

Processo C-274/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

28 de abril de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Áustria)

Data da decisão de reenvio:

22 de abril de 2021

Requerente:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Requeridas:

República da Áustria

Bundesbeschaffung GmbH

Objeto do processo principal

Processo de medidas provisórias no quadro do recurso interposto contra uma ou várias decisões em matéria de adjudicação

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação da Diretiva 89/665/CEE e do Regulamento (UE) n.º 1215/2012; conformidade com o direito da União das disposições legislativas nacionais relativas às taxas processuais dos recursos interpostos no âmbito de um processo de medidas provisórias perante o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, a seguir «BVwG») e das consequências da falta de pagamento dessas taxas; artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. Deve um processo de medidas provisórias proposto ao abrigo do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, e também previsto no regime jurídico nacional austríaco, no Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), no qual também podem ser propostos processos, por exemplo, de proibição temporária da celebração de acordos-quadro ou de celebração de contratos de fornecimento, ser considerado um litígio em matéria civil e comercial, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (a seguir «Regulamento n.º 1215/2012»)? Deve tal processo de medidas provisórias referido na questão anterior ser eventualmente considerado um litígio em matéria civil, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)? Deve o processo de medidas provisórias previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, ser considerado um processo de medidas provisórias na aceção do artigo 35.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Regulamento n.º 1215/2012)?

2. Deve o princípio da equivalência, tendo em conta as restantes disposições do direito da União, ser interpretado no sentido de que confere aos particulares direitos subjetivos contra o Estado-Membro e de que se opõe à aplicação de disposições de direito nacional austríaco nos termos das quais o órgão jurisdicional, antes de decretar uma medida provisória como a prevista no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, deve apurar o tipo de procedimento de adjudicação e o valor (estimado) do contrato, bem como a totalidade das decisões passíveis de recurso separado, proferidas no âmbito de procedimentos de adjudicação específicos, e que foram impugnadas ou, em qualquer caso, também os lotes de um de procedimento de adjudicação específico, a fim de, subsequentemente, ser proferido um despacho de retificação para cobrança subsequente de taxas adicionais, eventualmente pelo juiz presidente da secção competente do órgão jurisdicional, e, em caso de falta de pagamento das taxas, antes, ou eventualmente em simultâneo com o indeferimento do pedido de medidas provisórias por falta de pagamento de taxas, a secção jurisdicional competente para o recurso deve exigir o pagamento das taxas processuais sob pena de perda do respetivo direito, quando em (outros) litígios em matéria civil na Áustria, noutras situações, como, por exemplo, ações de indemnização ou de cessação por violação da concorrência, a falta de pagamento das taxas não prejudica a apreciação de um pedido conexo de medidas provisórias, seja qual for o montante das taxas processuais em dívida, e a apreciação de medidas provisórias requeridas nos tribunais cíveis, em processo separado de uma ação, em princípio, não é prejudicada pela falta de pagamento das taxas fixas; e, prosseguindo a comparação, na Áustria, a falta de pagamento das taxas processuais em caso de recursos contra decisões administrativas ou de taxas

processuais no caso de recursos ordinários ou de *Revision* interpostos de decisões dos tribunais administrativos para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) ou o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) não implica a rejeição do recurso por falta de pagamento das taxas e, por exemplo, também não implica que, nestes processos de recurso ou no recurso de *Revision*, os pedidos de reconhecimento do efeito suspensivo só possam ser decididos no sentido do seu indeferimento?

2.1. Deve o princípio da equivalência, tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de disposições de direito nacional austríaco segundo as quais, antes de ser proferida uma decisão sobre um pedido de medidas provisórias previstas no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, deve ser proferido pelo presidente da secção, enquanto juiz singular, um despacho de retificação das taxas, devido ao pagamento insuficiente de taxas fixas e este juiz singular deve indeferir o pedido de medidas provisórias, por falta de pagamento das taxas, quando, noutros litígios em matéria de direito civil na Áustria, em princípio, não são devidas taxas processuais fixas adicionais, nos termos da Gerichtsgebührengesetz (Lei relativa às taxas processuais), por um pedido de medidas provisórias apresentado em conjunto com uma ação, além das que são devidas pela ação em primeira instância e quando no caso dos pedidos de declaração do efeito suspensivo que são apresentados em conjunto com os recursos interpostos contra decisões administrativas para o Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo), ou com os recursos de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) ou para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) e que têm, do ponto de vista funcional, um objetivo de tutela jurídica igual ou semelhante ao do pedido de medidas provisórias, não são devidas taxas próprias por estes pedidos acessórios de reconhecimento do efeito suspensivo?

3. Deve o imperativo previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), 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 de fornecimentos (89/655/CEE) (JO L 395, de 30 de dezembro de 1989, p. 33), na redação da Diretiva 2014/24/UE,

de 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

tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que esta exigência de prontidão confere um direito subjetivo a que seja tomada uma decisão imediata sobre um pedido de medidas provisórias e de que é contrário à aplicação de disposições de direito nacional austríaco segundo as quais o órgão jurisdicional também deve, mesmo no caso de procedimentos de contratação com tramitação pouco transparente, apurar o tipo de procedimento de

adjudicação e o valor (estimado) do contrato bem como a totalidade das decisões proferidas no âmbito de procedimentos de adjudicação específicos que admitem recurso separado e que foram impugnadas ou, em qualquer caso, também os lotes de um procedimento de adjudicação específico, ainda que os mesmos não sejam relevantes para a decisão, antes de proferir uma decisão sobre um pedido de medidas provisórias destinadas a impedir mais contratações da entidade adjudicante, para posteriormente, em todo o caso, ser proferida uma ordem de retificação para cobrança subsequente de taxas por parte do juiz presidente da secção judicial competente e, em caso de falta de pagamento das taxas, antes ou eventualmente em simultâneo com o indeferimento do pedido de medidas provisórias por falta de pagamento de taxas, a secção jurisdicional competente para o recurso deve exigir à requerente o pagamento das taxas processuais sob pena de perda do direito respetivo?

4. Deve o direito a um processo judicial equitativo consagrado no artigo 47.º da Carta [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2012/C 326/02)PT 26.10.2012, *Jornal Oficial da União Europeia* C 326/391], tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que confere direitos subjetivos aos particulares e de que se opõe à aplicação das disposições do direito nacional austríaco segundo as quais o órgão jurisdicional também deve, mesmo no caso de procedimentos de contratação com tramitação pouco transparente, apurar o tipo de procedimento de adjudicação e o valor (estimado) do contrato bem como a totalidade das decisões proferidas no âmbito de procedimentos de adjudicação específicos que admitem recurso separado e que foram impugnadas ou, em qualquer caso, também os lotes de um determinado procedimento de adjudicação, ainda que os mesmos não sejam pertinentes para a decisão, antes de proferir uma decisão sobre um pedido de medidas provisórias destinadas a impedir mais contratações da entidade adjudicante, para posteriormente, em todo o caso, ser proferida uma ordem de retificação para cobrança subsequente de taxas por parte do juiz presidente da secção judicial competente e, em caso de falta de pagamento das taxas, antes, ou, eventualmente em simultâneo com o indeferimento do pedido de medidas provisórias por falta de pagamento de taxas, a secção jurisdicional competente para o recurso deve exigir à requerente o pagamento das taxas processuais sob pena de perda do direito respetivo?

