Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA
apresentadas em 7 de setembro de 2023[1]

Processo C-303/22

CROSS Zlín a.s.
contra
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
sendo interveniente:
Statutární město Brno

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa)]

«Reenvio prejudicial — Recursos relativos aos contratos de direito público de fornecimento e de empreitada — Diretiva 89/665/CEE — Obrigação de os Estados-Membros preverem mecanismos de recurso — Acesso aos recursos — Celebração do contrato antes da interposição de um recurso jurisdicional — Eficácia da sentença — Medida cautelar de suspensão dos efeitos do contrato»

1. Um órgão jurisdicional da República Checa questiona o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade do regime nacional de recursos em matéria de contratos públicos com a Diretiva 89/665/CEE[2] e com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

2. Especialmente, esse órgão jurisdicional tem dúvidas quanto à conformidade com a Diretiva 89/665 e com artigo 47.º da Carta das normas internas que permitem a celebração de contratos públicos antes de um órgão jurisdicional se pronunciar sobre o recurso, interposto por um proponente, através do qual contesta a sua exclusão do procedimento e a adjudicação do contrato a um dos seus concorrentes.

[1] Língua original: espanhol.

[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).

I. Quadro jurídico

A. Direito da União. Diretiva 89/665[3]

3. O artigo 1.º («Âmbito de aplicação e acesso ao recurso») dispõe:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a 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)] salvo se esses contratos se encontrarem excluídos nos termos dos artigos 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 15.º, 16.º, 17.º e 37.º dessa diretiva.

[…]

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva [2014/24] […] as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito da União em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

[…]

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.»

4. O artigo 2.º («Requisitos do recurso») prevê:

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

a) Decretar, no mais curto prazo, mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos danos aos interesses em causa, designadamente medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de adjudicação do contrato público em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante;

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.

[3] O texto é reproduzido como resulta da Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos (JO 2007, L 335, p. 31), bem como da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).

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.

3. Caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o n.º 2 do artigo 2.º-A e os n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º-D.

4. Salvo nos casos previstos no n.º 3 do presente artigo e no n.º 5 do artigo 1.º, o recurso não deve ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos relativamente aos processos de adjudicação de contratos a que se refere.

5. Os Estados-Membros podem prever que a instância responsável pelo recurso possa ter em conta as consequências prováveis da aplicação das medidas provisórias atendendo a todos os interesses suscetíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não decretar essas medidas caso as consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens.

[…]

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.

7. Salvo nos casos previstos nos artigos 2.º-D a 2.º-F, os efeitos do exercício dos poderes a que se refere o n.º 1 do presente artigo sobre o contrato celebrado na sequência de uma adjudicação são determinados pelo direito interno.

Além disso, exceto se a decisão tiver de ser anulada antes da concessão de indemnização, os Estados-Membros podem prever que, após a celebração do contrato nos termos do n.º 5 do artigo 1.º, do n.º 3 do presente artigo, ou dos artigos 2.º-A a 2.º-F, os poderes da instância responsável pelo recurso se limitem à concessão de indemnização aos lesados por uma violação.

[…]

9. Caso as instâncias responsáveis pelo recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem sempre ser fundamentadas por escrito. Além disso, nesse caso, devem ser aprovadas disposições para garantir que os processos segundo os quais qualquer medida alegadamente ilegal tomada pela instância de recurso ou qualquer alegado incumprimento no exercício dos poderes que lhe tenham sido conferidos possam ser objeto de recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional na aceção do artigo 234.º do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de recurso.

[…]»

5. O artigo 2.º-A («Prazo suspensivo») tem a seguinte redação:

«1. Os Estados-Membros devem garantir que as pessoas a que se refere o n.º 3 do artigo 1.º disponham de um prazo suficiente para assegurar o recurso eficaz das decisões de

adjudicação de contratos tomadas por entidades adjudicantes, mediante a aprovação das disposições necessárias que respeitem as condições mínimas estabelecidas no n.º 2 do presente artigo e no artigo 2.º-C.

2. A celebração de um contrato na sequência da decisão de adjudicação de um contrato abrangido pela Diretiva [2014/24] […], não pode ter lugar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver sido enviada aos proponentes e candidatos interessados, em caso de utilização de telecópia ou de meios eletrónicos, ou, em caso de utilização de outros meios de comunicação, antes do termo de um prazo mínimo, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato tiver sido comunicada aos proponentes e candidatos interessados ou de pelo menos 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de receção da decisão de adjudicação do contrato.

Considera-se que os proponentes estão interessados se ainda não tiverem sido definitivamente excluídos. Uma exclusão é definitiva se tiver sido notificada aos proponentes interessados e se tiver sido considerada legal por uma instância de recurso independente ou já não puder ser objeto de recurso.

Considera-se que os candidatos estão interessados se a entidade adjudicante não tiver facultado informações sobre a rejeição das suas candidaturas antes da notificação da decisão de adjudicação do contrato aos proponentes interessados.

[…]»

B. Direito da República Checa

1. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (Lei n.º 134/2016 relativa à Adjudicação de Contratos Públicos)

6. De acordo com o § 246.º, n.º 1:

«A entidade adjudicante não pode celebrar um contrato com um fornecedor: […]

d) no prazo de 60 dias a contar da data de início do recurso dos atos da entidade adjudicante, se o recurso não for extemporâneo; no entanto, a entidade adjudicante pode celebrar um contrato antes do termo desse prazo se a [Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Autoridade para a proteção da concorrência; a seguir, «ÚOHS»)] tiver indeferido o pedido ou se o procedimento administrativo relativo ao pedido tiver sido encerrado e a decisão nesse processo se tiver tornado definitiva».

