

Processo C-303/22

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

9 de maio de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa)

Data da decisão de reenvio:

5 de maio de 2022

Recorrente:

CROSS Zlín a.s.

Recorrida:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

DESPACHO

O Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa) [...], no processo intentado pela

recorrente: **CROSS Zlín, a. s.**

[Omissis]

contra

recorrida: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Autoridade para a Proteção da Concorrência, República Checa)**

[Omissis]

sendo interveniente: **Statutární město Brno (Município de Brno, República Checa)**

[Omissis]

relativo ao recurso interposto da Decisão de 9 de novembro de 2020, do presidente do recorrido, com a referência ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

decidiu o seguinte:

I. Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão prejudicial:

A regulamentação checa que permite a uma entidade adjudicante celebrar um contrato público antes da interposição de um recurso no órgão jurisdicional competente com vista à fiscalização da legalidade da decisão de exclusão de um proponente, proferida em segunda instância pela Úřad pro ochranu hospodářské soutěže [Autoridade para a Proteção da Concorrência], é compatível com o artigo 2.º, n.º 3, e com o artigo 2.º-A, n.º 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 (JO 1989, L 395, p. 33)], interpretados à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?

II. *[Omissis]*

Fundamentação:

I. Objeto do processo

- 1 No presente processo, a entidade adjudicante, o Statutární město Brno (Município de Brno, República Checa) lançou, em 27 de setembro de 2019, um concurso público para a adjudicação de um contrato público intitulado «ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ» (Extensão das Funções da Central de Controlo de Tráfego – Sistema de Sinalização Luminosa), publicado no Věstník veřejných zakázek (Boletim de Contratos Públicos) n.º Z2019–034002 e no *Jornal Oficial da União Europeia* n.º 2019/S 190–461538. O objeto do contrato público era a extensão da central de controlo de tráfego existente e a prestação de serviços que consistia em ligar todos os dispositivos do sistema de sinalização luminosa da entidade adjudicante à central de controlo de tráfego, ligar a central de controlo do tráfego ao sistema DIC 2 Brno, ligar a central de controlo de tráfego à rede de câmaras de vigilância da cidade, prestar assistência técnica, formar os operadores e assegurar a manutenção preventiva. O valor estimado do contrato público era de 13 805 000 CZK, excluindo o imposto sobre o valor acrescentado (IVA).
- 2 A entidade adjudicante recebeu, dentro do prazo fixado, duas propostas para esse contrato público, a saber, uma proposta da recorrente CROSS Zlín, a. s., com o preço mais baixo, e outra da Siemens Mobility, s. r. o., com o segundo preço mais

baixo proposto. De acordo com os documentos do concurso, a vantagem económica das propostas devia ser avaliada com base no critério da proposta com o preço mais baixo. Por anúncio de 6 de abril de 2020, a entidade adjudicante excluiu a sociedade CROSS Zlín do concurso por incumprimento das condições do concurso. Seguidamente, em 7 de abril de 2020, a sociedade Siemens Mobility foi selecionada como fornecedor. A sociedade CROSS Zlín apresentou uma reclamação contra o aviso de exclusão da sua proposta, que a entidade adjudicante indeferiu por Decisão de 4 de maio de 2020. Em seguida, a sociedade CROSS Zlín apresentou na Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Autoridade para a Proteção da Concorrência, a seguir «Autoridade») um pedido de reapreciação dos atos da entidade adjudicante e pediu a anulação do anúncio da sua exclusão e da seleção da Siemens Mobility. Em 3 de julho de 2020, foi tomada oficiosamente no processo administrativo pendente na Autoridade uma medida provisória que consistia em proibir a entidade adjudicante de celebrar o contrato público antes do encerramento definitivo do processo administrativo. Por Decisão de 5 de agosto de 2020, a Autoridade indeferiu o pedido. A sociedade CROSS Zlín apresentou uma reclamação contra a decisão proferida em primeira instância, que o presidente da Autoridade indeferiu por Decisão de 9 de novembro de 2020, confirmando a decisão proferida em primeira instância; a Decisão do presidente da Autoridade tornou-se definitiva em 13 de novembro de 2020[0]. A 18 de novembro de 2020, a entidade adjudicante celebrou um contrato público com o proponente selecionado.

