



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

15 de setembro de 2016*

«Reenvio prejudicial — Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE — Concursos públicos — Processos de recurso — Regulamentação nacional que subordina a admissibilidade dos recursos contra os atos da entidade adjudicante à constituição de uma ‘garantia de boa conduta’ — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigo 47.º — Direito a um recurso efetivo»

Nos processos apensos C-439/14 e C-488/14,

que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentados pela Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste, Roménia) e pela Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea, Roménia), por decisões de 19 de setembro de 2014 e de 8 de outubro de 2014, que deram entrada no Tribunal de Justiça, respetivamente, em 24 de setembro de 2014 e 4 de novembro de 2014, nos processos

SC Star Storage SA

contra

Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (C-439/14),

e

SC Max Boegl România SRL,

SC UTI Grup SA,

Astaldi SpA,

SC Construcții Napoca SA

contra

RA Aeroportul Oradea,

SC Porr Construct SRL,

Teerag-Asdag Aktiengesellschaft,

SC Col-Air Trading SRL,

AVZI SA,

* Língua do processo: romeno.

Trameco SA,

Iamsat Muntenia SA (C-488/14),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, D. Šváby, J. Malenovský, M. Safjan e M. Vilaras (relator), juízes,

advogado-geral: E. Sharpston,

secretário: L. Carrasco Marco, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 14 de janeiro de 2016,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da SC Star Storage SA, por A. Fetiță, advogada,
- em representação da SC Max Boegl România SRL por F. Irimia, advogado,
- em representação do Governo romeno, por R.-H. Radu, R. Hațieganu, D. Bulancea e M. Bejenar, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo grego, por K. Georgiadis e K. Karavasili, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por A. Tokár e I. Rogalski, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 28 de abril de 2016,

profere o presente

Acórdão

- 1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO 1989, L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (a seguir «Diretiva 89/665»), do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO 1992, L 76, p. 14), conforme alterada pela Diretiva 2007/66 (a seguir «Diretiva 92/13»), e do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).
- 2 Estes pedidos foram apresentados, no processo C-439/14, no âmbito de um litígio que opõe a SC Star Storage SA ao Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) [Instituto Nacional de Investigação e Desenvolvimento Informático (ICI)], a respeito de um procedimento de adjudicação de um contrato público relativo à aquisição de uma infraestrutura informática e de serviços relativos à preparação, à gestão, ao desenvolvimento e à criação de uma plataforma de computação em nuvem (*cloud computing*), e, no processo C-488/14, no âmbito de um litígio que opõe a SC Max Boegl

România SRL, a SC UTI Grup SA, a Astaldi SpA e a SC Construcții Napoca SA (a seguir «Max Boegl e o.»), à RA Aeroportul Oradea SA, à Asocierea SC Porr Construct SRL, à Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, à SC Col-Air Trading SRL, à AZVI SA, à Trameco SA e à Iamsat Muntenia SA, a respeito de um procedimento de adjudicação de um contrato público relativo às obras de alargamento e modernização do aeroporto de Oradea (Roménia).

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 89/665

- 3 O artigo 1.º da Diretiva 89/665, intitulado «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», dispõe nos seus n.ºs 1 a 3:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços [(JO 2004, L 134, p. 114)], salvo os contratos excluídos nos termos dos artigos 10.º a 18.º dessa diretiva.

Os contratos, na aceção da presente diretiva, incluem os contratos públicos, os acordos quadro, as concessões de obras públicas e os sistemas de aquisição dinâmicos.

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que não se verifique qualquer discriminação entre as empresas que aleguem um prejuízo no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato devido à distinção feita na presente diretiva entre as normas nacionais de execução do direito comunitário e as outras normas nacionais.

3. 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.»

Diretiva 92/13

- 4 O artigo 1.º da Diretiva 92/13, igualmente intitulado «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», dispõe nos seus n.ºs 1 a 3:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais [(JO 2004, L 134, p. 1)], salvo os contratos excluídos nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, dos artigos 18.º a 26.º, dos artigos 29.º e 30.º ou do artigo 62.º dessa diretiva.

Os contratos, na aceção da presente diretiva, incluem os contratos de fornecimentos, de obras e de serviços, os acordos-quadro e os sistemas de aquisição dinâmicos.

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º -F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito comunitário em matéria de contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que não se verifique qualquer discriminação entre as empresas que possam alegar um prejuízo no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato devido à distinção feita pela presente diretiva entre as normas nacionais de execução do direito comunitário e as outras normas nacionais.

3. 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.»