5. Deve o princípio da equivalência, tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que confere aos particulares direitos subjetivos contra o Estado-Membro e de que se opõe à aplicação de disposições de direito nacional austríaco segundo as quais, em caso de falta de pagamento das taxas fixas devidas pela apresentação do pedido de medidas provisórias ao abrigo da Diretiva 89/665/CEE, na versão aplicável (apenas) uma secção judicial de um tribunal administrativo, na qualidade de órgão jurisdicional, pode cobrar taxas fixas (o que implica menos possibilidades de recurso por parte do devedor das taxas), quando noutros processos em matéria civil as taxas devidas pela ação, pelos pedidos de medidas provisórias ou pelos recursos que não sejam pagas são fixadas por aviso de liquidação nos termos da Gerichtliches

Einbringungsgesetz (Lei relativa às taxas processuais) e as taxas dos recursos no âmbito do direito administrativo, relativas a recursos para um Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) ou para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) ou as taxas de recursos de *Revision* relativas aos recursos de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo), em caso de falta de pagamento, são normalmente cobradas por aviso de liquidação de uma Abgabenbehörde (autoridade competente para a cobrança de taxas), contra o qual (aviso de liquidação de taxas) pode sempre ser interposto recurso para o Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) e, subsequentemente, por seu turno, um recurso de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) ou um recurso para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional)?

6. Deve o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665/CEE na redação da Diretiva 2014/23/UE, tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que a celebração de um acordo-quadro com um único operador económico nos termos do artigo 33.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE consubstancia a celebração de contrato nos termos do artigo 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE?

6.1. Deve a expressão constante do artigo 33.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE: «os contratos baseados nesse acordo-quadro» ser interpretada no sentido de que existe um contrato baseado num acordo-quadro quando a entidade adjudicante adjudica um único contrato expressamente baseado no acordo-quadro celebrado? Ou deve o excerto citado «os contratos baseados nesse acordo-quadro» ser interpretado no sentido de que quando o volume global do acordo-quadro já estiver esgotado, no sentido do Acórdão do TJUE C-216/17, n.º 64, o contrato deixa de estar baseado no acordo-quadro originalmente celebrado?

7. Deve o direito a um processo judicial equitativo consagrado no artigo 47.º da Carta [(Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2012/C 326/02), PT 26.10.2012, *Jornal Oficial da União Europeia* C 326/391)], tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de uma disposição nos termos da qual a entidade adjudicante identificada no litígio em matéria de adjudicação de contratos públicos é obrigada a prestar todas as informações necessárias e a apresentar todos os documentos necessários no processo de medidas provisórias, sob pena de ser condenada à revelia, quando os funcionários desta entidade adjudicante, que têm a obrigação de prestar estas informações em nome da entidade adjudicante, correm o risco de responder criminalmente pela prestação de informações ou a apresentação de documentos?

8. Deve o imperativo previsto no artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 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 de fornecimentos

(89/655/CEE) (JO L 395, de 30 de dezembro de 1989, p. 33), na redação da Diretiva 2014/24/UE,

de que os recursos dos processos em matéria de adjudicação de contratos públicos sejam sobretudo eficazes

tendo ainda em consideração o direito a uma tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 47.º da Carta, bem como as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que estas disposições conferem direitos subjetivos e se opõem à aplicação de disposições nacionais segundo as quais compete ao requerente das medidas provisórias que procura proteção jurisdicional invocar, no requerimento em que pede a adoção de medidas provisórias, o procedimento de adjudicação específico e a decisão específica da entidade adjudicante, ainda que este requerente, no caso dos procedimentos de adjudicação sem publicação prévia de anúncio, normalmente, não saiba quantos procedimentos de adjudicação pouco transparentes foram organizados pela entidade adjudicante e quantas decisões de adjudicação já foram tomadas nos procedimentos de adjudicação pouco transparentes?

9. Deve o direito a um processo judicial equitativo previsto no artigo 47.º da Carta, tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que esta disposição confere direitos subjetivos e se opõe à aplicação de disposições nacionais segundo as quais compete ao requerente do recurso que procura proteção jurídica, identificar, no requerimento em que pede a adoção de medidas provisórias, o procedimento de adjudicação específico e a decisão específica da entidade adjudicante passível e objeto de recurso, ainda que este requerente, no caso de um procedimento de adjudicação sem publicação prévia de anúncio que para ele é pouco transparente, normalmente, não possa saber quantos procedimentos de adjudicação pouco transparentes foram organizados pela entidade adjudicante, nem quantas decisões de adjudicação já foram tomadas nos procedimentos de adjudicação pouco transparentes?

10. Deve o direito a um processo judicial equitativo previsto no artigo 47.º da Carta, tendo em conta as restantes disposições de direito da União, ser interpretado no sentido de que esta disposição confere direitos subjetivos e se opõe à aplicação de disposições nacionais segundo as quais cabe ao requerente das medidas provisórias que procura proteção jurisdicional pagar taxas fixas num valor para ele *a priori* imprevisível, uma vez que o requerente, no caso de um procedimentos de adjudicação sem publicação prévia de anúncio que para ele é pouco transparente, normalmente não pode saber se e quantos procedimentos de adjudicação pouco transparentes foram organizados pela entidade adjudicante e qual o valor estimado dos contratos, nem quantas decisões de adjudicação suscetíveis de recurso separado já foram tomadas nos procedimentos de adjudicação pouco transparentes?

Disposições do direito da União invocadas

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em especial, artigo 81.º, n.º 1

Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (a seguir «Regulamento n.º 1215/2012»), em especial, artigos 1.º, n.º 1 e 35.º

Diretiva 89/665/CEE na redação da Diretiva 2014/23/UE, em especial, artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 1, alínea a), 2.º A, n.º 2

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, em especial artigo 33.º, n.º 3

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial, artigo 47.º

Disposições nacionais invocadas

Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I 2018/65 (Lei federal relativa à adjudicação de contratos públicos, a seguir, «BVergG»), em especial, §§ 2, 31, 46, 142 e segs., 334, 336, 340 e segs., 344, 350, 353, 354, 356, 382

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Lei do procedimento administrativo, a seguir «AVG»), em especial, §§ 49 e 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018, BGBl. II 2018/212 (Código das taxas fixas nos tribunais administrativos, edição de 2018, a seguir «Pauschalgebührenverordnung»)

As disposições referidas da BVergG e do Pauschalgebührenverordnung são resumidamente as seguintes:

– Os recursos interpostos antes da adjudicação de um contrato público, mediante os quais as decisões da entidade adjudicante passíveis de recurso separado podem ser declaradas nulas, ou seja, podem ser revogadas na aceção da Diretiva 89/665/CEE, na redação aplicável, pressupõem que ainda não tenha havido adjudicação no procedimento de adjudicação. Se tiver havido adjudicação, já só é possível uma ação de natureza declarativa.

– Os recursos só podem ter por objeto a declaração de nulidade de uma decisão passível de recurso separado, devendo a resposta à questão de saber o que é em cada caso uma decisão passível de recurso separado resultar, consoante o tipo de procedimento de adjudicação, do respetiva enumeração no § 2, ponto 15, alínea a), da BVergG.

- As adjudicações por ajuste direto, como as previstas no § 46, da BVergG, só são atualmente permitidas até aos 100.000 euros, com base num regulamento que fixa o valor.
- A adoção de medidas provisórias, como prevista nos §§ 350 e segs., da BVergG (à luz do direito da União, no artigo 2.º, da Diretiva 89/665/CEE na redação da Diretiva 2014/23/UE), só é permitida para garantia dos recursos contra decisões decorrentes de procedimentos de adjudicação específicos passíveis de recurso separado. A partir da adjudicação do contrato público, não é permitida a adoção de uma medida provisória ao abrigo do § 351 BVergG.
- O § 344, primeiro parágrafo e o § 350, segundo parágrafo, da BVergG preveem que o requerente deve identificar o procedimento de adjudicação e as decisões da entidade adjudicante impugnadas proferidas no âmbito do mesmo procedimento, devendo estas decisões ser passíveis de recurso autónomo de acordo com a enumeração do § 2, ponto 15, da BVergG.
- Conforme resulta dos §§ 344, primeiro e segundo parágrafos e do § 350, segundo parágrafo, da BVergG, o recurso e o respetivo pedido de medidas provisórias para garantia do mesmo devem, em princípio, ser sempre apresentados relativamente a uma única decisão da entidade adjudicante.
- Em relação aos recursos no âmbito de adjudicações por ajuste direto devem ser pagas taxas fixas no valor de 324 euros por cada procedimento de adjudicação por ajuste direto e por cada decisão impugnada separado. Em caso de pedido de medidas provisórias adicionalmente apresentado acrescem 50% a esta taxa, ou seja, são devidos 486 euros (por adjudicação por ajuste direto).

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 No Outono de 2020, as requeridas celebraram pelo menos 15 acordos-quadro relativos ao fornecimento de testes de antigénio para deteção de Covid-19, respetivamente no âmbito de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de anúncio de concurso. Estes acordos-quadro foram sempre celebrados com um único operador económico (artigo 33.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE).
- 2 Em 1 de dezembro de 2020, a requerente apresentou ao órgão jurisdicional de reenvio uma petição na qual acusava as requeridas de terem celebrado, de forma pouco transparente, 21 acordos-quadro com um valor de 3 milhões de euros cada, para aquisição de testes de antigénio Covid-19. Alegou que este facto e as adjudicações individuais realizadas ao abrigo destes acordos-quadro a prejudicavam por serem contrárias ao direito dos contratos públicos.
- 3 A requerente pediu que o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) admitisse o recurso que tem por objeto a legalidade do procedimento de adjudicação escolhido ou dos procedimentos de adjudicação escolhidos, os convites à apresentação de propostas no âmbito do procedimento por negociação sem publicação prévia de

anúncio de concurso, bem como das restantes consultas ou anúncios de concurso planeados ao abrigo dos acordos-quadro da Bundesbeschaffung GmbH (a seguir «BBG») e que declarasse a nulidade de diversas decisões das requeridas.

- 4 Em 1 de dezembro de 2020, a requerente apresentou mais um pedido de medidas provisórias, requerendo que o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) proibisse a continuação do procedimento de adjudicação ou dos procedimentos de adjudicação, bem como a celebração de contratos de fornecimento por ajuste direto e as consultas ou os anúncios de concurso ao abrigo dos acordos-quadro da BBG relativos ao fornecimento de testes antigénio, bem como a organização de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso relativo ao fornecimento de testes antigénio, durante a vigência do recurso.
- 5 Ainda em 1 de dezembro de 2020, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) proferiu uma decisão mediante a qual ordenou a retificação, uma vez que com base nos articulados não era claro que decisões concretas, passíveis de recurso separado, proferidas no âmbito de que procedimentos de adjudicação, a requerente pretendia que fossem declaradas nulas nem relativamente a que procedimentos de adjudicação determinados requeria a adoção de medidas provisórias com um determinado conteúdo.
- 6 Por articulado de 7 de dezembro de 2020, a requerente comunicou que apenas contestava uma decisão das requeridas, passível de recurso separado, relativa a um procedimento de adjudicação, designadamente a decisão sobre a escolha do procedimento de adjudicação para a aquisição de «Testes antigénio SARS-Cov-2 (Covid-19)» para os testes em massa na Áustria.
- 7 Por articulado de 9 de dezembro de 2020, a requerente esclareceu que o seu recurso não se opunha aos acordos-quadro celebrados pela BBG, mas à adjudicação inadmissível efetuada pela Áustria, uma vez que os acordos-quadro celebrados pela BBG estão limitados a um volume de adjudicação de 3 milhões de euros. Por conseguinte, uma adjudicação que ultrapasse este valor é uma adjudicação direta inadmissível à luz do direito em matéria de contratos públicos. A requerente referiu três empresas relativamente às quais contestava a respetiva decisão de aquisição ou uma nova consulta ao abrigo de um acordo-quadro.
- 8 O BVwG (Tribunal Administrativo Federal) pediu à requerente que se pronunciasse sobre as taxas fixas a pagar. A requerente alegou que não tinha impugnado a celebração dos 21 acordos-quadro da BBG, mas a adjudicação por ajuste direto para a aquisição de mais (previsivelmente dois) milhões de testes antigénio SARS-Cov-2 (Covid-19) pela República da Áustria. Considera totalmente excluído que a taxa a pagar seja calculada com base no valor total dos 21 acordos-quadro. Entende que deve apenas ser tido em conta o valor das adjudicações realizadas ou pretendidas.
- 9 A requerente pediu ao órgão jurisdicional de reenvio que determinasse detalhadamente que procedimentos de adjudicação e que decisões da entidade

adjudicante passíveis de recurso existem, apesar de, segundo a BVerG, o ónus da prova da identificação do ou dos procedimentos de adjudicação e da decisão da entidade adjudicante respetivamente impugnada recair sobre a requerente.

- 10 A requerente alegou, no seu articulado de 5 de janeiro de 2021, sem que tal resultasse da petição inicial de 1 de dezembro de 2020, que naquele momento já só lhe interessavam as adjudicações ao abrigo dos acordos-quadro com as empresas S e I a partir de 20 de novembro de 2020. Para esse efeito, alegou que o volume de adjudicações permitido ao abrigo dos acordos-quadro com S e I tinha sido ultrapassado. A requerente afirmou várias vezes que, neste sentido, pretendia impugnar as adjudicações realizadas por «ajuste direto» (na aceção dos conceitos da BVerG nacional) que ultrapassavam o valor estimado da adjudicação previsto no respetivo acordo-quadro. A questão de saber se, desta forma, a requerente pretendia, objetivamente, nos termos da jurisprudência nacional, possivelmente referir-se aos procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio ainda será objeto de análise por parte do BVwG (Tribunal Administrativo Federal).
- 11 A respeito da proibição de autoincriminação, a matéria de facto deve ser concretizada no sentido de que, segundo uma notícia de um jornal, foi aparentemente apresentada denúncia (nos termos do § 80 da Strafprozessordnung) contra membros do Governo federal. A apresentação de uma denúncia criminal foi confirmada pelos procuradores competentes, de modo que é possível que venham no futuro a ser tomadas medidas criminais.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 12 A requerente invoca a falta de transparência do procedimento de contratação, uma vez que se desconhece se a BBG, para a celebração do contrato em causa, organizou sempre procedimentos de adjudicação sem publicação prévia de anúncio individuais e separados com uma empresa ou foi organizado um procedimento único com todas as empresas. Por conseguinte, a requerente vê-se obrigada a ter igualmente em conta possíveis procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio e, deste modo, possíveis aberturas de concurso ao abrigo dos acordos-quadro existentes, para efeito da identificação dos procedimentos de adjudicação. Conforme foi exaustivamente alegado no requerimento de recurso, a decisão impugnada pela requerente é, de facto, uma única decisão concreta das requeridas, designadamente, a decisão de encomendar informalmente (sem nenhum fundamento em matéria de direito da contratação pública) vários milhões de testes de antigénio SARS-Cov-2 (Covid-19).
- 13 Devido à manifesta violação da exigência de transparência em matéria de direito da contratação pública, não foram disponibilizados à requerente nem o anúncio nem os documentos do concurso. Pelo contrário, trata-se de uma forma de adjudicação de ajuste direto no valor de muitos milhões, que não deve ser

camuflada sob aspetos formais ou melhor, que não deveria poder ser camuflada sob aspetos formais.

