Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 28 de abril de 2016 [1]

Processos apensos C-439/14 e C-488/14

SC Star Storage SA
contra
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Curtea de Apel București (Roménia)]
e
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA
SC Construcții Napoca SA
contra
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Curtea de Apel Oradea (Roménia)]

«Contratos públicos — Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE — Lei nacional que faz depender o acesso aos processos de recurso da prestação de uma «garantia de boa conduta» — Autonomia processual dos Estados-Membros — Princípios da equivalência e da efetividade — Artigos 47.° e 52.° da Carta — Direito a uma tutela jurisdicional efetiva — Restrição — Proporcionalidade»

1. No presente caso, a Curtea de Apel București (tribunal de recurso de Bucareste) e a Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea) perguntam, em substância, ao Tribunal de Justiça se o direito da União obsta a que um Estado-Membro sujeite o acesso aos processos de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes à constituição, pelo recorrente, de uma «garantia de boa conduta». De acordo com a legislação nacional em causa nos processos principais, as entidades adjudicantes retêm a garantia de boa conduta no caso de o órgão competente para reexaminar as suas decisões julgar improcedente o recurso ou no caso de desistência do recorrente.

2. Por conseguinte, os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto o direito a uma tutela jurisdicional efetiva no âmbito dos contratos públicos, direito que não só é garantido pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») como também encontra expressão concreta nas diretivas da União que regulam os procedimentos de adjudicação de contratos públicos. Até que ponto é lícito aos Estados-Membros imporem requisitos de ordem financeira à impugnação das decisões das entidades adjudicantes, com vista a reduzir o risco de litigância temerária, ou seja, impugnações que, por natureza, dificilmente serão julgadas procedentes e cujo único objetivo consiste em entravar o procedimento de adjudicação do contrato público?

1 — Língua original: inglês.

Quadro jurídico

Direito da União Europeia

3. O primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta estabelece que toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos nesse artigo. Segundo o artigo 52.º, n.º 1, qualquer restrição ao exercício de um direito reconhecido pela Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial do direito em questão. Na observância do princípio da proporcionalidade, tal restrição só é possível se for necessária e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela UE, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

4. De acordo com o terceiro considerando da Diretiva 89/665/CEE[2], a abertura dos contratos de direito público à concorrência na União requer um aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação. Consequentemente, convém que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação do direito da União em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito.

5. O artigo 1.º da Diretiva 89/665, com a epígrafe «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», dispõe o seguinte:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a Diretiva 2004/18/CE […] [3], salvo os contratos excluídos nos termos dos artigos 10.° a 18.° 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.° a 2.°-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.

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 [da União] 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.

[…]»

2 — 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 (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).

3 — Diretiva 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 L 134, p. 114).

6. O quinto considerando da Diretiva 92/13/CEE [4] indica que a abertura dos contratos de direito público à concorrência na UE nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais implica que estejam à disposição dos fornecedores ou dos empreiteiros procedimentos de recurso adequados, em caso de violação do direito da União nesta matéria ou das normas nacionais que transpõem esse direito para o plano interno.

7. Os três primeiros números do artigo 1.º da Diretiva 92/13, intitulado «Âmbito de aplicação e acesso ao recurso», correspondem, no essencial, aos três primeiros números do artigo 1.º da Diretiva 89/665 [5].

Direito romeno

8. De acordo com o artigo 43.º *bis* do decreto-lei com caráter de urgência 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 (Ordonanța de urgență a Guvernului n.º 34/2006, a seguir «OUG n.º 34/2006»), todos os proponentes têm de constituir uma garantia (a seguir «garantia de participação») para poder participar no procedimento de adjudicação, nos casos em que o OUG n.º 34/2006 impõe à entidade adjudicante a obrigação de publicar um anúncio ou um convite à apresentação de propostas. A garantia de participação, que pode ascender a 2% do valor estimado do contrato público, destina-se a proteger a entidade adjudicante contra o risco de comportamento impróprio do proponente durante todo o período que antecede a celebração do contrato.

9. Nos termos do artigo 256.º, n.º 1, do OUG n.º 34/2006, a parte que se considere lesada tem o direito de submeter o caso ao Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (conselho nacional para a resolução de litígios; a seguir «CNSC»). Segundo o artigo 281.º, n.º 1, as decisões do CNSC podem ser impugnadas mediante recurso para uma autoridade jurisdicional.

10. O artigo 278.º, n.º 1, do OUG n.º 34/2006 estabelece que o CNSC ou o órgão jurisdicional competente se pronunciam, em primeiro lugar, sobre as exceções processuais e materiais. Se as considerarem fundadas, não conhecem do mérito da causa.

11. O artigo 278.º *bis* do OUG n.º 34/2006 previa a retenção pela entidade adjudicante de uma parte da garantia de participação sempre que o CNSC ou o órgão jurisdicional competente julgassem improcedente o recurso interposto pelo proponente ou este desistisse da mesmo.

12. O decreto-lei com caráter de urgência n.º 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului n.º 51/2014, a seguir «OUG n.º 51/2014») revogou o artigo 278.º *bis* do OUG n.º 34/2006 e introduziu as seguintes disposições [6]:

«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 [CNSC] ou a sentença do órgão jurisdicional competente se torna definitiva.

4 — Diretiva 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).

5 — Com a diferença de que o artigo 1.º da Diretiva 92/13 remete para 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), e não para a Diretiva 2004/18.

6 — Daqui em diante, designarei essas disposições por «sistema original».

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 [CNSC] 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) [7];

b) 1% do valor estimado, se este for inferior aos limiares previstos no artigo 55.º, n.º 2, alínea c) [8], mas não exceder o equivalente em RON a 10 000 EUR, à taxa de câmbio [...] 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 EUR, à taxa de câmbio [...] 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 EUR, à taxa de câmbio [...] 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 [CNSC] ou a sentença do órgão jurisdicional não forem definitivos e a sua validade não tiver sido prorrogada nos termos dos n.os 1 a 5. As disposições do artigo 271.º *ter*, n.os 3 e 5, são aplicáveis *mutatis mutandis*.

[...]

Artigo 271.º ter

1. No caso de o [CNSC] ou o órgão jurisdicional — quando o recorrente tenha interposto diretamente nele o recurso — julgarem o recurso improcedente, a entidade adjudicante deverá reter a garantia de boa conduta a partir do momento em que a decisão do [CNSC] ou a sentença do órgão jurisdicional sejam definitivos. 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.

7 — O artigo 55.º, n.º 2, alíneas a) e b), do OUG n.º 34/2006 respeita aos contratos públicos de fornecimento e aos contratos públicos de serviços.

8 — O artigo 55.º, n.º 2, alínea c), do OUG n.º 34/2006 respeita aos contratos de empreitada de obras públicas.

3. A medida prevista no n.º 1 não se aplica no caso de o [CNSC] 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 [CNSC] julgar procedente o recurso gracioso ou o órgão jurisdicional competente julgar procedente o recurso contencioso interposto da decisão do [CNSC] 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.»

13. Em resposta a um pedido de esclarecimentos do Tribunal de Justiça, os órgãos jurisdicionais de reenvio confirmaram que, por decisão proferida em 15 de janeiro de 2015, a Curtea Constituțională (tribunal constitucional) declarou inconstitucionais os números 1 e 2 do artigo 271.º *ter* do OUG n.º 34/2006. A decisão da Curtea Constituțională assentou, essencialmente, no facto de as disposições em causa imporem à entidade adjudicante a retenção da garantia de boa conduta nos casos de improcedência ou desistência do recurso, sem concederem ao CNSC ou ao órgão jurisdicional competente para a apreciar qualquer margem para tomarem em consideração o comportamento do recorrente. Só um comportamento impróprio justificava a perda da garantia de boa conduta. Em 4 de novembro de 2015, a Curtea Constituțională declarou inconstitucional, com fundamentos essencialmente semelhantes, o n.º 5 do artigo 271.º *bis* do OUG n.º 34/2006, na medida em que essa disposição previa o pagamento incondicional à primeira solicitação da entidade adjudicante, caso o recurso fosse julgado improcedente.

14. Na audiência, o Governo romeno explicou que os artigos 271.° *bis* e 271.° *ter* do OUG n.º 34/2006 ainda se encontram em vigor na parte em que não foram declarados inconstitucionais, e confirmou que as restantes disposições [9] continuam a exigir ao recorrente a constituição da garantia de boa conduta, embora já não exista uma base jurídica que permita à entidade adjudicante retê-la. Consequentemente, a entidade adjudicante tem agora de restituir a garantia de boa conduta ao recorrente no final do processo, independentemente do seu desfecho e, *a fortiori*, quer se trate ou não de litigância temerária.

Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

Processo C-439/14

15. O Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (instituto nacional de investigação e desenvolvimento informático, a seguir «INCDI») lançou um concurso para a adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas e de um contrato público de serviços, destinado à conceção e construção de uma plataforma de computação em nuvem. O valor estimado do contrato era de

9 — Se bem entendo, as restantes disposições são basicamente o artigo 271.º *bis* (à exceção do requisito de pagamento incondicional estabelecido no n.º 5) e os n.ºs 3 a 5 do artigo 271.º *ter* do OUG n.º 34/2006. Nas presentes conclusões, designarei essas disposições por «sistema transitório», para as distinguir do «sistema original» e do novo sistema que, conforme referiu o Governo romeno na audiência, o legislador desse Estado-Membro prevê adotar no futuro.

61 287 713,71 RON (aproximadamente 13 700 000 EUR), não incluindo o imposto sobre o valor acrescentado (IVA). O INCDI elaborou os cadernos de encargos correspondentes e, em 1 de abril de 2014, publicou um anúncio de concurso no Sistemul Electronic de Achiziții Publice (sistema eletrónico de contratos públicos). O critério de adjudicação era o de «o preço mais baixo».

16. Vários operadores económicos pediram ao INCDI esclarecimentos sobre os requisitos estabelecidos nos cadernos de encargos. O INCDI respondeu por meio de várias notas explicativas publicadas no sistema eletrónico de contratos públicos.

17. Em 30 de junho de 2014, a SC Star Storage SA (a seguir «Star Storage») impugnou três dessas notas explicativas junto do CNSC. Em 18 de julho de 2014, o CNSC declarou inadmissível o recurso da Star Storage por esta não ter prestado uma garantia de boa conduta [10]. A Star Storage recorreu dessa decisão para a Curtea de Apel Bucureşti, que suspendeu a instância e apresentou um pedido de decisão prejudicial sobre a seguinte questão:

«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 processos de recurso 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

18. Em 21 de janeiro de 2014, o RA Aeroportul Oradea (aeroporto de Oradea) publicou no sistema eletrónico de contratos públicos um anúncio de concurso para a adjudicação de um contrato de público para o alargamento e a modernização do aeroporto. O valor estimado do contrato era de 101 232 054 RON (aproximadamente 22 800 000 EUR), não incluindo IVA. O critério de adjudicação era o de «a proposta economicamente mais vantajosa».

19. Quatro operadores económicos apresentaram propostas. De acordo com o relatório de avaliação das propostas, de 28 de março de 2014, a proposta apresentada pelo consórcio constituído pela SC Max Boegl România SRL (a seguir «Max Boegl»), pela SC UTI Grup SA e pela Astaldi SpA foi considerada inadmissível. O mesmo relatório indicava que a proposta apresentada pelo consórcio constituído pela SC Construcții Napoca SA (a seguir «Construcții Napoca»), pela SC Aici Cluj SA e pela CS Icco Energ SRL ficara classificada em segundo lugar.

20. Em julho de 2014, o CNSC julgou improcedentes os recursos interpostos por esses dois consórcios contra o relatório de avaliação das propostas.

10 — O montante da garantia devida era o equivalente em RON a 25 000 EUR.

21. O consórcio de que a Max Boegl faz parte e a Construcții Napoca recorreram dessas decisões para a Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea). Na audiência de 10 de setembro de 2014, a Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea) recordou às recorrentes a existência do requisito de constituição de uma garantia de boa conduta, após a entrada em vigor, em 30 de junho de 2014, dos artigos 271.° *bis* e 271.° *ter* da OUG n.º 34/2006 [11]. A Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea) suspendeu a instância e apresentou um pedido de decisão prejudicial sobre a seguinte questão:

«Devem as disposições do artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 3, da [Diretiva 89/665] e do artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 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.° *bis* e 271.° *ter* da [OUG n.º 34/2006]?»

22. Em 13 de novembro de 2014, o presidente do Tribunal de Justiça ordenou a apensação dos dois processos para efeitos da fase escrita, da fase oral e do acórdão. A Star Storage, os Governos grego e romeno e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. A Max Boegl, o Governo romeno e a Comissão Europeia apresentaram observações orais na audiência de 14 de janeiro de 2016.

Análise

Observações preliminares

23. O montante do contrato público em causa no processo C-439/14 é superior ao limiar pertinente estabelecido no artigo 7.º, alínea b), da Diretiva 2004/18 para os contratos de empreitada de obras públicas e os contratos públicos de fornecimento e de serviços. Por conseguinte, a Diretiva 89/665 é aplicável ao processo em apreço [12]. Do mesmo modo, o montante do contrato público em causa no processo C-488/14 atinge os limiares estabelecidos para os contratos públicos no artigo 7.º, alínea c), da Diretiva 2004/18 e no artigo 16.º, alínea b), da Diretiva 2004/17.

24. O Governo romeno e a Comissão discordam, porém, quanto ao quadro jurídico pertinente para o processo principal no processo C-488/14. O Governo romeno sustenta que o processo principal se rege exclusivamente pela Diretiva 2004/18 e, por extensão, pela Diretiva 89/665. A Comissão argumenta que, dado respeitar ao alargamento e à modernização das instalações do aeroporto, o processo de adjudicação em causa está abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17 [13] e, como tal, é regido pela Diretiva 92/13 [14].

25. No meu entender, o Tribunal de Justiça não dispõe de informações suficientes sobre o contrato em causa que lhe permitam pronunciar-se sobre a aplicabilidade da Diretiva 89/665 ou da Diretiva 92/13 à respetiva adjudicação. Todavia, no caso presente, essa circunstância não cria quaisquer dificuldades. Por um lado, resulta claramente dos factos no processo principal subjacente ao processo C-488/14 que a questão submetida ao Tribunal de Justiça pela Curtea de Apel Oradea (tribunal de recurso de Oradea) não é uma questão hipotética na parte que respeita à Diretiva 92/13. Por outro lado, os primeiros três números do artigo 1.º dessa diretiva correspondem, no essencial, aos primeiros três números do artigo 1.º da Diretiva 89/665. Consequentemente, as duas questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais de reenvio são essencialmente idênticas e têm de ser abordadas conjuntamente.

11 — Dos elementos ao dispor do Tribunal de Justiça parece decorrer que o montante de cada garantia de boa conduta exigida no processo perante o órgão jurisdicional nacional era o equivalente em RON a 100 000 EUR.

12 — Artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665.

13 — Artigo 7.º, alínea b), da Diretiva 2004/17.

14 — Artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 92/13.

26. Além disso, o impacto dos acórdãos de 15 de janeiro e 4 de novembro de 2015 da Curtea Constituțională nos processos principais não é claro. Na audiência, o Governo romeno defendeu que os órgãos jurisdicionais de reenvio estão agora obrigados a aplicar o sistema transitório. A Comissão, por seu turno, procurou estabelecer uma distinção entre os dois processos. No processo C-488/14, o requisito da garantia de boa conduta foi invocado pela primeira vez perante o órgão jurisdicional de reenvio. Como tal, este órgão jurisdicional terá de aplicar o sistema *transitório*. Em contrapartida, no processo C-439/14, o requisito foi invocado inicialmente perante o CNSC, ou seja, antes da prolação dos acórdãos da Curtea Constituțională. Consequentemente, a Comissão alega que, nesse processo, depois de o Tribunal de Justiça se pronunciar, o órgão jurisdicional de reenvio terá de aplicar o sistema *original*.

27. Segundo jurisprudência constante, não incumbe ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a aplicabilidade de disposições nacionais para a solução do litígio no processo principal. Ao invés, tem de ter em conta, no quadro da repartição das competências entre os tribunais da União e nacionais, o contexto legislativo em que se insere a questão prejudicial, tal como definido pela decisão de reenvio [15]. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça tem competência para fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos de interpretação de direito da União que possam permitir-lhe apreciar a conformidade do direito nacional com o direito da União no processo que lhe foi submetido [16]. Uma vez que existem dúvidas sobre a aplicabilidade do sistema original ou do sistema transitório ao processo principal subjacente ao processo C-439/14, examinarei ambos os sistemas nas presentes conclusões.

28. Por último, a informação ao dispor do Tribunal de Justiça revela que, nos termos do OUG n.º 34/2006, o recurso pode ser interposto perante o CNSC (cujas decisões admitem recurso jurisdicional) ou diretamente perante um tribunal. A garantia de boa conduta é exigida em todos os processos, pelo que não afeta o raciocínio [17].

Método de análise

29. O primeiro e segundo considerandos da Diretiva 89/665 e o primeiro, segundo e terceiro considerandos da Diretiva 92/13 deixam claro que essas diretivas visam fortalecer os mecanismos existentes, tanto a nível nacional como da União, para assegurar a aplicação efetiva das diretivas relativas aos contratos públicos, sobretudo numa fase em que as violações ainda podem ser corrigidas [18]. Para esse efeito, o artigo 1.º, n.º 1, de cada diretiva exige aos Estados-Membros que garantam que as decisões ilegais das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e tão céleres quanto possível [19]. Os Estados-Membros têm de assegurar uma ampla acessibilidade aos recursos a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um contrato determinado e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma violação alegada [20].

30. No entanto, essas diretivas estabelecem apenas 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 [21]. Na falta de regulamentação específica na matéria, compete a cada Estado-Membro definir as regras do procedimento administrativo e do

15 — V., entre outros, acórdão de 17 de julho de 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, n.º 20 e a jurisprudência aí referida.

16 — Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, n.º 51 e jurisprudência aí referida.

17 — V., em especial, artigos 271.º *bis*, n.º 1 e 271.º *ter*, n.ºs 1 e 5, do OUG n.º 34/2006.

18 — V., entre outros, acórdãos de 28 de outubro de 1999, Alcatel Austria e o., C-81/98, EU:C:1999:534, n.º 33; de 19 de junho de 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, n.º 44 e jurisprudência aí referida; e de 28 de janeiro de 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, n.º 26.

19 — V., entre outros, acórdãos de 19 de junho de 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, n.º 22 e jurisprudência aí referida, e de 19 de junho de 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, n.º 44 e jurisprudência aí referida.

20 — Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, n.º 28 e jurisprudência aí referida.

21 — Acórdão de 30 de setembro de 2010, Strabag e o., C-314/09, EU:C:2010:567, n.º 33 e jurisprudência aí referida. V. também, nesse sentido, acórdão de 24 de setembro de 1998, EvoBus Austria, C-111/97, EU:C:1998:434, n.º 16.

processo judicial destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União nesta matéria. Estas regras processuais não devem ser menos favoráveis do que as que regulam ações similares na ordem jurídica interna (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício daqueles direitos (princípio da efetividade) [22]. O último requisito é fundamental para a prossecução do objetivo principal das regras da União em matéria de contratos públicos, que consiste na abertura dos contratos públicos à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros [23].

31. Conforme salienta a Comissão, nem a Diretiva 89/665 nem a Diretiva 92/13 contêm regras relativas aos requisitos de ordem financeira cujo preenchimento possa ser exigido aos operadores económicos para terem acesso aos processos de recurso das decisões das entidades adjudicantes. Portanto, disposições nacionais como as que estão em causa no processo principal estão abrangidas pela autonomia processual dos Estados-Membros, aplicando-se-lhes os princípios da equivalência e da efetividade. Apreciarei as questões prejudiciais à luz desses princípios [24].

32. Seja como for, cada uma dessas diretivas concretiza o princípio geral de direito da União que consagra o direito a um recurso efetivo no domínio específico dos contratos públicos. [25] Este aspeto suscita duas questões intimamente relacionadas, relativas ao âmbito de aplicação do princípio da efetividade.

33. Em primeiro lugar, será que esse princípio se resume à verificação de que um requisito processual nacional, como o que está em causa no processo principal torna *impossível ou excessivamente difícil, na prática*, o exercício do direito aos processos de recurso consagrado no artigo 1.º da Diretiva 89/665 e da Diretiva 92/13? Ou o seu âmbito é mais abrangente, impondo a rejeição de *qualquer regra nacional que comprometa* essas disposições?

34. O Tribunal de Justiça já analisou em várias ocasiões as regras processuais dos Estados-Membros que regem os meios de recurso destinados a proteger os direitos conferidos pela UE aos candidatos e proponentes lesados pelas decisões das entidades adjudicantes, com vista a determinar se põem em causa o efeito útil da Diretiva 89/665 [26]. No entanto, não existe na jurisprudência uma abordagem uniforme sobre o modo como o critério do efeito útil se articula com a autonomia processual dos Estados-Membros e o princípio da efetividade que a limita [27]. Em alguns casos, a análise incidiu exclusivamente sobre a efetividade da Diretiva 89/665, sem abordar a autonomia processual e as

22 — V., entre outros, acórdãos de 11 de setembro de 2003, Safalero, C-13/01, EU:C:2003:447, n.º 49, e de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 46 e jurisprudência aí referida.

23 — V., nesse sentido, acórdão de 14 de fevereiro de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, n.ºs 33 e 34.

24 — V. n.ºs 40 a 58 das presentes conclusões.

25 — V., nesse sentido, despacho de 23 de abril de 2015, no processo Comissão/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, n.º 28. Este entendimento remonta ao acórdão de 15 de maio de 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, n.ºs 18 e 19.

26 — V., entre outros, acórdãos de 12 de dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, EU:C:2002:746, n.ºs 71 e 72; de 28 de janeiro de 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, n.º 27; e de 30 de setembro de 2010, Strabag e o., C-314/09, EU:C:2010:567, n.º 34.

27 — Essa falta de uniformidade dificulta a previsão da metodologia que o Tribunal de Justiça adotará em cada caso concreto. V. Prechal S., Widdershoven R., «*Redefining the Relationship between* «*Rewe-effectiveness*» *and Effective Judicial Protection*», 4 Review of European Administrative Law (2011), p. 39.

restrições a essa autonomia [28]. Outros processos parecem sugerir que o critério da efetividade complementa o critério da autonomia processual quando a Diretiva 89/665 não contém qualquer disposição específica sobre a matéria [29]. Por vezes, a formulação utilizada indica que o critério da efetividade faz parte do critério da autonomia processual (ao qual confere conteúdo específico) [30].

35. No meu entender, em última instância, o importante é assegurar que os direitos que o direito da União confere aos particulares beneficiam do maior grau de proteção possível. O artigo 1.º da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º da Diretiva 92/13 concretizam o direito a um recurso *efetivo*. Por conseguinte, não é possível restringir a análise do princípio da efetividade à verificação da suscetibilidade de um requisito processual como o que está em causa no processo principal tornar o exercício desse direito impossível ou excessivamente difícil, na prática. Ao invés, neste contexto específico, o critério da efetividade tem necessariamente de contemplar a verificação da suscetibilidade de tal requisito *comprometer* o direito ao recurso conferido por aquelas disposições.

36. Em segundo lugar, qual o efeito do direito fundamental a uma ação efetiva consagrado no artigo 47.º da Carta no princípio da efetividade como limite à autonomia processual dos Estados-Membros?

37. As regras processuais como as que estão em causa no processo principal inserem-se claramente no âmbito de aplicação do artigo 1.º da Diretiva 89/665 e do artigo 1.º da Diretiva 92/13. Além disso, o direito fundamental a um recurso efetivo que essas disposições concretizam abrange aquelas regras [31]. Consequentemente, o artigo 47.º da Carta é aplicável ao processo principal [32]. A constituição de uma garantia de boa conduta constitui um requisito prévio da apreciação de qualquer recurso [33]. Logo, esse requisito configura uma restrição ao direito a uma ação perante um tribunal, na aceção do artigo 47.º [34]. Portanto, pode essa restrição ser justificada apenas se estiver prevista por lei, se respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e se, na observância do princípio da proporcionalidade, for

28 — V., por exemplo, acórdãos de 12 de dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 71, e de 28 de janeiro de 2010, Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, n.ºs 26 a 28.

29 — Acórdãos de 30 de setembro de 2010, Strabag e o., C-314/09, EU:C:2010:567, n.º 34, e de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.ºs 47, 50 e 72.

30 — Acórdão de 12 de março de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, n.ºs 40 (v., em especial, a palavra introdutória «Nomeadamente, [...]») e 41. No acórdão de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, n.ºs 47 e 48), o Tribunal de Justiça sustentou que as exigências de equivalência e de efetividade *exprimem* a obrigação geral dos Estados-Membros de assegurarem a proteção jurisdicional dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União. A mesma fórmula foi repetida no despacho de 24 de abril de 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, n.º 98). Também no acórdão de 6 de outubro de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, n.º 52 e jurisprudência aí referida), o Tribunal de Justiça combinou o princípio da efetividade, como um limite à autonomia processual, com o direito a um recurso efetivo ao abrigo do artigo 47.º da Carta.

31 — V., entre outros, acórdãos de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, n.º 44 e a jurisprudência aí referida, e de 17 de julho de 2014, Sánchez Morcillo e abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, n.º 35 e a jurisprudência aí referida.

32 — V., nesse sentido, acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 49. V. também, por analogia, acórdão de 17 de dezembro de 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, n.º 51. Na medida em que se aplica aos Estados-Membros, o artigo 47.º da Carta reflete o segundo parágrafo do artigo 19.º, n.º 1, TUE e concretiza o princípio da cooperação leal consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE. Quanto a este último aspeto, v. acórdão de 13 de março de 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, n.º 37.

33 — Artigo 271.º *bis*, n.º 2, do OUG n.º 34/2006.

34 — V., por analogia, conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:307, n.º 37. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») considera que as custas judiciais ou uma garantia relativa às custas interferem, em princípio, com o direito de acesso a um tribunal estabelecido no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), nos casos em que o seu pagamento constitua uma condição prévia para a apreciação do litígio. V., entre outros, TEDH, acórdãos Tolstoy Miloslavski c. Reino Unido, de 13 de julho de 1995, §§ 59 a 67, Série A n.º 316-B; Weissman e o. c. Roménia, n.º 63945/00, §§ 32 a 44, TEDH 2006-VII; e Stankov c. Bulgária, de 12 de julho de 2007, n.º 68490/01, § 53.

necessária e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros? [35] Este critério é semelhante ao que o Tribunal de Estrasburgo aplica quando aprecia a compatibilidade das restrições financeiras ao acesso aos tribunais com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH [36].

38. Mais uma vez, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não oferece orientações claras a este respeito [37]. Na minha perspetiva, em casos como o presente, é necessário proceder à análise prevista no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, para satisfazer o grau de proteção que o artigo 47.º concede aos particulares. A aplicação de outra metodologia teria o surpreendente (e, quanto a mim, inaceitável) efeito de permitir aos Estados-Membros eximirem-se daquela verificação pelo simples facto de atuarem, no âmbito da sua autonomia processual, num domínio em que o legislador da União conferiu expressão concreta ao direito a um recurso efetivo.

39. Por conseguinte, daqui em diante, analisarei a compatibilidade de regras nacionais como as que estão em causa nos processos principais (e que estão abrangidas pela autonomia processual dos Estados-Membros) com os princípios da equivalência e da efetividade. Todavia, uma vez que os artigos 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 89/665 e da Diretiva 92/13 se aplicam a essas regras e estas disposições concretizam, no domínio específico dos contratos públicos, o direito fundamental a uma ação efetiva garantido pelo direito 47.º da Carta, procederei a essa análise com base no pressuposto de que o princípio da efetividade exige que se verifique a compatibilidade dessas regras nacionais (que restringem aquele direito) com o critério da proporcionalidade estabelecido no artigo 52.º, n.º 1, da Carta. Caso não exista essa compatibilidade, tais regras comprometem o efeito útil do artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, da cada diretiva.

Sistema original

40. O artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 92/13 dão expressão concreta ao princípio da equivalência. O cumprimento do princípio da equivalência exige que a norma nacional em causa seja aplicável, indistintamente, aos recursos fundados na violação do direito da UE e aos recursos fundados na violação do direito nacional cujo objeto e cuja causa de pedir sejam semelhantes [38].

41. Não subscrevo o entendimento da Star Storage quando esta alega que regras nacionais como as que estão em causa nos processos principais são incompatíveis com esse princípio. Embora seja verdade que tais regras criam um encargo financeiro específico para a interposição de processos de recurso no âmbito dos contratos públicos, o princípio da equivalência não impõe o tratamento igual das regras processuais aplicáveis a processos de natureza diferente (como os processos cíveis, por um lado, e os processos administrativos, por outro) ou a processos relativos a ramos do direito

35 — V., entre outros, acórdão de 17 de setembro de 2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, n.º 72, e minhas conclusões no processo Ordre des barreaux francophones et germanophone e o., C-543/14, EU:C:2016:157, n.º 80.

36 — O Tribunal de Estrasburgo precisou que, mesmo que os Estados-Membros gozem de uma certa discricionariedade na sua imposição, tais restrições não podem restringir ou limitar o acesso aos tribunais de tal modo que a própria essência do direito seja prejudicada, têm de prosseguir um objetivo legítimo e tem de existir uma relação razoavelmente proporcionada entre os meios utilizados e o objetivo pretendido. V., nesse sentido, TEDH, acórdãos Tolstoy-Miloslavsky c. Reino Unido, supracitado, §§ 59 a 67, e Kreuz/Polónia, de 19 de junho de 2001, TEDH 2001-VI, §§ 54 e 55, referido no acórdão de 22 de dezembro de 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, n.º 47. V. também TEDH [GS], acórdão Markovic e o. c. Itália, 14 de dezembro de 2006, n.º 1398/03, § 99, TEDH 2006-XIV.

37 — No acórdão Orizzonte Salute, o Tribunal de Justiça precisou que o artigo 1.º da Diretiva 89/665 tem de ser interpretado à luz do artigo 47.º da Carta. Limitou. porém, a sua análise do princípio da efetividade à verificação de que o sistema de custas judiciais em causa naquele processo não era suscetível de tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União em matéria de contratos públicos (acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.ºs 49 e 72). O Tribunal de Justiça não aplicou o critério da proporcionalidade previsto no artigo 52.º, n.º 1, da Carta. Em contrapartida, noutros casos, o Tribunal de Justiça aplicou esse critério à apreciação das restrições ao direito a uma ação perante um tribunal ao abrigo do artigo 47.º da Carta. V., entre outros, acórdãos de 18 de março de 2010, Alassini e o., C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, n.ºs 61 a 66, e de 26 de setembro de 2013, Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, n.ºs 84 a 88.

38 — V. recente acórdão de 12 de fevereiro de 2015, Surgicare, C-662/13, EU:C:2015:89, n.º 30.

diferentes [39]. Além disso, na audiência, o Governo romeno confirmou que as disposições nacionais em causa no processo principal se aplicam a todos os processos de recurso interposto contra as decisões das entidades adjudicantes, independentemente de o procedimentos de adjudicação ser ou não regido pelas normas da UE em matéria de contratos públicos.

42. E a relação entre o princípio da efetividade e o critério da proporcionalidade estabelecido no artigo 52.º, n.º 1, da Carta?

43. Não se discute o facto de a restrição resultante dos artigos 271.° *bis* e 271.° *ter* do OUG n.º 34/2006 ser *prevista por lei*.

44. A segunda condição do critério da proporcionalidade é que a medida prossiga um *objetivo legítimo* (ou seja, um objetivo de interesse geral reconhecido pela União ou a necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros). É pacífico que a garantia de boa conduta é uma fonte de receitas para a entidade adjudicante, nos casos em que esta procede à sua retenção. Portanto, essa garantia não serve para financiar o sistema judiciário [40]. Pelo contrário, as disposições nacionais que impõem a constituição de uma garantia de boa conduta visam essencialmente proteger as entidades adjudicantes, o CNSC e os órgãos jurisdicionais da litigância temerária por parte dos operadores económicos (incluindo os não proponentes), movida por fins alheios aos que inspiraram o estabelecimento dos processos de recurso [41]. A legitimidade de um objetivo desta natureza é inquestionável [42]. A dissuasão da instauração de ações temerárias permite, em especial, que os órgãos incumbidos da apreciação das decisões das entidades adjudicantes se concentrem em impugnações «genuínas». Essa circunstância é suscetível de contribuir para o preenchimento do requisito segundo o qual os Estados-Membros devem assegurar que as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes, e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos casos de alegada violação, por tais decisões, do direito da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição deste direito [43].

45. A questão seguinte prende-se com a possibilidade de disposições nacionais como as que estão em causa nos processos principais serem *suscetíveis de alcançar esse objetivo*.

46. Como o presente processo demonstra [44], tais disposições podem implicar custos elevados para um operador económico que desista do recurso ou cujo recurso seja julgado improcedente [45]. Esses custos podem ascender ao equivalente a 25 000 EUR, no caso de contratos públicos de fornecimento e de contratos públicos de serviços, e a 100 000 EUR, no caso de contratos de empreitada de obras públicas, além dos custos inerentes à constituição da garantia [46]. Na audiência, o Governo romeno confirmou que, ao abrigo do sistema original, o proponente perdia o montante total da garantia de boa conduta, uma vez que a entidade adjudicante era obrigada a retê-la. Nem o CNSC nem o órgão jurisdicional competente têm poderes para ordenar à entidade adjudicante que proceda à retenção de apenas parte da garantia de boa conduta, em função das circunstâncias específicas do caso.

39 — Acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 67 e a jurisprudência aí referida.

40 — Este aspeto distingue a garantia de boa conduta das custas judiciais em causa no acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655.