- 3 Em 13 de janeiro de 2021, a recorrente CROSS Zlín interpôs recurso da decisão do presidente da recorrida no Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno). Paralelamente ao seu recurso, a recorrente solicitou que fosse conferido ao recurso um efeito suspensivo e a aplicação de uma medida provisória para proibir a entidade adjudicante de celebrar um contrato público ou, a título subsidiário, para proibir a execução desse contrato. Por Despacho de 11 de fevereiro de 2021, esse órgão jurisdicional indeferiu o pedido de que fosse conferido efeito suspensivo ao recurso e de aplicação de uma medida provisória, com o fundamento de que, uma vez que o contrato já tinha sido celebrado, o pedido de proibir a entidade adjudicante de celebrar o mesmo ficara sem objeto. Mesmo que fosse dado provimento ao recurso e o órgão jurisdicional de reenvio anulasse a decisão do presidente da recorrida, a Autoridade, após ser-lhe devolvido o processo, arquivaria o processo invocando o § 257.º, alínea j), da zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (Lei n.º 134/2016 relativa à adjudicação de contratos públicos, a seguir «Lei n.º 134/2016») e já não examinaria o processo quanto ao mérito. Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, também não era possível proibir a entidade adjudicante de executar o contrato uma vez que não existia qualquer obstáculo jurídico que impedisse a celebração do contrato nesse momento (após a decisão do presidente da Autoridade se ter tornado definitiva).
- 4 Por carta de 28 de março de 2022, o órgão jurisdicional de reenvio informou as partes no processo de que estava a considerar apresentar um pedido de decisão prejudicial e fixou-lhe um prazo para apresentarem observações sobre essa medida. Em 8 de abril de 2022, a recorrida informou o órgão jurisdicional de reenvio de que só se pronunciaria pormenorizadamente sobre essa medida no

processo de reenvio prejudicial, se este fosse instaurado. Nas suas observações de 26 de abril de 2022, a recorrente salientou que, ao apresentar o pedido de aplicação da medida provisória, tinha tentado, sem sucesso, impedir a celebração de um contrato público após a decisão da recorrida se ter tornado definitiva. A celebração de contratos públicos após a decisão da parte recorrida se tornar definitiva é uma prática corrente consolidada das entidades adjudicantes que viola o direito do proponente excluído a uma proteção jurisdicional efetiva e a um processo equitativo. Portanto, a recorrente não se opôs à apresentação do pedido de decisão prejudicial. No entanto, alegou que este problema poderia ser resolvido se, no processo de reapreciação dos atos da entidade adjudicante, a recorrida tivesse aplicado uma medida provisória até ao termo do prazo para interpor recurso num tribunal administrativo. *[Omissis]*

II. Disposições do direito da União e do direito nacional aplicáveis

- 5 Segundo o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.
- 6 Além disso, resulta do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, que caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o artigo 2.º-A, n.º 2, e o artigo 2.º-D, n.ºs 4 e 5.
- 7 O artigo 2.º-A, n.º 1, da Diretiva 89/665 dispõe que os Estados-Membros devem garantir que as pessoas a que se refere o artigo 1.º, n.º 3, disponham de um prazo suficiente para assegurar o recurso eficaz das decisões de adjudicação de contratos tomadas por entidades adjudicantes, mediante a aprovação das disposições necessárias que respeitem as condições mínimas estabelecidas no n.º 2 do presente artigo e no artigo 2.º-C.
- 8 Segundo o artigo 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665, a celebração de um contrato na sequência da decisão de adjudicação de um contrato abrangido pela Diretiva 2014/24/UE ou pela Diretiva 2014/23/UE não pode ter lugar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver sido enviada aos proponentes e candidatos interessados, em caso de utilização de telecópia ou de meios eletrónicos, ou, em caso de utilização de outros meios de comunicação, antes do termo de um prazo mínimo, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver

sido comunicada aos proponentes e candidatos interessados ou de pelo menos 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de receção da decisão de adjudicação do contrato. Considera-se que os proponentes estão interessados se ainda não tiverem sido definitivamente excluídos. Uma exclusão é definitiva se tiver sido notificada aos proponentes interessados e se tiver sido considerada legal por uma instância de recurso independente ou já não puder ser objeto de recurso.