- 14 Segundo a requerente, em termos de tutela jurisdicional efetiva, a identificação concreta do procedimento de adjudicação não precisa de ser conhecida. Numa situação de aquisição de um bem no valor de dezenas de milhões de euros, sem publicação prévia de anúncio, sem outras informações seguras a que a requerente possa ter acesso (tais como, por exemplo, a documentação do concurso), para além do conhecimento resultante das informações da comunicação social, é impossível que o ónus da identificação concreta do procedimento de adjudicação caiba à requerente. Nesse contexto, em especial, devido à manifesta violação da exigência de transparência, tal equivaleria a um entrave à tutela jurisdicional efetiva.
- 15 Uma interpretação das disposições da BVerG 2018, segundo a qual a requerente seria obrigada a indicar o número exato e a identificação correta do procedimento ou dos procedimentos de adjudicação, assim como a identificação das decisões do requerido passíveis de recurso separado, sem ter qualquer possibilidade de os conhecer, devido à falta de transparência por parte do requerido, seria contrária às exigências de tutela jurisdicional efetiva impostas pela jurisprudência constante do TJUE.
- 16 As requeridas contestam a legitimidade da requerente para apresentar o requerimento e pedem a rejeição ou, subsidiariamente, o indeferimento dos pedidos de medidas provisórias.
- 17 Uma vez que, segundo a redação inequívoca do disposto no § 344, BVergG 2018, nos termos do qual um requerimento apresentado ao abrigo do § 342, primeiro parágrafo, da BVergG 2018 deve, pelo menos, conter a identificação do procedimento de adjudicação em causa bem como da decisão impugnada, passível de recurso separado, a própria requerente é obrigada a identificar corretamente a decisão impugnada desde logo, no requerimento, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) não é, segundo a jurisprudência do Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo), obrigado a realizar investigações para apurar a matéria de facto.
- 18 No entender das requeridas, os pedidos da requerente são infundados e não visam a aplicação de um direito subjetivo de um proponente. Por conseguinte, considera que são inadmissíveis.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 19 O BVwG (Tribunal Administrativo Federal) confronta-se, no presente caso, com uma situação em que a requerente designou de diversas formas os objetos da impugnação e também o pedido de proteção.

- 20 Consoante o número das decisões recorridas decorrentes de um procedimento de adjudicação específico e consoante o procedimento de adjudicação que for tornado objeto de um recurso e de um pedido de medidas provisórias, são devidas taxas fixas na Áustria.
- 21 Segundo a perspetiva nacional da legislação relativa a estas taxas, de acordo com a jurisprudência do Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional), o BVwG (Tribunal Administrativo Federal), antes do pagamento das taxas fixas devidas ou da decisão que fixa o valor das mesmas, não pode proferir uma decisão num recurso nem num pedido de medidas provisórias, no sentido da procedência, da rejeição ou do indeferimento, nem pode, após a desistência do respetivo pedido de proteção jurisdicional, suspender o respetivo processo, uma vez que as taxas fixas respetivamente devidas, após a conclusão do recurso, já não podem ser cobradas. O pagamento das taxas devidas é, assim, um requisito para a decisão do processo.
- 22 Se as taxas devidas não forem exigidas, os funcionários dos tribunais poderão ser considerados culpados, por ato ilícito, pelos danos patrimoniais do fisco.
- 23 Para além do referido, não existem no ordenamento jurídico federal da Áustria disposições legislativas que prevejam a caducidade ou a prescrição das taxas dos recursos, limitadas à duração do processo. Em regra, no essencial, aplicam-se, de resto, prazos substancialmente maiores para a liquidação das taxas (p. ex., nos litígios em matéria civil, 5 anos ou, nos recursos de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo, 3 anos).
- 24 Assim, em especial, em situações de adjudicações pouco transparentes como a do presente caso, são por vezes necessárias investigações muito amplas para apuramento da matéria de facto que por si só nem sequer seriam necessários para a apreciação dos recursos.
- 25 Por vezes, neste tipo de procedimentos de adjudicação pouco transparentes para a requerente, a mesma, ao apresentar o pedido de recurso (que dá origem à dívida relativa à taxa) pode nem sequer saber quanto vai, em última análise, ter de pagar a título de taxas processuais, dependentes do número de adjudicações por ajuste direto ou ainda de procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio que tenham efetivamente sido organizados e do número de decisões passíveis de recurso separado que tenham sido proferidas no âmbito dos mesmos.
- 26 Além disso, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) deve apreciar, para efeitos das disposições relativas às taxas processuais, se a requerente eventualmente desistiu de algum pedido no âmbito do requerimento, mediante uma ou mais alterações dos pedidos apresentados no recurso, o que pode ter eventualmente como consequência a redução *a posteriori* das taxas fixas, sempre em 25% por pedido de recurso sujeito a taxas processuais. Também deve apreciar se eventualmente foram efetivamente apresentados novos pedidos de recurso adicionais.

- 27 Segundo a jurisprudência do Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) o que é (primariamente) relevante não é a identificação do procedimento de adjudicação pela requerente, mas o que se pretende com o requerimento, uma vez que é isso que determina as despesas do processo e a sua eventual utilidade.
- 28 No caso da impugnação relacionada com contratos de fornecimento (p. ex., de testes antigénio) com um valor estimado de três milhões por acordo-quadro, sendo três as decisões impugnadas, incluindo os pedidos de medidas provisórias pedidas contra entidades adjudicantes públicas centrais como a República da Áustria e 21 situações alegadas de acordos-quadro, seriam devidas taxas fixas no valor de 1.061.424 euros.
- 29 A requerente pagou até à data 486 euros de taxas fixas.
- 30 Perante situações de adjudicação pouco transparentes e as alegações processuais previstas pelo mandatário, por exemplo, em 21 procedimentos de adjudicação, e três decisões passíveis de recurso separado impugnadas e um valor do contrato superior a vinte vezes o limite máximo para os contratos de fornecimento, uma parte como a requerente só se vê confrontada com um pedido de pagamento complementar de taxas fixas na ordem dos milhões de euros, com o qual não contava necessariamente anteriormente, mediante a apresentação de um despacho de retificação das taxas.
- 31 O BVwG (Tribunal Administrativo Federal) deve agora, em conformidade com a jurisprudência vinculativa do Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) relativa ao Regulamento 64/2019, em primeiro lugar, emitir um despacho de retificação das taxas devido ao pagamento insuficiente das taxas e, subsequentemente, na falta de pagamento das taxas fixas exigidas *a posteriori*, ordenar o pagamento das mesmas mediante a emissão de um título executivo, antes de poder decidir o recurso e o pedido de medidas provisórias descritos no exemplo.
- 32 Assim, será esclarecido que nos termos da redação da legislação nacional, o dever de pagamento das taxas não fica sem efeito mesmo se o recurso e o pedido de medidas provisórias forem rejeitados por falta de pagamento das taxas.
- 33 Só podem ser anuladas, nos termos da Diretiva 89/665/CEE na redação da Diretiva 2014/23/UE, e declaradas nulas, na terminologia da BVergG e nos termos desta lei, as decisões passíveis de recurso separado proferidas no âmbito de um procedimento de adjudicação específico.
- 34 Por conseguinte, no presente caso podem estar em causa, no caso de procedimentos por ajuste direto nos termos da BVergG, *a opção pelo ajuste direto*, ou, no caso de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, para a celebração de um acordo-quadro com um único operador económico/empresário, as decisões conhecidas da entidade adjudicante a este respeito, descritas no § 2, ponto 15 alínea a).

