



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

7 de agosto de 2018*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Procedimentos de recurso — Diretiva 89/665/CE — Ação de indemnização — Artigo 2.º, n.º 6 — Legislação nacional que sujeita a admissibilidade de uma ação de indemnização à declaração prévia e definitiva da ilegalidade da decisão da entidade adjudicante que está na origem do prejuízo alegado — Recurso de anulação — Recurso prévio para uma comissão arbitral — Fiscalização judicial das decisões da comissão arbitral — Legislação nacional que exclui a dedução de fundamentos não invocados na comissão arbitral — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigo 47.º — Direito a uma tutela jurisdicional efetiva — Princípios da efetividade e da equivalência»

No processo C-300/17,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado nos termos do artigo 267.º TFUE pela Kúria (Supremo Tribunal, Hungria), por decisão de 11 de maio de 2017, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de maio de 2017, no processo

Hochtief AG

contra

Budapest Főváros Önkormányzata,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

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

advogado-geral: M. Wathelet,

secretário: R. Șereș, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 30 de abril de 2018,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Hochtief AG, por A. László, ügyvéd, e I. Varga, konzulens,
- em representação do Governo húngaro, por M. Z. Fehér e G. Koós, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo helénico, por M. Tassopoulou, D. Tsagkaraki, E. Tsaousi e K. Georgiadis, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: húngaro.

– em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,
– em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
– em representação da Comissão Europeia, por P. Ondrůšek e A. Tokár, na qualidade de agentes,
ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 7 de junho de 2018,
profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação 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 2014/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (JO 2014, L 94, p. 1) (a seguir «Diretiva 89/665»).
- 2 Este pedido foi apresentado no contexto de um litígio que opõe a Hochtief AG ao Budapest Főváros Önkormányzata (Câmara Municipal de Budapeste, Hungria, a seguir «entidade adjudicante»), a propósito de uma ação de indemnização de um dano que a Hochtief sofreu na sequência de uma violação das normas sobre contratos públicos.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O artigo 1.º, n.º 1, quarto parágrafo, da Diretiva 89/665 prevê:

«Os Estados-Membros adotam as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/UE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65)] ou da Diretiva [2014/23], as decisões das autoridades 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 da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.»

- 4 O artigo 1.º, n.º 3, da desta diretiva prevê:

«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.»

- 5 O artigo 2.º, n.ºs 1, 2 e 6, da referida diretiva prevê:

«1. Os Estados-Membros asseguram que as medidas tomadas relativamente aos recursos a que se refere o artigo 1.º prevejam poderes para:

[...]

b) Anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa;

c) Conceder indemnizações aos lesados por uma violação.

2. Os poderes referidos no n.º 1 e nos artigos 2.º-D e 2.º-E podem ser atribuídos a instâncias distintas responsáveis por aspetos diferentes do recurso.

[...]

6. Os Estados-Membros podem estabelecer que, caso seja pedida indemnização com fundamento no facto de uma decisão ter sido tomada ilegalmente, a decisão contestada deva primeiro ser anulada por uma instância com a competência necessária para esse efeito.»

Direito húngaro

6 O artigo 108.º, n.º 3, da közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (Lei n.º CXXIX de 2003 sobre os Contratos Públicos, *Magyar Közlöny* 2003/157, a seguir «Lei sobre os contratos públicos») dispõe:

«O candidato pode alterar o seu pedido de participação até ao termo do prazo para a apresentação das candidaturas.»

7 O artigo 350.º desta lei dispõe:

«A possibilidade de invocar qualquer pretensão de carácter civil baseada numa violação de normas relativas a contratos públicos e à adjudicação dos contratos públicos está subordinada ao pressuposto de a comissão arbitral em matéria de contratação pública, ou um tribunal chamado a pronunciar-se sobre o recurso contra a decisão da comissão arbitral em matéria de contratação pública, declarar com carácter definitivo a existência da violação da norma.»

8 O artigo 351.º da referida lei tem a seguinte redação:

«Caso um proponente exija à entidade adjudicante uma indemnização exclusivamente limitada aos custos decorrentes da preparação da proposta e da participação no procedimento de adjudicação do contrato público, é suficiente, para o exercício da ação de indemnização, que prove:

a) que a entidade adjudicante violou uma disposição das normas relativas aos contratos públicos e à adjudicação de contratos públicos,

b) que existiam possibilidades reais de o contrato lhe ser adjudicado, e

c) que a violação prejudicou as possibilidades de o contrato lhe ser adjudicado.»

