recursos. Em nenhum destes detalhes de procedimento existe a consideração das entidades adjudicantes como quem possa desencadear procedimentos de impugnação. Para concluir : ***"27. (...) a letra das disposições da Directiva 89/665 não inclui nenhum elemento que leve a concluir que o legislador da União também quis considerar as entidades adjudicantes como autores em matéria de interposição de recursos no âmbito de processos de adjudicação de contratos públicos".*** *Respondida a questão essencial, o Tribunal não vê como contrário ao direito da União que um Estado-Membro preveja a intervenção processual das entidades adjudicantes, como impugnantes de decisões de outras entidades públicas que interfiram num procedimento de adjudicação.*

Processo C-251/09 (Comissão *versus* Chipre)
Acórdão de 17 de fevereiro de 2011

Coletânea, 2011, página I-13
ECLI:EU:C:2011:84

"1) É negado provimento ao recurso.
2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas"

COMENTÁRIO :

A Comissão levou a República de Chipre perante o Tribunal de Justiça devido a uma suposta infração às regras sobre procedimentos pré-contratuais de uma autoridade pública cipriota (a AIK-Archi Ilektrsimou Kyprou) cuja atividade consiste em por à disposição ou a explorar redes fixas destinadas ao fornecimento de serviços púbicos do domínio da produção, o transporte e a distribuição de eletricidade. A AIK lançou um concurso público para a construção de uma nova unidade da central termoelétrica de Vassilikos. Um dos dois concorrentes, o que não foi escolhido para adjudicatário, considerou que teria havido violação do direito da União, na apreciação de qualquer das propostas, no que foi acompanhado pela Comissão, com este processo. Por seu lado, o Tribunal de Justiça entendeu, - porque a Comissão havia baseado o seu caso, e a sua notificação fundamentada na eventual violação da diretiva 92/13/CEE, - que a AIK, ao ter comunicado a 1 de fevereiro de 2006, informando previamente dos meios de recurso disponíveis, e informando devidamente o interessado cuja proposta fora preterida, após seu requerimento, de quais os motivos das decisões finais do procedimento, havia cumprido suficientemente as disposições da diretiva em causa. Sobre a avaliação das propostas, o Tribunal considerou que a Comissão não havia conseguido demonstrar o seu caso, sobre uma hipotética violação do princípio de igualdade de tratamento.

Processo C-314/09 (Strabag I)
Acórdão de 30 de setembro de 2010

Coletânea, 2010, página I-8769
ECLI:EU:C:2010:567

"A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que subordina o direito de indemnização decorrente da violação do direito dos contratos públicos por uma entidade adjudicante ao carácter culposo dessa violação, mesmo quando a aplicação dessa legislação assenta na presunção de culpa da referida entidade adjudicante e na impossibilidade de esta invocar a falta de capacidades individuais e, em consequência, a falta de censurabilidade subjectiva da violação alegada."

COMENTÁRIO :

Este processo, emergente de um litígio na Áustria, versa sobre um tema que também em Portugal foi pertinente, na vigência do decreto-lei nº 48051, de 21 de novembro de 1967, e que foi igualmente alvo da censura do Tribunal de Justiça (processo C- 275/03). O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Strabag e o município de Graz. Esta autarquia tinha lançado, em 1998, um concurso público internacional para a produção e fornecimento de uma mistura betuminosa fabricada a quente. O anúncio indicava "Graz, Áustria" como local de execução da prestação e previa, na rubrica "descrição sumária" o fornecimento da mistura betuminosa fabricada a quente, durante o ano de 1999 (começo a 1 de março e fim 20 de dezembro). Foram apresentadas catorze propostas. A empresa HFB apresentou a melhor proposta, mas a que foi submetida pela Strabag e outra empresa ficou em segundo. A HFB anexou uma carta com condições complementares. Com efeito, afirmou aí que as suas instalações da Estíria só estariam operacionais a partir de 17 de maio de 1999. A partir daqui desenrolou-se um complexo processo de impugnação, naturalmente ampliado e agravado quando, a 14 de junho de 1999, o município de Graz adjudicou o contrato à HFB. No contexto desse contencioso, foi considerada ilícita a conduta da cidade de Graz, e a Strabag, acompanhada de outros interessados juntou um pedido de indemnização. Aqui se chegou ao nó górdio, porque a lei austríaca aplicável exigia comportamento culposo da

entidade pública, para ser procedente a indemnização. Depois de reiterar jurisprudência constante relativamente ao facto de a diretiva 89/665/CEE só estabelecer condições mínimas quanto aos processos de recurso., o Tribunal, entrando no essencial da matéria, declarou : ***"35. (...) deve observar-se , antes do mais, que a redacção dos artigos 1º, nº 1 e 2º, nºs 1, 5 e 6, bem como do sexto considerando da Directiva 89/665 não prevê de forma alguma que a violação da legislação relativa aos contratos públicos, susceptível de conceder um direito de indemnização a favor da pessoa lesada, deva revestir características especiais, como a de estar subordinada à culpa, provada ou presumida, da entidade adjudicante, ou a de não estar abrangida por nenhuma causa de isenção de responsabilidade".*** *Aqui, por força do teor da legislação austríaca em causa, foi-se mais longe, considerando-se irrelevante mesmo a desobrigação de ser a pessoa lesada a ter de provar a culpa da entidade pública, a quem caberia o dever de ilidir a presunção de culpa que pesasse sobre ela. O Tribunal recorreu ainda ao argumento da morosidade (versus a celeridade prosseguida pelas normas da diretiva 89/665/CEE) do processo de indemnização, caso a culpa da entidade pública tivesse de ser provada.*

Processo C-348/10 (Norma Dekom)
Acórdão de 10 de novembro de 2011

Coletânea, 2011, página I-10983
ECLI:EU:C:2011:721

"1) (...).

2) O artigo 2º-I, nº 1, alínea b), da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, não é aplicável a contratos públicos celebrados antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66/CE."

COMENTÁRIO :

O órgão jurisdicional de reenvio pretendia saber se a seguinte disposição da diretiva 92/13/CE, tal como alterada pela diretiva 2007/66/CE, seria aplicável a contratos celebrados antes do prazo de transposição desta última diretiva : ***"1. Os Estados-Membros devem assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos por uma instância de recurso independente da entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso em qualquer dos seguintes casos : (...) b) Em caso de violação do nº 5, do artigo 1º, do nº 3, do artigo 2º ou do nº 2, do artigo 2-A da presente directiva, se essa violação tiver privado o proponente que interpôs recurso da possibilidade de prosseguir as vias de impugnação pré-contratuais. Caso tal violação, conjugada com uma violação da Directiva 2004/17/CE, tiver afectado as hipóteses do proponente que interpôs recurso de obter o contrato".*** *A posição do Tribunal não deixa margem para dúvida :* ***"67. Atendendo às considerações precedentes, há que responder à segunda e terceira questões que o artigo 2º-D, nº 1, alínea b), da Directiva 92/13 não é aplicável a contratos públicos celebrados antes do termo do prazo de transposição da Directiva 2007/66".*** *O contrato fora celebrado a 9 de outubro de 2009, depois da adjudicação ter sido feita a 2 de setembro de 2009. O prazo de transposição tinha sido fixado em 20 de dezembro de*

2009. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 11 (concessões).

Processo C-100/12 (Fastweb I)
Acórdão de 4 de julho de 2013)

ECLI:EU:C:2013:448

"O artigo 1º, nº 3, da Diretiva 89/665/CEE, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo de recurso, caso o adjudicatário, ao qual o contrato foi adjudicado e que interpôs um recurso subordinado, suscite uma exceção de inadmissibilidade baseada na falta legitimidade do proponente que interpôs o recurso com o fundamento de que a proposta que este apresentou devia ter sido excluída pela entidade adjudicante por não ser conforme com as especificações técnicas definidas no caderno de encargos, esta disposição se opõe a que o referido recurso seja julgado inadmissível na sequência do exame prévio dessa exceção de inadmissibilidade sem que tenha pronunciado sobre a conformidade com as referidas especificações técnicas tanto da proposta do adjudicatário, ao qual o contrato foi adjudicado, como da proposta do proponente que interpôs o recurso principal."

COMENTÁRIO :

Sempre presente o tema do âmbito do recurso, face a diversas vicissitudes ocorridas no contexto de um procedimento de adjudicação de um contrato público. Opuseram-se a empresa Fastweb Spa à Azienda Sanitaria Locale (ASL) di Alessandria, acompanhada da Italia Telecom e uma filial desta, a Path-Net Spa, a respeito da atribuição do contrato a esta última. Tudo se desenvolveu no contexto de um acordo-quadro, celebrado entre o CNIPA (Centro Nacional para a Informática na Administração Pública) e diversos operadores económicos, entre os quais a Fastweb e a Telecom Italia. Em 18 de junho de 2010, a ASl em causa enviou um pedido de propostas para a prestação de serviços de linhas de transmissão de dados e telefone, a essas entidades, e a 15 de setembro do mesmo ano adjudicou o contrato à Path-Net. A Fastweb impugnou esse acto, fundada na violação de especificações técnicas do caderno de encargos. A Path-Net e a Telecom Italia apresentaram um recurso subordinado. O órgão jurisdicional de reenvio considerou que nenhuma das propostas cumpria as especificações, pelo que tenderia a deferir os dois recursos, com a consequência de fazer frustrar o

procedimento. Porém, e devido a jurisprudência italiana recente (Consiglio di Stato), numa situação como a que estava em causa, na qual o recurso subordinado colocava a questão da legitimidade da permanência no procedimento da Fastweb, primeiro deveria ser analisado o recurso subordinado, e só depois o recurso principal. Na apreciação desta matéria, o Tribunal de Justiça optou, como sempre, por uma interpretação generosa do conceito do direito de recurso, tendendo para aí incluir (quase tudo) quanto surja que possa representar, mesmo longinquamente, uma violação do direito da União. E que, por isso, não seria a eventual exclusão que privaria o interessado de reagir não só contra a exclusão, como contra qualquer outra ilegalidade, afetando qualquer concorrente regular. Quanto à exclusão, e em concreto : ***"29. (...) o proponente que interpôs recurso da decisão de adjudicação de um contrato público deve dispor do direito de contestar perante a referida instância, no âmbito desse processo, a procedência do fundamento através do qual a sua proposta devia ter sido excluída (v., neste sentido, acórdão Hackermueller, já referido, nºs 28 e 29".*** *E continua, :* ***"30. Esse ensinamento também se aplica, em princípio, quando a exceção de inadmissibilidade não seja suscitada oficiosamente pela instância que julga esse recurso, mas seja suscitada no âmbito de um recurso subordinado Interposto por uma parte no âmbito do recurso principal, tal como o adjudicatário que se constitui como parte interveniente do processo".*** *Salientando as diferenças entre o processo Hackermueller e o presente, em que a proposta da Fastweb não foi excluída, o Tribunal de Justiça conclui :* ***"33. (...) o recurso subordinado interposto pelo adjudicatário não pode conduzir a que se afaste o recurso de um proponente no caso de a regularidade da proposta de cada um dos operadores ser posta em causa no âmbito do mesmo processo e com base em fundamento de natureza idêntica. Com efeito, em tal situação, cada um dos concorrentes pode alegar um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros, podendo levar a que se constate a impossibilidade da entidade adjudicante de proceder à seleção de uma proposta regular".***

Processo C-19/13 (Fastweb II)
Acórdão de 11 de setembro de 2014
ECLI:EU:C:2014:2194

"1) O artigo 2º-D, nº 4, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que, quando um contrato público é adjudicado sem publicação prévia de um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* não estando tal autorizado pela Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, essa disposição proíbe que esse contrato seja declarado desprovido de efeitos quando estejam preenchidos os requisitos exigidos pela referida disposição, o que compete ao órgão jurisdicional nacional de reenvio verificar.

2) O exame da segunda questão não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade do artigo 2º-D, nº 4, da Diretiva 89/665, conforme pela Diretiva 2007/66."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha o Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza à Fastweb Spa, a respeito da adjudicação à Telecom Italia Spa de um contrato público relativo à prestação de serviços de comunicações eletrónicas no âmbito de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio. Em 2003, o Ministério celebrou com a Telecom Italia um acordo para a gestão e desenvolvimento dos serviços de telecomunicações. O termo desse acordo estava fixado para 31 de dezembro de 2011, pelo que o Ministério, por decisão de 15 de dezembro de 2011, designou novamente a Telecom Italia seu fornecedor e parceiro tecnológico. Invocou as normas nacionais e europeias que lhe permitam seguir esse caminho, em concreto com a justificação de que só um operador económico determinado poderia cumprir a prestação em causa, por motivos técnicos e atinentes à proteção de certos direitos exclusivos. As partes celebraram um acordo-quadro a 31 de dezembro de 2011, e o anúncio de adjudicação foi publicado no JOUE. A

Fastweb impugnou a decisão, pretendendo a anulação da adjudicação e a declaração de não produção de efeitos do acordo. A primeira questão prejudicial foi assim resumida pelo Tribunal de Justiça : ***"33. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2º-D da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que, quando um contrato público é celebrado sem publicação prévia de anúncio de concurso e sem estarem reunidos os requisitos exigidos pela Diretiva 2004/18 para recorrer a este procedimento, a referida disposição proíbe que se declare esse contrato desprovido de efeitos, uma vez que a entidade adjudicante publicou no Jornal Oficial da União Europeia um anúncio tendo em vista assegurar uma transparência ex-ante e respeitou, antes da celebração do contrato, um prazo de suspensão mínima de dez dias a contar do dia seguinte ao da publicação do referido anúncio".*** *O Tribunal de Justiça, para decidir, apontou a exceção à não produção de efeitos de um contrato precedido de adjudicação ilícita, contida no nº 4, do artigo 2º-D, da diretiva 89/665/CEE, tal como alterada pela diretiva 2007/66/CE, se bem que sujeito a interpretação restritiva, como todas as normas que contêm derrogações ao regime geral. Discorreu quanto ao equilíbrio entre os resultados da exceção, e a pertinência do regime geral (nº 44, do acórdão, sobre a ponderação de interesses em causa). E acentuou as obrigações de fundamentação da escolha do procedimento não concorrencial, como está em causa neste processo :* ***"48. (...) a referida justificação deve evidenciar de forma clara e inequívoca as razões que levaram a entidade adjudicante a considerar que podia adjudicar o contrato sem publicação prévia de anúncio, a fim de permitir aos interessados decidir com pleno conhecimento de causa se consideram útil recorrer à instância responsável pelo processo de recurso e a esta última exercer uma fiscalização efetiva".*** *Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou sobre a compatibilidade entre as normas de exceção atrás referidas e o conjunto da disciplina de recursos, bem como com o artigo 47, da Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia. Não era difícil antecipar a resposta do Tribunal de Justiça, que tinha acabado de aplicar um regime especial. E mais não fez que considerar que não havia qualquer incompatibilidade, tendo em conta todos os mecanismos de proteção do direito de recurso, e do direito consequente a uma indemnização.*

Processo C-161/13 (Idrodinamica)
Acórdão de 8 de maio de 2014
ECLI:EU:C:2014:307

"Os artigos 1º, nºs 1 e 3, e 2º-A, nº 2, último parágrafo, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, devem ser interpretadas no sentido de que o prazo para interposição de um recurso de anulação contra a decisão de adjudicação de um contrato deve começar a correr novamente, sempre que uma nova decisão por parte da entidade adjudicante, adotada após aquela decisão de adjudicação mas antes da celebração do contrato, seja suscetível de pôr em causa a legalidade da referida decisão de adjudicação. Este prazo começa a correr a partir da comunicação, aos proponentes, da decisão posterior, ou, na sua falta, da data em que dela tiveram conhecimento.

Caso um proponente tome conhecimento, depois de expirado o prazo de recurso previsto na legislação nacional, de uma irregularidade alegadamente cometida antes da decisão de adjudicação de um contrato, só tem legitimidade para interpor recurso contra essa decisão nesse prazo, salvo disposição expressa do direito nacional que garanta esse direito em conformidade com o direito da União."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a empresa Idrodinamica Spurgo Velox Srl, e quatro outros recorrentes à Acquedotto Puglise SpA, a propósito da regularidade do processo de adjudicação de um contrato público, que foi atribuído à associação temporária de empresas liderada pela Giovanni XXIII Soc coop. A Acquedotto Pugliese é uma empresa pública totalmente controlada pela Região da Apúlia. O objeto desse empresa é a gestão da rede de distribuição de água e de saneamento e a prestação do serviço de distribuição de água. Em 15 de março de 2011, a Acquedotto publicou no JOUE um anúncio para a adjudicação, por um período de quatro anos, dos serviços de tratamento de águas residuais, dos trabalhos de manutenção ordinária e extraordinária das redes de distribuição de água

e de saneamento, bem como dos trabalhos de ligações e troços de canalização nas localidades inseridas numa determinada zona geográfica, por um montante estimado de € 17.615.739,07. O critério de adjudicação era o do preço mais baixo. A Cooperativa Giovanni XXIII apresentou a proposta com preço mais baixo, e o contrato foi-lhe adjudicado a 6 de julho de 2011. O Tribunal de Justiça descreve os factos mais relevantes do seguinte modo : ***"18. Na referida decisão*** (a de adjudicação, de 6 de julho de 2011, nota nossa) ***ficou também estabelecido que, até à celebração do contrato, estava autorizada a execução antecipada dos serviços, que a adjudicação definitiva só se tornaria efetiva após a verificação do cumprimento dos requisitos gerais e especiais a preencher por cada uma das empresas associadas do agrupamento adjudicatário e do agrupamento classificado em segundo lugar, e que a adjudicação do contrato deveria ser comunicada a todos os proponentes. 19. Antes da celebração do contrato, o agrupamento adjudicatário, entretanto constituído por ato notarial de 4 de outubro de 2011, informou a entidade adjudicante, por carta de 28 de fevereiro de 2012, da saída do agrupamento de uma das empresas que integravam a associação temporária, precisando que planeava prosseguir a execução do contrato e que, apesar da composição reduzida, o agrupamento agora constituído pela empresa líder e por duas outras empresas estava em condições de satisfazer os requisitos técnicos e económicos exigidos no anúncio de concurso. 20. Por de cisão de 28 de março de 2012, a Acquedotto Pugliese autorizou a saída acima referida. O contrato foi celebrado em 17 de abril de 2012, com a associação temporária de empresas liderada pela Cooperativa Giovanni XXIII na sua nova composição reduzida".*** *A Idrodinamica impugnou judicialmente a celebração do contrato nos termos atrás descritos, bem como a classificação de um outro agrupamento temporário de empresas em segundo lugar, liderada pela empresa Tundo (a Idrodinamica tinha ficado classificada em terceiro lugar), na medida em que o representante legal de uma empresa integrada nessa associação teria prestado uma falsa declaração ao indicar que nunca tinha sido objeto de nenhuma condenação penal. Dessa impugnação judicial resultaram as questões prejudiciais apresentadas ao Tribunal de Justiça. Em análise prévia, foi suscitada a questão de a Idrodinamica ter atacado o contrato, mas não o ato de adjudicação em si. No entanto, não foi isso razão para que as questões fossem declaradas inadmissíveis (números 27 a 32, do acórdão). O Tribunal de Justiça resume-as, do seguinte modo :* ***"33. Através destas questões, que convém analisar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, essencialmente, se o prazo***

para interposição de um recurso de anulação contra a decisão de adjudicação de um contrato deve começar a correr novamente caso a entidade adjudicante, depois de expirado o prazo de recurso, tenha adotado uma decisão suscetível de pôr em causa a legalidade da referida decisão de adjudicação. Pergunta, igualmente se, na mesma situação, um proponente pode interpor recurso de anulação contra a decisão de adjudicação do contrato quando tome conhecimento de circunstâncias anteriores àquela decisão, suscetíveis de pôr em causa a legalidade do processo de adjudicação do contrato em questão". *O Tribunal de Justiça começa por salientar a importância da a reforma das diretivas recursos feita pela diretiva 2007/66/CE e do artigo 49, da diretiva 2004/17/CE, enquanto obrigando a prestar explicações quanto à decisão de adjudicação. Mas, quanto a estas informações, declara :* ***"33. O princípio da segurança jurídica exige que as informações obtidas esta via, bem como aquelas que poderiam ter sido obtidas, já não possam servir de fundamento para a interposição de um recurso pelo proponente após o termo do prazo previsto pelo direito nacional".*** *Mas se os dados que podem conduzir à ilicitude do comportamento da entidade adjudicante só se referem a factos ocorridos posteriormente à escolha inicial, seria impossível de o impugnante deles ter tido conhecimento mais cedo O Tribunal de Justiça reiterou jurisprudência constante de que os prazos de recurso só começam a correr depois do conhecimento dos interessados (nº 37, do acórdão). Como decorre das questões prejudiciais, a decisão de autorizar a composição do agrupamento foi anterior à adjudicação final (e, naturalmente, também antes da celebração do contrato). E conclui o Tribunal de Justiça* ***"38. (...) Nestas circunstâncias, não se pode considerar que o princípio da segurança jurídica impede a reabertura do prazo de recurso de 30 dias, o que diz respeito a um recurso que tem por objetivo a anulação da decisão de adjudicação do contrato".*** *Porque a autorização para a alteração de composição do agrupamento pode ser considerada substancial, afetando o ato de adjudicação. E o prazo de recurso só começa a correr depois da data da receção, pelo propoente, da comunicação da decisão que autorizou a composição. Como se depreende do conjunto de considerações do Tribunal de Justiça, a impugnação feita à segunda proposta, devido à eventual prestação de falsas declarações, foi considerada como intempestiva, por ser do conhecimento da Idrodinamica, à data da adjudicação não definitiva, e antes do problema com a composição do agrupamento vencedor.*

Processo C- 440/13 (Croce Amica)
Acórdão de 11 de dezembro de 2014
ECLI:EU:C:2014:2435

"1.(...).

2. O direito da União em matéria de mercados públicos e, designadamente, o artigo 1º, nº 1, terceiro parágrafo, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, devem ser interpretados no sentido de que a fiscalização prevista nessa disposição constitui uma fiscalização de legalidade das decisões das entidades adjudicantes, que visa assegurar o respeito pelas normas pertinentes do direito da União ou das disposições nacionais de transposição dessas normas, não podendo essa fiscalização ser limitada ao exame do caráter arbitrário das decisões da entidade adjudicante. Todavia, isto não exclui a faculdade de o legislador nacional conferir aos órgãos jurisdicionais nacionais competentes o poder de exercer uma fiscalização de oportunidade."

COMENTÁRIO :

Muito interessante quer a questão prejudicial, quer a decisão do Tribunal de Justiça. Esta última confirma que se está, nas condições atuais, no âmbito de um contencioso de legalidade, mas sem vedar a iniciativa legislativa nacional em prever igualmente o que designa por "fiscalização de oportunidade". E fundamenta : ***"40. Limitando-se a Diretiva 89/665 a coordenar os mecanismos existentes nos Estados-Membros a fim de assegurar a aplicação plena e efetiva das diretivas que fixam as normas substantivas referentes aos contratos públicos, não define expressamente o alcance das vias de recurso que os Estados-Membros devem instituir para esse efeito. Por conseguinte, a questão do alcance da fiscalização jurisdicional exercida no âmbito dos processos de recurso a que se refere a Diretiva 89/665 deve ser examinada à luz da sua finalidade e zelando para que não seja posta em causa a sai eficácia (acórdão HI, EU:C:2002:379, nºs 58 e 59).***

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação).

Processo C-538/13 (eVigilo)
Acórdão de 12 de março de 2015
ECLI:EU:C:2015:166

"1) O artigo 1º, nº 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativa à aplicação dos meios de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e os artigos 2º, 44º, nº 1, e 53º, nº 1, alínea a) da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem, em princípio, a que a ilegalidade da avaliação das propostas dos concorrentes seja declarada unicamente com o fundamento de que o adjudicatário do contrato teve ligações significativas com os peritos nomeados pela entidade adjudicante que avaliaram as propostas. A entidade adjudicante está, em todas as situações, obrigada a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses. No âmbito da apreciação de um recurso de anulação da decisão de adjudicação com fundamento na parcialidade dos peritos, não se pode exigir ao concorrente preterido que prove concretamente a parcialidade do comportamento dos peritos. Cabe, em princípio, ao direito nacional determinar se, e em que medida, as autoridades administrativas e judiciárias competentes devem levar em conta a circunstância de a eventual parcialidade desses peritos ter tido ou não impacto na decisão de adjudicação do contrato.
O artigo 1º, nº 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, e os artigos 2º, 44º, nº 1, e 53º nº 1, alínea a) da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que exigem que o direito de interposição de um recurso para fiscalização da legalidade do concurso público esteja acessível, após o termo do prazo previsto no direito nacional, a um concorrente que só pôde compreender as condições do concurso público unicamente no momento em que a entidade adjudicante, após ter avaliado as propostas, prestou informações exaustivas sobre os fundamentos da sua decisão. Esse direito de interposição de recurso

pode ser exercido até ao termo do prazo de recurso da decisão de adjudicação do contrato.
2) (...)."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal, oriundo da Lituânia opunha a empresa eVigilo ao Departamento Geral dos Incêndios e dos Socorros do Ministério do interior a propósito da avaliação das propostas durante um concurso público destinado à adjudicação de um contrato público com o objeto de aquisição de um sistema de alerta e de informação da população mediante utilização das infraestruturas das redes de serviços públicos de telefonia móvel. O concurso foi aberto em 22 de janeiro de 2010 e o valor estimado do contrato era de cerca de € 4.344.002, por contravalor da quantia declarada em litas lituanos. Tendo sido o contrato adjudicado a outra empresa que não a eVigilo, esta impugnou tal decisão, primeiro baseada em preço muito elevado apresentado pelo adjudicatário, e falta de clareza das regras de avaliação das propostas. Porém, alargando o objeto do seu recurso, colocou a questão da parcialidade dos peritos a que tinha recorrido a entidade adjudicante, por relações profissionais entre estes e especialistas mencionados noutra proposta (nº 23 e 24, do acórdão). O motivo principal da proximidade era serem colegas na Universidade Tecnológica da Kaunas. Os peritos que trabalharam para a entidade adjudicante tinham elaborado o caderno de encargos e avaliado as propostas. Invocando as disposições constantes do artigo 2º da diretiva 2004/18/CE, que obrigam ao cumprimento do princípio da igualdade de tratamento e ao dever de tratamento. Mas entendeu caraterizar o que seria um conflito de interesses relevante : ***"35. Um conflito de interesses implica o risco de a entidade adjudicante se deixar agir por considerações alheias ao contrato em causa e de, só por causa delas, ser dada preferência a um concorrente. Semelhante conflito de interesses pode, pois, constituir uma violação do artigo 2º, da Diretiva 2004/18".*** *E chamou a atenção para a diretiva 89/665/CEE, ou a diretiva 2004/18/CE não conterem disposições sobre os conflitos de interesses, e sobre como os resolver. Mas avançou um pouco mais :* ***"43. Uma vez que este dever*** (de transparência, nota nossa) ***corresponde à própria essência das diretivas relativas aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (v.acórdão Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, nº 45) daqui resulta que a entidade adjudicantes está em todas as situações, obrigada a verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses. Ora é incompatível com este papel***

fazer recair na recorrente o ónus de provar, no procedimento de recurso, a parcialidade concreta dos peritos nomeados pela entidade adjudicante. Essa solução é também contrária ao princípio da efetividade e à exigência de um recurso efetivo formulada pelo artigo 1º, nº 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 89/665, atendendo, designadamente, a que, regra geral, um concorrente não está condições de ter acesso a informações e elementos de prova que lhe permitam demonstrar essa parcialidade". *Mas não só, O Tribunal de Justiça, respeitando escrupulosamente a competência do órgão jurisdicional de reenvio declarou :* ***"45. Elementos como as alegações, feitas no processo principal sobre as ligações entre os peritos nomeados pela entidade adjudicante e os especialistas das empresas adjudicatárias do contrato, nomeadamente a circunstância de essas pessoas trabalharem juntos na mesma universidade, pertencerem ao mesmo grupo de investigação ou terem vínculos de subordinação nessa universidade, constituem, se forem provados, elementos objetivos desse tipo, que devem desencadear um exame aprofundado pela entidade adjudicante ou, se for caso disso, pelas autoridades administrativas ou judiciárias".*** *Uma outra questão prejudicial visava a determinação do prazo adequado ao exercício do direito de recurso, e à relação entre o acesso à informação relevante e o início da contagem do respetivo prazo. O Tribunal de Justiça reiterou sua jurisprudência anterior. Nestes termos :* ***"52. Segundo jurisprudência do Tribunal, o objetivo fixado no artigo 1º, nº 1, da Diretiva 89/665 de garantir a existência de recursos eficazes contra as violações das disposições aplicáveis em matéria de adjudicação de contratos públicos só pode ser alcançado se os prazos impostos para interpor estes recursos começarem a correr a partir da data em que a demandante teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento da alegada violação das referidas disposições (v. acórdãos Uniplex UK, C-406/08, EU:C:2010:2010:45, nº 32 e Idrodinamica Spurgo velox e o., C-161/13, EU:C:2014:307, nº 37".*** *Saliente-se que, no âmbito da questão prejudicial estavam em causa diversos tipos de elementos informativos, que poderiam abranger o esclarecimento sobre regras obscuras do critério de adjudicação, só obtido com o complemento da fundamentação do acto de atribuição do contrato. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo)*

Processo C-689/13 (Puligienica)
Acórdão de 5 de abril de 2016
ECLI:EU:C:2016:199

"1) O artigo 1º, nºs 1, terceiro parágrafo, e 3, da Diretiva 89/665 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente, que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratos públicos ou das regras de transposição deste direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível em aplicação das regras processuais nacionais que prevêem que o recurso subordinado interposto por esse outro proponente deve ser analisado em primeiro lugar.

2) (...).

3) (...).