- 9 Segundo o artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a seguir «Carta», 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.
- 10 A proteção contra atos irregulares de uma entidade adjudicante é regulada pelas disposições nacionais na parte 13 da Lei n.º 134/2016. A reclamação contra os atos da entidade adjudicante pode ser apresentada no prazo de quinze dias a contar da data em que o reclamante tomou conhecimento da violação do direito pela entidade adjudicante (§ 241.º e § 242.º da lei).
- 11 Segundo o § 245.º, n.º 1, da Lei n.º 134/2016, a entidade adjudicante envia ao reclamante, no prazo de quinze dias a contar da notificação da reclamação, uma decisão relativa à sua apreciação. Nessa decisão indica se defere ou indefere a reclamação; da decisão deve constar a fundamentação, na qual a entidade adjudicante se pronuncia em pormenor e de modo compreensível sobre todos os elementos invocados pelo reclamante na sua reclamação. Se a entidade adjudicante deferir a reclamação, deve indicar também na sua decisão as medidas corretivas que tomará.
- 12 Por sua vez, resulta do § 245.º, n.º 4, da Lei n.º 134/2016 que, caso a entidade adjudicante indefira a reclamação, instrui o reclamante, na decisão sobre essa reclamação, sobre a possibilidade de apresentar à Autoridade, no prazo previsto no § 251.º, n.º 2, um pedido de reapreciação dos atos da entidade adjudicante e sobre a obrigação de notificar à entidade adjudicante uma cópia dessa reclamação, no mesmo prazo.
- 13 O § 246.º, n.º 1, da Lei n.º 134/2016 dispõe que a entidade adjudicante não pode celebrar um contrato com um fornecedor: a) antes do termo do prazo para apresentar uma reclamação contra a decisão de excluir o participante do procedimento de concurso público, de selecionar um fornecedor ou contra o ato de notificação voluntária da intenção de celebrar um contrato; b) até ser notificada ao recorrente a decisão sobre a reclamação, caso esta tenha sido apresentada, c) antes do termo do prazo para apresentação do pedido de reapreciação dos atos de uma entidade adjudicante, caso esta tenha indeferido a reclamação apresentada, d) no prazo de 60 dias a contar do data de início do procedimento de reapreciação dos atos da entidade adjudicante, caso o pedido tenha sido apresentado dentro do prazo; no entanto, a entidade adjudicante pode celebrar um contrato antes do termo desse prazo se a Autoridade tiver indeferido o pedido ou se o processo

administrativo relativo ao pedido tiver sido encerrado, e a decisão nesse processo se tiver tornado definitiva. Além disso, nos termos do n.º 2 desse artigo, a entidade adjudicante não pode celebrar um contrato com um fornecedor durante 60 dias a contar do início do processo de reapreciação dos atos da entidade adjudicante se a Autoridade tiver instaurado este processo oficiosamente; no entanto, a entidade adjudicante pode celebrar um contrato mesmo antes do termo desse prazo caso o processo administrativo tenha sido encerrado e a decisão nesse processo se tenha tornado definitiva.

- 14 Do § 254.º, n.º 1, da Lei n.º 134/2016 resulta que o pedido de proibição de execução de um contrato público pode ser apresentado por um proponente que alegue que a entidade adjudicante celebrou um contrato: a) sem publicação prévia [omissis], b) não obstante a proibição de o celebrar resultante da presente lei ou de medidas provisórias, c) por via de atos praticados fora do âmbito do procedimento de adjudicação de um contrato público, [omissis], ou d) praticando atos nos termos do § 135.º, n.º 3, ou § 141.º, n.º 4 [omissis].
- 15 O § 264.º, n.º 1, da Lei n.º 134/2016 dispõe que, no âmbito de um processo instaurado a pedido nos termos do § 254.º, a Autoridade proíbe a entidade adjudicante de executar o contrato se o contrato público ou o contrato-quadro tiver sido celebrado do modo previsto no § 254.º, n.º 1. Presume-se que um contrato cuja execução a Autoridade tenha proibido é nulo desde o início, sem ser necessário proceder nos termos do n.º 3. O n.º 2 da referida disposição prevê ainda que o contrato público se torna nulo por motivo de violação dessa lei unicamente nos casos em que a Autoridade proíbe a sua execução ao abrigo do n.º 1. Tal não afeta a nulidade por outros motivos.
- 16 Segundo o § 257.º, alínea j), da Lei n.º 134/2016, a Autoridade encerra, por despacho, o processo instaurado se, durante o processo administrativo, a entidade adjudicante tiver celebrado um contrato para executar o objeto do contrato público em apreço.
- 17 Nos termos do § 61.º da zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (Lei n.º 500/2004, relativa ao Código de Processo Administrativo, a seguir «Lei 500/2004»), no decurso do processo, a autoridade administrativa pode, oficiosamente ou a pedido de uma parte, aplicar uma medida provisória, mediante decisão nesse sentido, se tal for necessário para regular provisoriamente a situação das partes no processo [omissis]. Uma medida provisória pode ter por objeto ordenar a uma parte ou a qualquer outra pessoa que faça algo, que se abstenha de fazer algo ou que suporte algo, bem como a apreensão de um bem que possa servir de prova ou de um bem que possa estar sujeito a execução (n.º 1). A decisão sobre o pedido de aplicação de medidas provisórias de uma parte deve ser tomada no prazo de dez dias. A decisão é notificada apenas à pessoa afetada ou, se for caso disso, também à outra parte que pediu a sua aplicação. O recurso contra a decisão que ordena uma medida provisória não tem efeito suspensivo; só pode ser interposto pela parte a quem a decisão é notificada (n.º 2). A autoridade administrativa revoga a medida provisória, por decisão, assim que o motivo pelo qual foi adotada deixe de existir.