7. Nos termos do § 257.º, alínea j):

«A ÚOHS encerra, por despacho, o procedimento instaurado se, durante o procedimento administrativo, a entidade adjudicante tiver celebrado um contrato para executar o objeto do contrato público em apreço.»

2. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (Lei n.º 500/2004, que Aprova o Código de Procedimento Administrativo)

8. O § 61.º prevê:

«1. No decurso do procedimento, e antes do seu encerramento, a autoridade administrativa pode, oficiosamente ou a pedido de uma parte, aplicar por decisão uma medida cautelar, se tal for necessário para regular provisoriamente a situação das partes no procedimento. […] A medida cautelar pode ter por objeto ordenar a uma parte ou a qualquer outra pessoa que faça algo, que se abstenha de fazer algo ou que suporte algo, bem como a apreensão de um bem que possa servir de prova ou de um bem que possa ser objeto de execução.

[…]

3. A autoridade administrativa revoga a medida cautelar, por decisão, assim que o motivo pelo qual foi adotada deixe de existir. Se não o fizer, a medida cautelar caduca no dia em que a decisão quanto ao mérito se tenha tornado executória ou tenha começado a produzir outros efeitos jurídicos.

[…]».

3. Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (Lei n.º 150/2002, que Aprova o Código Administrativo)

9. O § 38.º dispõe:

«1. Se tiver sido interposto recurso e for necessário regular provisoriamente a situação das partes por motivo de risco de prejuízos graves, o órgão jurisdicional pode, mediante pedido nesse sentido, aplicar por despacho uma medida cautelar, ordenando às partes que façam ou se abstenham de fazer algo ou suportem algo. O órgão jurisdicional também pode, pelas mesmas razões, impor tal obrigação a um terceiro, se tal lhe puder ser razoavelmente exigido.

[…]»

10. O § 72.º, n.º 1, tem a seguinte redação:

«Pode ser interposto recurso contencioso-administrativo no prazo de dois meses a contar da data em que a decisão foi comunicada ao recorrente através da notificação de uma cópia ou qualquer outro meio previsto na lei, salvo se uma lei especial previr um prazo diferente.»

11. Nos termos do § 78.º:

«(1) Se for dado provimento ao recurso contencioso-administrativo, o órgão jurisdicional anula a decisão recorrida por violação de lei ou por vícios processuais. O órgão jurisdicional também anula a decisão recorrida por ilegal se constatar que a autoridade administrativa excedeu ou abusou dos limites do seu poder discricionário administrativo estabelecido por lei.

[…]

(4) Ao anular uma decisão, o órgão jurisdicional declara simultaneamente que o processo seja devolvido ao recorrido para posterior seguimento.»

II. Matéria de facto, litígio e questão prejudicial

12. Em 27 de setembro de 2019, a Statutární město Brno (Município de Brno, República Checa) lançou um concurso público para a adjudicação de um contrato público, relativo à extensão das funções da central de controlo de tráfego do sistema de semáforos [4].

13. As sociedades CROSS Zlín, a.s. (a seguir «CROSS»), e Siemens Mobility, s.r.o., participaram no concurso, apresentando cada uma a sua própria proposta.

14. Em 6 de abril de 2020, a entidade adjudicante excluiu a CROSS do concurso, por incumprimento das condições do concurso.

15. Em 7 de abril de 2020, a entidade adjudicante selecionou a Siemens Mobility como fornecedora.

16. A CROSS reclamou da Decisão de 6 de abril de 2020 junto da própria entidade adjudicante, que indeferiu a reclamação em 4 de maio de 2020.

17. A CROSS apresentou um pedido de reapreciação da Decisão de 4 de maio de 2020 na ÚOHS, pedindo a anulação da sua exclusão e da seleção da Siemens Mobility como fornecedora.

18. Em 3 de julho de 2020, a ÚOHS tomou oficiosamente a medida cautelar que consistia em proibir a entidade adjudicante de celebrar o contrato antes do encerramento do processo de reapreciação.

19. Em 5 de agosto de 2020, a ÚOHS indeferiu o pedido de reapreciação apresentado pela CROSS.

20. A CROSS interpôs recurso hierárquico da Decisão de 5 de agosto de 2020 para o presidente da ÚOHS.

21. Em 9 de novembro de 2020, o presidente da ÚOHS negou provimento ao recurso hierárquico. A sua decisão tornou-se definitiva (por via administrativa) [5] em 13 de novembro de 2020.

22. Em 18 de novembro de 2020, a entidade adjudicante celebrou um contrato público com a Siemens Mobility.

23. Em 13 de janeiro de 2021, a CROSS interpôs recurso da Decisão do presidente da ÚOHS de 9 de novembro de 2020, no Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa).

24. A CROSS requereu ao órgão jurisdicional que fosse conferido efeito suspensivo ao recurso e que, a título cautelar, a entidade adjudicante fosse proibida de celebrar o contrato.

[4] O anúncio foi publicado no Věstník veřejných zakázek (Boletim de Contratos Públicos) n.º Z2019 034002 e no *JOUE* n.º 2019/S 190 461538. O valor estimado do contrato público era de 13 805 000 coroas checas (CZK) (cerca de 566 000 euros) excluindo o imposto sobre o valor acrescentado (IVA).

[5] Por caráter definitivo «por via administrativa», entendo o esgotamento dessa via, ou seja, o facto de já não caber nenhum recurso posterior junto da Administração.

25. Em 11 de fevereiro de 2021, o Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno) indeferiu os pedidos da CROSS, por entender que:

— Como o contrato já tinha sido celebrado, não tinha fundamento o pedido no sentido de que a entidade adjudicante fosse proibida de o celebrar.

— Mesmo que a decisão recorrida fosse anulada, a consequência consistiria em devolver o processo à ÚOHS, que procederia ao seu arquivamento.

— Também não era possível proibir a entidade adjudicante de executar o contrato, uma vez que não existia nenhum obstáculo jurídico que impedisse a sua celebração no momento em que esta ocorreu, dado que a decisão do presidente da ÚOHS se tornou definitiva.

26. Em 28 de março de 2022, o Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno) ouviu as partes no processo relativamente à pertinência de ser submetido um pedido de decisão prejudicial, tendo em conta as dúvidas quanto à compatibilidade das normas nacionais com a Diretiva 89/665 e com o artigo 47.º da Carta.

27. Na sua opinião, essas normas nacionais, que permitem a celebração de um contrato público a partir do momento em que a decisão do presidente da ÚOHS se tenha tornado definitiva (por via administrativa), poderiam ser contrárias ao artigo 2.º, n.º 3, e ao artigo 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665, na medida em que não asseguram uma proteção jurisdicional efetiva aos proponentes excluídos do procedimento de seleção.

28. Ouvidas as partes, o Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno) decidiu submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A regulamentação checa que permite a uma entidade adjudicante celebrar um contrato público antes da interposição de um recurso no órgão jurisdicional competente com vista à fiscalização da legalidade da decisão de exclusão de um proponente, proferida em segunda instância pela [ÚOHS], é compatível com o artigo 2.º, n.º 3, e com o artigo 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665/CEE [do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras (JO 1989, L 395, p. 33)], interpretados à luz do artigo 47.º da Carta […]?»

III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

29. O pedido de decisão prejudicial foi registado no Tribunal de Justiça em 9 de maio de 2022.

30. Apresentaram observações escritas a ÚOHS, os Governos checo e cipriota e a Comissão Europeia. Todos, bem como a CROSS, compareceram na audiência realizada em 25 de maio de 2023.

IV. Apreciação

A. Observações preliminares

1. Natureza não jurisdicional da ÚOHS

31. Segundo o despacho de reenvio, embora as disposições legais checas considerem que a ÚOHS é uma «instância de recurso» na aceção da Diretiva 89/665, não pode ser qualificada de tribunal independente e imparcial, na aceção do artigo 47.º da Carta e do n.º 73 do Acórdão de 21 de dezembro de 2021, Randstad Italia [6].

32. O Tribunal de Justiça deve respeitar o quadro jurídico nacional descrito pelo órgão jurisdicional de reenvio, que é o intérprete autorizado do seu direito interno [7]. Por conseguinte, há que aceitar o que o órgão jurisdicional de reenvio afirma quanto à natureza jurídica da ÚOHS.

33. Na realidade, a ÚOHS não reivindicou a sua natureza jurisdicional nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça [8], mas apenas a sua qualidade de «instância responsável pelo recurso», na aceção do artigo 2.º da Diretiva 89/665.

2. Objeto da impugnação da CROSS

34. Apesar das dúvidas manifestadas pela Comissão [9], a impugnação da CROSS visava igualmente a adjudicação do contrato à Siemens Mobility. É o que resulta do despacho de reenvio [10].

35. Esta circunstância é coerente com o conteúdo da questão prejudicial, na qual o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, ou seja, a norma que regula os efeitos suspensivos de um «recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato».

B. Interpretação do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665

36. Perante as decisões das entidades adjudicantes (quando, claro está, se trata de contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24), os Estados-Membros devem assegurar que os interessados disponham de mecanismos de recurso aptos a avaliar, de forma célere e eficaz, se essas decisões violaram o direito da União em matéria de contratos públicos ou as normas nacionais de transposição desse direito para os respetivos ordenamentos jurídicos. Este é, afinal, o objetivo da Diretiva 89/665.

37. O artigo 1.º, n.º 5, dessa diretiva permite que os Estados-Membros exijam que o interessado em pedir a alteração de uma decisão da entidade adjudicante o faça previamente a essa entidade.

6 Processo C-497/20, EU:C:2021:1037. A seguir «Acórdão Randstad Italia».

7 Nos processos do artigo 267.º TFUE, baseados numa nítida separação de funções entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, só o juiz nacional é competente para verificar e apreciar os factos do litígio no processo principal [Acórdão de 26 de abril de 2017, Farkas (C-564/15, EU:C:2017:302, n.º 37)].

8 No n.º 22 dessas observações, admite como não impugnado «o facto de [a ÚOHS], que faz parte do poder executivo, não ser um órgão jurisdicional». No n.º 35 repete que «[…] não se trata de um órgão jurisdicional, mas de uma autoridade central, o que é permitido pela Diretiva 89/665».

9 N.º 12 das suas observações escritas.

10 Despacho de reenvio, n.º 2: a «[CROSS] apresentou na [ÚOHS] um pedido de reapreciação dos atos da entidade adjudicante e pediu a anulação do anúncio da sua exclusão e da *seleção da Siemens Mobility*». O sublinhado é meu.

38. Por conseguinte, a autonomia processual dos Estados-Membros estende-se à instituição — facultativa — de uma impugnação (reclamação) [11] inicial dirigida à entidade adjudicante. A sua apresentação implica a suspensão da possibilidade de celebrar o contrato, como aconteceu no presente processo.

39. Além dessa *reclamação* à entidade adjudicante, a Diretiva 89/665 prevê verdadeiros *recursos* para as «instâncias responsáveis pelo recurso». O seu artigo 2.º refere-se a essas instâncias, admitindo que possam ter ou não «natureza jurisdicional», como confirma o seu n.º 9 (que prevê o regime aplicável quando não têm essa natureza) [12].

40. No essencial, o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 prevê a interposição de recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para «um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante». Como exporei em seguida, essa prescrição não exige nem proíbe que o órgão que decide em primeira instância tenha natureza jurisdicional.

1. Conceito de «órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante»

41. O conceito utilizado no artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 é amplo [13]. Pode abranger:

— Órgãos não jurisdicionais aos quais, no âmbito da via administrativa, é confiada a fiscalização (reapreciação) das decisões da entidade adjudicante [14].

— Órgãos jurisdicionais aos quais as normas processuais do Estado-Membro atribuam a competência, *em primeira instância*, para decidir, de forma direta, sobre os recursos das decisões da entidade adjudicante para os quais não tenha sido prevista a sua impugnação perante órgãos administrativos. Por definição, esses órgãos jurisdicionais são independentes da entidade adjudicante.

42. A tónica na expressão do artigo 2.º, n.º 3, diz respeito ao sintagma «órgão que decida em primeira instância» (e eventualmente à sua independência da entidade adjudicante), mas não, repito, à natureza jurisdicional ou não desse órgão.

43. Por conseguinte, se a lei nacional o previr (o que não parece ser o caso na República Checa), um órgão jurisdicional pode agir como órgão que decide em primeira instância ao abrigo do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665.

[11] Parece-me preferível utilizar o termo «reclamação» neste contexto. Na realidade, trata-se de um pedido ao autor da decisão, convidando-o a proceder à sua reapreciação.

[12] As decisões das instâncias responsáveis pelo recurso que não tenham natureza jurisdicional devem sempre ser fundamentadas por escrito e podem ser objeto de «recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional na aceção do artigo [267.º TFUE]».

[13] As diferentes versões linguísticas coincidem quanto a essa amplitude: «Stelle in erster Instanz», na alemã; «body of first instance», na inglesa; «instances de premier ressort», na francesa; «organo di prima istanza», na italiana.

[14] Devem, evidentemente, ser órgãos exteriores à entidade adjudicante. Pode tratar-se de autoridades independentes, como a Autoridade para a proteção da concorrência.

2. Efeitos suspensivos dos recursos nos órgãos que decidem em primeira instância

44. Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, o direito do Estado-Membro deve assegurar que a entidade adjudicante não celebrará o contrato antes de o órgão de recurso de primeira instância tomar uma decisão, quer sobre o pedido de medidas cautelares, quer sobre o pedido de recurso. Essa suspensão não pode cessar antes do termo do prazo previsto noutras disposições da Diretiva 89/665 [15].

45. Segundo o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, o prazo suspensivo automático é apenas aplicável enquanto o órgão que decide em primeira instância (no presente processo, a ÚOHS) não se pronunciar quer sobre o pedido de medidas cautelares, quer sobre o pedido de recurso.

46. Exceto nos casos do artigo 2.º, n.º 3 (e do artigo 1.º, n.º 5), a Diretiva 89/665 não exige que os outros recursos tenham necessariamente efeitos suspensivos automáticos. É o que se encontra previsto no seu artigo 2.º, n.º 4.

47. Por conseguinte, o efeito suspensivo automático aplica-se aos que o artigo 2.º, n.º 3, qualifica de recursos para um órgão que decida *em primeira instância*. É esta característica (e a independência em relação à entidade adjudicante) que é determinante para que esteja em causa a proibição provisória de celebração do contrato.

48. A Diretiva 89/665, insisto, não alarga *necessariamente* o efeito suspensivo automático aos recursos jurisdicionais posteriores interpostos da decisão do órgão que decide em primeira instância, se este for administrativo. Quanto a estes recursos jurisdicionais, é aplicável a disposição geral do artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva 89/665.

49. Analisarei mais tarde se o artigo 47.º da Carta exige que esses recursos jurisdicionais (posteriores à decisão do «órgão que decide em primeira instância») sejam dotados do mesmo efeito suspensivo conferido ao regulado pelo artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665.

3. Diferentes instâncias de recurso, segundo o direito checo, e efeitos suspensivos dos recursos nelas interpostas

50. Resulta das informações fornecidas ao Tribunal de Justiça que, na República Checa, os interessados dispõem das seguintes vias de recurso («recurso» em sentido amplo) contra as decisões de adjudicação de um contrato:

— Uma primeira reclamação apresentada à própria entidade adjudicante. No presente processo, a CROSS apresentou-a ao Statutární město Brno (Município de Brno) que atuava como entidade adjudicante. Por conseguinte, é aplicável à sua reclamação o artigo 1.º, n.º 5, da Diretiva 89/665 pelo que, em conformidade com o mesmo, a entidade adjudicante absteve-se de celebrar o contrato na pendência da reclamação.

— Um pedido posterior de reapreciação da decisão de adjudicação, apresentado na ÚOHS, que atua como «órgão que decid[e] em primeira instância, independente da entidade adjudicante». A este pedido, que não tem natureza jurisdicional, é aplicável o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665. Por esta razão, e a título provisório, a ÚOHS proibiu a entidade adjudicante de celebrar o contrato.

[15] O regime do prazo suspensivo encontra-se regulado detalhadamente no artigo 2.º-A.

— Um último recurso, este já de natureza jurisdicional, nos tribunais administrativos, como aquele em que foi interposto no presente processo. Este não tem necessária e automaticamente o efeito suspensivo previsto no artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 se a «via administrativa» tiver sido anteriormente utilizada na ÚOHS.

51. Importa salientar que, em princípio, nada na Diretiva 89/665 obsta a que o contrato seja celebrado antes ou durante a tramitação do recurso jurisdicional, quando este último recurso seja precedido do pedido de reapreciação tratado e decidido na ÚOHS.

C. Recursos jurisdicionais eficazes. Artigo 2.º, n.º 9, da Diretiva 89/665 e artigo 47.º da Carta

52. No que respeita à Diretiva 89/665, o Tribunal de Justiça declarou que «[…] o direito à ação e a um tribunal imparcial, consagrado no artigo 47.º, primeiro e segundo parágrafos, da Carta, é pertinente, especialmente, quando os Estados-Membros fixam, em conformidade com esta obrigação, as modalidades processuais dos *recursos judiciais* que asseguram a proteção dos direitos conferidos pelo direito da União *aos candidatos e aos proponentes lesados por decisões das entidades adjudicantes*» [16].

53. O artigo 1.º da Diretiva 89/665 impõe aos Estados-Membros a adoção das medidas legislativas necessárias para assegurar que as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos *eficazes*, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F dessa diretiva.

54. O imperativo de *eficácia* abrange, logicamente, os recursos interpostos nos órgãos jurisdicionais, em relação às quais é aplicável o artigo 47.º da Carta. Desse imperativo decorrem consequências relativas à fase de medidas cautelares respeitantes a esses recursos.

55. Como já salientei, o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 confere efeito suspensivo aos recursos interpostos nos órgãos que decidem *em primeira instância*. Todavia, a suspensão não abrange automaticamente os recursos judiciais posteriores contra a decisão do órgão (administrativo) que decide em primeira instância. Para estes é aplicável o disposto no artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva 89/665.

56. Ora, importa recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à proteção provisória exigida nos processos em que estão em causa direitos decorrentes de normas da União:

— Regra geral, «o juiz nacional ao qual tenha sido submetido um litígio regulado pelo direito da União deve poder decretar medidas cautelares para garantir a plena eficácia da decisão jurisdicional a proferir quanto à existência dos direitos invocados com fundamento no direito da União» [17].

— «O princípio da proteção jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que exige que na ordem jurídica de um Estado-Membro possam ser concedidas medidas cautelares até que o órgão jurisdicional competente se pronuncie sobre a conformidade das disposições nacionais com o direito

[16] Acórdão Randstad Italia, n.º 49, com referência ao Acórdão de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 128). O sublinhado é meu.

[17] Acórdão de 14 de maio de 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, n.º 297), com referência aos Acórdãos de 19 de junho de 1990, Factortame e o. (C-213/89, EU:C:1990:257, n.º 21), e de 15 de janeiro de 2013, Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 107).

comunitário, quando a concessão de tais medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da decisão jurisdicional a tomar quanto à existência de tais direitos» [18].

57. Em coerência com o objetivo de «assegurar o respeito pleno do direito a um recurso efetivo […], em conformidade com os primeiro e segundo parágrafos do artigo 47.º da Carta» [19], o Tribunal de Justiça associa essas garantias à proteção dos direitos conferidos pelo direito da União aos candidatos e aos proponentes lesados por decisões das entidades adjudicantes [20]. Por este motivo, declarou que deve ser dada aos interessados a «possibilidade real de recurso, *designadamente, apresentar um pedido de medidas [cautelares]*» até à celebração do contrato [21].

58. Se, como no presente processo, as instâncias responsáveis pelos recursos não têm natureza jurisdicional (ou seja, não fazem parte do sistema de proteção jurisdicional *stricto sensu*), a jurisprudência que acabo de referir exige que um juiz possa ser chamado a decidir sobre as decisões dessas instâncias.

59. Isto é confirmado pelo artigo 2.º, n.º 9, da Diretiva 89/665 no domínio dos contratos públicos: quando os Estados-Membros optem por uma configuração *administrativa* das instâncias de recurso, as decisões dessas instâncias devem poder «ser objeto de recurso jurisdicional […]».

60. Nesses casos, o artigo 2.º, n.º 9, da Diretiva 89/665 impõe que seja possível aceder à via do recurso jurisdicional como meio de impugnar «qualquer medida alegadamente ilegal tomada pela instância de recurso ou qualquer alegado incumprimento no exercício dos poderes que lhe tenham sido conferidos».

61. Ora, essa fiscalização jurisdicional deve incluir a *possibilidade* de o juiz decretar medidas cautelares (ou reexaminar as já decididas pelas instâncias anteriores) para não tornar irreversível a violação cometida pela instância de recurso ao não corrigir a conduta ilícita da entidade adjudicante [22]. Só assim a proteção jurisdicional garantida pelo artigo 47.º da Carta será efetiva.

62. Neste contexto, deve compreender-se a eventualidade (artigo 2.º, n.º 7, segundo parágrafo, da Diretiva 89/665) de a reação jurisdicional se limitar à concessão de indemnização, a que farei referência posteriormente.

63. Uma leitura isolada do artigo 2.º, n.º 7, segundo parágrafo, da Diretiva 89/665, poderia levar a considerar-se (como alegado por um dos intervenientes na audiência) que os Estados-Membros podem prever, de forma incondicional, que a única reação contra a ilegalidade se limita a essa indemnização.

64. Todavia, considero que essa opinião não é correta e que só uma visão conjunta dos n.os 7 e 9 do artigo 2.º da Diretiva 89/665 respeita o direito a uma proteção jurisdicional efetiva. Qualquer violação ou medida alegadamente ilegal tomada por um órgão de recurso em primeira instância

18 Acórdão de 13 de março de 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, n.º 77 e dispositivo, ponto 2).

19 Considerando 36 da Diretiva 2007/66.

20 Acórdão Randstad Italia, n.º 49, com referência ao Acórdão de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 128).

21 Despacho de 23 de abril de 2015, Comissão/Vanbreda Risk & Benefits (C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, n.º 29), com referência ao Acórdão de 11 de setembro de 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, n.º 60), o sublinhado é meu.

22 Um dos objetivos da Diretiva 2007/66 consiste, precisamente, em evitar que «as entidades adjudicantes, que pretendem tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação contestada, procedam rapidamente à assinatura do contrato» (considerando 4).

não jurisdicional deve estar sujeita à fiscalização de um órgão jurisdicional *stricto sensu* que tenha tido a possibilidade de se pronunciar a título provisório, antes de decidir se a anulação do contrato merece apenas uma indemnização.

65. Logicamente, a existência de tal possibilidade não implica que a medida cautelar deva ser decretada em qualquer caso: competirá ao juiz, após avaliação dos interesses em presença, apreciar se existe *periculum in mora* e se, pelo menos, a posição jurídica do requerente da medida parece fundamentada. O que está em causa, repito, é o facto de o órgão jurisdicional dispor de plena capacidade para decidir sobre a medida cautelar.

66. Na minha opinião, não há motivos para excluir desta proteção cautelar as situações em que o contrato foi celebrado antes da interposição do recurso jurisdicional. É certo que, nessa situação, o juiz não poderá *suspender* a celebração de algo que já ocorreu, mas mantém à sua disposição outro tipo de medidas às quais pode recorrer, nomeadamente a suspensão provisória dos efeitos do contrato já assinado.

67. Na audiência, o Governo checo e a ÚOHS alegaram que a admissão desta possibilidade poderia implicar que o interesse público, inerente a uma contratação pública célere e eficaz, seria prejudicado, uma vez que os processos judiciais são geralmente lentos e a demora seria insustentável.

68. Não penso que esta objeção seja inultrapassável:

— Por um lado, o impacto do atraso da intervenção jurisdicional não se reflete em todo o processo jurisdicional, mas apenas no curto prazo em que o juiz deve decretar ou rejeitar a medida cautelar [23]. A natureza normalmente executória das decisões impugnadas limitará a prorrogação ao tempo necessário para que o órgão jurisdicional decida no que respeita às medidas cautelares [24].

— Por outro lado, as dificuldades práticas invocadas baseavam-se na comparação entre os meios pessoais colocados à disposição da ÚOHS e os dos tribunais administrativos checos. Se assim for, cabe ao Estado interessado em que a celebração dos contratos públicos seja célere tomar as medidas processuais adequadas para evitar atrasos. Essa circunstância não pode ser invocada para favorecer uma interpretação da diretiva que enfraqueça a proteção jurisdicional garantida pelo artigo 47.º da Carta.

69. A solução que proponho é possível no sistema jurídico checo, uma vez que, como foi reconhecido na audiência, o § 38.º da Lei n.º 150/2002 permite aplicar «uma medida cautelar que ordene às partes fazer ou não fazer ou suportar algo». Enquanto tal, a disposição não proíbe a suspensão dos efeitos do contrato já celebrado.

[23] Na República Checa, pode ser interposto recurso no órgão jurisdicional administrativo no prazo de dois meses a contar da data da notificação ao recorrente da decisão administrativa proferida em segunda instância (§ 72.º, n.º 1, da Lei n.º 150/2002). Nele pode incluir-se um pedido de aplicação de uma medida cautelar que consiste em proibir a entidade adjudicante de celebrar o contrato enquanto o processo estiver pendente no órgão jurisdicional. O pedido de medidas cautelares não pode ser apresentado antes da interposição do recurso (§ 38.º da Lei n.º 150/2002).

[24] Segundo o despacho de reenvio (n.º 18), o juiz decide sobre o pedido de medidas cautelares no prazo de 30 dias a contar da data da apresentação do pedido.

70. Concordo com a Comissão [25] quanto ao facto de esta possibilidade dever ser utilizada com prudência, indeferindo pedidos de medidas cautelares abusivos ou frívolos. Considero que o órgão jurisdicional deve exigir de forma rigorosa, além da verificação do *periculum in mora*, uma fundamentação jurídica que revele, por si só, determinadas probabilidades de sucesso do pedido quanto ao mérito (*fumus boni juris*).

71. Além disso, o juiz das medidas cautelares deverá examinar de forma cuidada se existem razões imperiosas de interesse geral (não identificáveis simplesmente com os interesses económicos ligados de modo direto ao contrato) [26] que exigem que, uma vez celebrado o contrato, os seus efeitos sejam mantidos a título provisório.

72. As considerações expostas até ao momento não implicam alargar à via judicial a *suspensão automática* prevista no artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665. Não creio que seja necessário forçar a letra desta disposição, prolongando os efeitos da suspensão automática além do que o legislador previu. Simplesmente, no caso de a instância independente de recurso não ser jurisdicional, o artigo 47.º da Carta prevê que o juiz deve conservar a plena competência para decidir sobre a adoção da medida cautelar, em conformidade com as regras do seu direito nacional.

73. Neste cenário, são possíveis duas situações:

— O contrato entre a entidade adjudicante e o adjudicatário não foi celebrado. A medida cautelar centrar-se-á na suspensão provisória da possibilidade de celebração do contrato.

— Se a celebração do contrato tiver ocorrido, a medida cautelar pode afetar a operacionalidade dos efeitos do contrato, que o órgão jurisdicional tem competência para suspender.

D. Efeitos das decisões jurisdicionais que anulam o contrato

74. O afirmado até aqui, responde à questão do órgão jurisdicional de reenvio no que respeita à interpretação do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 89/665.

75. Ora, no seu pedido de decisão prejudicial, o mesmo órgão jurisdicional de reenvio suscitou algumas dúvidas que, embora relacionadas com as medidas cautelares, vão além do seu âmbito de aplicação e dizem sobretudo respeito aos efeitos da decisão que ponha termo ao litígio. A este respeito afirma que:

— Se a decisão da ÚOHS for anulada judicialmente, é-lhe devolvido o processo para lhe ser dado seguimento. No entanto, se o contrato já tiver sido celebrado anteriormente, a ÚOHS não volta a examinar o pedido de reapreciação dos atos da entidade adjudicante, procedendo ao seu arquivamento.

— Por conseguinte, pode acontecer que o proponente excluído, apesar de ter obtido ganho de causa no âmbito da via jurisdicional, não tenha possibilidade de obter a adjudicação, uma vez que, no decurso da tramitação e da resolução do recurso contencioso administrativo, o contrato foi celebrado.

[25] N.ºs 17 e 18 das suas observações escritas.

[26] Não penso que haja inconveniente em transpor, *mutatis mutandis*, para a fase de medidas cautelares nos órgãos jurisdicionais as disposições do artigo 2.º-D, da Diretiva 89/665 sobre a existência das razões imperiosas de interesse geral e dos interesses económicos em jogo, como critérios para modular as declarações de ineficácia dos contratos.

— Nessa situação, o recorrente que tenha obtido a declaração judicial de nulidade do concurso só tem direito a pedir uma indemnização pelos danos causados pelo ato ilegal da entidade adjudicante num processo civil [27].

76. Abordarei estas dúvidas por uma questão de exaustividade, embora não esteja convencido de que seja estritamente necessário fazê-lo para dar uma resposta útil à questão que o próprio tribunal *a quo* resume no final do seu pedido de decisão prejudicial.

77. Defendi noutra ocasião [28] que a lógica do sistema de recursos contra as decisões de uma autoridade (como a ÚOHS) sujeitas a revisão jurisdicional implica que, a serem anuladas pelo órgão judicial competente, a sua nulidade deve abranger também os efeitos que tenham sido produzidos, uma vez que estes são consequentemente privados da base jurídica em que se fundamentavam.

78. Por outras palavras, a decisão jurisdicional que anula a adjudicação de um contrato público deve ter, em princípio, como consequência a proibição de que o contrato produza efeitos. A anulação da adjudicação incidiria retroativamente (*ex tunc*) ao momento em que essa adjudicação foi decidida. Esse é, aliás, o critério geral da Diretiva 89/665, na sequência da sua reforma de 2007, para os contratos que incorrem nas violações mais graves dessa diretiva [29].

79. Ora, esse critério geral admite exceções tal como se encontra previsto na Diretiva 89/665 (nomeadamente para os contratos públicos já celebrados) devido aos inconvenientes ligados à declaração de privação de efeitos [30]. Os Estados-Membros podem, nomeadamente, em caso de violação de exigências formais, «considerar inadequado o princípio da privação de efeitos. Nesses casos, os Estados-Membros deverão ter flexibilidade para preverem sanções alternativas» [31].

80. Após a sua reforma pela Diretiva 2007/66, a Diretiva 89/665 autoriza (considerandos 21 [32] e 22 [33] da Diretiva 2007/66 e artigos 2.º-D e 2.º-E da Diretiva 89/665 alterada) que, perante contratos cuja ineficácia deveria, em princípio, ser declarada devido à sua origem ilícita, «lhe[s] [sejam] reconhe[cidos] determinados efeitos, ou todos eles», isto é, que os efeitos do contrato sejam mantidos, sob reserva da aplicação das sanções previstas e das indemnizações.

27 Nos termos da zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (Lei n.º 99/1963, Código de Processo Civil). Segundo o tribunal de reenvio, este tipo de pedidos raramente é julgado procedente.

28 Conclusões do processo Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:440, n.º 64).

29 É o que acontece com os contratos resultantes de uma «adjudicação ilegal de contratos por ajuste direto» (considerando 13 da Diretiva 2007/66) ou com os «celebrados em violação do prazo suspensivo ou da suspensão automática» (considerando 18 da Diretiva 2007/66). Nessas situações, «[o] objetivo a atingir com o estabelecimento, pelos Estados-Membros, de regras que assegurem que um contrato seja considerado desprovido de efeitos é o de fazer com que os direitos e as obrigações das partes definidos no contrato deixem de ser exercidos e executados» (considerando 21 da Diretiva 2007/66).

30 Acórdão de 26 de novembro de 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779 n.º 40): «privar de efeitos um contrato celebrado na sequência de um procedimento de adjudicação […] constitui uma intervenção substancial da autoridade administrativa ou jurisdicional nas relações contratuais entre os particulares e os organismos estatais. Uma decisão desse tipo pode, assim, causar uma perturbação considerável e perdas económicas não apenas ao adjudicatário do contrato público em causa mas também à entidade adjudicante e, consequentemente, ao público, beneficiário final do fornecimento das obras ou dos serviços objeto do contrato público em causa. Conforme resulta dos considerandos 25 e 27 da Diretiva 2007/66, o legislador da União deu maior importância à exigência da segurança jurídica nos recursos destinados a privar de efeitos um contrato do que nas ações de indemnização».

31 Considerando 19 da Diretiva 2007/66.

32 «[…] [o] direito interno poderá […], por exemplo, prever a anulação retroativa de todas as obrigações contratuais (*ex tunc*) ou, pelo contrário, limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas (*ex nunc*)».

33 «[O]s Estados-Membros podem permitir que a instância responsável pela decisão do recurso *não ponha em causa o contrato ou lhe reconheça determinados efeitos, ou todos eles*, caso as circunstâncias excecionais do caso em apreço exijam o respeito de certas razões imperiosas de interesse geral. […]». O sublinhado é meu.

81. Por conseguinte, a Diretiva 89/665 prevê a possibilidade de a decisão que julga procedente uma ação de anulação incidir sobre um contrato já celebrado sem implicar as consequências associadas à sua nulidade.