Diretiva 2007/66

5 O considerando 36 da Diretiva 2007/66 dispõe:

«A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, em especial, na [Carta]. Em especial, a presente diretiva destina-se a assegurar o respeito pleno do direito a um recurso efetivo e a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, em conformidade com os primeiro e segundo parágrafos do artigo 47.º da Carta.»

Diretiva 2004/17

6 O artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17 prevê:

«Salvo por força das exclusões previstas nos artigos 19.º a 26.º ou de uma decisão tomada ao abrigo do artigo 30.º, a presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[...]

b) 5 186 000 euros, para os contratos de empreitada de obras.»

Diretiva 2004/18

7 O artigo 7.º, alíneas b) e c), da Diretiva 2004/18 dispõe:

A presente diretiva é aplicável aos contratos públicos não excluídos por força da exceção prevista nos artigos 10.º e 11.º e dos artigos 12.º a 18.º e cujo valor estimado, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[...]

b) 207 000 euros:

- para os contratos públicos de fornecimento e de serviços celebrados por entidades adjudicantes não mencionadas no anexo IV,
- para os contratos públicos de fornecimento celebrados pelas entidades mencionadas no anexo IV que operem no domínio da defesa, caso esses contratos digam respeito a produtos não mencionados no anexo V,
- para os contratos públicos de serviços celebrados por qualquer entidade adjudicante que tenham por objeto serviços da categoria 8 do anexo II A, serviços de telecomunicações da categoria 5 cujas posições no CPV sejam equivalentes aos números de referência CPC 7524, 7525 e 7526 e/ou os serviços constantes do anexo II B;

c) 5 186 000 euros, para os contratos de empreitada de obras públicas.»

Direito romeno

- 8 Os artigos 271.º *bis* e 271.º *ter* do Ordonanța de Urgență a Guvernului n.º 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (Decreto-Lei urgente do Governo n.º 34/2006, relativo à adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos públicos de fornecimento e de contratos públicos de serviços), conforme alterado e completado pelo Ordonanța de urgență a Guvernului n.º 51/2014 (Decreto-Lei urgente do Governo n.º 51/2014) (a seguir «OUG n.º 34/2006»), dispõem:

«Artigo 271.º bis

(1) A fim de proteger a entidade adjudicante do risco de um eventual comportamento impróprio, o recorrente deverá constituir uma garantia de boa conduta para todo o período compreendido entre a data de interposição do recurso contencioso/recurso gracioso e a data em que a decisão do conselho nacional para a resolução de litígios ou a sentença do órgão jurisdicional competente se torna definitiva.

(2) O recurso é considerado inadmissível se o recorrente não fizer prova da constituição da garantia prevista no n.º 1.

(3) A garantia de boa conduta é constituída mediante transferência bancária ou através de outro instrumento de garantia emitido por uma entidade bancária ou por uma seguradora, em conformidade com os requisitos estabelecidos por lei; o original fica depositado na sede da entidade adjudicante e é apresentada uma cópia no conselho nacional para a resolução de litígios ou no órgão jurisdicional, em simultâneo com a interposição do recurso.

(4) O montante da garantia de boa conduta é determinado proporcionalmente ao valor estimado do contrato a adjudicar, de acordo com as seguintes modalidades:

- a) 1% do valor estimado, se este for inferior aos limiares previstos no artigo 55.º, n.º 2, alíneas a) e b);
- b) 1% do valor estimado, se este for inferior aos limiares previstos no artigo 55.º, n.º 2, alínea c), mas não exceder o equivalente em [leu romeno (RON)] a 10 000 [euros], à taxa de câmbio do Banco Nacional da Roménia aplicável à data da constituição da garantia;

- c) 1% do valor estimado, se este for igual ou superior aos limiares previstos no artigo 55.º, n.º 2, alíneas a) e b), mas não exceder o equivalente em RON a 25 000 [euros], à taxa de câmbio do Banco Nacional da Roménia aplicável à data da constituição da garantia;
 - d) 1% do valor estimado, se este for igual ou superior aos limiares previstos no artigo 55.º, n.º 2, alínea c), mas não exceder o equivalente em RON a 100 000 [euros], à taxa de câmbio do Banco Nacional da Roménia aplicável à data da constituição da garantia;
- (5) A garantia de boa conduta deve ter um período de validade de, pelo menos, 90 dias, ser irrevogável e prever o pagamento incondicional à primeira solicitação da entidade adjudicante, quando o recurso for julgado improcedente.
- (6) A entidade adjudicante reterá a garantia de boa conduta se, no último dia de validade dessa garantia, a decisão do conselho nacional para a resolução de litígios ou a sentença do órgão jurisdicional não forem definitivas e o recorrente nos processos principais não tiver prolongado a validade da garantia nos termos dos n.ºs 1 a 5. As disposições do artigo 271.º *ter*, n.ºs 3 e 5, são aplicáveis *mutatis mutandis*.
- (7) As disposições referidas nos n.ºs 1 a 6 são igualmente aplicáveis *mutatis mutandis* no caso de o recurso contra a decisão do conselho nacional para a resolução de litígios for interposto por pessoa diferente da entidade adjudicante ou do lesado, em conformidade com o artigo 281.º

Artigo 271.º *ter*

- (1) No caso de o conselho nacional para a resolução de litígios ou o órgão jurisdicional — quando o recorrente tenha interposto diretamente o recurso nele — julgarem o recurso improcedente, a entidade adjudicante deverá reter a garantia de boa conduta a partir do momento em que a decisão do conselho nacional para a resolução de litígios ou a sentença do órgão jurisdicional sejam definitivas. A retenção da garantia aplica-se à parte do contrato relativamente à qual o recurso tenha sido julgado improcedente.
- (2) O disposto no n.º 1 aplica-se também no caso de o recorrente desistir do recurso.
- (3) A medida prevista no n.º 1 não se aplica no caso de o conselho nacional para a resolução de litígios ou o órgão jurisdicional declararem extinta a instância por inutilidade superveniente da lide ou por desistência do recurso em consequência da adoção, por parte da entidade adjudicante, das medidas de correção necessárias, nos termos do artigo 256.º *quater*, n.º 1.
- (4) Se o conselho nacional para a resolução de litígios julgar procedente o recurso gracioso ou o órgão jurisdicional competente julgar procedente o recurso contencioso interposto da decisão do conselho nacional para a resolução de litígios que julgou improcedente o recurso gracioso, a entidade adjudicante deve restituir ao recorrente a garantia de boa conduta no prazo de cinco dias a contar da data em que a decisão ou a sentença se tornaram definitivos.
- (5) O disposto no n.º 4 aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, quando o recorrente interponha recurso contencioso diretamente no órgão jurisdicional e este o julgue procedente.
- (6) Os montantes recebidos pela entidade adjudicante em execução da garantia de boa conduta são considerados receitas dessa entidade.»

Litígios no processo principal e questões prejudiciais

Processo C-439/14

- 9 O ICI, na qualidade de entidade adjudicante, publicou, em 1 de abril de 2014, no Sistemul Electronic de Achiziții Publice (plataforma eletrónica de contratos públicos, a seguir «SEAP»), um aviso de concurso para a adjudicação de um contrato público relativo à aquisição de uma infraestrutura informática e de serviços relativos à preparação, à gestão, ao desenvolvimento e à criação de uma plataforma de computação em nuvem (*cloud computing*), bem como o respetivo caderno de encargos. O critério de adjudicação deste contrato, com o valor estimado de 61 287 713,71 RON (cerca de 13 700 000 euros), IVA excluído, era «o preço mais baixo».
- 10 Na sequência de alguns pedidos de esclarecimento formulados por operadores económicos interessados, o ICI publicou no SEAP uma série de notas explicativas sobre as disposições do caderno de encargos.
- 11 Em 30 de junho de 2014, a Star Storage impugnou as notas explicativas n.ºs 4 e 5 de 24 de junho de 2014 e n.º 7 de 26 de junho de 2014 junto do Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (conselho nacional para a resolução de litígios, a seguir «CNSC»).
- 12 Por decisão de 18 de julho de 2014, o CNSC declarou inadmissível o recurso da Star Storage, com fundamento no artigo 271.º *bis*, n.º 2, do OUG n.º 34/2006, por esta não ter constituído a garantia de boa conduta.
- 13 Em 5 de agosto de 2014, a Star Storage interpôs recurso daquela decisão para a Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste), alegando que a obrigação de constituir uma garantia de boa conduta prevista pela regulamentação romena era contrária à Constituição romena e ao direito da União.
- 14 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, dada a sua importância e as regras que a regulam, a garantia de boa conduta pode lesar gravemente o direito dos operadores económicos a uma tutela jurisdicional efetiva contra os atos das entidades adjudicantes.
- 15 Foi nestas condições que a Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem as disposições do artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da [Diretiva 89/665] ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação que sujeita o acesso aos procedimentos de recursos [das] decisões das entidades adjudicantes à constituição prévia de uma ‘garantia de boa conduta’ como a prevista no artigo 271.º *bis* e no artigo 271.º *ter* da [OUG n.º 34/2006]?»