Se não o fizer, a medida provisória caduca no dia em que a decisão quanto ao mérito se tornou executória ou começou a produzir outros efeitos jurídicos (n.º 3).

- 18 Resulta do § 38.º da zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (Lei n.º 150/2002, relativa ao Código Administrativo, a seguir «Lei n.º 150/2002») que se tiver sido interposto um recurso e for necessário regular provisoriamente a situação das partes por motivo de risco de prejuízos consideráveis, o órgão jurisdicional pode, mediante pedido nesse sentido, aplicar por despacho uma medida provisória, na qual ordena às partes para fazerem algo, absterem-se de fazer algo ou suportarem algo. O órgão jurisdicional também pode, pelas mesmas razões, impor tal obrigação a um terceiro, se tal lhe puder ser razoavelmente exigido (n.º 1). Se necessário, o órgão jurisdicional pede às outras partes que apresentem observações sobre o pedido de aplicação de medidas provisórias (n.º 2). O órgão jurisdicional decide sobre o pedido de medidas provisórias sem demora injustificada; se não existir risco associado a um exame mais demorado, o órgão jurisdicional decide no prazo de 30 dias a contar da data da apresentação do pedido. O despacho sobre a pedido de medidas provisórias deve sempre se fundamentado (n.º 3). O órgão jurisdicional pode revogar ou alterar um despacho de medidas provisórias, em caso de alteração das circunstâncias, mesmo sem pedido nesse sentido. A medida provisória caduca, o mais tardar, na data em que a decisão do órgão jurisdicional que põe termo ao processo se tornou executória (n.º 4).
- 19 Nos termos do § 72.º, n.º 1, da Lei n.º 150/2002, pode ser interposto recurso no prazo de dois meses a contar da data em que a decisão foi comunicada ao recorrente através da notificação de uma cópia ou qualquer outro meio previsto na lei, salvo se uma lei especial previr um prazo diferente.
- 20 Resulta da disposição do § 78.º, n.º 1, da Lei n.º 150/2002 que, se for dado provimento ao recurso, o órgão jurisdicional anula a decisão impugnada por ilegalidade ou vícios processuais. O órgão jurisdicional também anula a decisão impugnada por ilegalidade se constatar que a autoridade administrativa excedeu ou abusou dos limites do seu poder discricionário administrativo estabelecido por lei. Além disso, o n.º 4 dispõe que, ao anular uma decisão, o órgão jurisdicional declara simultaneamente que o processo é remetido ao recorrido para posterior seguimento.

III. Análise da questão prejudicial submetida

- 21 No processo em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se a legislação checa que permite à entidade adjudicante celebrar um contrato público antes da fiscalização judicial da decisão da Autoridade sobre a reclamação ou antes de o órgão jurisdicional se ter pronunciado sobre a adoção da medida provisória que proíbe a entidade adjudicante de celebrar o contrato até que a decisão sobre o recurso judicial se torne definitiva, é compatível com as

exigências da Diretiva 89/665/CEE e com a obrigação de garantir uma fiscalização jurisdicional efetiva decorrente do artigo 47.º da Carta.