COMENTÁRIO :

A questão abordada na primeira conclusão é similar à discutida no processo C-100/12 (Fastweb I), para cujo comentário se remete. O comentário às segunda e terceira conclusões constam do capítulo 2 (reenvios prejudiciais não aceites pelo Tribunal de Justiça e relação entre órgãos judiciais).

Processo C-61/14 (Orizzonte Salute)
Acórdão de 6 de outubro de 2015
ECLI:EU:C:2015:655

"1. O artigo 1º da 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 fornecimento e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e os princípios da equivalência e da efetividade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional que impõe o pagamento de taxas de justiça como a taxa de justiça unificada em causa no processo principal no momento da interposição, nos órgãos jurisdicionais administrativos, de um recurso em matéria de contratos públicos.

2) O artigo 1º da Diretiva 89/665/CEE, conforme alterada pela diretiva 2007/66/CE, e os princípios da equivalência e da efetividade não se opõem nem à cobrança de taxas de justiça múltiplas a um particular que interpõe vários recursos jurisdicionais relativos à mesma adjudicação de um contrato público nem a que esse particular seja obrigado a pagar taxas de justiça adicionais para poder invocar fundamentos adicionais relativos à mesma adjudicação de um contrato público, no âmbito de um processo judicial em curso. Todavia, em caso de contestação por uma parte interessada, incumbe ao juiz nacional examinar os objetos dos recursos apresentados por um particular ou os fundamentos adicionais invocados por este no âmbito de um mesmo processo. Se o juiz nacional concluir que os referidos objetos não são efetivamente distintos ou não constituem um alargamento importante do objeto do litígio já pendente, está obrigado a dispensar esse particular do pagamento de taxas de justiça cumulativas."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a associação Orizzonte Salute à sociedade pública de serviços de assistência San Valentino da cidade de Levico Terme, ao Ministério da Justiça, ao Ministério da Economia e Finanças, à Presidência do Conselho de Ministros e ao secretário-geral do tribunal administrativo de Trento, a propósito da prorrogação de um

contrato de prestação de serviços de enfermagem e de um concurso lançado posteriormente, bem como das taxas de justiça a pagar pela interposição de recursos jurisdicionais administrativos em matéria de contratos públicos. A Orizzonte Salute presta serviços de enfermagem a entidades públicas e privadas, e no caso concreto, impugnava diversas adjudicações feita pela sociedade pública atrás referida a outra associação. Para interpor recurso judicial dessas decisões, a Orizzonte Salute pagou a verba de € 650, a título de contribuição unificada pela propositura dos processos administrativos ordinários. Por decisão de 5 de junho de 2013, o secretário-geral do tribunal administrativo de Trento convidou a Orizzonte Salute a completar o pagamento de custas, até € 2.000, conforme disposição legal. O motivo era o de se tratar de contencioso de contratos públicos. A Orizzonte Salute impugnou esta decisão. O Tribunal de Justiça, apreciando a questão prejudicial, começou por lembrar a natureza, e os objetivos, da diretiva 89/665/CEE, o que significa que, por um lado, este diploma só dispõe sobre condições mínimas quanto a garantias nos procedimentos de adjudicação, e, por outro, que há uma larguíssima margem para a intervenção dos legisladores nacionais. Depois, identificou que a diretiva 89/665/CEE não contém regras sobre as custas judiciais. E que as normas que definem as custas, incluindo o seu montante, são regras processuais, sempre da competência dos sistemas jurídicos nacionais. Sem prejuízo de essas mesmas normas deverem respeito ao previsto no artigo 47, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sobre o direito a um recurso efetivo. Resumindo como, e em relação a quê, deveria ser apreciada a questão prejudicial, o Tribunal de Justiça disse ***"50. (...) importa verificar se uma regulamentação como a que está em causa no processo principal pode ser considerada conforme com os princípios da equivalência e da efetividade, bem como com o efeito útil da Diretiva 89/665".*** *Tendo presente a temática do valor dos contratos, relevante a diversos títulos, o Tribunal de Justiça descreve deste modo a matéria, ao mesmo tempo que inicia o percurso que atrás foi referido :* ***55. No que diz respeito ao princípio da efetividade, cumpre recordar que o regime das taxas de justiça unificada de 2.000, 4.000 e 6.000 euros, para as três categorias de contratos públicos, a saber, os de valor igual ou inferior a 200.000, aqueles cujo valor se situa entre 200.000 e 1.000.000 euros, e os que têm valor que ultrapassa 1.000.000 euros. 56. Resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o sistema de montantes fixos de taxa de justiça unificada é proporcional ao valor dos contratos públicos abrangidos por essas três categorias diferentes, e tem, no seu conjunto, caráter degressivo".*** *E conclui que uma situação em que, no*

máximo as taxas representam 2% do valor do contrato não são suscetíveis de tornar impossível, ou especialmente difícil, o exercício de direitos. Sobre a existência de empresas com condição económico-financeira frágil, o Tribunal de Justiça, em sequência do afirmado atrás quanto a montantes razoáveis, salienta que o sistema italiano não cria discriminação entre todos os interessados. Salienta igualmente o regime de devolução do valor das custas, em caso de ganho de causa. Sobre o princípio da equivalência, nota que não há qualquer distinção de custas conforme esteja em causa a violação de direito interno, ou do direito da União (números 67 e 68) Finalmente, sobre a última vertente da questão prejudicial, sobre o cúmulo das taxas de justiça unificadas pagas no âmbito de um mesmo processo jurisdicional administrativo em matéria de contratos públicos, o Tribunal de Justiça igualmente o aceita (mº 72, do acórdão). Um dos fundamentos é este : ***"73. (...) essa cobrança contribui, em princípio, para o bom funcionamento da atividade judiciária dos Estados-Membros e dissuade a apresentação de pedidos que são manifestamente improcedentes ou visam apenas protelar o processo".*** *Mas coloca um limite, expresso no nº 74, do acórdão : que o pagamento de taxas sucessivas corresponda a objetos de recursos ou a fundamentos distintos e constituam um alargamento importante do objeto do litígio já pendente. Ver a decisão, por despacho, dada no processo C-495/14 (Tita), que invoca repetidamente a jurisprudência resultante do acórdão dado neste processo C-61/14 (Orizzonte Salute).*

Processo C-166/14 (MedEval)
Acórdão de 26 de novembro de 2015
ECLI:EU:C:2015:779

"O direito da União Europeia, nomeadamente o princípio de efetividade, opõe-se a uma regulamentação nacional que subordina a propositura de uma ação de indemnização por violação de uma regra em matéria de adjudicação de contratos públicos à declaração prévia da ilegalidade do procedimento de adjudicação do contrato em causa devido à falta de publicação prévia de anúncio do concurso, quando essa ação declarativa de ilegalidade está sujeita a um prazo de caducidade de seis meses que começa a correr a contar do dia seguinte à data da adjudicação do contrato público em causa, e isto independentemente da questão de saber se o autor da ação podia ou não ter conhecimento da existência da ilegalidade de que enferma esta decisão da entidade adjudicante."

COMENTÁRIO :

A empresa Medval apresentou um recurso de uma decisão do Serviço Federal de Adjudicações (Bundesvergabeant) que tinha indeferido o pedido de declaração de ilegalidade do procedimento de adjudicação de um contrato público conduzido pela Federação dos Organismos Austríacos de Segurança Social, relativa à implementação de um sistema de gestão eletrónica da prescrição de medicamentos, contrato público que foi celebrado, em 10 de agosto de 2010, com o Fundo Geral de Salários dos Farmacêuticos Austríacos. Em 1 de março de 2011, a Medval apresentou um pedido de declaração de ilegalidade ao Serviço Federal de Adjudicações quanto à atribuição desse contrato, pedido esse que foi rejeitado por já ter decorrido o prazo legal de seis meses, A Medval impugnou judicialmente esse indeferimento. Neste caso, o Tribunal de Justiça sumaria assim a questão prejudicial : ***"26. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o direito da União, nomeadamente os princípios da efetividade e da equivalência, se opõe a uma regulamentação nacional que subordina a propositura de uma ação de indemnização por violação de uma regra em matéria de adjudicação de contratos públicos à declaração prévia da ilegalidade do procedimento de adjudicação do contrato em causa devido à falta de publicação prévia do anúncio do concurso, quando essa ação declarativa de ilegalidade está sujeita a um prazo de caducidade de seis meses que começa a correr a contar do dia seguinte à data da adjudicação do contrato público em causa, e isto***

independentemente da questão de saber se o autor da ação podia ou não ter conhecimento da existência da ilegalidade de que enferma esta decisão da entidade adjudicante". *Percorrendo as disposições aplicáveis da diretiva 89/665/CEE (tal como alterada pela diretiva 2007/66/CE). o Tribunal de Justiça conclui :* ***"33. O facto de o legislador da União Europeia ter decidido, por um lado, regulamentar expressamente os prazos relativos aos recursos destinados a declarar a ineficácia dos contratos e, por outro, remeter para o direito dos Estados-Membros no que diz respeito aos prazos relativos aos recursos de natureza diferente demonstra que este legislador atribuiu particular importância àquela primeira categoria de ações, tendo em conta a eficácia do sistema de recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos".*** *Deste modo, e tendo também em consideração o disposto no artigo 2º, da diretiva 89/665/CEE, que admite que se possa exigir, antes da propositura de uma ação de indemnização, a anulação prévia da decisão contestada, o Tribunal de Justiça não vê motivo de contradição, ou crítica, entre a solução nacional e o direito da União. O motivo pelo qual a conclusão foi a que foi, reside na especialidade do caso que lhe foi submetido. Vejamos, em termos práticos, A eventual violação que era arguida era a falta de publicação de um anúncio. Isto é, pode faltar qualquer tipo de informação da infração. Se começar a correr o prazo independentemente da possibilidade de conhecimento da situação por parte do interessado prejudicado, pode frustrar-se a possibilidade de impugnar tempestivamente a decisão em causa. Logo, o tema essencial era o do regime de contagem do prazo da primeira ação, condição indispensável para a interposição da segunda, esta última visando a obtenção de uma indemnização. Assim fundamentando :* ***"41. Subordinar a admissibilidade das ações de indemnização à declaração prévia da ilegalidade do procedimento de adjudicação em causa devido à falta de publicação prévia de um anúncio de concurso, quando essa ação declarativa de ilegalidade está sujeita a um prazo de caducidade de seis meses, sem ter em conta o conhecimento ou não, por parte da pessoa lesada da existência de uma violação de uma regra de direito, é suscetível de, na prática, tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito de propor uma ação de indemnização."***

Processos C-439/14 (Star Storage) e C-488/14 (Max Boegel Romania) apensos
Acórdão de 15 de setembro de 2016
ECLI:EU:C:2016:688

"O artigo 1º, nºs 1 a 3, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e o artigo 1º, nºs 1 a 3, da Diretiva 92/13/CE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, lidos à luz do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional , como a que está em causa nos processos principais, que subordina à admissibilidade dos recursos contra os atos da entidade adjudicante à obrigação de o recorrente constituir a garantia de boa conduta que essa regulamentação prevê a favor desta entidade, desde que a garantia seja restituída ao recorrente independentemente do desfecho do recurso."

COMENTÁRIO :

Os dois processos principais decorreram na Roménia, sendo o primeiro relativo a um litígio a propósito de um procedimento de adjudicação de um contrato público relativo à aquisição de uma infraestrutura informática ede serviços relativos à preparação, à gestão, ao desenvolvimento e à criação de uma plataforma de computação em nuvem (cloud computing), processo C-439/14, e a outro sobre a adjudicação de obras de alargamento e modernização do aeroporto de Oradea. Os processos foram apensos. Em causa estava, substancialmente o teor da seguinte disposição legal romena : ***"A fim de proteger a entidade adjudicante do risco de um eventual comportamento impróprio, o recorrente deverá constituir uma garantia de boa conduta para todo o período compreendido entre a data de interposição do recurso contencioso/recurso gracioso e a***

data em que a decisão do conselho nacional para a resolução de litígios ou a sentença do órgão jurisdicional competente se torna definitiva". *Uma das empresas do primeiro procedimento – a Star Sorage – impugnou decisões da entidade adjudicante, e o recurso foi declarado inadmissível por falta de constituição da citada garantia. No segundo procedimento, igualmente se desencadearam impugnações, aqui judiciais, e o recurso foi igualmente declarado como inadmissível, pelo mesmo motivo. Sucederam-se recursos em ambos os casos, e foi de órgãos formalmente judiciais que foram colocadas as questões prejudiciais. Suscitando-se dúvidas, no segundo caso (o das obras num aeroporto) sobre qual a legislação aplicável, o Tribunal de Justiça deu uma decisão que abrange tanto a disciplina geral, como as dos setores especiais. Contextualizando a matéria, o acórdão disse :* ***42. (...) nem a Diretiva 89/665 nem a Diretiva 92/13 contêm disposições que regulem especificamente as condições em que as vias de recurso podem ser exercidas. Assim, o Tribunal de Justiça já declarou que a Diretiva 89/665 apenas prevê as condições mínimas que devem ser preenchidas pelos processos de recurso interpostos nas ordens jurídicas nacionais, a fim de garantir o respeito das normas de direito da União em matéria de contratos públicos (v. nomeadamente, acórdãos de 27 de fevereiro de 2003, Santex, C-327/00, EU:C:2003:109, nº 47 ; de 19 de junho de 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, nº 45, ; e de 20 de setembro de 2010, Strabag e o., C-314709, EU:C:2010:567, nº 33)".*** *Depois, o Tribunal de Justiça identificou as qualidades gerais que devem estar presentes nas legislações nacionais, visando o cumprimento dos objetivos das diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE, conforme reformadas pela diretiva 2077/66. Com isso, caraterizou a garantia pedida, o seu montante, e o regime da respetiva devolução.. Isso não impediu que a referida exigência não fosse tida como uma restrição ao direito a um recurso efetivo (nº 49, do acórdão), conforme descrito no artigo 47, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Pelo que caberia apreciar se esta restrição era, ou não, justificada :* ***"51. Importa, porém, verificar se a garantia de boa conduta responde a um objetivo de interesse geral e se, em caso afirmativo, respeita o princípio da proporcionalidade na aceção do artigo 52º, nº 1, da Carta".*** *Ora um dos propósitos da lei romena era o combate ao uso abusivo dos meios de recurso, e até já tinha um regime menos gravoso do que o original* ***"56. (...) uma vez que já não pode ser automática e incondicionalmente retida pela entidade adjudicante em caso de improcedência ou de desistência do recurso (...)".*** *Quanto ao montante, que correspondia, em primeira linha, a 1% do valor do contrato*

público, não foi considerada como desproporcionada perante as exigências de capacidade financeira que os concorrentes têm de satisfazer. Sobre a concorrência da denominada "garantia de participação" e da garantia em impugnação, o Tribunal de Justiça considerou que dos elementos que o órgão jurisdicional de reenvio lhe havia fornecido, não constava matéria suficiente para o habilitar a uma decisão.