9 O artigo 339.º/A da Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (Lei n.º III de 1952, que aprova o Código de Processo Civil) (a seguir «Código de Processo Civil») prevê:

«Salvo disposição em contrário, o tribunal fiscaliza a decisão administrativa com fundamento na legislação em vigor e nos elementos de facto existentes à data da sua adoção.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 10 Em 5 de fevereiro de 2005, a entidade adjudicante publicou um anúncio de concurso para adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas de montante superior ao limiar previsto no direito da União, seguindo o procedimento por negociação, com publicação prévia de anúncio de concurso. Foram recebidas cinco candidaturas no prazo fixado para o efeito, uma delas do consórcio «HOLI» (a seguir «consórcio»), dirigido pela Hochtief.
- 11 Em 19 de julho de 2005, a entidade adjudicante informou o consórcio de que a sua candidatura era inválida, por existir um conflito de interesses, e fora excluída. Fundamentou essa decisão no facto de o consórcio ter nomeado como chefe de projeto um perito que auxiliara a entidade adjudicante na preparação do concurso.
- 12 Por decisão de 12 de setembro de 2005, a Közbeszerzési Döntőbizottság Comissão Arbitral em matéria de contratação pública, Hungria) (a seguir «comissão arbitral») negou provimento ao recurso que o consórcio interpôs dessa decisão. Esta comissão entendeu que a nomeação do perito no pedido de participação não podia ser considerada um erro administrativo, como alegava a Hochtief. Se esta última fosse autorizada a corrigir esse erro, isso implicaria uma alteração do pedido de participação, inadmissível nos termos do artigo 108.º, n.º 3, da Lei sobre os Contratos Públicos. A comissão arbitral considerou igualmente que a entidade adjudicante não agira ilegalmente ao prosseguir o procedimento apenas com dois candidatos, uma vez que o artigo 130.º, n.º 7, desta lei previa que, se o número de candidatos que tivessem apresentado pedidos de participação adequados se mantivesse no intervalo de variação fixado, estes deviam ser convidados a apresentar propostas.
- 13 Por sentença de 28 de abril de 2006, o Fővárosi Bíróság (Tribunal de Budapeste, Hungria) negou provimento ao recurso que o consórcio interpôs da decisão de 12 de setembro de 2005.
- 14 O consórcio interpôs recurso da sentença de 28 de abril de 2006 no Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Regional de Recurso de Budapeste-Capital, Hungria), que por decisão de 13 de fevereiro de 2008 submeteu ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, que deu origem ao Acórdão de 15 de outubro de 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).
- 15 Durante esse mesmo ano de 2008, a Comissão concluiu, no contexto da análise do procedimento de adjudicação do contrato público em causa no processo principal, que a entidade adjudicante violara as regras em matéria de contratos públicos, por um lado, ao publicar um anúncio de procedimento por negociação e, por outro, ao excluir um dos candidatos na fase de pré-seleção sem lhe ter dado a possibilidade, em conformidade com o Acórdão de 3 de março de 2005, Fabricom (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127), de provar que a colaboração do perito nomeado como chefe de projeto não era suscetível de distorcer a concorrência.
- 16 Em 20 de janeiro de 2010, e na sequência do Acórdão de 15 de outubro de 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), o Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Regional de Recurso de Budapeste-Capital, Hungria) proferiu um acórdão em que confirmava a sentença de 28 de abril de 2006. Indicou, nomeadamente, que não apreciaria a questão de saber se a entidade adjudicante tinha, quando conclui pela incompatibilidade da candidatura do consórcio, cometido uma infração, ao não lhe dar a possibilidade de se defender, porque a referida objeção não constava da petição inicial em primeira instância. Foi só no recurso em segunda instância que a Hochtief alegou, pela primeira vez, que a proibição imposta ao consórcio consubstanciava uma restrição desproporcionada ao seu direito de apresentar de apresentar uma candidatura e de apresentar uma proposta, contrária ao artigo 220.º CE, ao artigo 6.º da Diretiva 93/37/CEE, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO 1993, L 199, p. 54) e à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