- 22 Se num concurso de adjudicação de um contrato público um proponente for excluído, como é o caso no processo em apreço, na pendência do processo iniciado pelo proponente excluído na Autoridade, decorre um prazo de 60 dias durante o qual não o contrato público não pode ser celebrado [§ 246.º, n.º 1, alínea d), da Lei 134/2016]. A Autoridade pode prorrogar este prazo aplicando uma medida provisória nos termos do § 61.º da Lei n.º 500/2004, que consiste em proibir a entidade adjudicante de celebrar o contrato público até que a decisão da Autoridade sobre o processo iniciado se torne definitiva. A medida provisória aplicada caduca, o mais tardar, na data em que a decisão sobre a reclamação se torna definitiva. Quando a decisão do presidente da Autoridade sobre a reclamação se torna definitiva já nada obsta a que a entidade adjudicante celebre o contrato público. Como resultado, surgem frequentemente situações em que uma entidade adjudicante celebra um contrato público antes de ser interposto, no órgão jurisdicional, recurso da decisão do presidente da Autoridade sobre a reclamação. Pode ser interposto recurso no órgão jurisdicional administrativo no prazo de dois meses a contar da data da notificação ao recorrente da decisão administrativa proferida em segunda instância (§ 72.º, n.º 1, da Lei n.º 150/2002) e este recurso pode ser acompanhado de um pedido de aplicação de uma medida provisória que consiste em proibir a entidade adjudicante de celebrar o contrato público enquanto o processo estiver pendente no órgão jurisdicional. O pedido de medidas provisórias não pode ser apresentado antes da interposição do recurso (§ 38.º da Lei n.º 150/2002).
- 23 Se o contrato público for celebrado antes da interposição de um recurso acompanhado de um pedido de medidas provisórias, o órgão jurisdicional, segundo jurisprudência constante, já não decreta a aplicação de medidas provisórias, uma vez que, nessa situação, já não é necessário regular provisoriamente as relações das partes no processo [v., por exemplo, Despacho do Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno) de 26 de novembro de 2020, com a referência 30 AF 66/2020-88]. Se se verificar que a Autoridade avaliou incorretamente a legalidade da exclusão de um proponente, o órgão jurisdicional anula a decisão da Autoridade por ilegalidade e remete-lhe o processo para lhe ser dado seguimento (§ 78.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 150/2002). No entanto, se o contrato público já tiver sido celebrado anteriormente, a Autoridade, depois de o órgão jurisdicional lhe remeter o processo para prosseguimento da instância, não volta a examinar o mérito do pedido de reapreciação dos atos da entidade adjudicante de acordo com as conclusões do órgão jurisdicional, mas encerra o processo sobre o pedido com base no § 257.º, alínea j), da Lei n.º 134/2016. Pode, portanto, surgir uma situação em que o órgão jurisdicional concorda com a argumentação do proponente excluído de que o ato da entidade adjudicante que consistiu em excluí-lo era ilegal, e anula a decisão emitida em segunda instância pela Autoridade por ilegalidade, mas, apesar disso, o proponente excluído já não poderá obter a adjudicação do contrato público, porque entretanto, no período entre o momento em que a decisão da Autoridade sobre a reclamação se tornou

definitiva e a eventual decisão do órgão jurisdicional relativa à aplicação de medidas provisórias no processo judicial, o contrato público foi celebrado. Nos termos do direito checo, tal proponente só tem, portanto, direito a pedir uma indemnização por danos causados por um ato ilegal da entidade adjudicante num processo perante um órgão jurisdicional civil em conformidade com a *zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád* (Lei n.º 99/1963, Código de Processo Civil). No entanto, no âmbito de um processo de indemnização, o proponente que foi ilegalmente excluído do processo de adjudicação de um contrato público só obterá ganho de causa se provar: 1) a conduta ilegal da entidade adjudicante, 2) a ocorrência de danos, 3) o nexo de causalidade entre a conduta ilegal do autor do dano e a ocorrência do dano e, sendo caso disso, 4) a culpa do autor do dano, nos termos do § 2911.º da *zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník* (Lei n.º 89/2012, do Código Civil) (no entanto, por referência ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 30 de outubro de 2010, *Strabag e o.*, C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567, pode-se afirmar que, em caso de reparação do dano causado pela violação do direito dos contratos públicos, a entidade adjudicante será responsável por esse dano *a limine*). Na prática, pode ser difícil para um proponente, que tenha sido ilegalmente excluído de um concurso de adjudicação de um contrato público, provar os danos efetivos e o nexo de causalidade entre a conduta ilegal da entidade adjudicante e esses danos. Com efeito, não basta demonstrar a simples eventualidade de um dano resultar de um ato ilegal praticado pela entidade adjudicante, mas devem ser demonstrados, com certeza, a ocorrência efetiva do dano e o nexo de causalidade.