Processo C-495/14 (Tita)
Despacho de 7 de abril de 2016
ECLI:EU:C:2016:230

"O artigo 1º, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e os princípios da equivalência e da efetividade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional que impõe o pagamento de taxas de justiça, com as em causa no processo principal, no momento da interposição nos tribunais administrativas de um recurso em matéria de contratos públicos."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal que se desenrolou em Itália, opunha um gabinete de advogados ao Ministério da Justiça, ao Ministério da Economia e Finanças, à Presidência do Conselho de Ministros e ao secretário-geral do tribunal administrativo de Trento sobre a legalidade da decisão adotada por esta última, relativa às custas judiciais devidas pela interposição de um recurso judicial em matéria de contratos públicos. O gabinete de advogados tinha interposto um recurso sobre um procedimento pré-contratual para adjudicar um contrato relativo a serviços de consultadoria jurídica, no qual tinha participado. Para isso pagou € 650 enquanto contribuição unificada. O secretário-geral convidou o gabinete a completar o pagamento com a diferença entre € 650 e € 2.000, justificada por se tratar de contencioso pré-contratual. O gabinete impugnou essa decisão por considerar que violava diversas normas das diretivas 88/665/CEE e 2007/66/CE, e, ainda os princípios gerais do sistema jurídico da União Europeia, assim como o artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e os artigos 6 e 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal considerou que como poderia deduzir claramente a decisão a partir de jurisprudência, o que permite que essa decisão seja feita por despacho, nos termos do artigo 99, do Regulamento do Tribunal. Como a questão prejudicial incluía matéria que não correspondia ao processo principal (concretamente a mesma questão das custas judiciais, em impugnações de contratos abrangidos pela diretiva 92/13/CEE, sobre os meios de recurso nos setores especiais), o Tribunal de Justiça limitou o âmbito da sua decisão

(vide conclusão, que não refere essa diretiva). Depois, chamou a atenção para o facto de não terem sido prestadas informações quanto ao valor do contrato, pelo que o órgão jurisdicional de reenvio deveria verificar este aspeto. O Tribunal de Justiça invocou o acórdão dado no processo C-61/14 (Orizzonte Salute, aprovado a 6 de outubro de 2015), e sinalizou que a diretiva 89/665/CEE não contém disposições sobre custas judiciais. Logo, é matéria a ser definida na lei nacional. Como o acórdão dado no processo C-61/14 também dispôs sobre a realidade italiana, o Tribunal de Justiça repetiu a apreciação concreta do valor das custas judiciais (números 40 e 41, do acórdão), e lembrou o sistema de devolução de custas a quem tenha ganho de causa. E também que não há distinção do valor das custas conforme esteja em causa a violação de normas do direito interno, ou do direito da União. Portanto, o princípio da equivalência estava respeitado. E como não se constatava que os montantes em causa fossem de natureza agressiva, ou que tornassem impossível, ou muito difícil, o exercício de direitos, não estava em causa nem o princípio da efetividade, estando protegido o efeito útil das normas da diretiva 89/665/CEE.

Processo C-355/15 (Bietergemeinschaft)
Acórdão de 21 de dezembro de 2016
ECLI:EU:C:2016:988

"O artigo 1º, nº 3, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um proponente que tenha sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva seja recusado o acesso a um recurso da decisão de adjudicação do contrato público em causa e da celebração do contrato, quando só esse proponente excluído e o adjudicatário desse contrato apresentaram propostas e o referido proponente sustenta que a proposta desse adjudicatário também devia ter sido afastada."

COMENTÁRIO :

*A Universidade de Recursos Naturais e Ciências da Vida de Viena, em outubro de 2012, abriu um procedimento por negociação com publicação prévia de anúncio para celebrar com um único adjudicatário um denominado acordo-quadro na área da gestão, conservação e manutenção técnicas do equipamento técnico dos seus edifícios e instalações laboratoriais. Apenas um consórcio de que fazia parte a empresa Bietergemeinschaft e a firma Vamed apresentaram propostas. Por decisão de 20 de dezembro de 2013, o consórcio foi notificado, pela entidade adjudicante, da sua exclusão pelo facto de não ter apresentado, no prazo fixado, o original da prova de constituição de uma garantia bancária. O consórcio impugnou judicialmente esta decisão, sem sucesso. O contrato foi adjudicado à Vamed, a 14 de março de 2014. O consórcio apresentou novo recurso, no Tribunal Administrativo Federal. Este negou provimento, com fundamento em que os direitos de um proponente cuja proposta tenha sido regularmente afastada não podem ser lesados por ilegalidades que afetam a seleção de outra proposta, para efeitos de adjudicação. Duas questões prejudiciais foram apresentadas. A primeira foi resumida assim, pelo Tribunal de Justiça (dada a resposta a esta, a segunda não foi, sequer, respondida) :"**27. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1º, nº**

3, da Diretiva 89/665, atento o acórdão de 4 de julho de 2013 Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um proponente que tenha sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva e que, por conseguinte, não é um proponente interessado na aceção do artigo 2º-A desta diretiva, seja recusado o acesso a um recurso da decisão de adjudicação do contrato público em causa e da celebração do contrato, quando só esse proponente excluído e o adjudicatário desse contrato apresentaram propostas e o referido proponente sustenta que a proposta desse adjudicatário também devia ter sido afastada". *O Tribunal de Justiça começou por lembrar o objetivo da diretiva 89/665/CEE, enquanto instrumento para proporcionar recursos eficazes, deveriam pelo menos* ***"28. (...) a quem tenha ou possa vir a ser lesado por uma violação alegada".*** *No caso concreto, e dada o modo como a recorrente veio a colocar o problema da irregularidade da proposta da sua concorrente, não existiria violação do direito da União. Em concreto :* ***"32. (...) no presente processo principal, o consórcio interpôs recurso, em primeiro lugar, da decisão de exclusão a seu respeito e, a seguir, da decisão de adjudicação do contrato, e foi no âmbito do segundo processo que invocou a irregularidade da proposta do adjudicatário".*** *Logo, a jurisprudência quanto aos recursos subordinados (processo C-100/12, Fastweb I e C-689/13, Puligienica), que supõe a existência simultânea de dois recursos, sobre o mesmo tipo de matéria, não seria aplicável. E validou a solução legal austríaca.*

Processo C-391/15 (Marina del Mediterraneo)
Acórdão de 5 de abril de 2017
ECLI:EU:C:2017:268

"1) O artigo 1º, nº 1, e o artigo 2º, nº 1, alíneas a) e b), da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, devem ser interpretados no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, se opõem a uma legislação nacional nos termos da qual a decisão de admitir um proponente ao procedimento de adjudicação, decisão que se alega violar o direito da União em matéria de contratos públicos ou a legislação nacional que a transpõe, não figura entre os atos preparatórios de uma entidade adjudicante que podem ser objeto de recurso judicial autónomo.

2) O artigo 1º, nº 1, e o artigo 2º, nº 1, alíneas a) e b), da Diretiva 89/665 têm efeito direto."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Marina del Mediterraneo SL e outros, uma associação temporária de empresas, denominada "Marina Internacional de Marbella", à Agencia Pública de Puertos de Andalucia, relativamente à regularidade de uma decisão desta entidade de, num processo de adjudicação de um contrato de concessão de obras públicas por ela organizado, admitir a concurso outra associação temporária de empresas. Nessa outra associação estava também o município de Marbella. Sobre a primeira questão (a segunda era sobre o efeito direto das normas europeias em questão) submetida ao tribunal de Justiça, a análise permitiu concluir : ***"25. Embora o artigo 310º, nº 2, alínea b), da Lei nº 30/2007 permita interpor recurso autónomo contra os atos preparatórios que decidam, direta ou indiretamente, a adjudicação, impossibilitem a prossecução do procedimento ou a defesa ou causem prejuízos irreparáveis aos direitos ou interesses legítimos, os outros atos preparatórios, como a decisão de admissão de um proponente a um procedimento, só podem, como resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça, ser contestados no âmbito de um recurso da decisão de adjudicação de***

um contrato público". *Sustentando o caráter amplo do conceito "decisão", para efeitos de abrangência impugnatória, incluindo os atos preparatórios, o Tribunal dirigiu-se ao tema muito presente do momento a partir do qual é permitida a interposição de um recurso, para efeitos das diretivas (89/665/CEE, alterada pela diretiva 2007/66/CE) reafirmando que apesar de não estar estabelecido um prazo, ou um outro requisito com efeito temporal, isso não autoriza os Estados-Membros a subordinarem o exercício do direito de recurso ao facto de o procedimento de contrato público em causa ter formalmente atingido uma determinada fase (ponto 31). Tudo interpretado de acordo com os objetivos dos citados documentos legislativos, que visam promover o exercício de direitos por parte dos interessados que se considerem ilicitamente prejudicados.* ***"34. No que diz concretamente respeito à decisão de admissão de um proponente a um procedimento de adjudicação como a que está em causa no processo principal exigir, em todos os casos, que o proponente aguarde pela decisão de adjudicação do contrato em causa antes de poder interpor recurso da admissão de outro proponente infringe as disposições da Diretiva 89/665".*** *Apesar de ser qui reproduzida a segunda conclusão, o comentário à mesma consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).*

Processo C-131/16 (Archus e Gama)
Acórdão de 11 de maio de 2017
ECLI:EU:C:2017:358

"1) (...).
2) A Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, deve ser interpretada no sentido de que, numa situação como a do processo principal, em que num procedimento de adjudicação de um contrato público foram apresentadas duas propostas e adotadas, pela entidade adjudicante, duas decisões simultâneas tendo, respetivamente, por objeto a rejeição da proposta de um dos proponentes e a adjudicação do contrato ao outro, deve ser permitido ao proponente preterido que interpõe recurso contra ambas as decisões pedir a exclusão da proposta do proponente adjudicatário, pelo que o conceito de 'contrato determinado', na aceção do artigo 1º, nº 3, da Diretiva 92/13, pode, sendo caso disso, referir-se ao eventual início de um novo procedimento de adjudicação de um contrato público."

<u>COMENTÁRIO :</u>
Para a questão prejudicial referente à matéria de meios de recurso, a súmula do Tribunal de Justiça foi a seguinte : ***"47. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou, em substância, se o artigo 1º, nº 3, da Diretiva 92/13 deve ser interpretado no sentido de que o conceito de 'determinado contrato', na aceção dessa disposição, tem por objeto um determinado procedimento com vista à adjudicação de um contrato público ou o próprio objeto do contrato que prevê adjudicar nos termos desse procedimento, há hipótese de terem apenas sido apresentadas das propostas e de se poder entender que o proponente cuja proposta foi rejeitada tem interesse na rejeição da proposta de outro proponente e, por consequência, no início de um novo procedimento de adjudicação do contrato público".*** *A questão é, obviamente, de grande interesse para*

o regime de proteção dos legítimos interesses dos proponentes em processos de adjudicação de contratos públicos (aqui, nos setores especiais). A ambivalência do ato que exclui um interessado, quando só existe um mais no procedimento, é óbvia. O Tribunal de Justiça apontou a jurisprudência do acórdão dado no processo C-689/13 (Puligienica). E afastou a do processo C-355/15 (Bietergemenschaft) em que houve uma recusa ao direito de recorrer, porque : ***"57. (...) a decisão de exclusão desse proponente tinha, nesse processo, sido confirmada por uma decisão que transitou em julgado antes da decisão do tribunal em que foi interposto o recurso da decisão de adjudicação do contrato, pelo que o referido proponente devia ser considerado definitivamente excluído do procedimento de adjudicação do contrato público em causa".*** *O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).*

Processo C-260/17 (Anodiki Services)
Acórdão de 25 de outubro de 2018
ECLI:EU:C:2018:864

"1) (...).
2) (...).
3) O artigo 1º, nº 1, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, deve ser interpretado no sentido de que a decisão de uma entidade adjudicante de celebrar contratos de trabalho com pessoas singulares tendo em vista a prestação de determinados serviços sem recurso a um procedimento de adjudicação em conformidade com a Diretiva 2014/24, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2015/2170, uma vez que, na sua opinião, esses contratos não se inserem no âmbito de aplicação desta diretiva, pode ser objeto de recurso ao abrigo da referida disposição, interposto por um operador económico que tenha interesse em participar num concurso público com o mesmo objeto que os referidos contratos e que considere que os mesmos se inserem no âmbito de aplicação da referida diretiva."

COMENTÁRIO :
Este é um processo muito particular, em que um potencial prestador de serviços de hospitais públicos reage à aplicação de uma lei grega, adotada no período de grave crise económica (2007), que permitia, ao invés de externalizar serviços, a contratação de pessoal a termo, para prover a necessidades essenciais (restauração, limpeza) que permitissem o funcionamento desses organismos. Tentou impugnar decisões de celebração de contratos de trabalho e de não desencadear procedimentos pré-contratuais para a adjudicação de serviços. O Tribunal de Justiça considerou que a decisão de não recorrer a procedimentos de contratação pública (não a decisão, stricto sensu, de celebrar contratos de trabalho) era, e é, recorrível, nos termos e para os efeitos da diretiva 89/665/CEE. Assim : ***"45. (...) quando uma entidade decide não iniciar um procedimento de adjudicação pelo facto de o contrato em causa não se inserir, em seu entender, no âmbito de aplicação das normas da União pertinentes, essa decisão é suscetível de fiscalização jurisdicional***

(v. neste sentido, acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL, Lochau, C-26/03 EU:C:2005:5, nº 33). *Numa interpretação constante do conceito de "decisão", incluído no nº 1, do artigo 1º, da diretiva 89/665/CEE. O comentário às duas primeiras conclusões consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública).*

Processo C-300/17 (Hochtief II)
Acórdão de 7 de agosto de 2018
ECLI:EU:C:2018:635

"1) O artigo 2º, nº 6, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que subordina a possibilidade de invocar qualquer pretensão civil decorrente da violação das normas que regem os contratos públicos e a adjudicação de contratos públicos ao pressuposto de a existência da violação da norma ser declarada definitivamente por uma comissão arbitral, ou, no âmbito da fiscalização judicial dessa decisão da comissão arbitral, por um tribunal.

2) O direito da União, em especial o artigo 1º, nºs 1 e 3, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE, lido à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que, no contexto de uma acção de indemnização, não se opõe a uma norma processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que restringe a fiscalização judicial das decisões proferidas por uma comissão arbitral encarregada de fiscalizar, em primeira instância, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos à apreciação exclusiva dos fundamentos invocados nessa comissão."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O litígio de onde emergem as questões objeto do reenvio prejudicial ocorreu na Hungria, opondo um consórcio de que faz parte um empreiteiro alemão, ao município de Budapest. Resumido, desta maneira, no ponto 11 do relatório do acórdão – ***"Em 19 de julho de 2005, a entidade adjudicante informou o consórcio de que a sua candidatura era inválida, por existir um conflito de interesses, e fora excluída. Fundamentou essa decisão no facto de o consórcio ter nomeado como chefe de projeto um perito que auxiliara a entidade adjudicante na preparação do***

concurso". *Tudo no contexto de um procedimento por negociação com publicação de anúncio. Veja-se a jurisprudência Fabricom (processos C-21/03 e C-34/03, apensos), quanto à questão concreta do perito, e da necessidade de demonstrar que pode não ter havido lesão da concorrência, o que só pode ser aferido caso seja dada a possibilidade de os interessados se pronunciarem. Reiterando que (muitas) decisões anteriores do Tribunal de Justiça haviam declarado que o quadro definido pela diretiva 89/665/CEE era um quadro mínimo, e não exaustivo, do elenco de garantias contra comportamentos ilícitos em procedimento pré-contratuais. Quanto à exigência de uma pronúncia prévia de ilegalidade, antes de ser suscitada uma indemnização, foi considerada compatível com o direito da União. O artigo 47 (sob a epígrafe "direito à acção e a um tribunal imparcial"), da Carta dos Direitos da União Europeia tem o seguinte texto :* ***"Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça".*** *Tudo compulsado, o modelo húngaro foi considerado compatível com todas as normas do direito da União referidas na decisão.*

Processo C-328/17 (AMT)
Acórdão de 28 de novembro de 2018
ECLI:EU:C:2018:958

"Tanto o artigo 1º, nº 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2017, como o artigo 1º, nº 3, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições, legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não permite a operadores económicos interporem recurso contra as decisões da entidade adjudicante relativas a um procedimento de concurso no qual decidiram não participar devido ao facto de a regulamentação aplicável a este procedimento tornar muito improvável obter a adjudicação do contrato em causa. No entanto, incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente apreciar de forma circunstanciada, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caraterizam o contrato em que se inscreve o processo que lhe foi submetido, se a aplicação concreta desta legislação não é suscetível de afetar o direito dos operadores económicos em causa a uma proteção jurisdicional efetiva."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a AMT (Azienda Trasporti e Mobilità Spa) e diversas outras empresas à Agencia regionale per il trasporto pubblico locale a respeito da decisão desta última de iniciar um procedimento informal de apresentação de propostas para a atribuição do serviço de transporte público no território da Região da Ligúria que foi contestada pelas primeiras. Do relato do Tribunal de Justiça : ***"16. Estas sociedades*** (as impugnantes, nota nossa) ***que até então eram gestoras de serviços de transportes públicos locais à escala provincial ou subprovincial, contestam, em princípio, as***

modalidades de abertura e de desenrolar do procedimento de concurso. O seu recurso visa especialmente o anúncio de seleção dos operadores económicos em que a Agência precisou que o serviço de transporta público regional seria adjudicado num único lote que cubra todo o território da Região". *As impugnantes optaram por não participar no procedimento, mas contestaram a decisão, até apoiando-se em legislação italiana que estabelece que, por princípio, os serviços públicos locais devem ser explorados à escala provincial. Estava, portanto, em causa, saber se existia um direito de recurso da parte de quem optou por não participar no procedimento. O Tribunal de Justiça, apreciando o mérito, começou por afirmar :* ***"45. Os Estados-Membros não são obrigados a tornar os referidos processos de recurso*** (os da diretiva 89/665/CEE, nota nossa) ***acessíveis a qualquer pessoa que pretenda obter a adjudicação de um contrato público, sendo-lhes lícito exigir que a pessoa em causa tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada pela violação que invoca (v., neste sentido, acórdãos de 12 de fevereiro de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, nº 25 e de 5 de abril de 2016, PFE C-689/13, EEU:C.2016:199, nº 23".*** *Sem prejuízo de considerar que a exigência de participação pode constituir uma condição normal para exercer um direito de recurso, o Tribunal, para a interpretação das normas aplicáveis a este caso concreto, afirma :* ***"47. Todavia, no caso de uma empresa não ter apresentado uma proposta devido à presença de especificações alegadamente discriminatórias na documentação relativa ao concurso ou no caderno de encargos, as quais estariam precisamente na origem da impossibilidade de prestar todos os serviços solicitados, seria excessivo exigir-lhe que apresentasse, antes de poder utilizar os processos de recurso previstos pela Diretiva 89/665/CEE contra tais especificações, uma proposta no âmbito do referido concurso público, quando as suas possibilidades de lhe ser adjudicado esse contrato serem nulas devido à existência de tais especificações (v.neste sentido, acórdão de 12 de fevereiro de 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004.93, nºs 28 e 299".*** *O Tribunal de Justiça faz, como se constata, uma chamada reiterada à jurisprudência do processo C-230/02 (Grossmann Air Service) incluindo sobre a impossibilidade de apresentar o recurso em questão depois da adjudicação do contrato (nº52, do acórdão). Indo mais além na matéria de prova num caso tão singular como o deste processo, o Tribunal de Justiça afirma .* ***"53. (...) na medida em que é apenas a título excecional que um direito de recurso pode ser reconhecido a um operador que não apresentou propostas, não pode ser considerado excessivo exigir-lhe que demonstre que as***

cláusulas do anúncio do concurso tornam impossível a formulação de uma proposta". *Reconhece, assim, o direito de recurso nestas excecionais condições, mas valida o sistema geral, que obriga à apresentação de uma proposta a impugnação, assim corporizando o que o artigo 100, do Código de Processo Civil italiano apelida de "interesse".*

Processo C-620/17 (Hochtief Solutions)
Acórdão de 29 de julho de 2019
ECLI:EU:C:2019:630

"1) A responsabilidade de um Estado-Membro por danos causados pela decisão de um órgão jurisdicional nacional que se pronuncia em última instância, que viola uma norma de direito da União, rege-se pelos requisitos enunciados pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente, no nº 51, do Acórdão de 30 de setembro de 2003, Koebler (C-224/01, EU:C:2003:513), sem, no entanto, excluir que a responsabilidade desse Estado-Membro possa ser acionada, em condições menos restritivas, com base no direito nacional. Essa responsabilidade não está excluída pelo facto de a referida decisão ter adquirido autoridade de caso julgado. Ao pôr em prática essa responsabilidade, cabe ao órgão jurisdicional nacional que conhece do pedido de indemnização apreciar, tendo em conta todos os elementos que caraterizam a situação em causa, - se o órgão jurisdicional nacional que se pronuncia em última instância cometeu uma violação suficientemente caraterizada do direito da União, ao desconsiderar de forma manifesta o direito da União aplicável, incluindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em contrapartida, o direito da União opõe-se a uma norma de direito nacional que, nesse caso, exclui, em geral, dos danos suscetíveis de reparação as despesas ocasionadas a uma parte pela decisão desfavorável do órgão jurisdicional nacional.

2) O direito da União, nomeadamente a 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, a Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, e os princípios da equivalência e da efetividade, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à legislação de um Estado-Membro que não autoriza a revisão de uma decisão judicial,

com autoridade de caso julgado, de um órgão jurisdicional do referido Estado-Membro, que dirimiu um recurso de anulação de um ato da entidade adjudicante sem abordar uma questão cuja análise estava contemplada num acórdão anterior do Tribunal de Justiça proferido em resposta a um pedido de decisão prejudicial apresentado no âmbito do processo relativo a esse recurso de anulação. Todavia, embora as regras processuais internas aplicáveis prevejam a possibilidade de o tribunal nacional revogar uma decisão judicial com autoridade de caso julgado, para tornar a situação resultante dessa decisão compatível com uma decisão judicial nacional definitiva anterior, da qual o órgão jurisdicional que proferiu aquela decisão e as partes no processo em que a mesma foi proferida já tinham conhecimento, essa possibilidade deve prevalecer, nas mesmas condições, em conformidade com os princípios da equivalência e da efetividade, para tornar a atuação compatível com o direito da União, tal como interpretado por um acórdão anterior do Tribunal de Justiça."

COMENTÁRIO :

Como é fácil de concluir das duas conclusões, a matéria a que se refere este processo é especialmente complexa. Começando pelo próprio litígio, que opôs a empresa Hochtief Solutions ao Tribunal de Budapest, a propósito de um dano alegadamente causado por este órgão judicial à referida sociedade. Começando pelo relato quanto à matéria pertinente, em 25 de julho de 2006, a Direção de Proteção do Ambiente e das Questões Hídricas da Transdanúbia Setetentrional, enquanto entidade adjudicante, publico no JOUE um anúncio de convite à manifestação de interesse na participação num concurso para adjudicação de um contrato de empreitada de obra pública relativo ao desenvolvimento de infraestruturas de transporte no centro intermodal do porto comercial nacional de Gyor-Gonyu, segundo a tramitação acelerada prevista na lei húngara sobre contratos públicos. Das condições de participação constava a exigência de que os candidatos ou seus subcontratantes não poderiam ter registado mais do que um resultado negativo constante do balanço nos três últimos anos, o que não era preenchido pela Hochtief Solutions. Esta empresa impugnou essa regra perante a Comissão Arbitral em Matéria de Contratação Pública, que lhe deu parcialmente razão, multando a entidade adjudicante, mas sem concluir que o critério disputado era ilegal. A Hochtief Solutions, a 2 de outubro de 2006, recorreu judicialmente dessa decisão, para o Tribunal de Budapest, que não lhe deu razão. Em 4 de junho de 2010, a Hochtief Solutions recorreu desta última decisão para o Tribunal Superior, que

decidiu suspender a instância e suscitar uma questão prejudicial junto do Tribunal de Justiça. No que constituiu o processo C-218/11 (Hochtief II , com acórdão a 18 de outubro de 2012) que está comentado no capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas) o Tribunal de Justiça, interpretando o nº 2, do artigo 44, e a alínea b), do nº 1, do artigo 47, da diretiva 2004/18/CE, aceitou que as entidades adjudicantes possam definir requisitos mínimos de capacidade, desde que adequados a dar informação sobre o pretendido, sem ir além do necessário e, muito importante : ***"13. (...) este requisito de um nível mínimo de capacidade económica e financeira não pode, em princípio, ser afastado unicamente pelo motivo de este nível dever ser justificado com referência a a um elemento do balanço a respeito do qual podem existir divergências entre as legislações dos vários Estados-Membros"****. Com esta posição do Tribunal de Justiça, o órgão judicial competente húngaro confirmou a sentença da primeira instância, A Hochtief Solutions recorreu desta decisão para o Supremo Tribunal, a 13 de setembro de 2013, no qual alegava que o resultado constante do balanço não era adequado para dar à entidade adjudicante uma imagem real e objetiva da situação económica e financeira de um proponente, e suscitou a necessidade de um novo pedido de cisão prejudicial ao Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal (19 de março de 2014) negou provimento ao recurso, por intempestividade, dado não ter invocado este argumento no primeiro do processo, perante a Comissão Arbitral. A 25 de julho de 2014, a Hochtief interpôs recurso perante o Tribunal Constitucional. A 26 de novembro de 2014 a Hochtief interpôs recurso de revisão do acórdão do Tribunal de Budapeste, perante o Tribunal Administrativo e do Trabalho. Sustentava que a matéria da adequação do critério de verificação da capacidade económica e financeira não tinha sido objeto de pronúncia (o que, de acordo com a lei húngara, é fundamento para o recurso de revisão), levando em conta também o acórdão dado no já referido processo C-218/11 (Hochtief II). Nem o pedido de revisão, nem a apresentação de nova questão prejudicial foram deferidos. A Hochtief estas duas decisões, para o Tribunal de Budapeste-Capital, que, a 18 de novembro de 2015, rejeitou tudo. A Hochtief Solutions apresentou, então, uma ação de indemnização pelos prejuízos alegadamente causados pelo Tribunal de Budapeste-Capita, no exercício da sua competência jurisdicional. Segundo a descrição do Tribunal de Justiça, -* ***"23. (...) Alegou (...) não ter conseguido que os factos e as circunstâncias que invocou perante a Comissão Arbitral e no âmbito do processo principal, mas que não foram apreciados nem por essa comissão nem pelos tribunais chamados a pronunciar-se, fossem tidos em consideração, em conformidade***

com o direito da União. Deste modo, as instituições húngaras responsáveis pela aplicação do direito esgotaram, na sua substância, os direitos garantidos pelas regras pertinentes do direito da União". *O órgão jurisdicional de reenvio apresentou dez questões prejudiciais, algumas (duas) das quais foram consideradas, pelo Tribunal de Justiça, extravagantes em relação ao objeto processual, e resumiu a matéria em saber se o tribunal nacional* ***"26. (...) violou o direito da União suscetível de fundamentar uma obrigação de reparação dos prejuízos que a Hochtief Solutions alega ter sofrido devido a essa violação".*** *E agrupou as questões a responder em dois grupos. Os temas do primeiro foram assim sumariados :* ***"34. (...) o órgão jurisdicional de reenvio procura obter orientações sobre, em especial, os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade de um Estado-Membro por danos causados aos particulares em razão de uma violação do direito da União por um órgão jurisdicional nacional que se pronuncia em última instância. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os referidos princípios devem ser interpretados no sentido de que, em primeiro lugar, a responsabilidade do Estado-Membro em causa deve ser apreciada com base no direito nacional, em segundo lugar, o princípio da autoridade de caso julgado exclui que possa ser determinada a responsabilidade do Estado-Membro, em terceiro lugar, existe uma violação suficientemente caraterizada do direito da União quando o tribunal que decide em última instância recuse submeter ao Tribunal de Justiça uma questão de interpretação do direito da União que foi suscitada perante si e, em quarto lugar, são contrários a uma norma de direito nacional que exclui dos danos suscetíveis de reparação as despesas ocasionadas a uma parte pela decisão judicial em causa"*** *(este conjunto é respondido na primeira conclusão).*

Processo C-54/18 (Cooperativa Animazione Valdocco) Despacho de 14 de fevereiro de 2019

ECLI:EU:C:2019:118

"1) A Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, em especial os seus artigos 1º e 2º C, lidos à luz do artigo 47º da Carta, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que os recursos das decisões das entidades adjudicantes relativas à admissão ou exclusão da participação nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos devem ser interpostos, sob pena de caducidade, no prazo de 30 dias a contar da sua comunicação aos interessados, na condição de as decisões assim comunicadas incluírem uma exposição de motivos pertinentes que garantam que os referidos interessados tiveram ou poderiam ter tido conhecimento da violação do direito da União por eles alegado.

2) A Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23, em especial os seus artigos 1º e 2º C, lidos à luz do artigo 47º da Carta, deve ser interpretada no sentido de que a mesma não se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que, não sendo interposto recurso das decisões das entidades adjudicante relativas à admissão dos proponentes à participação nos processos de adjudicação de contratos públicos, no prazo de caducidade de 30 dias a contar da sua comunicação, já não é possível aos interessados invocarem a ilegalidade das referidas decisões no âmbito de recursos dirigidos contra os atos subsequentes, nomeadamente contra as decisões de adjudicação, desde que essa caducidade seja oponível aos interessados unicamente na condição de que estes tenham tido ou possam ter tido conhecimento, através da referida comunicação, da ilegalidade que alegam."

COMENTÁRIO :

Em 19 de maio de 2017, o CISS (Consoizio Intercomunale Servizi Sociali) de Pinerolo (Itália) adjudiciou a um agrupamento temporário que entendeu

haver apresentado a proposta mais vantajosa para prestação de serviços de cuidados ao domicílio no seu território, para o período compreendido entre 1 de junho de 2017 e 31 de maio de 2020. A Cooperativa Animazione Valdocco interpôs um recurso de anulação quer sobre a adjudicação, quer sobre um conjunto de atos anteriores, entre os quais a admissão do adjudicatário no procedimento, quando, em sua opinião, não reunia as condições para tal, entre as quais a prestação de uma caução provisória. Sucede que a lei italiana estabelece um prazo de 30 dias para a interposição do recurso, razão pela qual, em relação a todos os fundamentos que não a adjudicação em si mesma, eles já estavam ultrapassados quando o recurso de anulação foi apresentado. Sobre a questão dos 30 dias serem aceitáveis pelo direito da União, a fundamentação do Tribunal de Justiça foi a seguinte : ***"26. Resulta, portanto, da própria redação do artigo 2º-C da Diretiva 89/665 que, um prazo de 30 dias, como a que está em causa no processo principal, em que os recursos das decisões das entidades adjudicantes, de admissão ou exclusão da participação nos processos de adjudicação de contratos públicos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24 devem, a contar da sua comunicação aos interessados, ser interpostos sob pena de caducidade, é, em princípio, compatível com o direito da União, desde que essas decisões incluam uma exposição dos motivos pertinentes ".*** *A conclusão é óbvia, porque a disposição citada da diretiva 89/665/CEE, tal como alterada pela diretiva 2007/66/CE, menciona 10 dias como o mínimo geralmente aceitável. Muita importância deu o Tribunal de Justiça, como sempre, ao conhecimento pleno dos potenciais lesados quanto aos motivos que justificaram uma decisão, sobretudo a adjudicação (nº 32, do acórdão). Aliás, o respeito pela prestação de informação acaba por condicionar, mesmo, aceitação de princípio do prazo de 30 dias. Quanto à segunda questão prejudicial, que é algo repetitiva em relação à primeira, ou seja, se passado o prazo de 30 dias, o lesado ficaria definitivamente impedido de contestar a decisão, o Tribunal de Justiça acaba por repetir o essencial do que já tinha afirmado, no acórdão, voltando a carrear o tema do conhecimento pleno das supostas condições ilegais, por parte do recorrente. Sobretudo neste passo, em que envolve o tribunal nacional :* ***"46. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se, nas circunstâncias do processo principal, a Cooperativa Animazione Valdocco teve efetivamente conhecimento ou poderia ter tido conhecimento, através da comunicação pela entidade adjudicante da decisão de admissão do agrupamento temporário de empresas adjudicatário, em conformidade com o artigo 29º do Código dos Contratos Públicos, dos motivos por ela alegados de***

ilegalidade da referida decisão baseados na inexistência de depósito de uma caução provisória do montante exigido e na falta de demonstração da reunião das condições de participação e se, desse modo, estava efetivamente em condições de interpor recurso da caducidade nos 30 dias previsto no artigo 120º, nº 2-bis, do Código do Procedimento Administrativo". *Como decorre da natureza das coisas, a temática do pleno conhecimento de atos interlocutórios (sobretudo dos atos positivos) é diferente do que terá de ser cumprido para fundamentar o ato de adjudicação.*

Processo C-333/18 (Lombardi)
Acórdão de 5 de setembro de 2019
ECLI:EU:C:2019:675

"O artigo 1º, nº 1, terceiro parágrafo, e nº 3, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratação pública ou das regras que transpõem este direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível, em aplicação das regras ou das práticas jurisprudenciais nacionais, relativas ao tratamento dos recursos de exclusão recíprocos, independentemente do número de participantes no procedimento de contratação pública e do número de recorrentes."

COMENTÁRIO :

O reenvio prejudicial originou-se num litígio entre a firma Lombardi SpA à comuna de Auletta (Itália) e a outros dois empreiteiros, a propósito da adjudicação de um contrato de empreitada, em regime de conceção-construção, de trabalhos hidrogeológicos no entro histórico da cidade principal deste município. Por anúncio publicado a 29 de junho de 2015, foi divulgado o concurso público. O valor estimado da despesa (€ 6.927.970,95) atingia o limiar necessário para a aplicação integral das regras das diretivas sobre contratação pública. A Lombardi impugnou a decisão adjudicatária que não lhe foi favorável, mas antes à Delta. A Lombardi interpôs recurso pedindo a exclusão da Delta e de um agrupamento temporário de empresas, e a Delta, por sua vez, também fez o mesmo contra a admissão da Lombardi. A Delta ganhou o recurso na justiça administrativa da Campânia, que considerou o procedimento ilícito, ao não ter sido excluída a Lombardi – ***"11. (...) por este motivo, o mesmo órgão jurisdicional considerou que a Lombardi não tinha interesse em agir, e negou provimento ao recurso da Lombardi por ser inadmissível".*** *A Lombardi recorreu desta decisão judicial. Chegado o tema ao Consiglio di Stato, já o encontrou dividido (números 14 a 18, do*

acórdão) a propósito da melhor interpretação neste particular. A questão prejudicial foi, segundo a súmula do Tribunal de Justiça : ***"20. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1º, nº 1, terceiro parágrafo, e nº 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratação pública, ou das regras que transpõem este direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível, em aplicação das regras ou das práticas jurisprudenciais processuais nacionais, relativas ao tratamento dos recursos de exclusão recíprocos, independentemente do número de participantes no procedimento de contratação pública e do número de recorrentes".*** *E o Tribunal de Justiça declarou, depois de lembrar os objetivos da diretiva recursos :* ***"24. (...) o recurso subordinado interposto pelo adjudicatário não pode conduzir a que se afaste o recurso de um proponente afastado no caso de a regularidade da proposta de cada um dos operadores ser posta em causa no âmbito do mesmo processo, uma vez que, em tal situação, cada um dos concorrentes pode alegar um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros, podendo levar a que se constate a impossibilidade de a entidade adjudicante proceder à seleção de uma proposta regular (Acórdãos de 4 de julho de 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, nº 33 e de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, nº 24".*** *E afastou que a decisão dada no processo C-355/15 (Bietergemeinschaft), que viabilizou a negação de um direito de recurso, pudesse por em causa a jurisprudência constante (ver números 31 e 32, do acórdão), dadas as diferenças entre os processos.*

Processo C-362/18 (Hochtief III)
Despacho de 18 de dezembro de 2019
ECLI:EC:C:2019:1100

Processo C-496/18 e C-497/18 (Hungeod)
Acórdão e 26 de março de 2020
ECLI:EU:C:2020:240

Processo C-263/19 (T-Systems)
Acórdão de 14 de maio de 2020
ECLI:EU:C:2020:373

"1) O artigo 2º-E, nº 2, da 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 recursos em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, o artigo 2º-E, nº 2 da diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, os considerandos 19 a 21 da Diretiva 2007/66 bem com os considerandos 12, 113, 115 e 117, o artigo 1º,nº 2, e o artigo 89º da Diretiva 2014/25/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional que, no âmbito de um procedimento de recurso iniciado oficiosamente por uma autoridade de fiscalização, permite imputar uma infração e aplicar uma coima não só à entidade adjudicante mas também ao adjudicatário do contrato, no caso de as regras de adjudicação dos contratos públicos terem sido irregularmente afastadas quando da alteração desse contrato durante o seu período de vigência. Todavia, quando tal possibilidade esteja prevista na regulamentação nacional, o procedimento de recurso deve respeitar o direito da União, incluindo os seus princípios gerais, na medida em que o contrato público em causa esteja, ele próprio, abrangido pelo âmbito de aplicação material das diretivas sobre os contratos públicos, seja *ab initio* seja na sequência da sua alteração legal.

2) (...)."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre duas empresas húngaras (uma pública, a BKK, entidade adjudicante e outra, adjudicatária, a T-Systems) e a Comissão Arbitral em matéria de contratação pública do Gabinete dos Contratos Públicos, a respeito de coimas aplicadas às primeiras em razão da alteração, durante o seu período de vigência, do contrato que as vinculava sem que tenham sido organizados novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos. A BKK é uma sociedade constituída pelo município de Budapest, e exerce a atividade de operador dos serviços de transportes públicos na cidade. A BKK celebrou um contrato

Processo C-771/19 (NAMA)
Acórdão de 24 de março de 2021
ECLI:EU:C:2021:232

"O artigo 1º, nºs 1 e 3, o artigo 2º, nº 1, alíneas a) e b), e o artigo 2ª-A, nº 2, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, devem ser interpretados no sentido de que um proponente excluído de um procedimento de celebração de um contrato público numa fase anterior à fase de adjudicação desse contrato e cujo pedido de suspensão da execução da decisão que o exclui foi indeferido pode invocar, no seu pedido de suspensão de execução da decisão que admitiu a proposta de outro proponente, apresentado simultaneamente, todos os fundamentos relativos à violação do direito da União em matéria de contratos públicos ou das regras nacionais de transposição desse direito, incluindo fundamentos que não têm relação com as irregularidades pelas quais a sua proposta foi excluída. Esta faculdade não é afetada pelo facto de o recurso administrativo pré-contencioso perante uma instância nacional independente, que, por força do direito nacional, tinha de ser interposto previamente por esse proponente contra a decisão da sua exclusão, não ter obtido provimento, desde que esse não provimento não tenha adquirido força de caso julgado."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se, a Grécia, entre a NAMA, uma associação de empresas e as sociedades que a integram, e a AEPP (Autoridade Competente para o Exame dos Recursos Administrativos em Matéria de Contratos Públicos) e a Attiko Metro, a respeito da legalidade, de uma decisão desta última, sobre a avaliação das propostas técnicas apresentadas no âmbito de um procedimento aberto para adjudicação de um contrato público de transportes, aberto a 24 de janeiro de 2018. O objeto do contrato era a prestação de serviços de consultadoria técnica para o projeto de extensão do metro de Atenas. O critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa com base na melhor relação qualidade-

preço. O valor estimado era de € 21.500.000. Segundo o anúncio do concurso, a primeira fase do procedimento compreendia a análise dos documentos justificativos e das propostas dos candidatos, ao passo que a segunda incluía a abertura das propostas económicas e a avaliação global. Apresentaram-se quatro interessados, com as respetivas propostas, tendo sido três excluídos, por diferentes razões. A NAMA foi uma das excluídas, que interpôs recurso para a AEPP, que lhe deu provimento parcial, sendo a matéria indeferida suficiente para confirmar a exclusão. Tal decisão foi impugnada judicialmente pela NAMA, de onde resultou o reenvio prejudicial. A matéria foi analisada ao abrigo das normas da diretiva 92/13/CEE, tal como alterada pela diretiva 2014/23/EU. A invocada ilegitimidade em matéria processual, por parte de um concorrente que haja sido excluída, já foi resolvida negativamente pelo Tribunal de Justiça (ver número 31, do acórdão), mesmo face à diretiva 92/13/CEE (número 32). Cautelosamente, contudo, o Tribunal afirmou : ***"33. Todavia, há que examinar se este princípio jurisprudencial também se aplica quando a regularidade da decisão que admite a proposta de um proponente é contestada, numa fase anterior à adjudicação do contrato, por um proponente cuja proposta foi excluída".*** *Indo concretamente à matéria controvertida, ou seja, apreciar tanto a legitimidade, como o conteúdo potencial do recurso. Reiterou a jurisprudência que impede os Estados-Membros de subordinarem o exercício do direito de recurso ao facto de o procedimento de contrato público em causa ter formalmente atingido uma determinada fase (número 36), ou que um proponente tenha de esperar pela decisão de adjudicação para poder impugnar ilicitudes cometidas antes desse momento (número 37). Diretamente sobre um dos aspetos :* ***"39.No que se refere aos fundamentos que um proponente excluído pode invocar no âmbito de tal recurso, importa observar que a Diretiva 92/13 não prevê outra exigência para além da estabelecida no seu artigo 1º, nº 1, a saber, que esse proponente possa invocar fundamentos relativos À violação do direito da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito" ; 41. (...) o proponente excluído tem o direito de invocar qualquer fundamento contra a decisão de admissão de outro proponente, incluindo os que não tenham qualquer relação com as irregularidades pelas quais a sua proposta foi excluída".*** *Precisou igualmente que só a existência, quanto à exclusão (neste caso, da NAMA) de uma decisão com força de caso julgado poderia modificar as conclusões a que chegou (números 42 e 43).*

Processo C-927/19 (Klaipedos)
Acórdão de 7 de setembro de 2021
ECLI:EU:C:2021:700

"1.(...).
2.(...).
3.(...).
4. O artigo 1º, nº 1, quarto parágrafo, o artigo 1º, nºs 3 e 5, e o artigo 2º, nº 1, alínea b) da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2024/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, devem ser interpretados no sentido de que a decisão de uma entidade adjudicante que recusa comunicar a um operador económico as informações consideradas confidenciais que figuram no processo de candidatura ou na proposta de outro operador económico constitui um ato recorrível e que, quando o Estado-Membro em cujo território decorre o procedimento de contratação pública em causa previu que qualquer pessoa que deseje contestar uma decisão tomada pela entidade adjudicante é obrigada a interpor um recurso administrativo antes de qualquer recurso para o tribunal, esse Estado-Membro pode igualmente prever que um recurso jurisdicional dessa decisão de recusa deve ser precedido desse recurso administrativo prévio.
5. O artigo 1º, nº 1, quarto parágrafo, e o artigo 1º, nºs 3 e 5, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23, bem como o artigo 21º da Diretiva 2014/24, lido à luz do princípio geral de direito da União a uma boa administração, devem ser interpretados no sentido de que uma entidade adjudicante, a quem um operador económico apresenta um pedido de comunicação das informações consideradas como confidenciais contidas na proposta de um concorrente ao qual o contrato foi adjudicado, não é obrigada a comunicar essas informações quando a sua transmissão conduza à violação das regras do direito da União relativas à proteção das informações confidenciais, mesmo quando o pedido do operador económico seja apresentado no âmbito de um recurso desse mesmo operador sobre a legalidade da apreciação da proposta do recorrente pela entidade adjudicante. Quando recusa transmitir essas informações, ou quando, ao mesmo tempo que opõe essa

recusa, indefere o recurso administrativo apresentado por um operador económico a respeito da legalidade da apreciação da proposta em causa, a entidade adjudicante é obrigada a ponderar o direito do requerente a uma boa administração com o direito do concorrente à proteção das suas informações confidenciais, de modo a que a sua decisão de recusa ou a sua decisão de indeferimento seja fundamentada e o direito à ação de que beneficia um proponente excluído não seja privado de efeito útil.

6. O artigo 1º, nº 1, quarto parágrafo, e o artigo 1º, nºs 3 e 5, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23, bem como o artigo 21º da Diretiva 2014/24, lidos à luz do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados no sentido de que o órgão jurisdicional nacional competente para o qual foi interposto recurso da decisão de uma entidade adjudicante que recusa comunicar a um operador económico informações consideradas confidenciais contidas na documentação transmitida pelo concorrente ao qual foi adjudicado o contrato ou um recurso da decisão de uma entidade adjudicante que indefere a reclamação apresentada contra essa decisão de recusa deve ponderar o direito do requerente à ação com o direito do seu concorrente à proteção das suas informações confidenciais e dos seus segredos comerciais. Para esse efeito, esse órgão jurisdicional, que deve necessariamente dispor das informações necessárias, incluindo as informações confidenciais e os segredos comerciais, para poder pronunciar-se com pleno conhecimento de causa sobre o caráter comunicável das referidas informações, deve proceder a um exame de todos os elementos de faco e de direito pertinentes. Deve igualmente poder anular a decisão de recusa ou a decisão de indeferimento do recurso administrativo se estas forem ilegais e, sendo caso disso, devolver o processo à entidade adjudicante , ou mesmo tomar por si próprio uma nova decisão se o seu direito nacional o autorizar.