- 35 Em face do exposto, a requerente deve, no seu requerimento de recurso e no correspondente pedido de medidas provisórias, identificar o procedimento de adjudicação e a decisão passível de recurso separado. No caso de diversos procedimentos de adjudicação «impugnados», devem ficar claros tanto a decisão passível de recurso separado que é impugnada, como o procedimento de adjudicação no âmbito do qual a mesma foi proferida.
- 36 No caso de um acordo-quadro que é celebrado com um único empresário/operador económico no quadro de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, a última decisão a este respeito, suscetível de recurso pela concorrência do empresário selecionado, é a decisão relativa ao empresário com o qual deverá ser celebrado o acordo-quadro.
- 37 Neste sentido, resta apenas a quem procure proteção jurisdicional ao abrigo da Diretiva 89/66/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, numa situação de adjudicação pouco transparente, o meio de recurso específico dos concursos públicos que é o pedido de natureza declarativa.
- 38 Com efeito, se, consoante o resultado da prova, existirem adjudicações por ajuste direto na aceção do § 31, n.º 11, da BVergG, só a escolha do procedimento por ajuste direto pode ser impugnada por recurso.
- 39 No contexto dos recursos, coloca-se para o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) a questão de saber, desde logo, se é equivalente, efetiva e justa a tutela jurisdicional resultante dos referidos deveres de identificação relativos ao procedimento de adjudicação, no caso de recursos e pedidos de medidas provisórias, quando estão em causa procedimentos de adjudicação pouco transparentes para os requerentes.
- 40 Se estes deveres de identificação não tiverem cobertura ao abrigo do direito da União e, por conseguinte, forem ineficazes ou devam ficar inaplicados, seria possível admitir, nesta medida, a competência do BVwG (Tribunal Administrativo Federal) para a investigação oficiosa ou para a declaração de nulidade relativamente às decisões da entidade adjudicante passíveis de fiscalização, decorrentes de procedimentos de adjudicação específicos, e que poderiam ser anuladas antes da adjudicação. Em contrapartida, se os deveres de identificação controvertidos forem considerados conformes com o direito da União, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) deve eventualmente negar provimento aos pedidos por falta da respetiva identificação, após um processo de retificação.

Quanto ao princípio da equivalência e ao princípio da efetividade

- 41 O direito material relativo aos concursos públicos, enquanto conjunto de normas que regulam sobretudo deveres de conduta pré-contratual das entidades adjudicantes vinculadas ao direito dos concursos públicos e dos empresários interessados na prestação consubstancial, segundo o entendimento aqui defendido, enquanto direito relativo à celebração de contratos, direito civil especial e, por

consequente, é abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1215/2012.

- 42 O artigo 25.º do Regulamento n.º 1215/2012 prevê o pacto atributivo de jurisdição como uma possibilidade de atribuição de competência jurisdicional. O Verwaltungsgerichtshof austríaco excluiu o pacto atributivo de jurisdição em matéria de concursos públicos, nos termos do direito processual nacional. Daqui pode concluir-se que, na Áustria, o direito em matéria de concursos públicos regulado na BVergG, não é direito civil.
- 43 A característica de direito civil do direito material relativo aos concursos públicos (primeira questão prejudicial) é uma questão prévia às questões prejudiciais relacionadas com o princípio da equivalência.
- 44 Em qualquer caso, o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) alemão considera, fazendo uma avaliação comparativa a nível internacional, que o direito relativo aos concursos públicos deve ser enquadrado no direito civil (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07, com outras referências).
- 45 Uma vez que devido às medidas provisórias previstas na Diretiva 89/665/CEE, na redação aplicável, e também na BVergG nacional, as possibilidades de celebração de contratos podem ficar temporalmente muito limitadas, defende-se aqui o entendimento de que o processo de medidas provisórias previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/655/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, também é um processo em matéria de direito civil, no sentido da decisão do TEDH de 15.10.2009, 15BSW 17056/06 *Micaleff/Malta*.
- 46 O princípio da equivalência do direito da União impõe que a execução dos direitos conferidos pelo direito da União não possa ser desproporcionadamente mais difícil do que a execução de direitos resultantes da ordem jurídica nacional.
- 47 Por conseguinte, com o princípio da equivalência, o direito da União proíbe a discriminação processual da reclamação judicial de direitos decorrentes do direito da União em comparação com as regras processuais quando com as mesmas se exercem direitos constituídos numa base puramente nacional.
- 48 Nos litígios em matéria de direito civil, iniciados na primeira instância com uma ação proposta num Bezirksgericht (Tribunal de Primeira Instância) ou num Landesgericht (Tribunal Regional), são devidas taxas processuais fixas consoante o valor da ação que o demandante, que é equiparável ao requerente num processo em matéria de concursos públicos, normalmente conhece com antecedência. O demandante conhece, pois, as taxas processuais com que tem de contar.
- 49 Enquanto, nos termos da BVergG, são devidas pelo requerimento de medidas provisórias, nos termos do § 340, primeiro parágrafo, ponto 4, taxas fixas no montante de 50% das taxas devidas pelo requerimento de recurso, mesmo que as medidas provisórias sejam requeridas em conexão com a petição inicial de recurso, nos tribunais cíveis, na Áustria, não se paga nenhuma taxa fixa autónoma

por estas medidas provisórias pedidas em conexão com uma ação quando, em princípio, é devida uma taxa pela ação.

- 50 No entanto, parece aqui fulcral que, nos termos da Gerichtsgebührengesetz, o pagamento das taxas fixas por ações e requerimentos de medidas provisórias não ser uma condição para a decisão sobre o mérito da causa e de tal não precluir o direito do Estado às taxas.
- 51 Ao contrário das taxas fixas nos termos da BVerG, as taxas processuais fixas não pagas são liquidadas por despacho administrativo, sem que isso tenha qualquer influência sobre a decisão da ação ou do requerimento de medidas provisórias.
- 52 A decisão que impõe as taxas processuais é sujeita a impugnação por recurso para o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) na qualidade de tribunal com plena competência para conhecer do processo. Por conseguinte, as decisões nesta matéria do BVwG (Tribunal Administrativo Federal), relativas a taxas, ainda podem ser impugnadas mediante recurso de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof ou recurso para o Verfassungsgerichtshof.
- 53 Neste sentido, os recorrentes e os requerentes de medidas provisórias perante o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) que usam as vias de recurso previstas à luz do direito da União, nos termos da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, parecem estar numa situação muito pior em comparação com uma via de recurso puramente nacional.
- 54 Contrariamente ao que sucede no processo civil, pelo pedido de medidas provisórias que normalmente é apresentado perante o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) em conexão com o recurso são sempre devidas taxas fixas adicionais.
- 55 O recurso e o pedido de medidas provisórias devem ser indeferidos, nos termos da BVerG, se o requerente não pagar as suas taxas fixas no montante devido de acordo com o entendimento do tribunal, na sequência de um despacho de retificação das taxas. Este perde, desde logo, a sua pretensão de decisão de mérito do seu pedido de tutela jurisdicional, por falta de pagamento das taxas. Também não pode ser negado provimento a um recurso ou a um pedido de medidas provisórias nos termos da BVerG por outros motivos que não a falta de pagamento de taxas antes da fixação das taxas, mesmo se entretanto a decisão do processo já se tiver tornado definitiva. Em especial, as entidades adjudicantes que são confrontadas com pedidos de medidas provisórias com efeito suspensivo imposto por lei, são eventualmente prejudicadas pelo facto de a questão relativa às taxas ter de ser resolvida, sob pena de o juiz ser responsabilizado por falta de determinação das taxas fixas, antes de poderem ser decididos os pedidos de medidas provisórias.
- 56 Se a determinação das taxas fixas nos termos da BVerG for realizada pelo BVwG (Tribunal Administrativo Federal) na qualidade de órgão jurisdicional, o requerente não tem, como noutras situações, direito de recurso para um

Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) com plenos poderes para apreciar o processo, mas resta-lhe apenas ou o recurso de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo), onde as questões relativas à apreciação das provas só podem ser apreciadas de uma forma muito limitada, ou o direito de recurso para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional), perante o qual, em princípio, só pode ser interposto, no caso concreto, recurso por aplicação de normas gerais e abstratas ilegais ou ainda por aplicação inconstitucional do direito.

- 57 Sem prejuízo do entendimento aqui defendido de que o regime das taxas relativas às ações judiciais em matéria civil e aos pedidos de medidas provisórias associados às mesmas e o regime das taxas relativas aos recursos, às ações de natureza declarativa e aos pedidos de medidas provisórias devem ser configurados de uma forma igualmente favorável na aceção do princípio da equivalência consagrado no direito da União, o regime das taxas relacionadas com os recursos dos avisos de liquidação para os tribunais administrativos, os recursos de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) e os recursos de decisões do Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) também deve ser apresentado para uma comparação jurídica mais aprofundada.
- 58 Neste caso, também são devidas taxas. Na medida em que nos recursos dos avisos de liquidação para o Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) ou os recursos para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) ou os recursos de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) forem apresentados requerimentos no sentido do reconhecimento (ou da recusa) do efeito suspensivo, mediante os quais se obtém, do ponto de vista funcional, o mesmo que nos pedidos de medidas provisórias, o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) tem defendido sempre a este respeito que os referidos requerimentos, apresentados em conjunto com o recurso ou com o recurso de *Revision*, enquanto requerimentos acessórios, não estão sujeitos a taxa fixa adicional.
- 59 Em nenhuma das normas relativas às taxas, acima referidas em matéria de direito administrativo, o pagamento das taxas constitui um pressuposto da admissibilidade da apreciação do mérito do respetivo recurso.
- 60 Se estas três taxas de recurso acima referidas não forem liquidadas, a repartição de finanças competente fixa estas taxas num aviso de liquidação. O devedor das taxas tem então o direito de recorrer para o Bundesfinanzgericht (Tribunal Tributário Federal), na qualidade de órgão jurisdicional com plenos poderes para apreciar o recurso, podendo nesse caso, por seu turno, as decisões do Bundesfinanzgericht (Tribunal Tributário Federal) ser impugnadas mediante recurso de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) ou mediante recurso para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional).

- 61 Nos termos do princípio da efetividade ou da eficácia no direito da União, as disposições de direito nacional não podem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União no domínio dos contratos públicos. Esta exigência de um eventual direito eficaz de interposição de ação também é afluada no artigo 1.º, da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, ou no artigo 47.º da Carta.
- 62 A Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, destina-se a garantir processos de recurso rápidos e eficazes suscetíveis de conduzir à anulação de decisões da entidade adjudicante. Com os pedidos de medidas provisórias baseados nesta diretiva pretende-se que possam ser decretadas, com a maior brevidade possível, medidas provisórias relacionadas com o pedido principal do recurso ou da declaração de nulidade.
- 63 Para esse efeito, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, desta diretiva, os acordos-quadro também são contratos na aceção da diretiva.
- 64 Por conseguinte, as disposições incondicionais e suficientemente precisas desta diretiva fundamentam direitos subjetivos para os particulares, neste sentido, p. ex., Acórdão TJUE C-391/15.
- 65 Neste sentido, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) considera que existe, à luz do direito da União, um direito subjetivo de os recursos e os pedidos de medidas provisórias serem decididos tão rapidamente quanto possível e independentemente das questões relacionadas com as taxas processuais fixas.
- 66 Quanto ao regime de taxas criado a nível nacional especificamente para a tutela do direito em matéria de concursos públicos, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) interroga-se sobre a questão de saber se pode considerar-se conforme com o direito da União, efetivo, justo, equivalente e, no sentido de um processo célere, que nos procedimentos de adjudicação pouco transparentes, no momento em que é apresentado o requerimento, for constituída uma dívida de taxa judicial cujo valor na data da apresentação do requerimento eventualmente nem sequer se pode conhecer.
- 67 Por outras palavras, coloca-se a questão de saber se é, em especial, equivalente, eficaz e justo ou, no sentido de um processo célere de recurso e de medidas provisórias, que o BVwG (Tribunal Administrativo Federal), mesmo se o recurso ou o pedido de medidas provisórias já estiverem em fase de se poder proferir uma decisão, tenha de apurar previamente, noutra plano, quantas decisões foram proferidas pela entidade adjudicante e quantos procedimentos de adjudicação foram impugnados pela requerente na data da instauração do processo, de acordo com a vontade objetivamente declarada das partes, mediante um requerimento de recurso acompanhado do respetivo pedido de medidas provisórias e quantos requerimentos de recurso a requerente, juntamente com os respetivos pedidos de medidas provisórias, ainda mantém, neste caso, p. ex., em 5 de janeiro de 2021.