Processo C-488/14

- 16 A RA Aeroportul Oradea, na qualidade de entidade adjudicante, publicou no SEAP, em 21 de janeiro de 2014, um aviso de concurso para a adjudicação de um contrato público relativo às obras de alargamento e de modernização do aeroporto de Oradea (Roménia). O montante estimado do contrato eleva-se a 101 232 054 RON (cerca de 22 800 000 euros), IVA excluído, e o critério de adjudicação era «a proposta economicamente mais vantajosa».

- 17 De acordo com o relatório elaborado na sequência da avaliação das propostas, a proposta apresentada pelo consórcio formado pela SC Max Boegl România SRL, a SC UTI Grup SA e a Astaldi SpA foi considerada não conforme, ao passo que a proposta apresentada pelo consórcio formado pela SC Construcții Napoca SA, a SC Aici Cluj SA e a CS Icco Energ SRL foi classificada em segunda posição, em aplicação do critério de adjudicação escolhido.
- 18 Estes dois consórcios interpuseram, cada um, recurso do relatório para o CNSC. Por decisão deste último, de 10 de julho de 2014, foi negado provimento a esses recursos. Os referidos consórcios interpuseram então, cada um, recurso dessa decisão para a Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea).
- 19 Na audiência que se realizou em 10 de setembro de 2014, aquele órgão jurisdicional chamou a atenção das recorrentes no processo principal para o facto de, em razão da entrada em vigor, em 1 de julho de 2014, dos artigos 271.º *bis* e 271.º *ter* do OUG n.º 34/2006, estarem obrigadas a constituir uma «garantia de boa conduta». Max Boegl e o. solicitaram então que a Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Roménia) fosse chamada a pronunciar-se sobre uma questão prévia de inconstitucionalidade destes dois artigos e que fosse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial.
- 20 Nestas condições, a Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea, Roménia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:
- «Devem as disposições do artigo 1.º, n.ºs 1 [a] 3, da Diretiva 89/665 [...] e do artigo 1.º, n.ºs 1 [a] 3, da Diretiva 92/13 [...] ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação que sujeita o acesso aos processos de recurso das decisões da entidade adjudicante à obrigação de constituição prévia de uma ‘garantia de boa conduta’, tal como a que é regulada pelos artigos 271.º [*bis*] e 271.º [*ter*] do [OUG] n.º 34/2006?»

Tramitação dos processos no Tribunal de Justiça

- 21 Por despachos de 13 de novembro de 2014 e de 10 de dezembro de 2014, o presidente do Tribunal de Justiça indeferiu os pedidos da Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) e da Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea) destinados a que os processos C-439/14 e C-488/14 fossem submetidos à tramitação acelerada prevista no artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.
- 22 Por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 2014, os processos C-439/14 e C-488/14 foram apensados para efeitos da fase escrita e oral do processo e do acórdão.
- 23 Por acórdão n.º 5 de 15 de janeiro de 2015, a Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) julgou parcialmente procedente a exceção de inconstitucionalidade dos artigos 271.º *bis* e 271.º *ter* do OUG n.º 34/2006, suscitada, respetivamente, pela Star Storage e Max Boegl e o.
- 24 Por carta de 21 de julho de 2015, o Tribunal de Justiça enviou à Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) e à Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea), em aplicação do artigo 101.º do seu Regulamento de Processo, um pedido de esclarecimentos, convidando-as a apresentarem as suas observações sobre o acórdão da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro de 2015 e as suas eventuais incidências no pedido de decisão prejudicial respetivo.
- 25 Por carta de 11 de agosto de 2015, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 26 de agosto de 2015, a Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea) indicou, em substância, que o acórdão da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro

de 2015 havia julgado procedente a exceção de inconstitucionalidade relativamente às disposições do artigo 271.º *ter*, n.ºs 1 e 2, do OUG n.º 34/2006, mas julgou improcedente essa exceção relativamente às disposições do artigo 271.º *bis* e do artigo 271.º *ter*, n.ºs 3 a 6, do OUG n.º 34/2006, pelo que o seu pedido de decisão prejudicial deixava de ter por objeto estas últimas disposições.

- 26 Por carta de 14 de setembro de 2015, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 23 de setembro de 2015, a Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) indicou, em substância, que o acórdão da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro de 2015 havia confirmado a constitucionalidade da obrigação de constituir a garantia de boa conduta como condição de admissibilidade de um recurso, e que, conseqüentemente, continuava a ser necessário examinar se as disposições dos artigos 271.º *bis* e 271.º *ter* do OUG n.º 34/2006, declarados conformes com a Constituição romena, que subordinam o exercício das vias de recurso, no âmbito de procedimentos de adjudicação de contratos públicos, à constituição de uma «garantia de boa conduta», podem ser considerados compatíveis com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, tal como garantido pelo artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 89/665 e pelo artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 92/13, lidos em conjugação com o artigo 47.º da Carta.
- 27 Além disso, a Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) pede uma análise detalhada, por um lado, da circunstância de a garantia de boa conduta se vir juntar à «garantia de participação», que, nos termos do artigo 43.º *bis*, do OUG n.º 34/2006, os proponentes devem igualmente constituir e cujo montante pode ascender a 2% do valor estimado do contrato, e, por outro, do facto de não ser possível revogar a garantia de boa conduta, que, nos termos do artigo 271.º *bis*, n.º 4, do OUG n.º 34/2006, é automaticamente fixada em 1% do valor estimado do contrato a adjudicar até ao montante máximo equivalente a 100 000 euros, nem reduzir o seu montante, nem estabelecer um pagamento escalonado em função das circunstâncias do caso concreto.
- 28 A Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) convida, assim, o Tribunal de Justiça a responder à seguinte questão prejudicial:
- «Devem as disposições do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 89/665 e do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 92/13, lidas em conjugação com o artigo 47.º da Carta, ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que subordina o acesso aos processos de recurso das decisões da entidade adjudicante à obrigação de constituir uma ‘garantia de boa conduta’ a favor da entidade adjudicante, tal como regulada pelos artigos 271.º *bis* e 271.º *ter* da OUG n.º 34/2006?»
- 29 Por último, por acórdão n.º 750 de 4 de novembro de 2015, a Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) declarou igualmente a inconstitucionalidade do artigo 271.º *bis*, n.º 5, do OUG n.º 34/2006, que previa o pagamento incondicional da garantia de boa conduta à primeira solicitação da entidade adjudicante no caso de o recurso ser julgado improcedente.

Observações preliminares

- 30 Importa referir que, na medida em que o contrato público em causa no processo C-439/14 diz respeito a fornecimentos e serviços cujo valor ultrapassa o limiar previsto no artigo 7.º, alínea b), da Diretiva 2004/18, a Diretiva 89/665 é aplicável no âmbito do litígio no processo principal.
- 31 Em contrapartida, o Governo romeno e a Comissão Europeia estão em desacordo quanto à natureza do contrato público em causa no processo C-488/14, entendendo o primeiro que esse contrato está abrangido pela Diretiva 2004/18 e, conseqüentemente, pela Diretiva 89/665, e a segunda que o referido contrato está abrangido pela Diretiva 2004/17 e, portanto, pela Diretiva 92/13.

- 32 A este respeito, cabe sublinhar que, na medida em que, no processo C-488/14, o órgão jurisdicional de reenvio apenas fornece muito poucas indicações sobre o contrato público em causa no processo principal, o Tribunal de Justiça não pode determinar se o mesmo está abrangido pela Diretiva 2004/17 ou pela Diretiva 2004/18.
- 33 Todavia, uma vez que é ao órgão jurisdicional de reenvio que cabe decidir sobre esta matéria, essa imprecisão não tem incidência no processo prejudicial C-488/14, visto que, como salientou o advogado-geral no n.º 25 das suas conclusões, o montante do contrato público em causa atinge os limiares fixados para os contratos de empreitada de obras públicas tanto pelo artigo 7.º, alínea c), da Diretiva 2004/18 como pelo artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17.
- 34 Por conseguinte, o Tribunal de Justiça responderá simultaneamente à questão submetida no processo C-439/14 e à questão submetida no processo C-488/14, uma vez que as disposições das Diretivas 89/665 e Diretiva 92/13 cuja interpretação é solicitada estão, em qualquer caso, redigidas em termos rigorosamente idênticos.

Quanto às questões prejudiciais

- 35 Importa começar por referir que, como decorre das explicações fornecidas pelos dois órgãos jurisdicionais de reenvio em resposta ao pedido de esclarecimentos que lhes foi dirigido pela Tribunal de Justiça, e das observações apresentadas na audiência, as disposições do artigo 271.º *ter*, n.ºs 1 e 2, bem como as do artigo 271.º *bis*, n.º 5, última frase, do OUG n.º 34/2006 foram declaradas contrárias à Constituição romena, respetivamente, pelos acórdãos da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro de 2015 e n.º 750 de 4 de novembro de 2015.
- 36 Ambos os órgãos jurisdicionais de reenvio precisaram que, conseqüentemente, já não podiam aplicar essas disposições, o que o Governo romeno confirmou na audiência. Todavia, indicaram expressamente que mantinham a sua questão prejudicial, na medida em que as outras disposições da regulamentação romena em causa nos processos principais continuavam a ser aplicáveis.
- 37 Nestas condições, uma vez que cabe exclusivamente aos órgãos jurisdicionais de reenvio retirar as conseqüências dos acórdãos da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro de 2015 e n.º 750 de 4 de novembro de 2015 no âmbito da resolução dos litígios que lhes foram submetidos, deve considerar-se que os pedidos de decisão prejudicial visam unicamente as disposições da regulamentação romena relativas à garantia de boa conduta que foram declaradas conformes com a Constituição romena.
- 38 Assim sendo, com a sua questão, os órgãos jurisdicionais de reenvio perguntam, em substância, se o artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 92/13, lidos à luz do artigo 47.º da Carta, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que subordina a admissibilidade dos recursos contra os atos da entidade adjudicante à obrigação de o recorrente constituir uma garantia de boa conduta que essa regulamentação prevê a favor desta entidade, devendo essa garantia ser restituída ao recorrente independentemente do desfecho do recurso.
- 39 A este respeito, cabe recordar que o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 92/13 impõem aos Estados-Membros a obrigação de tomarem as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito da União em matéria de contratos públicos, ou das normas nacionais de transposição desse direito.

- 40 Tanto o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 como o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 92/13 preveem, além disso, a obrigação de os Estados-Membros garantirem que os recursos sejam acessíveis 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, segundo regras que lhes compete determinar.
- 41 Estas disposições, destinadas a proteger os operadores económicos contra a arbitrariedade da entidade adjudicante, visam assim 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 (v., neste sentido acórdãos de 12 de dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.*, C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 71; de 11 de setembro de 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, n.º 34; e de 12 de março de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 50).
- 42 Todavia, nem a Diretiva 89/665 nem a Diretiva 92/13 contêm disposições que regulem especificamente as condições em que as vias de recurso podem ser exercidas. Assim, o Tribunal de Justiça já declarou que a Diretiva 89/665 apenas prevê as condições mínimas que devem ser preenchidas pelos processos de recurso interpostos nas ordens jurídicas nacionais, a fim de garantir o respeito das normas de direito da União em matéria de contratos públicos (v., nomeadamente, acórdãos de 27 de fevereiro de 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, n.º 47; de 19 de junho de 2003, *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, n.º 45; e de 30 de setembro de 2010, *Strabag e o.*, C-314/09, EU:C:2010:567, n.º 33).
- 43 Contudo, decorre de jurisprudência constante que as regras processuais em matéria de recursos contenciosos destinadas a garantir a proteção dos direitos conferidos pelo direito da União aos candidatos e aos concorrentes lesados por decisões das entidades adjudicantes não devem pôr em causa o efeito útil das Diretivas 89/665 e 92/13, cujo objetivo é garantir que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e tão céleres quanto possível (v., nomeadamente, acórdãos de 12 de dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.*, C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 72; de 27 de fevereiro de 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, n.º 51; de 3 de março de 2005, *Fabricom*, C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, n.º 42; despacho de 4 de outubro de 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, n.º 29; acórdão de 12 de março de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 40; e acórdão de 6 de outubro de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 47).
- 44 Em especial, deve zelar-se para que não seja posta em causa nem a eficácia das Diretivas 89/665 e 92/13 (v. acórdãos de 18 de junho de 2002, *HI*, C 92/00, EU:C:2002:379, n.ºs 58 e 59, e de 11 de dezembro de 2014, *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, n.º 40) nem os direitos conferidos aos particulares pelo direito da União [acórdãos de 12 de dezembro de 2002, *Universale-Bau e o.*, C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 72, e de 28 de janeiro de 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, n.º 49].
- 45 Além disso, importa recordar que, como decorre do seu considerando 36, a Diretiva 2007/66, e portanto as Diretivas 89/665 e 92/13 que a primeira modificou e completou, se destinam a assegurar o respeito pleno do direito a um recurso efetivo e ao acesso a um tribunal imparcial, em conformidade com o primeiro e o segundo parágrafo do artigo 47.º da Carta.
- 46 Consequentemente, quando definem as regras processuais dos recursos contenciosos destinados a assegurar a salvaguarda dos direitos conferidos pelas Diretivas 89/665 e 92/13 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.
- 47 No caso vertente, o artigo 271.º *bis*, n.ºs 1 a 5, do OUG n.º 34/2006 impõe a qualquer pessoa que participe num procedimento de adjudicação de um contrato público e que pretenda impugnar uma decisão da entidade adjudicante, no CNSC ou diretamente num órgão jurisdicional, a obrigação de