7. O artigo 57º, nº 4, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se sobre um litígio entre um operador económico excluído da adjudicação de um contrato e uma entidade adjudicante, pode afastar-se da apreciação feita por esta última sobre a licitude do comportamento do operador económico ao qual o contrato foi adjudicado e, portanto, extrair daí todas as consequências necessárias da sua decisão. Em contrapartida, em conformidade com o princípio da equivalência, esse órgão

jurisdicional só pode conhecer oficiosamente do fundamento relativo ao erro de apreciação cometido pela entidade adjudicante se o direito nacional o permitir."

8.(...)."

COMENTÁRIO :

As conclusões 1 a 3 e 8 estão comentadas no capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).

Processo C-23/20 (Simonsen & Weel)
Acórdão de 17 de junho de 2021
ECLI:EU:C:2021:490

"1) (...).
2) (...).
3) O artigo 2º-D, nº 1, alínea a), da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável no caso de um anúncio de concurso ter sido publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, conquanto, por um lado, a quantidade estimada e/ou o valor estimado dos produtos a fornecer no âmbito do acordo-quadro previsto não resultem desse anúncio de concurso, mas do caderno de encargos, e, por outro lado, nem o referido anúncio de concurso nem o caderno de encargos mencionem uma quantidade máxima e/ou um valor máximo dos produtos a fornecer no âmbito do referido acordo-quadro."

COMENTÁRIO :
Do capítulo 8 (contrato) consta a análise das duas primeiras conclusões deste acórdão, cuja consulta é indispensável para a compreensão da terceira conclusão. A alínea a), do nº 1, do artigo 2º-D (introduzido pela diretiva 2007/66/CE) tem o seguinte texto : ***"1) Os Estados-Membros devem assegurar que o contrato seja considerado desprovido de efeitos por uma instância de recurso independente da entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso em qualquer dos seguintes casos : a) Se a entidade adjudicante tiver adjudicado o contrato sem publicação prévia de um anúncio no Jornal Oficial da União Europeia sem que tal seja permitido nos termos da Directiva 2004/18/CE".*** *Ora como neste processo se discutia o caso de um anúncio com conteúdo insuficiente e não uma simples omissão de publicação de anúncio, o Tribunal de Justiça ponderou decidir o seguinte :* ***"87. (...) seria desproporcional alargar a aplicação desta disposição a uma situação como a que está em causa no processo principal, em que as Regiões publicaram um anúncio de concurso e tornaram acessível o caderno de encargos, sem mencionar, nesse anúncio, ou nesse caderno de encargos, a quantidade estimada e/ou o valor estimado, e a quantidade máxima e/ou valor máximo dos produtos a fornecer no âmbito desse acordo-quadro".***

Processo C-497/20 (Randstad Italia)
Acórdão de 21 de dezembro de 2021
ECLI:EU:C:2021:1037

"O artigo 4º, nº 3 e o artigo 19º, nº 1 TUE, bem como o artigo 1º, nº 1 e 3, da 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 fornecimento e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014, lida à luz do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma disposição do direito interno de um Estado-Membro que, segundo a jurisprudência nacional, tem por efeito que os particulares, como os proponentes que participaram num procedimento de contratação pública, não podem contestar a conformidade com o direito da União de um acórdão proferido pelo supremo tribunal da hierarquias dos tribunais administrativos desse Estado-Membro no âmbito de um recurso interposto no supremo tribunal da hierarquia dos tribunais judiciais do referido Estado-Membro."

COMENTÁRIO :

O processo principal desenvolveu-se em Itália, e opôs a firma Randstad Italia a um conjunto de organismos públicos do setor da saúde, e teve por objeto tanto a exclusão da Randstad Italia de um procedimento de contratação pública e a regularidade desse próprio procedimento. Três questões prejudiciais foram colocadas, das quais o Tribunal de Justiça aceitou duas completamente, e uma parcialmente (e reformulada). A 13 de dezembro de 2017, a USL lançou um procedimento de contratação pública com um valor próximo de € 12 milhões para a adjudicação de um contrato público cujo objeto era escolher uma agência de emprego para a contratação temporária de pessoal. O critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, e o método de cálculo previa um limite mínimo de pontuação técnica de 48 pontos. A proposta da Randstad não passou à segunda fase e o contrato foi adjudicado a uma sua concorrente, a Synergie-Umana.

Processo C-669/20 (Veridos)
Acórdão de 15 de setembro de 2022
ECLI:EU:C:2020:684

"1) (...).
2) O artigo 55º, nº 2, da Diretiva 2009/81, lido em conjugação com o artigo 47º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que :
quando uma entidade adjudicante não tenha lançado um procedimento de verificação do eventual caráter anormalmente baixo de uma proposta, por ter considerado que nenhuma das propostas que lhe foram apresentadas tinha esse caráter, a sua apreciação pode ser objeto de fiscalização jurisdicional no âmbito de um recurso da decisão de adjudicação do contrato em causa."

COMENTÁRIO :
O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo), onde se identifica e discute matéria relativa ao critério de adjudicação num procedimento pré-contratual regido pela diretiva 2009/81, sobre contratação nos domínios da segurança e defesa. Seguindo jurisprudência constante quanto ao âmbito dos recursos, o desrespeito pelo procedimento de verificação contraditório, em casos suspeitos de preço anormalmente baixo, foi considerado suscetível de proteção jurisdicional, mesmo no contexto em que não está determinada a prática de um ato formal de inexistência de preço anormalmente baixo. Veja-se, especificamente, o que diz o acórdão, sobre vários aspetos deste caso : ***"44. Assim, só em caso de suspeita quanto ao caráter anormalmente baixo de uma proposta, e na sequência do procedimento de verificação contraditório referido no nº 37 do presente acórdão, é que a entidade adjudicante deve formalmente adotar uma decisão fundamentada de admissão ou de rejeição da proposta em causa. 45. Todavia, no caso em apreço, resulta dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que a entidade adjudicante não lançou o procedimento de verificação contraditório, previsto no artigo 49º da Diretiva 2009/81, nem adotou uma decisão expressa a esse respeito. 46. Nesta hipótese, a obrigação que decorre do artigo 55º, nº 2, da Diretiva 2009/81 e do artigo 47º da Carta, segundo a qual a decisão de adjudicação do contrato em causa deve poder ser objeto de um recurso eficaz, exige que os proponentes que se considerem lesados possam interpor recurso dessa decisão alegando que a proposta selecionada devia***

ter sido considerada de 'anormalmente baixa' 47. A este respeito, o facto de uma proposta não ser considerada 'anormalmente baixa', sem que tal seja objeto de fundamentação específica, não pode dar origem, enquanto tal, à anulação do procedimento de adjudicação de um contrato, uma vez que o legislador da União não impôs às entidades adjudicantes a obrigação de adotar uma decisão expressa e fundamentada que declare a inexistência de propostas anormalmente baixas".

Processo C-54/21 (Anton Polska)
Acórdão de17 de novembro de 2022
ECLI:EU:C:2022:888

"1)(...).
2)(...).
3)(...).
4) O artigo 1º, nºs 1 e 3,da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.
deve ser interpretado no sentido de que :
em caso de constatação, no tratamento de um recurso interposto de uma decisão de adjudicação de um contrato público, de uma obrigação de a entidade adjudicante divulgar ao recorrente informações que foram erradamente tratadas como confidenciais e de uma violação do direito à ação em razão da não divulgação dessas informações, essa constatação não deve necessariamente conduzir à adoção, por essa entidade adjudicante, de uma nova decisão de adjudicação do contrato, desde que o direito processual nacional permita ao órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se tomar, no decurso da instância, medidas que restabeleçam o respeito do direito à ação ou lhe permitam considerar que o recorrente pode interpor um novo recurso da decisão de adjudicação já tomada. O prazo para a interposição desse recurso só deve correr a partir do momento em que esse recorrente tenha acesso a todas as informações que tinham erradamente sido qualificadas de confidenciais."

COMENTÁRIO :

Processo C-274/21 e C-275/21 (EPIC Financial Consulting) Acórdão de 14 de junho de 2022

ECLI:EU:C:2022:

"1) O artigo 1º, nº 1, da Diretiva 89/66%/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, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, deve ser interpretado no sentido de que a celebração de um acordo-quadro com um único operador económico, em conformidade com o artigo 33º, nº 3, da 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, corresponde à celebração do contrato previsto no artigo 2º-A, nº 2, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23.

2) O artigo 33º, nº 3, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que uma entidade adjudicante já não se pode basear, para adjudicar um novo contrato, num acordo-quadro cuja quantidade e/ou cujo valor máximo de obras fornecimentos e serviços em causa que fixa já foi ou já foram atingido(s), a menos que a adjudicação desse contrato não implique uma modificação substancial desse acordo-quadro, como prevê o artigo 72º, nº 1, alínea e), deste diretiva.

3) O princípio da equivalência deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que prevê, relativamente aos pedidos de medidas provisórias e aos recursos relativos a um procedimento de adjudicação de contratos públicos, regras processuais diferentes das que se aplicam nomeadamente aos processos em matéria civil.

4) O artigo 1º, nº 1, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23, lido à luz do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que obriga o litigante a identificar, no seu pedido de medidas provisórias ou no seu recurso, o procedimento de adjudicação e a decisão passível de recurso separado que contesta, quando a entidade adjudicante tenha optado

por um procedimento de adjudicação de contrato público sem publicação prévia de anúncio de concurso e o anúncio de adjudicação ainda não tenha sido publicado.

5) O artigo 2º, nº 1, da diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23, lido à luz do artigo 47º, da Carta dos Direitos Fundamentais, deve ser interpretado no sentido de que :

- se opõe a uma legislação nacional que impõe a um órgão jurisdicional, ao qual foi submetido um pedido de medidas provisórias destinado a impedir aquisições pela entidade adjudicante, que identifique, antes de se pronunciar sobre esse pedido, o tipo de procedimento de adjudicação do contrato em questão, o valor (estimado) do contrato em causa, bem como o número total de decisões passíveis de recurso separado e, se for caso disso, dos lotes decorrentes do procedimento de adjudicação em causa, apenas para calcular o montante de taxas processuais fixas que o autor desse pedido deve imperativamente pagar, sob pena de o referido pedido ser indeferido apenas por esse motivo, quando a entidade adjudicante tenha optado por um procedimento de adjudicação de contrato público sem publicação prévia de um anúncio de concurso e, no momento da interposição do recurso de anulação de uma decisão relativa a esse procedimento, o anúncio de adjudicação do contrato ainda não tenha sido publicado ;
- não se opõe a uma legislação nacional que impõe a um órgão jurisdicional, ao qual foi submetido um recurso de anulação de uma decisão passível de recurso separado da entidade adjudicante, que identifique, antes de se pronunciar sobre esse recurso, o tipo de procedimento de adjudicação do contrato em questão, o valor (estimado) do contrato em causa, bem como o número total das decisões passíveis de recurso separado e, se for caso disso, dos lotes decorrentes do procedimento de adjudicação em causa, apenas para calcular, apenas para calcular o montante das taxas processuais fixas que o recorrente deve imperativamente pagar, sob pena de ser negado provimento ao seu recurso apenas por esse motivo.

6) O artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que impõe ao litigante que apresenta um pedido de medidas provisórias ou interpõe um recurso o pagamento de taxas processuais fixas de montante impossível de prever, quando a

entidade adjudicante tenha optado por um procedimento de adjudicação de um contrato público sem publicação prévia de anúncio de concurso ou, se for caso disso, sem publicação posterior de anúncio de adjudicação do contrato, de modo a que, pelo que esse litigante pode ver-se na impossibilidade de prever o valor estimado do contrato em causa bem como o número de decisões passíveis de recurso separado que foram adotadas pela entidade adjudicante com base nas quais essas taxas foram calculadas."

COMENTÁRIO :

No final de 2020 a República da Áustria e a central federal de compras celebraram 21 acordos-quadro com o valor de € 3 milhões para a aquisição de teste antigénio (testes Covic19). A EPIC impugnou estes atos, e requereu medidas provisórias.

Processo C-682/21 (HSC Baltic)
Acórdão de 26 de janeiro de 2023
ECLI:EU:C:

"1. (...).
2. (...).
3. O artigo 1º, nºs 1 e 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014,
deve ser interpretado no sentido de que :
um Estado-Membro que, no âmbito da fixação dos pressupostos de aplicação do motivo facultativo de exclusão previsto no artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24, prevê que os membros de um agrupamento de operadores económicos adjudicatário de um contrato público são, em caso de rescisão desse contrato por incumprimento de uma obrigação essencial, inscritos numa lista de fornecedores não fiáveis e, desse modo, temporariamente excluídos, em princípio, da participação em novos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, deve garantir o direito a esses operadores interporem recurso efetivo da sua inscrição nessa lista."

<u>COMENTÁRIO :</u>
Este acórdão dirigiu-se essencialmente a interpretar o direito da União perante um mecanismo previsto na lei lituana que coloca numa lista de impedidos temporariamente em contratar os membros de um agrupamento empresas adjudicatário que tenha visto um contrato público de que é parte rescindido pela entidade adjudicante devido ao incumprimento de uma obrigação essencial. Nesta terceira conclusão, é confirmado que o âmbito do direito de recurso inclui a possibilidade de impugnar a colocação nessa lista de contratantes não fiáveis, como seria de esperar tendo em conta a jurisprudência anterior sobre a incidência dos meios à disposição dos interessados. Como o texto do acórdão lembra e contextualiza o conceito nuclear de "decisões tomadas pelas entidades adjudicantes", que ***"deve ser objeto de uma interpretação lata"*** *(número 62, do acórdão), a questão mais interessante deve residir na aplicação destas disposições a um contrato já firmado (que acaba rescindido) e não a ocorrências na fase pré-contratual. Num resumo claro da pronúncia do Tribunal de Justiça :* ***"64.***

Quando, como no caso presente, os membros de um agrupamento de operadores económicos estão, devido à rescisão do contrato público que lhes tinha sido adjudicado, inscritos, por uma entidade adjudicante ou por iniciativa desta, numa lista de fornecedores não fiáveis, e assim temporariamente excluídos, em princípio, da participação em futuros processos de adjudicação de contratos públicos, essa inscrição, que afeta o interesse de cada um desses operadores em obter contratos públicos abrangidos pelo direito da União, constitui uma decisão tomada por uma entidade adjudicante, na aceção do artigo 1º, nº 1, da Diretiva 89/665. Essa decisão deve. Como resulta da análise da segunda e terceira questões, respeitar as caraterísticas essenciais do motivo de facultativo de exclusão previsto no artigo 57º, nº 4, alínea g), da Diretiva 2014/24 e respeitar o princípio da proporcionalidade enunciado no seu artigo 18º, nº 1. Em caso de violação dessas disposições ou de qualquer outra norma do direito da União, a pessoa pretensamente lesada deve, por força do artigo 1º, nºs 1 e 3 da Diretiva 89/665, dispor de uma via de recurso efetiva". *Obviamente, o direito que é, assim, reconhecido, pertence a cada um dos interessados, pois é sobre eles, individualmente, que impende a consequência negativa em questão. Quanto às conclusões 1 e 2, deste acórdão, o seu comentário consta do capítulo 25 (execução do contrato).*

Processo C-787/21 (Estaleiros Navais de Peniche)
Despacho de 17 de maio de 2022

ECLI:EU:2022:414

"O artigo 1º, nº 3, da 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 obras, conforma alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um proponente que tenha sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva possa impugnar a decisão de adjudicação desse contrato. A este respeito, é indiferente que o proponente excluído alegue que o contrato lhe poderá eventualmente ser adjudicado na hipótese de, em consequência de uma anulação daquela decisão, a entidade adjudicante decidir abrir um novo procedimento de adjudicação."