- 17 Por Acórdão de 7 de fevereiro de 2011, o Legfelsőbb Bíróság (anterior denominação do Supremo Tribunal da Hungria) confirmou o acórdão do Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Regional de Recurso de Budapeste-Capital) de 20 de janeiro de 2010.
- 18 Em 11 de agosto de 2011, a Hochtief, baseando-se nas conclusões da Comissão Europeia, requereu a revisão do referido acórdão do Fővárosi Ítéltábla (Tribunal de Recurso de Budapeste-Capital).
- 19 Em 6 de junho de 2013, o Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal Administrativo e do Trabalho de Budapeste-Capital, Hungria) proferiu um despacho que julgou improcedente o requerimento de revisão do acórdão, confirmado por despacho do Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapeste-Capital), pronunciando-se em última instância.
- 20 Continuando a prevalecer-se das conclusões da Comissão, a Hochtief propôs nova ação, pedindo a condenação da entidade adjudicante no pagamento de uma indemnização no montante de 24 063 685 forints húngaros (HUF) (cerca de 74 000 euros), que correspondia aos custos resultantes da sua participação no procedimento de adjudicação do contrato público.
- 21 Uma vez que esta ação foi julgada improcedente em primeira instância e em recurso, a Hochtief interpôs recurso de cassação no órgão jurisdicional de reenvio, invocando, nomeadamente, a violação do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 e do artigo 2.º, n.º 1, 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).
- 22 O órgão jurisdicional de reenvio expõe, em substância, que decorre da Diretiva 89/665 que o exercício das ações de indemnização pode estar subordinado à anulação prévia da decisão contestada, por uma autoridade administrativa ou por um tribunal (Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, n.º 35), pelo que o artigo 2.º desta diretiva não parece, em princípio, opor-se a uma disposição de direito nacional como o artigo 350.º da Lei sobre os Contratos Públicos. Contudo, a aplicação desta disposição, em conjugação com outras disposições da Lei sobre os Contratos Públicos e do Código de Processo Civil, pode ter a consequência de um candidato preterido num procedimento de adjudicação de um contrato público por negociação, como a Hochtief, ficar impedido de propor uma ação de indemnização por não poder invocar uma decisão que declare, com caráter definitivo, uma violação das regras em matéria de contratos públicos. Nestas condições, pode justificar-se a instituição da possibilidade de produzir outros meios de prova dessa violação, ou a não aplicação da norma interna ao abrigo do princípio da efetividade, ou ainda a interpretação da referida norma à luz do direito da União.
- 23 Foi nestas circunstâncias que a Kúria (Supremo Tribunal, Hungria) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
 - «1) O direito da União opõe-se a uma regra processual de um Estado-Membro que subordine a possibilidade de fazer valer qualquer pretensão civil decorrente da violação de uma norma em matéria de contratação pública ao pressuposto de a Comissão Arbitral em matéria de contratação pública, ou um tribunal chamado a pronunciar-se sobre o recurso contra a decisão da Comissão Arbitral em matéria de contratação pública, declarar com caráter definitivo a existência da violação da norma?
 - 2) Pode uma disposição de um Estado-Membro que prevê, como pressuposto prévio para o exercício de um direito de indemnização, que a Comissão Arbitral em matéria de contratação pública, ou um tribunal chamado a pronunciar-se sobre o recurso contra a decisão da Comissão Arbitral em

matéria de contratação pública, declare com caráter definitivo a existência da violação da norma, ser substituída por outra conforme ao direito da União? Isto é, é possível que o lesado prove por outros meios a violação da norma?

- 3) No âmbito de um litígio destinado a obter uma indemnização, é contrária ao direito da União e, em particular, aos princípios da efetividade e da equivalência, ou pode produzir um efeito contrário a esse direito e a esses princípios, uma norma processual de um Estado-Membro que apenas permite impugnar jurisdicionalmente uma decisão administrativa com fundamento nos argumentos jurídicos invocados no processo perante a Comissão Arbitral em matéria de contratação pública, mesmo quando o lesado, como fundamento da violação da norma que alega, apenas possa invocar a ilegalidade da sua exclusão com base na existência de um conflito de interesses em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, de tal forma que resulte na sua exclusão do processo de adjudicação do contrato público por outro motivo, de acordo com as regras próprias do processo por negociação, tendo-se verificado a alteração da sua candidatura?»