41 — De acordo com a exposição de motivos do OUG n.º 51/2014, as ações manifestamente infundadas ou com objetivos exclusivamente dilatórios acarretam várias consequências negativas. As entidades adjudicantes podem perder financiamento externo (nomeadamente da UE) devido a atrasos injustificados nos processos de adjudicação de contratos públicos e ficar impossibilitadas de realizar projetos importantes de interesse público. Além disso, as ações temerárias sobrecarregam os funcionários envolvidos na defesa das entidades adjudicantes perante o CNSC ou os órgãos jurisdicionais e, em termos mais gerais, comprometem a eficiência do CNSC.

42 — V., por analogia, acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.ºs 73 e 74. Essa é também a posição do Tribunal de Estrasburgo. V., entre outros, TEDH, acórdãos Stankov c. Bulgária, supracitado, § 57, e Harrison McKee c. Hungria, de 3 de junho de 2014, n.º 22840/07, § 27.

43 — Terceiro parágrafo do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665 e da Diretiva 92/13.

44 — V. notas 10 e 11.

45 — Salvo nos casos em que, por força do artigo 271.º *ter*, n.º 3, a entidade adjudicante não pode reter a garantia de boa conduta.

46 — V. n.º 55 *infra*.

47. No meu entender, custos de tal magnitude são suscetíveis de evitar a instauração de ações temerárias, pois é provável que, pela sua própria natureza, estas sejam consideradas improcedentes e, consequentemente, resultem na perda automática da totalidade da garantia de boa conduta e nos custos a ela inerentes [47]. O facto de, como o Tribunal de Justiça recordou no acórdão Orizzonte Salute, [48] se pressupor que as empresas que desejam participar num contrato público regulado pelas normas da UE possuem uma capacidade económica e financeira adequada não põe em causa aquela conclusão. Em primeiro lugar, as disposições nacionais em causa nos processos principais aplicam-se a todos os operadores económicos que impugnem as decisões das entidades adjudicantes e, portanto, não apenas aos proponentes. Além disso, o requisito de capacidade económica e financeira dos proponentes não é um requisito absoluto. O artigo 47.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18 dispõe que um operador económico pode recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas, para demonstrar essa capacidade económica e financeira [49]. Por conseguinte, um proponente não pode ser afastado de um procedimento de adjudicação de um contrato público pelo simples facto de utilizar, com vista a execução de um contrato, meios que pertencem a uma outra ou várias outras entidades [50]. Por último, a afirmação do Tribunal de Justiça, no acórdão Orizzonte Salute, a propósito da capacidade económica e financeira foi proferida a respeito de restrições financeiras ao acesso aos processos de recurso que eram de muito menor porte do que nos casos presentes [51].

48. O último elemento do critério da proporcionalidade é que as medidas em causa não *devem ir além do que é necessário* para alcançar os seus objetivos [52]. Quando existe uma escolha entre várias medidas adequadas, o Estado-Membro deve recorrer à menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos pretendidos [53].

49. Ao abrigo do sistema original, o proponente perde automaticamente a garantia de boa conduta caso desista do recurso ou este seja considerada improcedente. O mesmo acontece quando não existam elementos que indiciem uma utilização indevida do processo de recurso (por exemplo, por ser manifestamente infundado ou ter sido interposto com o objetivo exclusivo de atrasar o procedimento de adjudicação). Por motivos semelhantes aos que expus anteriormente [54], o sistema original impede, por conseguinte, de forma significativa o acesso de pessoas com «pretensões credíveis» (ainda que o recurso venha a ser julgada improcedente) aos processos de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes [55]. Consequentemente, tal sistema é suscetível de dissuadir uma parte considerável de potenciais litigantes de interporem um recurso se não estiverem razoavelmente seguros de que o mesmo será julgado procedente. Serão, imagino, os casos em que não exista jurisprudência assente sobre a matéria controvertida ou em que o recurso tinha por objeto uma decisão da entidade adjudicante sobre uma matéria em que esta goza de ampla discricionariedade.

47 — Isso é tanto mais verdade no caso dos proponentes, a quem também é exigida a prestação de uma garantia de participação no concurso, que pode ascender a 2% do valor estimado do contrato (artigo 43.º *bis* do OUG n.º 34/2006). Não obstante o Governo romeno ter defendido, na audiência, que as garantias servem objetivos distintos, o facto é que o proponente pode perder ambas as garantias no âmbito de um único processo de adjudicação.

48 — Acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 64.

49 — V. também artigo 63.º, n.º 1, 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).

50 — Acórdãos de 2 de dezembro de 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, n.º 26; de 18 de março de 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, n.º 43; e de 10 de outubro de 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, n.º 32.

51 — A taxa de justiça unificada apreciada naquele acórdão ascendia a 2 000 EUR, a 4 000 EUR ou a 6 000 EUR em função do valor do contrato público.

52 — V., nesse sentido, acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 74.

53 — V., entre outros, acórdão de 29 de abril de 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, n.º 58 e a jurisprudência aí referida.

54 — N.º 46 das presentes conclusões.

55 — Utilizo aqui uma expressão retirada da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, segundo a qual o objetivo do artigo 13.º da CEDH é a garantia de um recurso efetivo para as «pretensões credíveis». V., entre outros, TEDH, acórdão Diallo c. República Checa, de 23 de junho de 2011, n.º 20493/07, § 56.

50. Afigura-se-me que teria sido possível evitar o referido efeito negativo (e a consequente interferência significativa no direito a um recurso efetivo) sem comprometer o objetivo de dissuasão de ações temerárias. Nos casos de improcedência ou desistência de um recurso, o CNSC ou o órgão jurisdicional competente poderia, por exemplo, ter poderes para determinar se a ação era ou não temerária, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes [56], e para, consequentemente, decidir se a retenção (da totalidade ou de parte) da garantia de boa conduta era ou não justificada.