82. Neste sentido, a Diretiva 89/665 prevê soluções variáveis em função das situações em causa:

— A regra geral (artigo 2.º, n.º 7) consiste em que «[s]alvo nos casos previstos nos artigos 2.º-D a 2.º-F, os efeitos do exercício dos poderes a que se refere o n.º 1 do presente artigo sobre o contrato celebrado na sequência de uma adjudicação são determinados pelo direito interno».

— O artigo 2.º-D, n.º 2, corrobora que «[a]s consequências decorrentes do facto de um contrato ser considerado desprovido de efeitos são estabelecidas pelo direito interno». Por seu turno, este «pode dispor a anulação retroativa de todas as obrigações contratuais ou limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas» [34].

— O artigo 2.º-D, n.º 3, autoriza os Estados-Membros a estabelecer que «a instância de recurso independente da entidade adjudicante não possa considerar um contrato desprovido de efeitos, ainda que este tenha sido adjudicado ilegalmente pelos motivos mencionados no n.º 1, se […] constatar, depois de analisados todos os aspetos relevantes, a existência de razões imperiosas de interesse geral que exijam a manutenção dos efeitos do contrato […]».

— O artigo 2.º-E, n.º 1, dispõe que, em determinadas circunstâncias [35], «os Estados-Membros devem estabelecer a privação de efeitos, nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 2.º-D, ou impor sanções alternativas».

— Essa mesma disposição prevê que «[o]s Estados-Membros podem estabelecer que a instância de recurso independente da entidade adjudicante decida, depois de avaliados todos os aspetos relevantes, se o contrato deve ser considerado desprovido de efeitos ou se devem ser impostas sanções alternativas».

83. Decorre de todas estas disposições que, em conformidade com a Diretiva 89/665, em determinadas circunstâncias, as normas nacionais podem prever que a decisão que anula a adjudicação de um contrato público: a) tenha efeitos retroativos, afetando *ex tunc* todas as obrigações contratuais; b) ou não conduza necessariamente à privação de efeitos desse contrato.

84. Essas disposições da Diretiva 89/665 visam encontrar um equilíbrio entre as consequências *normais* de uma decisão de anulação e a salvaguarda de outros interesses públicos inerentes à prestação dos serviços objeto do contrato. Neste domínio, como noutros, o direito nacional pode permitir que a decisão que declara a nulidade seja desprovida dos seus efeitos «naturais», substituída por uma obrigação de indemnização ou por outras medidas alternativas.

[34] Neste último caso, os Estados-Membros devem prever a aplicação de outras sanções na aceção do artigo 2.º-E, n.º 2.

[35] Em caso de uma violação do n.º 5 do artigo 1.º, do n.º 3 do artigo 2.º ou do n.º 2 do artigo 2.º-A não abrangida pela alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º-D.

85. As disposições acima referidas da Diretiva 89/665 (e as normas nacionais que as transpõem) não se opõem ao artigo 47.º da Carta [36], desde que a proteção jurisdicional a que qualquer proponente tem direito lhe permita, em caso de anulação *a posteriori* da adjudicação do contrato que lhe foi desfavorável, obter uma indemnização pelos danos que lhe foram causados.

86. O direito protegido pelo artigo 47.º da Carta não impõe uma solução unívoca para os problemas que se colocam quanto aos efeitos das decisões de anulação de atos (ou de contratos) administrativos. Desse artigo 47.º pode certamente deduzir-se a regra geral que referi, mas essa mesma regra não exclui a possibilidade de serem permitidas as exceções previamente mencionadas [37].

87. Todavia, a privação de efeitos dos contratos manter-se-á quando um órgão jurisdicional nacional de um Estado-Membro (que assim o tenha previsto na sua legislação) profira uma decisão que declare nula a adjudicação de um contrato, atribuindo consequências *ex tunc* à sua prolação.

88. No presente processo, estas considerações podem ter uma incidência particular quando, após a celebração do contrato, o órgão jurisdicional competente não decreta nenhuma medida cautelar para se pronunciar sobre as decisões da ÚOHS. Nesse contexto, se a decisão que põe termo ao recurso contencioso administrativo anular a decisão da ÚOHS (bem como o contrato que esta aceitou) e as normas nacionais exigirem que o litígio seja devolvido a essa autoridade para posterior tramitação, a ÚOHS terá de apreciar, nos termos do artigo 2.º-D da Diretiva 89/665, quais as consequências que decorrem da declaração de privação de efeitos do contrato.

V. Conclusão

89. Atendendo ao exposto, proponho que se responda ao Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa) nos seguintes termos:

«Os artigos 2.º, n.os 3 e 9, e 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, lidos à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

devem ser interpretados no sentido de que:

não se opõem a uma regulamentação nacional nos termos da qual, após ter sido esgotado o processo numa instância de recurso independente (não jurisdicional), a entidade adjudicante pode celebrar um contrato público antes da interposição de um recurso no órgão jurisdicional competente com vista à fiscalização da legalidade da decisão de exclusão de um proponente ou de adjudicação do referido contrato, desde que, no âmbito desse recurso contencioso administrativo, o tribunal chamado a pronunciar-se esteja habilitado a decretar medidas cautelares que consistam, se for caso disso, na paralisação dos efeitos do contrato já celebrado.»

[36] No n.º 64 do Acórdão de 11 de setembro de 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), o Tribunal de Justiça declarou que «o artigo 2.º-D, n.º 4, da Diretiva 89/665, na medida em que prevê a manutenção dos efeitos de um contrato, não é contrário aos requisitos decorrentes do artigo 47.º da Carta».

[37] Remeto para os n.os 61 a 70 das minhas Conclusões no processo Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:440).