Quanto ao pedido de reabertura da fase oral do processo

- 24 Por cartas apresentadas na Secretaria do Tribunal de Justiça em 12 e 27 de julho de 2018, a Hochtief pediu que fosse ordenada a reabertura da fase oral do processo, em aplicação do artigo 83.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.
- 25 Em apoio do seu pedido, a Hochtief invoca, antes de mais, o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Székesfehérvári Törvényszék (Tribunal de Székesfehérvár, Hungria), por decisão de 6 de dezembro de 2017, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 5 de junho de 2018, e que foi registado com o número C-362/18. Alega, em substância, que a resposta dada às questões submetidas no presente processo depende da que for dada às questões submetidas no processo C-362/18 e que, para garantir a unidade da jurisprudência, há que dar a possibilidade às partes de apresentar o seu ponto de vista sobre este último processo.
- 26 Em seguida, a Hochtief considera que, para que o Tribunal de Justiça se possa pronunciar sobre o presente pedido de decisão prejudicial, deve ter em conta elementos que não foram objeto de um debate entre as partes. Pretende, em especial, poder apresentar observações sobre uma declaração formulada pelo agente do Governo húngaro na audiência, segundo a qual o Acórdão de 15 de outubro de 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), proferido na pendência do processo nos órgãos jurisdicionais húngaros, foi objeto de uma decisão por estes últimos. Considera que, para responder às duas primeiras questões submetidas no âmbito do presente reenvio prejudicial, é de importância decisiva determinar que apreciação os referidos órgãos jurisdicionais fizeram do referido acórdão.
- 27 Há que recordar a este respeito que, em conformidade com o artigo 83.º do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça pode, a qualquer momento, ouvido o advogado-geral, ordenar a reabertura da fase oral do processo, designadamente se considerar que não está suficientemente esclarecido, ou quando, após o encerramento dessa fase, uma parte invocar um facto novo que possa ter influência determinante na decisão do Tribunal, ou ainda quando o processo deva ser resolvido com base num argumento que não foi debatido entre as partes ou os interessados referidos no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia.
- 28 No caso em apreço, o Tribunal de Justiça considera, ouvido o advogado-geral, que dispõe de todos os elementos necessários para decidir sobre o pedido de decisão prejudicial e que não é necessário responder-lhe com base num argumento que não foi debatido perante ele.

- 29 Por um lado, contrariamente ao que sustenta a Hochtief, a resposta a dar às questões submetidas no presente processo não depende da que será dada às questões submetidas no processo C-362/18. Com efeito, embora o litígio principal no presente processo e o litígio principal no processo C-362/18 se inscrevam num contexto similar, não deixa de ser verdade que as questões submetidas no processo C-362/18, que, como a própria Hochtief salienta no seu pedido, têm por objeto, principalmente, a responsabilidade de um Estado-Membro por uma violação do direito da União imputável a um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, se distinguem das submetidas no presente processo, que têm por objeto as condições de admissibilidade de uma ação de indemnização contra uma entidade adjudicante.
- 30 Por outro lado, não se afigura que o presente pedido de decisão prejudicial deva ser examinado à luz de um elemento que não foi objeto de debate entre as partes. Designadamente, o Acórdão de 15 de outubro de 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), invocado pela Hochtief em apoio do seu pedido de reabertura da fase oral, foi mencionado pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial e as partes no processo principal, assim como os interessados referidos no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia tiveram oportunidade de formular as suas observações tanto escritas como orais a esse respeito.
- 31 Tendo em conta as considerações precedentes, o Tribunal de Justiça entende que não há que ordenar a reabertura da fase oral do processo.

Quanto à primeira e segunda questões

- 32 Com as suas duas primeiras questões, que importa apreciar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que subordina a possibilidade de invocar qualquer pretensão civil decorrente da violação das normas que regem os contratos públicos e a adjudicação dos contratos públicos ao pressuposto de a existência da violação da norma ser declarada definitivamente pela comissão arbitral em matéria de contratação pública ou, no âmbito da fiscalização judicial de uma decisão dessa comissão arbitral, por um tribunal.
- 33 Em primeiro lugar, recorde-se que, nos termos do artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665, os Estados-Membros podem estabelecer que, caso seja pedida indemnização com fundamento no facto de uma decisão ter sido tomada ilegalmente, a decisão contestada deva primeiro ser anulada por uma instância com a competência necessária para esse efeito.
- 34 Consequentemente, resulta da própria letra dessa disposição que os Estados-Membros têm, em princípio, a faculdade de aprovar uma norma processual nacional, como o artigo 350.º da Lei sobre os Contratos Públicos, que subordina a possibilidade de invocar uma pretensão civil em caso de violação das regras que regem os contratos públicos ao pressuposto de a existência da violação da norma ser declarada definitivamente por uma comissão arbitral, como a que está em causa no processo principal, ou, no âmbito da fiscalização judicial da decisão proferida por essa comissão arbitral, por um tribunal (v., por analogia, Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, n.º 36).
- 35 Em segundo lugar, recorde-se que, como o Tribunal de Justiça já decidiu repetidamente, a Diretiva 89/665 apenas prevê as condições mínimas que devem ser cumpridas pelos procedimentos de recurso instituídos nas ordens jurídicas nacionais, a fim de garantir o respeito das normas de direito da União em matéria de contratos públicos (v., nomeadamente, Acórdão de 15 de setembro de 2016, Star Storage e o., C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, n.º 42 e jurisprudência aí referida).

- 36 O artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665 limita-se, pois, a prever a faculdade de os Estados-Membros subordinarem a apresentação de uma ação de indemnização à anulação da decisão contestada por uma instância competente para esse efeito, sem incluir a menor indicação quanto a eventuais condições ou limites que, se for caso disso, acompanham a transposição e a execução desta disposição.
- 37 Daqui se conclui que, como o advogado-geral salientou, em substância, no n.º 39 das suas conclusões, os Estados-Membros continuam livres de definir as condições em que as normas nacionais de transposição do artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665 devem ser aplicadas na sua ordem jurídica e os limites, exceções ou derrogações que essa aplicação pode, se for caso disso, ter de observar.
- 38 É certo que, como o Tribunal de Justiça decidiu repetidamente, cabe aos Estados-Membros zelar, quando definem as regras processuais em matéria de recursos contenciosos destinados a garantir a proteção dos direitos conferidos pelo direito da União aos candidatos e aos concorrentes lesados por decisões das entidades adjudicantes, para que não seja posta em causa a eficácia da Diretiva 89/665 nem os direitos conferidos aos particulares pelo direito da União (v., neste sentido, Acórdão de 15 de setembro de 2016, *Star Storage e o.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, n.ºs 43 e 44).
- 39 A este respeito, o Tribunal de Justiça decidiu que a faculdade concedida aos Estados-Membros pelo artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665 não era ilimitada e continuava sujeita à condição de o recurso de anulação prévio a qualquer ação de indemnização ser eficaz (v., neste sentido, Acórdão de 26 de novembro de 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, n.ºs 36 a 44). Cabe-lhes, em especial, garantir a plena observância do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e a aceder a um tribunal imparcial, em conformidade com o artigo 47.º, primeiro e segundo parágrafos, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») (v., neste sentido, Acórdão de 15 de setembro de 2016, *Star Storage e o.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, n.º 46).
- 40 No caso vertente, verifica-se que a legislação processual nacional que subordina a possibilidade de invocar uma pretensão civil em violação das normas que regem os contratos públicos e a adjudicação dos contratos públicos ao pressuposto de a violação da norma ser declarada definitivamente não priva o proponente interessado do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.
- 41 Consequentemente, há que responder às duas primeiras questões que o artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que subordina a possibilidade de invocar qualquer pretensão civil decorrente da violação das normas que regem os contratos públicos e a adjudicação dos contratos públicos ao pressuposto de a existência da violação da norma ser declarada definitivamente por uma comissão arbitral ou, no âmbito da fiscalização judicial da decisão dessa comissão arbitral, por um tribunal.

Quanto à terceira questão

- 42 Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o direito da União deve ser interpretado no sentido de que, no contexto de uma ação de indemnização, se opõe a uma norma processual nacional que restringe a fiscalização judicial das decisões proferidas por uma comissão arbitral encarregada de fiscalizar, em primeira instância, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos à apreciação exclusiva dos fundamentos invocados nessa comissão.
- 43 No que respeita ao processo principal, importa observar antes de mais que, como resulta do pedido de decisão prejudicial, os tribunais nacionais encarregados de fiscalizar as decisões da comissão arbitral que conhece em primeira instância dos recursos interpostos das decisões tomadas pelas entidades

adjudicantes no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos devem, por força do artigo 339.º/A do Código de Processo Civil julgar inadmissível qualquer fundamento novo que não tenha sido aduzido na referida comissão.