51. Por conseguinte, subscrevo o entendimento da Star Storage, da Max Boegl e da Comissão quando sustentam que o sistema original implica uma restrição desproporcionada ao direito a uma ação efetiva garantido pelo artigo 47.º da Carta e, consequentemente, priva de efeito útil o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 92/13. Esse sistema também afeta o conteúdo essencial desse direito, na medida em que é suscetível, na prática, de privar os operadores económicos que tenham ou tenham tido interesse em obter um determinado contrato do acesso ao recurso contra decisões alegadamente ilegais das entidades adjudicantes.

52. Pelas razões expostas, concluo que o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 92/13, interpretados à luz do artigo 47.º da Carta, obstam a uma regulamentação nacional como a que está em causa nos processos principais, que sujeita o acesso aos processos de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes à constituição prévia pelo proponente de uma «garantia de boa conduta» e que determina que a entidade adjudicante está obrigada a reter essa garantia no caso de improcedência ou desistência do recurso, independentemente de se tratar ou não de litigância temerária.

Sistema transitório

53. Dedicar-me-ei de seguida ao sistema transitório, que se distingue do sistema original na medida em que a garantia de boa conduta é restituída ao proponente, independentemente do desfecho do recurso.

54. O raciocínio acima explanado a propósito da equivalência é igualmente aplicável aqui [57].

55. No que respeita à efetividade, é evidente que um requisito processual como o que decorre do artigo 271.º *bis* do OUG n.º 34/2006 limita necessariamente o direito de acesso aos processos de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes. Esse requisito constitui uma condição prévia da apreciação do mérito do recurso [58]. Além disso, ainda que seja restituída ao proponente, a constituição de uma garantia de boa conduta acarreta necessariamente um encargo financeiro para esse proponente. O primeiro período do artigo 271.º *bis*, n.º 3, do OUG n.º 34/2006 descreve dois métodos de constituição da garantia de boa conduta. Se o proponente efetuar uma transferência bancária, fica privado da utilização de uma importância significativa durante todo o período compreendido entre a data da constituição da garantia e a data em que a decisão do CNSC ou a sentença do órgão jurisdicional competente se tornem definitivas. Portanto, o proponente incorre num custo de oportunidade decorrente da impossibilidade de utilização desses fundos para outros fins. Ao invés, se o proponente optar por um instrumento de garantia emitido por uma entidade bancária ou por uma seguradora, terá de suportar os custos inerentes a esse instrumento [59].

56 — Essas circunstâncias poderiam compreender a existência de jurisprudência constante a respeito de determinada questão de direito, o facto de o recurso constituir uma mera repetição de um recurso anterior ou o facto de se basear numa interpretação manifestamente incorreta da medida impugnada ou num pressuposto factual manifestamente errado.

57 — V. n.os 40 e 41 das presentes conclusões.

58 — Artigo 271.º *bis*, n.º 2, do OUG n.º 34/2006.

59 — Não é claro se o proponente seria reembolsado desses custos pela entidade adjudicante, caso o CNSC ou o órgão jurisdicional julgassem procedente o recurso. Mesmo que seja esse o caso, o proponente cuja ação tivesse sido julgada procedente teria incorrido nesses custos inicialmente para ter acesso ao processo de recurso. Por conseguinte, o requisito de constituição de uma garantia teria, ainda assim, constituído um entrave ao acesso ao recurso.

56. Parece-me evidente, além disso, que tal requisito processual não protege adequadamente as entidades adjudicantes da litigância temerária. Ao abrigo do sistema transitório, a entidade adjudicante tem de restituir a garantia de boa conduta ao proponente no prazo de cinco dias, a contar da data em que a decisão do CNSC ou a sentença do órgão jurisdicional competente se tornem definitivas, mesmo nos casos em que o proponente tenha exercido abusivamente o seu direito de acesso ao recurso. Como tal, os custos inerentes ao sistema transitório podem não dissuadir o operador económico de interpor um recurso com um objetivo alheio aos que inspiraram o estabelecimento dos processos de recurso — por exemplo, prejudicar um concorrente. Todavia, tais custos podem constituir um entrave para um operador económico com uma pretensão credível, mas que possua meios limitados.

57. Por último, o sistema transitório — tal como o sistema original — não estabelece qualquer distinção entre pretensões temerárias e pretensões credíveis. Por este motivo, a restrição ao acesso aos processos de recurso que esse sistema acarreta excede manifestamente a medida do necessário para atingir o objetivo de dissuasão de ações temerárias.

58. Por conseguinte, concluo que o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 89/665 e o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 92/13, interpretados à luz do artigo 47.º da Carta, obstam a uma regulamentação nacional como a do sistema transitório, que sujeita o acesso aos processo de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes à constituição prévia pelo proponente de uma «garantia de boa conduta» e que determina que essa garantia é automaticamente restituída ao proponente no termo do processo, independentemente do seu desfecho.

Conclusão

59. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pela Curtea de Apel Bucureşti e pela Curtea de Apel Oradea, nos seguintes termos:

— O artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 89/665/CEE, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, na redação em vigor, e o artigo 1.º, n.os 1 e 3, da Diretiva 92/13/CEE, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, lidos em conjugação com o artigo 47.º da Carta, obstam a uma regulamentação nacional como a que está em causa nos processos principais, que sujeita o acesso aos processos de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes à constituição prévia, pelo proponente, de uma «garantia de boa conduta» e que determina que a entidade adjudicante está obrigada a reter essa garantia no caso de improcedência ou desistência do recurso, independentemente de se tratar ou não de litigância temerária.

— As mesmas disposições de direito da UE opõem-se igualmente a uma regulamentação nacional que sujeita o acesso aos processos de recurso contra as decisões das entidades adjudicantes à constituição prévia, pelo proponente, de uma «garantia de boa conduta» e que determina que essa garantia é automaticamente restituída ao proponente no termo do processo, independentemente do seu desfecho.