Quanto às questões prejudiciais individuais

- 68 No entender do BVwG (Tribunal Administrativo Federal), deve ser em primeiro lugar esclarecida a situação jurídica ao nível do direito da União e o efeito direto do direito da União, juntamente com a inaplicabilidade das disposições nacionais contrárias, antes de poderem então ser realizadas as restantes apreciações mais ou menos abrangentes dos factos relativos à situação jurídica específica do caso, com base na situação jurídica clarificada.
- 69 **Quanto à primeira questão prejudicial:** Se se entender que o direito material relativo aos concursos públicos é uma parte específica do direito civil, parece que é exigido, à luz do princípio da equivalência do direito da União que a tutela jurisdicional da requerente em matéria de direito dos concursos públicos não seja regulada de forma mais desfavorável do que o restante direito civil puramente nacional.
- 70 Sugere-se que se responda a estas questões no sentido de que o direito material relativo aos concursos públicos, enquanto conjunto de normas que estabelecem direitos e deveres pré-contratuais durante a preparação do contrato, está incluído no domínio do direito civil, à semelhança das restantes normas relativas à celebração do contrato, e que os pedidos de medidas provisórias nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 89/665/CEE na redação da Diretiva 2014/23/UE também são processos em matéria de direito civil, ou eventualmente processos na aceção do artigo 35.º, da Diretiva 1215/2012.
- 71 **Quanto à segunda questão prejudicial:** Com esta questão, pretende-se saber se o princípio da equivalência previsto pelo direito da União, em conjunto com o restante direito da União, conduz à inaplicabilidade do regime de taxas nacional acima descrito.
- 72 Caso o TJUE responda à questão no sentido de que o direito da União obriga a que o pedido de medidas provisórias e os restantes recursos para tutela dos direitos individuais na Áustria sejam decididos independentemente da questão relativa às taxas fixas e ao seu pagamento, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) poderá, neste caso, considerar as fases de instrução necessárias para a fixação das taxas como subsidiárias e, muito provavelmente, decidir muito rapidamente o ou os pedidos de medidas provisórias apresentados, consoante a conclusão da análise, em conformidade com o princípio da economia processual, sem ter de proceder previamente a investigações mais abrangentes relativas ao número de procedimentos de adjudicação.
- 73 **Quanto à questão prejudicial 2.1:** No contexto, em particular, do princípio da equivalência nos termos do direito da União, pretende-se saber se à luz do direito da União o pedido de medidas provisórias pode estar sujeito a uma taxa fixa própria, se tiver sido apresentado em conexão com um requerimento de recurso, apesar de, no restante direito civil, os pedidos de medidas provisórias ligados a uma ação não darem origem a uma taxa adicional à taxa da ação e, além disso, no

domínio do direito administrativo, os pedidos de efeito suspensivo ligados a um recurso não darem origem a uma taxa adicional.

- 74 Se o TJUE declarar, por outras palavras, que o recorrente não deve pagar taxas adicionais pelos pedidos de medidas provisórias apresentados em conjunto com o recurso, sob pena de discriminação nos termos do direito processual em relação aos restantes recorrentes na Áustria, o pedido de medidas provisórias da requerente poderá ser decidido consideravelmente mais depressa e, em especial, sem necessidade de investigações relativas às taxas.
- 75 **Quanto à terceira questão prejudicial:** Com esta questão pretende-se saber se o direito da União, em especial, tendo em conta a exigência de estabelecida no artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, ou a exigência de prontidão, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), desta diretiva, permitem fazer depender a apreciação rápida de um recurso ou de um pedido de medidas provisórias do facto de as taxas processuais devidas por esse pedido terem sido pagas ou de as mesmas também terem sido pagas após uma ordem de retificação das taxas em caso de rejeição por falta de pagamento de taxas, se este pedido, independentemente da questão das taxas, pudesse eventualmente ser decidido muito rapidamente. Sugere-se que se responda a esta questão no sentido de que tal é inadmissível.
- 76 **Quanto à quarta questão prejudicial:** Segundo o entendimento aqui defendido, não é justo para nenhum dos intervenientes no processo que o tribunal, como no presente caso, numa situação de adjudicação pouco transparente, tenha de efetuar uma análise mais abrangente dos factos relevantes para o cálculo das taxas, tenha eventualmente de emitir um despacho de retificação das taxas e tenha, subsequentemente, eventualmente, de rejeitar o recurso ou o pedido de medidas provisórias por falta de pagamento das respetivas taxas. Se este regime de taxas for inadmissível à luz do direito da União e, por conseguinte, também for inaplicável ao nível nacional, o BVwG (Tribunal Administrativo Federal) poderá, em todo o caso, decidir muito mais rapidamente os pedidos aqui apresentados.
- 77 **Quanto à quinta questão prejudicial:** em regra, existe o direito de recurso contra um aviso administrativo de liquidação de taxas processuais para um Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo), com plenos poderes de apreciação, ao passo que, nos termos do BVwG (Tribunal Administrativo Federal), no caso das taxas processuais específicas dos concursos públicos, relativas aos recursos, aos pedidos de natureza declarativa e aos pedidos de medidas provisórias, depois de uma decisão relativa às taxas proferida em primeira instância, já só é possível recorrer do aviso de liquidação das taxas mediante recurso para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) e para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) e estes dois tribunais superiores não efetuam uma análise abrangente (v. *supra*, n.º 57).
- 78 Em contrapartida, no caso das taxas processuais devidas pelas ações no processo civil, ou pelos recursos no direito administrativo, é emitido um aviso

administrativo de liquidação de taxas, o qual pode sempre ser impugnado mediante recurso para o Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) competente e subsequentemente, novamente, mediante recurso de *Revision* para o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) ou mediante recurso para o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional).

- 79 Segundo o entendimento aqui defendido, uma tal legislação nacional relativa às taxas processuais no domínio da tutela jurisdicional em matéria de concursos públicos, nos termos da BVergG, que é discriminatória da tutela jurisdicional, é, em termos gerais, inadmissível à luz do direito da União, em especial se se tiver em consideração que o pagamento destas taxas processuais, contrariamente ao das restantes taxas processuais, é, inclusivamente, uma condição para a decisão de mérito no processo.
- 80 **Quanto à sexta questão prejudicial:** com esta questão, pretende-se saber se, em especial à luz do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665/CEE, na redação da Diretiva 2014/23/UE, a celebração do acordo-quadro com um único operador económico, do ponto de vista de uma entidade adjudicante, consubstancia a celebração do contrato na aceção da referida diretiva e, por conseguinte, a adjudicação do contrato na aceção do direito nacional.
- 81 Em caso de resposta afirmativa a esta questão, torna-se claro para o processo de investigação prosseguido junto do BVwG (Tribunal Administrativo), em conformidade com o direito da União, que desde logo, a partir daquela data, os pedidos de natureza declarativa na aceção do § 334, da BVergG já eram admissíveis no plano nacional e que os pedidos de medidas provisórias devem ser rejeitados desde logo pelo facto de a «adjudicação do contrato» já ter ocorrido.
- 82 Sugere-se que se responda às duas questões prejudiciais que a celebração do acordo-quadro com um único operador económico corresponde à celebração ou à adjudicação do contrato, uma vez que o artigo 1.º da referida diretiva já prevê esta equiparação.
- 83 **Quanto à questão prejudicial 6.1:** com esta questão pretende-se esclarecer se nos termos do direito da União os contratos baseados num acordo-quadro ainda se baseiam nesse acordo-quadro mesmo que o volume global do acordo-quadro, no sentido do Acórdão do TJUE no processo C-216/17, já tenha sido ultrapassado. Em caso de resposta afirmativa, deveria considerar-se, ao nível do direito nacional, perante tal conclusão, que os contratos que ultrapassem o volume global, por terem sido celebrados nos termos do acordo-quadro, também já só são impugnáveis mediante pedidos de natureza declarativa, não sendo admissível um pedido de medidas provisórias.
- 84 Se, pelo contrário, o TJUE concluir que os contratos individuais, depois de ultrapassado o volume global do acordo-quadro original, já não se baseiam no acordo-quadro original, importa analisar, nesse caso, se os novos contratos individuais consubstanciam adjudicações por ajuste direto nos termos do regime

jurídico nacional ou se se pretendia que fossem adjudicados como contratos de fornecimento no âmbito de um procedimento de adjudicação pouco transparente ou, então, se devem ser apreciados enquanto contratos individuais baseados num novo acordo-quadro celebrado de forma pouco transparente. Nesta medida, ainda se admitem novos requerimentos de recurso antes da adjudicação ou novos pedidos de medidas provisórias relacionados com os mesmos. Consoante o caso, deve apreciar-se se contra estas novas aquisições é admissível um recurso, um pedido de natureza declarativa ou pedidos de medidas provisórias.

- 85 Por razões de economia processual, sugere-se que se responda às duas questões prejudiciais no sentido de que os contratos que foram celebrados com base num acordo-quadro também se baseiam no acordo-quadro mesmo que o volume global do acordo-quadro já se tenha esgotado.
- 86 **Quanto à sétima questão prejudicial:** Esta questão aborda o tema do dever de informação no contexto da proibição da autoincriminação.
- 87 O § 49, primeiro parágrafo, ponto 1, da AVG, aplicável ao presente caso, regula o direito de escusa para testemunhas, de acordo com o qual o depoimento sobre questões cuja resposta seja suscetível de causar prejuízo patrimonial à testemunha ou a um seu familiar ou acarrete o risco de perseguição criminal ou a desonra, pode ser recusado.
- 88 Nos termos do § 51, da AVG, este direito de escusa também se aplica às partes no processo, não havendo, no entanto, direito de escusa devido a um prejuízo patrimonial.
- 89 Nos termos do § 336, da BVergG, no quadro de uma apreciação discricionária, pode ser proferida uma decisão à revelia com base nas alegações processuais da contraparte no processo, se uma parte no processo não prestar informações ou não apresentar os documentos exigidos.
- 90 Contudo, o § 336, da BVergG, ao contrário do § 49, primeiro parágrafo, ponto 1, da AVG, não prevê o direito de escusa ou o direito à recusa de prestação de informações.
- 91 No entender do BVwG (Tribunal Administrativo), o facto de os funcionários da entidade adjudicante terem de prestar informações para impedir o risco de uma decisão à revelia, mesmo que dessa forma sejam eventualmente revelados factos suscetíveis de serem posteriormente utilizados contra estes funcionários no domínio do direito penal (ou também da indemnização por danos), poderia infringir a proibição da autoincriminação.
- 92 Por outro lado, se esta possibilidade de decisão à revelia não existisse, nos casos em que não são prestadas informações ou não são apresentados documentos, tal restringiria a efetividade da tutela do direito em matéria de concursos públicos.

- 93 Do ponto de vista dos direitos fundamentais, propõe-se que se responda a esta questão no sentido de que os deveres de informação e de apresentação de documentos não existem se derem origem a um dever de autoincriminação das pessoas singulares que atuam em representação da entidade adjudicante.
- 94 **Quanto à oitava e nona questões prejudiciais:** com estas questões pretende-se questionar a suficiência da efetividade e da equidade das legislações nacionais numa situação de procedimento de adjudicação pouco transparente para o requerente.
- 95 Parece pelo menos realista e possível que a requerente, na data da apresentação da petição inicial, desconhecesse quantos procedimentos de adjudicação e de que espécie (ajustes diretos, procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio) as requeridas organizavam ou teriam organizado, e quantas decisões passíveis de recurso separado as requeridas já tinham tomado no ou nos procedimentos de adjudicação.
- 96 Deste modo, foi imposto à requerente, eventualmente sem a respetiva transparência, um ónus de alegação no que diz respeito aos procedimentos de adjudicação que devem ser claramente identificados e às decisões passíveis de recurso separado. Por conseguinte, a requerente apresentou afirmações indeterminadas no processo.
- 97 Por outro lado, qualquer demandante num processo civil austríaco também deve alegar os factos que fundamentam o seu direito, ao abrigo de um ónus de alegação e, na falta de disposições legislativas relativas ao ónus da prova em contrário, segundo o princípio geral, também tem o ónus da prova objetiva dos factos, se os factos alegados e que, para o mesmo, fundamentam o seu direito não puderem ser provados ou só puderem ser parcialmente provados.
- 98 Por conseguinte, tais riscos de alegação e de ónus da prova parecem ser, em termos gerais, intrínsecos, especialmente no domínio do direito civil (p. ex., no direito em matéria de indemnização ou no direito da concorrência).
- 99 Se o BVergG, para um recurso e um pedido de medidas provisórias admissíveis, exigir sempre a identificação da decisão de um determinado procedimento de adjudicação, passível de recurso separado, concretamente impugnada, e tal sob pena de rejeição após uma ordem de retificação, torna-se muito difícil ou até impossível, para o requerente saber, em especial, antes da adjudicação do contrato, com segurança suficiente, quantas decisões passíveis de recurso separado foram proferidas em quantos procedimentos de adjudicação.
- 100 No entanto, se se considerar esta falta de transparência do requerente em comparação com outros regimes de tutela jurisdicional e, em especial, com as ações perante os tribunais civis austríacos, nestes últimos também é ao demandante que procura tutela jurisdicional que cabe, em primeiro lugar, o ónus da prova e em seguida o ónus da prova objetiva dos factos, ou seja, o risco da impossibilidade de prova dos factos que fundamentam o seu direito.

- 101 Por conseguinte, em face desta conclusão resultante da comparação do direito processual, propõe-se que se responda às questões no sentido de que estes deveres de identificação não tornam o regime da tutela jurisdicional da BVergG em si mesmo nem ineficaz nem injusto no sentido do direito da União.
- 102 **Quanto à décima questão prejudicial:** com esta questão pretende-se saber se o direito a um processo equitativo previsto no artigo 47.º da Carta, em situações de procedimentos de adjudicação pouco transparentes para o recorrente, permite aplicar um regime de taxas processuais no qual o montante das taxas processuais a pagar, em última instância, depende do valor estimado do contrato, do número de procedimentos de adjudicação organizados por um determinado valor de adjudicação e do número das decisões passíveis de recurso separado que tenham sido impugnadas.
- 103 Segundo o entendimento aqui defendido, a falta de transparência para a requerente leva no presente caso a que pareça injusto exigir taxas fixas por recursos e pedidos de medidas provisórias por cada decisão passível de recurso separado proferida no âmbito de cada determinado procedimento de adjudicação, logo que o tribunal afira quantas decisões passíveis de recurso separado, proferidas em quantos procedimentos de adjudicação, com que valor estimado de adjudicação, a requerente pretende impugnar. Injusto, porque em comparação com o demandante num tribunal civil, normalmente claro, no momento da propositura da ação e do pedido de medidas provisórias conexo, qual o valor das taxas processuais devidas. No regime das taxas processuais ao abrigo do § 340, da BVergG, os requerentes devem eventualmente contar com consideráveis «surpresas em matéria de taxas».
- 104 Se se respondesse à oitava e nona questões prejudiciais que o direito da União exige que os deveres de identificação da decisão impugnada e do procedimento de adjudicação em causa já não fossem aplicáveis no momento da apresentação do requerimento no caso dos procedimentos pouco transparentes impugnados, mas que, nesse caso, no entanto, o valor das taxas a liquidar, nos termos do § 340, da BVergG e do regulamento relativo às taxas fixas só pode ser apurado no decurso do recurso e do processo de medidas provisórias, com base nos procedimentos de adjudicação nessa altura determináveis, com um determinado valor estimado do contrato e com base no número das decisões impugnadas, tal reforçaria ainda mais a falta de transparência do valor das taxas no momento da apresentação do requerimento.
- 105 Em face do exposto, propõe-se que se responda à questão no sentido de que não é justo, à luz do direito da União e, conseqüentemente, devem ficar inaplicadas as disposições nacionais em matéria de taxas, que as disposições relativas às taxas obriguem o requerente a pagar taxas que o mesmo não podia prever no momento da apresentação do requerimento, devido à falta de transparência do contexto da adjudicação.