- 44 Foi em aplicação desta disposição que o Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Regional de Recurso de Budapeste-Capital) julgou improcedente o recurso que a demandante no processo principal interpôs da sentença do Fővárosi Bíróság (Tribunal de Budapeste) que não admitiu o recurso da decisão inicial da comissão arbitral. Foi também com fundamento nesta disposição que o Legfelsőbb Bíróság (denominação anterior do Supremo Tribunal) negou provimento ao recurso de cassação que a demandante no processo principal interpôs do acórdão do Fővárosi Ítéltábla (Tribunal Regional de Recurso de Budapeste-Capital).
- 45 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a aplicação conjugada do artigo 339.º/A do Código de Processo Civil e do artigo 350.º da Lei sobre os Contratos Públicos pode, porém, ter um efeito contrário ao direito da União.
- 46 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha, aludindo ao n.º 39 do Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, n.º 39), que o grau de exigência da segurança jurídica relativo aos requisitos de admissibilidade dos recursos difere consoante se trate de ações de indemnização ou de recursos destinados a privar de efeitos um contrato. Com efeito, face às exigências de segurança jurídica de que as relações contratuais devem poder beneficiar, justifica-se que sejam configurados restritivamente os mecanismos processuais destinados a privar de efeitos os contratos celebrados entre as entidades adjudicantes e os adjudicatários de contratos públicos. Em contrapartida, porque as ações de indemnização não têm, em princípio, nenhuma influência nos efeitos de contratos já celebrados, não se justifica que as mesmas sejam sujeitas a regras tão severas como as aplicáveis a ações que têm por objeto a própria existência ou a execução de tais contratos.
- 47 Recorde-se, a este respeito, que o Tribunal de Justiça de facto decidiu, nos n.ºs 41 a 44 do Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), que o princípio da efetividade se opunha, em determinadas circunstâncias, a um regime processual nacional que subordinava a admissibilidade das ações de indemnização propostas no contexto dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos à declaração prévia da ilegalidade do procedimento de adjudicação do contrato em causa.
- 48 Contudo, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça chegou a esta conclusão num contexto muito específico, que se caracterizava pelo facto de a ação prévia de declaração da ilegalidade do procedimento de adjudicação do contrato, decorrente da não publicação prévia de um anúncio de concurso, estar sujeita a um prazo de prescrição de seis meses, que começava a correr a partir do dia seguinte ao da adjudicação do contrato público em causa, independentemente de o lesado estar ou não em condições de conhecer a existência da ilegalidade que afetava essa decisão de adjudicação. Com efeito, em semelhante contexto, um prazo de seis meses podia impedir o lesado de reunir as informações necessárias para propor uma ação de impugnação da legalidade do procedimento de adjudicação, o que obstava, pois, à propositura dessa ação e era, por isso, suscetível de tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício do direito de propor uma ação de indemnização.
- 49 Ora, a situação em causa no processo principal distingue-se nitidamente da situação em causa no processo que deu origem ao Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779).
- 50 Com efeito, refira-se que, diversamente da norma prescritiva em causa no processo que deu origem ao Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), a norma processual prevista no artigo 339.º/A do Código de Processo Civil não lesa, como salientou o advogado-geral nos

n.º 47 a 49 das suas conclusões, a essência do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e a aceder a um tribunal imparcial, garantido pelo artigo 47.º, primeiro e segundo parágrafos, da Carta (v., por analogia, Acórdão de 26 de setembro de 2013, *Texdata Software*, C-418/11, n.º 87).

- 51 Embora, por outro lado, seja verdade que essa norma processual imponha uma estrita concordância entre os fundamentos aduzidos na comissão arbitral e os aduzidos nos tribunais chamados a fiscalizar as decisões dessa comissão, excluindo pois qualquer possibilidade de o particular aduzir um fundamento novo na pendência do processo, não deixa de ser verdade que a mesma contribui, como o advogado-geral observou no n.º 49 das suas conclusões, para preservar o efeito útil da Diretiva 89/665, que, como o Tribunal de Justiça já declarou, é garantir que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e tão céleres quanto possível (v., neste sentido, Acórdão de 15 de setembro de 2016, *Star Storage e o.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, n.º 43 e jurisprudência aí referida).
- 52 A este respeito, importa recordar que o Tribunal de Justiça decidiu que o princípio segundo o qual a iniciativa processual pertence às partes, que implica que o juiz está vinculado pelo dever de se cingir ao objeto do litígio, de basear a sua decisão na matéria de facto que lhe foi presente e de se abster de atuar oficiosamente, salvo a título excecional com vista a garantir o interesse público, protege os direitos da defesa e garante o bom andamento do processo, designadamente pondo-o ao abrigo dos atrasos inerentes à apreciação de novos fundamentos (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de dezembro de 1995, *van Schijndel e van Veen*, C-430/93 e C-431/93, EU:C:1995:441, n.º 20 e 21, e de 7 de junho de 2007, *van der Weerd e o.*, C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318, n.º 34 e 35).
- 53 No caso vertente, e como resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça, a Hochtief no processo principal não ficou impossibilitada de interpor um recurso de anulação contra a decisão da entidade adjudicante de a preterir no procedimento de adjudicação do contrato público, nem na comissão arbitral nem, subsequentemente, nos tribunais encarregados da fiscalização judicial da decisão proferida por essa comissão.
- 54 Tão-pouco se pode considerar que a Hochtief foi colocada na impossibilidade de aduzir tempestivamente o fundamento relativo, em substância, ao facto de que não teve a possibilidade de provar que, no caso em apreço, a participação do perito que tinha designado como chefe de projeto e que interveio juntamente com a entidade adjudicante não era suscetível de falsear a concorrência, em conformidade com a doutrina decorrente dos n.ºs 33 a 36 do Acórdão de 3 de março de 2005, *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127).
- 55 Com efeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a interpretação que, no exercício da competência que lhe é conferida pelo artigo 267.º TFUE, este faz de uma norma de direito da União esclarece e precisa, quando necessário, o significado e o alcance desta norma, tal como a mesma deve ser ou devia ter sido entendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor (v., designadamente, acórdãos de 27 de Março de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, EU:C:1980:100, n.º 16, e de 13 de janeiro de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 21).
- 56 Daqui se conclui que, numa situação como a que está em causa no processo principal, um proponente, como a Hochtief, estava em condições de aduzir o fundamento de que não teve a possibilidade de demonstrar que o facto de ter sido designado como chefe de projeto um perito que tinha participado na preparação do concurso juntamente com a entidade adjudicante não era suscetível de falsear a concorrência, mesmo na falta de qualquer jurisprudência do Tribunal de Justiça relevante sobre este aspeto.

- 57 Por outro lado, embora seja verdade que o Acórdão de 3 de março de 2005, *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127) só foi disponibilizado em língua húngara depois da interposição, pela Hochtief, do seu recurso na comissão arbitral e mesmo do seu recurso da decisão daquela no tribunal nacional de primeira instância, essa circunstância não permite, por si só, concluir que aquela estava absolutamente impossibilitada de aduzir tal fundamento.
- 58 Decorre do que antecede que o direito da União, em especial o artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665, lido à luz do artigo 47.º da Carta, deve ser interpretado no sentido de que, no contexto de uma ação de indemnização, não se opõe a uma norma processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que restringe a fiscalização judicial das decisões proferidas por uma comissão arbitral encarregada de fiscalizar, em primeira instância, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos à apreciação exclusiva dos fundamentos invocados nessa comissão.

Quanto às despesas

- 59 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:

- 1) O artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que subordina a possibilidade de invocar qualquer pretensão civil decorrente da violação das normas que regem os contratos públicos e a adjudicação de contratos públicos ao pressuposto de a existência da violação da norma ser declarada definitivamente por uma comissão arbitral ou, no âmbito da fiscalização judicial dessa decisão da comissão arbitral, por um tribunal.
- 2) O direito da União, em especial o artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665, conforme alterada pela Diretiva 2014/23, lido à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que, no contexto de uma ação de indemnização, não se opõe a uma norma processual nacional, como a que está em causa no processo principal, que restringe a fiscalização judicial das decisões proferidas por uma comissão arbitral encarregada de fiscalizar, em primeira instância, as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos à apreciação exclusiva dos fundamentos invocados nessa comissão.

Assinaturas