COMENTÁRIO :

O litígio, no processo principal, opôs a firma Estaleiros Navais de Peniche, S.A. ao município de Aveiro, e ao agrupamento Navalrocha/Navaltagus, pelo facto do município referido ter excluído a proposta da Estaleiros Navais de Peniche, e adjudicado ao agrupamento um contrato público para a aquisição de um novo ferry elétrico. Por decisão de 2 de julho de 2020, a entidade adjudicante excluiu a citada proposta, por entende que ela continha três violações ao caderno de encargos. Impugnada judicialmente essa decisão, não teve a impugnação vencimento, sendo desencadeados recursos para o Tribunal Central Administrativo Norte, e deste para o próprio Supremo Tribunal Administrativo, Deste último resultaram as questões prejudiciais. Importa especificar este último passo e a contribuição que foi solicitado ao Tribunal de Justiça : ***"14. A recorrente no processo principal interpôs recurso extraordinário de revista no órgão jurisdicional de reenvio, o Supremo Tribunal Administrativo (Portugal). Segundo este órgão jurisdicional, é facto assente que a Decisão de 2 de julho de 2020 se tornou definitiva no que respeita à exclusão da proposta da recorrente no processo principal. Por conseguinte, apenas se discute a questão de saber se esta última tem interesse em agir para impugnar o ato de adjudicação do concurso***

ao agrupamento". *Aí, o Tribunal de Justiça aplicou jurisprudência anterior estabilizada (daí a possibilidade de decidir por despacho e não por acórdão) quanto à interpretação da diretiva 89/665/CEE, alterada pela diretiva 2007/66/CE. Especialmente, que o facto de ter sido excluída uma proposta de um procedimento (ou a exclusão do proponente), não prejudica a legitimidade para a impugnação da adjudicação feito a outrém (número 23, do acórdão), mas desde que a exclusão não se tenha tornado definitiva (número 24, do acórdão). Em súmula :* ***"26. O interesse em agir de um proponente afastado de um procedimento de adjudicação d um contrato para impugnar a decisão de adjudicação desse contrato está assim intrinsecamente ligado à manutenção de um interesse em agir para impugnar a decisão que o excluiu desse procedimento. Por conseguinte, não tendo interesse em agir para impugnar a decisão que excluiu aa sua proposta, um proponente afastado não pode alegar que conserva um interesse em agir para impugnar a decisão de adjudicação do contrato".*** *Neste enquadramento, é indiferente se, sendo anulado o procedimento ou anulada a adjudicação, o potencial impugnante pudesse, no contexto de um novo procedimento, vir a merecer a adjudicação do contrato.*

Processo C-53/22 (VZ)
Acórdão de 9 de fevereiro de 2023
ECLI:EU:C:

"O artigo 1º, nº 3, da 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 de contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho,
deve ser interpretado no sentido de que :
não se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que não permite a um operador, impedido de participar num procedimento de adjudicação de um contrato público com o fundamento de que não preenchia uma das condições de participação previstas no concurso em causa e a cujo recurso da inclusão dessa condição, no referido concurso, foi negado provimento por uma decisão que adquiriu autoridade de caso julgado, contestar a recusa da entidade adjudicante em causa de anular a decisão de adjudicação desse contrato público na sequência da confirmação, por uma decisão judicial, da participação tanto do adjudicatário como de todos os outros proponentes num acordo constitutivo de uma infração às regras da concorrência do mesmo setor em que se realizou o procedimento de adjudicação do referido contrato público."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a sociedade, a VZ, e uma entidade adjudicante, a CA, a propósito da recusa desta última em anular a decisão de adjudicação às firmas RT e BO de um contrato público de prestação de serviços de salvamento por helicóptero a efetuar em duas regiões de Itália, a Lombardia e a Ligúria O anúncio do concurso publicado pela CA exigia aos proponentes, a título de prova da sua capacidade técnica e profissional. A VZ não possuía essa qualificação, pelo que não pode participar no procedimento, razão pela qual contestou o anúncio, na justiça administrativa, sem qualquer sucesso, mesmo após recurso. Entretanto, as restantes empresas que participaram neste concurso foram alvo, com outra, de sanções da AGCM, por estabelecimento de acordos proibidos pelo artigo 101 TFUE (combinação de preços em serviços de helicóptero em transporte de passageiros). Apesar do cometimento de uma infração profissional grave e da aplicação de uma penalidade, a CA considerou, pelo âmbito da mesma,

que não era pertinente para efeitos da sua apreciação, pelo que continuou o procedimento, adjudicando dois lotes à RT e um à BO. Sustentada na jurisprudência constante, e valorizando o facto de a VZ ter tido possibilidade de impugnar o anúncio, segundo os direitos conferidos pela legislação italiana, o Tribunal de Justiça considerou que citada firma, depois de perder a ação que interpusera, não continuaria a ser considerada pessoa lesada, ou que pudesse vir a ser lesada por ato ilícito da entidade adjudicante. E concretizou : ***"38. (...) quando, anteriormente à adoção da decisão de adjudicação de um contrato público, um proponente tenha sido definitivamente excluído da participação no procedimento de adjudicação do contrato em causa por uma decisão judicial que adquiriu força de caso julgado, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 1º, nº 3, da Diretiva 89/665 não se opõe a que seja recusado ao proponente o acesso a um recurso da decisão de adjudicação do contrato público em causa e da celebração do contrato correspondente (...)".***

Processo C-303/22 (CROSS Zlín)
Acórdão de 18 de janeiro de 2024
ECLI:EU:C:

"O artigo 2º, nº 3, e o artigo 2º-A, nº 2, da 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, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, devem ser interpretados no sentido de que :
não se opõem a uma regulamentação nacional que só proíbe a entidade adjudicante de celebrar um contrato público até à data em que o órgão que decida em primeira instância, na aceção deste artigo 2º, nº 3, tome uma decisão sobre o recurso interposto da decisão de adjudicação desse contrato, sem que seja relevante, a este respeito, a questão de saber se essa instância de recurso é ou não de natureza jurisdicional."

COMENTÁRIO :
O processo principal, na República Checa, opôs a firma CROSS Zlín à Autoridade para a Proteção a Concorrência, pelo facto do presidente desta última entidade ter confirmado a negação do provimento ao recurso interposto pela CROSS contra o município de Brno, por este ter excluído essa sociedade de um procedimento de adjudicação de um concurso público relativo à extensão das funções da central de controlo de tráfego do sistema de semáforos, procedimento esse desencadeado em 27 de setembro de 2019. Apresentaram-se dois concorrentes, a CROSS e a Siemens Mobility, e o município excluiu, a 6 de abril de 2020, a primeira, adjudicando o contrato à segunda. O motivo da exclusão era o do desrespeito pelas condições do concurso. A questão prejudicial distribuía-se por vários tópicos, assim resumidos pelo Tribunal de Justiça : ***"25. (...) o órgão jurisdicional de reenvio manifesta dúvidas quanto à questão de saber se a Diretiva 89/665 e a exigência de garantir um controlo jurisdicional efetivo que decorre do artigo 47º da Carta se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que permite a uma entidade adjudicante celebrar um contrato público antes do termo do prazo previsto para interpor recurso jurisdicional da decisão do órgão administrativo de segundo grau ou antes de o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se poder decidir sobre um pedido para decretar uma***

medida provisória que proíba essa entidade adjudicante de celebrar esse contrato até que a decisão sobre esse recurso se torne definitiva. 26 . Resulta da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais checos que, se o contrato público for celebrado antes de o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se decidir sobre esse recurso ou esse pedido, esse órgão jurisdicional já não pode decretar medidas provisórias, uma vez que, nesse caso, já não é necessário resolver provisoriamente a situação das partes".

Processo C-480/22 (EVN Business Service)
Acórdão de 23 de novembro de 2023
ECLI:EU:C:

"1) O artigo 57º, nº 3, da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE,
deve ser interpretado no sentido de que :
uma atividade de compras centralizada, no âmbito da adjudicação conjunta de contratos por entidades adjudicantes de diferentes Estados-Membros, é efetuada por uma central de compras 'situada noutro Estado-Membro' quando a entidade adjudicante tenha a sua sede num Estado-Membro diferente do da sede da central de compras independentemente, sendo caso disso, do local da sede de uma entidade terceira que detém o controlo de uma ou de outras dessas entidades.
2) O artigo 57º, nº 3, da Diretiva 2014/25, lido à luz dos considerandos 78 e 82 dessa diretiva,
deve ser interpretado no sentido de que :
a regra de conflitos de leis consagrada nesta disposição, por força da qual as atividades de compras centralizadas de uma central de compras são prestadas em conformidade com as disposições nacionais do Estado-Membro em que essa central de compras está situada, abrange as vias de recurso, na aceção da Diretiva92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, relativas a essas atividades, na medida em que a referida central de compras esteja encarregada do desenrolar do processo de adjudicação do contrato."

COMENTÁRIO :
Este processo é muito particular, dado que a impugnação do cocontratante privado (a EVN Business Service e duas outras : a EVN tem sede na Áustria, e as duas restantes na Bulgária) se dirige a uma declaração de incompetência de um tribunal nacional, enquanto instância de recurso em matéria de adjudicação de

contratos públicos. O caso desenvolveu-se na Áustria. Vejamos como o próprio Tribunal de Justiça reportou a factualidade inicial : ***"9. Por anúncio publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 22 de maio de 2020, foi lançado um procedimento de adjudicação de um contrato público tendo por objeto um acordo-quadro para a execução de obras de montagem de instalações elétricas, bem como as respetivas obras de construção e desmontagem. O contrato dividia-se (territorialmente) em 36 lotes cujo local de execução se situava na Bulgária. O valor do contrato excedia o limiar acima do qual são aplicáveis as regras processuais e de publicidade em matéria de adjudicação de contratos públicos previstas no direito da União" ; "2. Este pedido foi apresentado no âmbito de vários recursos interpostos pela EVN Business Service GmbH (a seguir EBS), uma sociedade de direito austríaco com sede na Áustria e por duas sociedades com sede na Bulgária, contra decisões do Landesverwaltungsgericht Niederoesterreich (Tribunal Administrativo Regional da Baixa Áustria), através das quais este se declarou incompetente enquanto instância de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos".***

Processo C-493/22 (Armaprocure)
Despacho de 16 de março de 2023
ECLI:EU:C:2023:291

"O artigo 55º, nº 4, e o artigo 57º, nº 2, da Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE,
devem ser interpretados no sentido de que :
se opõem a que um proponente excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público por decisão da autoridade adjudicante que se tornou definitiva tenha acesso a uma via de recurso contra o contrato celebrado com o adjudicatário."

COMENTÁRIO :
O processo principal foi desencadeado na Roménia, e envolve a interpretação de normas da diretiva 2009/81/CE, sobre contratação pública nos domínios da defesa e segurança. As partes foram a firma Armaprocure e o Ministério da Defesa Nacional (acompanhado pela BlueSpace Technology) a respeito da decisão do Ministério em rejeitar a proposta da Armaprocure e adjudicar a um consórcio constituído pela BlueSpace e pela companhia nacional Romarm um contrato público para a aquisição de polígonos de tiro. O procedimento foi lançado a 12 de dezembro de 2019, e incluía dois lotes, para um valor total previsível de aproximadamente € 8.900.000, em leus, moeda romena. Estabeleceu-se um longo contencioso, muito da iniciativa da Armaprocure, que viu sucessivamente quer postos em causas os termos em que apresentou as propostas para cada um dos lotes, terminando com a adjudicação e assinatura do contrato (em final de novembro de 2021) a outros concorrentes. A questão prejudicial era a seguinte, conforme expressa no relatório do acórdão : ***"38. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 55º, nº 4, e o artigo 57º, nº 2, da Diretiva 2009/81 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que um proponente excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público por decisão da autoridade adjudicante que se tornou definitiva tenha acesso a uma via de recurso contra o contrato celebrado com o adjudicatário"****. As normas em questão da diretiva 2009/81 são reproduzidas de outras com o mesmo teor, constantes da*

diretiva 89/665/CEE. Lembrando a jurisprudência anterior que os Estados-Membros não são obrigados a prever recursos acessíveis a qualquer entidade, mas só àquelas que tenham sido, ou possa vir a ser lesada (nº 41, do acórdão). E ainda : ***"43 (...) o princípio jurisdicional recordado no número anterior do presente despacho desde que a exclusão do proponente não se tenha tornado definitiva, nomeadamente depois de ter sido confirmada por uma decisão com força de caso julgado (...)".*** *A conclusão do Tribunal de Justiça é, assim, muito clara, separando a noção muito generosa do direito ao recurso, de uma generalização que possa ofender a segurança jurídica.*

Processo C-547/22 (INGSTEEL II)
Acórdão de 6 de junho de 2024
ECLI:EU:C:

"O artigo 2º, nº 1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEEE 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, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007,
deve ser interpretada no sentido de que :
se opõe a uma legislação ou a uma prática nacionais que excluem, por princípio, a possibilidade de um proponente excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público em virtude de uma decisão ilegal da entidade adjudicante ser indemnizado pelo prejuízo em sofrido devido à perda de oportunidade de participar nesse procedimento para obter o contrato em causa."

COMENTÁRIO :
O processo principal decorreu na Eslováquia, e opôs a firma INGSTEEL à Autoridade Reguladora dos Contratos Públicos, a respeito de uma ação de indemnização intentada por essa sociedade na sequência da exclusão ilegal da associação de que era membro de um procedimento de adjudicação de um contrato público desencadeado pela Federação Eslovaca de Futebol. Por anúncio publicado a 16 de 2013, a entidade adjudicante lançou um concurso para a adjudicação de uma empreitada de obras de reconstrução, modernização e construção de dezasseis (!) estádios de futebol. O agrupamento de que fazia parte a INGSTEEL participou nesse procedimento, mas foi excluído porque a entidade adjudicante entendeu que não tinha cumprido as exigências do anúncio quanto à sua capacidade económica e financeira. Tal decisão veio a ser anulada, pelo Tribunal Supremo, depois da decisão do Tribunal de Justiça no reenvio prejudicial que formou o processo C-76/16 (acórdão de 13 de julho de 2017). Independentemente deste percurso judicial, o contrato foi celebrado, pelo que nada mais restava aos prejudicados senão interpor uma ação de indemnização. O que fizeram, sustentando