constituir uma garantia de boa conduta como condição de admissibilidade do recurso. Esta garantia, no montante correspondente a 1% do valor estimado do contrato público em causa, até ao limite de 25 000 euros para os contratos públicos de fornecimentos e de serviços e até 100 000 euros para os contratos de empreitada de obras públicas, deve ser constituída a favor da entidade adjudicante mediante transferência bancária ou através de um instrumento de garantia emitido por uma entidade bancária ou por uma seguradora, com uma validade de, pelo menos, 90 dias.

- 48 A referida garantia deve, porém, ser restituída se o recurso for julgado procedente, o mais tardar, cinco dias após a data em que a decisão se tornou definitiva, em conformidade com o artigo 271.º *ter*, n.ºs 4 e 5, do OUG n.º 34/2006, mas igualmente em caso de improcedência ou desistência do recurso, uma vez que a retenção da garantia pela entidade adjudicante deixa de ter base jurídica, à luz dos acórdãos da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro de 2015 e n.º 750 de 4 de novembro de 2015.
- 49 Conforme sublinhou a advogada-geral no n.º 37 das suas conclusões, a garantia de boa conduta constitui, portanto, enquanto condição prévia do exame dos recursos, uma restrição ao direito a um recurso efetivo perante um tribunal na aceção do artigo 47.º da Carta que, de acordo com o artigo 52.º, n.º 1, da Carta, só é justificada se estiver prevista na lei, se respeitar o conteúdo essencial do referido direito e se, na observância do princípio da proporcionalidade, for necessária e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União Europeia, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros (v. acórdão de 4 de maio de 2016, *Pillbox* 38, C-477/14, EU:C:2016:324, n.º 160).
- 50 Importa referir que, nos processos principais, a base legal da garantia de boa conduta é clara e detalhadamente estabelecida pelo OUG n.º 34/2006, pelo que se deve considerar que está prevista pela legislação nacional (v. acórdãos de 27 de maio de 2014, *Spasic*, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; de 6 de outubro de 2015, *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648, n.º 47; e de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 81). Por outro lado, a circunstância de a garantia de boa conduta poder atingir o montante significativo de 25 000 euros ou de 100 000 euros não é suscetível de conduzir à conclusão de que a obrigação de constituir uma garantia dessa natureza põe em causa o conteúdo essencial do direito a um recurso efetivo, uma vez que, em todo o caso, a referida garantia não pode ser retida pela entidade adjudicante, qualquer que possa ser o desfecho do recurso.
- 51 Importa, porém, verificar se a garantia de boa conduta responde a um objetivo de interesse geral e se, em caso afirmativo, respeita o princípio da proporcionalidade na aceção do artigo 52.º, n.º 1, da Carta.
- 52 O artigo 271.º *bis*, n.º 1, do OUG n.º 34/2006 precisa que o objetivo da garantia de boa conduta é proteger a entidade adjudicante do risco de um eventual comportamento impróprio. O Governo romeno indicou, nas suas observações escritas e durante a audiência, que a garantia de boa conduta tinha por principal objetivo facilitar os procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, prevenindo o exercício abusivo das vias de recurso e os atrasos na conclusão do concurso.
- 53 A este respeito, o combate ao exercício abusivo das vias de recurso constitui, como a advogada-geral salientou no n.º 44 das suas conclusões, um objetivo legítimo que concorre não apenas para a realização dos objetivos prosseguidos pelas Diretivas 89/665 e 92/13 mas também, de forma mais lata, para uma boa administração da justiça.
- 54 Com efeito, uma exigência financeira como a garantia de boa conduta em causa nos processos principais constitui uma medida de natureza a dissuadir os recursos abusivos e a garantir a todos os particulares, no interesse de uma boa administração da justiça, o tratamento dos seus recursos nos prazos mais curtos possível, em conformidade com o artigo 47.º, primeiro e segundo parágrafos, da Carta.

- 55 Todavia, embora o interesse de uma boa administração da justiça possa justificar a imposição de uma restrição financeira ao acesso a uma via de recurso, essa restrição deve, porém, manter-se numa relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregues e o objetivo prosseguido (v., neste sentido, acórdão de 22 de dezembro de 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, n.ºs 47 e 60).
- 56 A este respeito, cabe sublinhar que, embora a obrigação de constituir a garantia de boa conduta constitua uma medida menos dissuasiva na sua versão atual do que na sua versão inicial, uma vez que já não pode ser automática e incondicionalmente retida pela entidade adjudicante em caso de improcedência ou de desistência do recurso, a referida obrigação continua a ser apta para realizar o objetivo de combate aos recursos abusivos prosseguido pela regulamentação romena.
- 57 Com efeito, primeiro, a constituição da garantia de boa conduta constitui, como sublinhou a advogada-geral no n.º 55 das suas conclusões, um encargo financeiro para o recorrente, quer este proceda a uma transferência bancária ou constitua uma garantia bancária.
- 58 O montante da garantia de boa conduta é fixado sob a forma de uma percentagem do preço do contrato público em causa, que pode atingir 25 000 euros para os contratos públicos de fornecimentos e de serviços ou 100 000 euros para os contratos de empreitada de obras públicas.
- 59 Ora, a mobilização de um valor desta importância por transferência bancária, do mesmo modo que a necessidade de efetuar as diligências necessárias para constituir uma garantia bancária e pagar as respetivas despesas, são de natureza a incitar os recorrentes a uma certa prudência na interposição de um recurso. Além disso, na medida em que limita os fundos ou, pelo menos, as possibilidades de crédito dos recorrentes até ser libertada, a garantia de boa conduta pode incentivá-los a serem diligentes no âmbito dos processos que instauram, em conformidade com a exigência de celeridade dos recursos mencionada no artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 e no artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 92/13. Com efeito, como alegou o Governo romeno na audiência, não se pode excluir que esta imposição financeira incite os potenciais recorrentes a avaliarem seriamente o seu interesse em instaurar um processo e a probabilidade de obterem ganho de causa, e os dissuada, portanto, de apresentarem pedidos manifestamente infundados e que apenas visam protelar a adjudicação do contrato (v., por analogia, acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 73).
- 60 Segundo, na medida em que, por força dos acórdãos da Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) n.º 5 de 15 de janeiro de 2015 e n.º 750 de 4 de novembro de 2015, a retenção automática e incondicional da garantia de boa conduta pela entidade adjudicante e o seu pagamento à primeira solicitação já não são possíveis, não se pode considerar que a simples obrigação de constituir essa garantia como condição de admissibilidade dos recursos vai além do que é necessário para alcançar o objetivo de combate aos recursos abusivos que ela prossegue.
- 61 Com efeito, a garantia de boa conduta, na ordem de 1% do valor do contrato público, limitada em função do contrato, continua a ser modesta (v. acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 58), em particular para os proponentes que normalmente têm de demonstrar uma certa capacidade financeira. Seguidamente e em qualquer caso, esta garantia pode ser constituída sob a forma de garantia bancária. Por último, só tem de ser constituída para o período compreendido entre a interposição do recurso e a sua resolução definitiva.
- 62 Na sua resposta ao pedido de esclarecimentos que lhe dirigiu o Tribunal de Justiça, a Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) convidou o Tribunal de Justiça a pronunciar-se sobre a sua questão tendo em conta o cúmulo da garantia de boa conduta e da garantia de participação, que os proponentes devem igualmente constituir nos termos do artigo 43.º *bis* do OUG n.º 34/2006. Contudo, não forneceu nenhuma precisão a este respeito, nem sobre o regime atual da garantia de participação nem sobre a sua articulação com a garantia de boa conduta. Nestas condições, o Tribunal de Justiça não pode tomar posição acerca deste assunto.

- 63 Atendendo às considerações anteriores, cabe responder às questões submetidas que o artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 92/13, lidos à luz do artigo 47.º da Carta, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que subordina a admissibilidade dos recursos contra os atos da entidade adjudicante à obrigação de o recorrente constituir a garantia de boa conduta que essa regulamentação prevê a favor desta entidade, desde que a garantia seja restituída ao recorrente independentemente do desfecho do recurso.

Quanto às despesas

- 64 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

O artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e o artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, lidos à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que subordina a admissibilidade dos recursos contra os atos da entidade adjudicante à obrigação de o recorrente constituir a garantia de boa conduta que essa regulamentação prevê a favor desta entidade, desde que a garantia seja restituída ao recorrente independentemente do desfecho do recurso.

Assinaturas