- 24 A regulamentação checa considera a Autoridade uma «instância de recurso», na aceção da Diretiva 89/665/CEE. Isto também é evidenciado pelo disposto no § 246.º da Lei n.º 134/2016, que especifica os prazos em que a entidade adjudicante está proibida de celebrar um contrato no decurso do processo na Autoridade. Contudo, a Autoridade não pode ser considerada um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, na aceção do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais.
- 25 No seu Acórdão de 21 de dezembro de 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, [EU:C:2021:1037], n.º 73, o Tribunal de Justiça esclareceu que o artigo 2.º-A da Diretiva 89/665/CEE deve ser interpretado à luz do artigo 47.º da Carta. Na opinião do Tribunal de Justiça, nestas circunstâncias a expressão «instância de recurso independente», na aceção deste artigo 2.º-A, da Diretiva 89/665/CEE deve, para efeitos de determinar se a exclusão de um proponente se tornou definitiva, ser entendida no sentido de que visa um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei, na aceção do artigo 47.º da Carta.
- 26 A necessidade do pedido de interpretação do conceito de «instância de recurso independente» à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, decorre também do Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de setembro de 2016, *Star Storage*, C-439/14 e C-488/14, [EU:C:2016:688], que diz respeito à interpretação tanto da Diretiva 89/665/CEE como da Diretiva do Conselho 92/13/CEE[, 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. No n.º 41 desse acórdão indica-se que o objetivo da diretiva é garantir «a existência, em todos os Estados-Membros, de meios de recurso eficazes, a fim de assegurar a aplicação efetiva das regras da União em matéria de adjudicação de contratos públicos, em especial numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas». Na opinião do Tribunal de Justiça, «aos candidatos e aos concorrentes lesados por decisões das entidades adjudicantes, os Estados-Membros devem garantir o respeito do direito a um recurso efetivo e ao acesso a um tribunal imparcial, consagrado no artigo 47.º da Carta» (v. n.º 46).

- 27 Se vigorasse o princípio de que a «instância de recurso independente», nos termos do artigo 2.º-A, n.º 2, e eventualmente, do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665/CEE, tem de ser um tribunal independente, a regulamentação checa que permite celebrar um contrato público imediatamente após a decisão do presidente da Autoridade sobre a reclamação se tornar definitiva, ou seja, antes de ser instaurado o processo no tribunal estabelecido por lei, nos termos do artigo 47.º da Carta, seria contrária ao artigo 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665/CEE e não garantiria aos proponentes excluídos dos procedimentos de concursos públicos uma fiscalização jurisdicional efetiva. A exigência de garantir uma fiscalização jurisdicional efetiva expressa no artigo 47.º da Carta também é confirmada nos n.ºs 57 e 58 do Acórdão Randstad, já mencionado, bem como, por exemplo, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de julho de 2014, Sánchez Morcillo e Abril García, C-169/14, [EU:C:2014:2099], n.ºs 35 e 36.
- 28 A apreciação da conformidade da regulamentação nacional com as exigências da Diretiva 89/665/CEE tem importância decisiva para o exercício da fiscalização jurisdicional da legalidade da decisão impugnada. Se o Tribunal de Justiça declarar que o legislador checo não transpôs suficientemente a diretiva, o órgão jurisdicional considera, caso se conclua que a decisão impugnada é ilegal, que deve vincular na sua sentença a Autoridade por via de um parecer jurídico vinculativo, o que levaria a Autoridade a afastar a aplicação das disposições do direito nacional que deram origem a essa violação (v. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 2021, Asociația «Forumul Judecătorilor din România», C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, [EU:C:2021:393], n.ºs 250 e 251). No caso em apreço, a única consequência razoável que respeita o princípio da fiscalização jurisdicional efetiva, afigura-se ser que a Autoridade, após a sua decisão ter sido anulada por ilegalidade, no âmbito do processo judicial, e de o processo lhe ter sido remetido para posterior tramitação, não aplique a regulamentação relativa à possibilidade de encerrar o processo tendo em conta a celebração do contrato público nos termos do § 257.º, alínea j), da Lei n.º 134/2016, mas declare nulo o contrato celebrado antes da interposição do recurso e proíba a sua execução, aplicando, por analogia, o § 254.º, n.º 1, alínea b), em conjugação com o § 264.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 134/2016. Em seguida, a Autoridade terá então de reexaminar a legalidade da exclusão do proponente de acordo com o parecer jurídico vinculativo do órgão jurisdicional.

Desta forma, o proponente teria a oportunidade de ganhar o processo de adjudicação do contrato público.

IV. Conclusões

29 *[Omissis]*

30 *[Omissis]*

31 *[Omissis]*

[Omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO