



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 8 de setembro de 2016¹

Processo C-391/15

Marina del Mediterráneo SL e o.
contra
Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía e o.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Tribunal Superior de Justiça da Andaluzia, Espanha)]

«Pedido de decisão prejudicial — Contratos públicos — Procedimento de adjudicação — Decisão de admissão de um candidato — Alegada ilegalidade — Ato preparatório — Recurso imediato ou recurso diferido — Efeito direto»

I – Introdução

1. A Marina del Mediterráneo SL e outros (a seguir «recorrentes») concorreram a um contrato de concessão de obras públicas para a ampliação de um porto em Espanha. Um segundo grupo de empresas também concorreu à adjudicação do contrato. As recorrentes consideraram que o segundo grupo não preenchia as condições necessárias para apresentar uma proposta. Por conseguinte, contestaram a admissão a concurso do segundo grupo de empresas por meio de um recurso especial em matéria de contratos públicos. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio informou as recorrentes de que um recurso administrativo contencioso como o interposto pelas recorrentes pode ser inadmissível pelo facto de ter como objeto um ato meramente preparatório, a saber, a admissão de um candidato a concurso.

2. No caso em apreço, o Tribunal de Justiça é chamado a determinar quais as normas estabelecidas pelo direito da União em matéria de recursos de atos preparatórios, nomeadamente a decisão de admitir uma empresa como proponente num procedimento de contratação pública. Mais concretamente, deve entender-se que a Diretiva 89/665/CEE² (a seguir «diretiva relativa aos processos de recurso») exige que os Estados-Membros providenciem no sentido de garantir o recurso *imediato e autónomo* de *qualquer* decisão da entidade adjudicante ou é possível *diferir* o recurso até uma fase posterior do processo de adjudicação?

1 — Língua original: inglês.

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 e fornecimentos (JO 1989, L 395, p. 33).

II – Quadro jurídico

A – *Direito da União*

3. A diretiva relativa aos processos de recurso, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE³, visa assegurar a aplicação das diretivas da União em matéria de contratos públicos através da imposição, aos Estados-Membros, da obrigação de assegurarem a existência de meios de recurso eficazes e céleres em caso de violação do direito da União ou de regras nacionais de execução do direito da União.

4. O considerando 2 da referida diretiva refere que «os mecanismos atualmente existentes, tanto a nível nacional como a nível comunitário, para assegurar essa aplicação, nem sempre permitem garantir o respeito das disposições comunitárias, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas».

5. O artigo 1.º da diretiva relativa aos processos de recurso tem a seguinte redação:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos a que se refere a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços [4], salvo os contratos excluídos nos termos dos artigos 10.º a 18.º dessa diretiva.

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

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

[...]

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.»

6. O artigo 2.º, n.º 1, exige aos Estados-Membros que:

«[asseguem] 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;

3 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665 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).

4 — JO 2004, L 134, p. 114.

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.»

7. A Diretiva 92/13, de 25 de fevereiro de 1992, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, coordena as 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 telecomunicações⁵.

8. O artigo 1.º da Diretiva 92/13 corresponde ao artigo 1.º da Diretiva 89/665, mas comporta duas diferenças: em primeiro lugar, aplica-se aos setores regulados pela Diretiva 2004/17/CE⁶ (e não pela Diretiva 2004/18), em segundo lugar, não diz expressamente respeito a concessões de obras públicas.

9. O artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 92/13 também corresponde em larga medida ao artigo 2.º, n.º 1, da diretiva relativa aos processos de recurso, mas o primeiro inclui expressamente, na alínea b), a possibilidade de anular as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do anúncio de concurso, do anúncio periódico indicativo e do anúncio de existência de um sistema de qualificação, ao passo que o segundo não o faz.

B – Direito nacional

10. Os atos administrativos passíveis de impugnação encontram-se definidos no artigo 25.º, n.º 1, da Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos), de 13 de julho de 1998, que dispõe que «[o] recurso contencioso administrativo é admissível em relação às normas de carácter geral e aos atos expressos ou tácitos da administração pública que esgotem a via administrativa, quer se trate de atos definitivos ou preparatórios, caso estes últimos decidam direta ou indiretamente sobre o mérito da questão, impossibilitem a prossecução do processo ou a defesa, ou causem prejuízos irreparáveis a direitos ou interesses legítimos».

11. O artigo 107.º, n.º 1, da Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Lei 30/1992 que estabelece o regime jurídico da administração pública e do processo administrativo comum), de 26 de novembro de 1992, conforme alterada pela Ley 4/1999, de 13 de janeiro de 1999, limita o acesso às vias de recurso administrativo nos seguintes termos:

«Contra as decisões e atos preparatórios, quando estes últimos decidam direta ou indiretamente o mérito da questão, impossibilitem a prossecução do processo ou a defesa, ou causem prejuízos irreparáveis aos direitos ou interesses legítimos, podem os interessados interpor recurso hierárquico e reclamação graciosa com base nos fundamentos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 62.º e 63.º da presente lei.

A oposição aos restantes atos preparatórios pode ser invocada pelos interessados para apreciação na decisão que ponha termo ao procedimento».

5 — JO 1992, L 76, p. 14, a seguir «Diretiva 92/13».

6 — Diretiva 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).

12. A Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (Lei 30/2007 dos Contratos Públicos, a seguir «Lei dos Contratos Públicos»), de 30 de outubro de 2007, conforme alterada pela Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010, estabelece o regime jurídico aplicável ao recurso especial que pode ser interposto no âmbito dos procedimentos de contratação pública. O seu artigo 310.º, n.º 2, constitui a expressão, no contexto dos contratos públicos, da regra geral prevista no artigo 107.º, n.º 1, da Lei 30/1992. Este artigo dispõe que «são objeto de recurso os seguintes atos:

- a) Os anúncios de concurso, os cadernos de encargos e os documentos contratuais que estabeleçam as condições que regem os contratos públicos;
- b) Os atos preparatórios adotados no procedimento de concurso, quando decidam direta ou indiretamente a adjudicação, impossibilitem a prossecução do procedimento ou a defesa ou causem prejuízos irreparáveis aos direitos ou interesses legítimos. São considerados atos preparatórios que impossibilitam a prossecução do procedimento os atos do júri do concurso que deliberem a exclusão de proponentes;
- c) As decisões de adjudicação adotadas pelas entidades adjudicantes.»

III – Litígio no processo principal e questões prejudiciais

13. A Agencia Pública de Puertos de Andalucía (Agência de Portos da Andaluzia) é uma entidade de finalidade especial (*ad hoc*), com autonomia operacional e personalidade jurídica própria. Faz parte da Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (Departamento de Obras Públicas e Habitação da Andaluzia, Espanha).

14. A Agência de Portos da Andaluzia lançou um concurso para a adjudicação de um contrato de concessão de obras públicas para a ampliação do porto de La Bajadilla, em Marbella (Espanha). No âmbito do procedimento de concurso, o júri do concurso admitiu a participação de dois grupos de empresas: i) o das recorrentes, uma «unión temporal de empresas» (associação temporária de empresas) que exerce a sua atividade sob a designação de Marina internacional de Marbella, e ii) outra associação temporária de empresas composta pelo Ayuntamiento de Marbella (Câmara Municipal de Marbella), a empresa municipal Puerto Deportivo de Marbella SA e a sociedade comercial Nasir Bin Abdullah and Sons SL.

15. A decisão do júri do concurso de admitir como proponente a segunda associação temporária de empresas foi contestada pelas recorrentes perante o Diretor Gerente de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía (diretor da Agência de Portos da Andaluzia), mediante um recurso especial em matéria de contratação pública («recurso especial en materia de contratación») apresentado em 12 de abril de 2011.

16. As recorrentes consideraram que houve violação do direito da União e da legislação nacional. Em sua opinião, a segunda associação temporária de empresas não deveria ter sido admitida como proponente, uma vez que: a) a Câmara Municipal de Marbella é um organismo público que não tem a qualidade de «empresário» a que se refere a lei nacional ao definir o termo «proponente»; b) a segunda associação temporária de empresas não preenche os requisitos da capacidade económica e financeira exigíveis; e c) a Câmara Municipal de Marbella não pode ser considerada um operador económico, pois isso configuraria uma distorção das regras da livre concorrência e da igualdade dos proponentes.

17. Em 3 de maio de 2011, o diretor da Agência de Portos da Andaluzia adotou a decisão impugnada, negando provimento às alegações das recorrentes por entender que, em primeiro lugar, os organismos públicos podem participar num concurso sem pôr em causa o princípio da livre concorrência, e, em segundo lugar, a segunda associação temporária de empresas provava a sua capacidade financeira.

18. Posteriormente, em 5 de julho de 2011, as recorrentes interpuseram no órgão jurisdicional de reenvio um recurso administrativo contencioso, pedindo a anulação da decisão impugnada e das medidas que se seguiram, designadamente, a decisão de adjudicar o contrato à segunda associação temporária de empresas. De igual modo, pediram que fossem declaradas como proponente único e que lhes fosse reconhecido o direito a indemnização pelos prejuízos sofridos.

19. Por despacho de 19 de fevereiro de 2015, o órgão jurisdicional de reenvio notificou as partes da eventual verificação de uma exceção de inadmissibilidade do recurso contencioso administrativo interposto pelas recorrentes, na medida em que a legislação nacional se opõe ao recurso de atos meramente preparatórios. De acordo com a legislação nacional aplicável, a deliberação do júri de um concurso público que não exclui um proponente, mas admite a sua participação no processo de concurso, não é um ato suscetível de impugnação judicial.

20. Por despacho de 9 de julho de 2015, o Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Tribunal Superior de Justiça da Andaluzia, Espanha) suspendeu a instância e submeteu as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

«1) Devem os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 89/665, à luz dos princípios [da cooperação leal e efeito útil da mesma, ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional como o artigo 310.º, n.º 2, da [Lei dos Contratos Públicos] [atual artigo 40.º, n.º 2, do Real Decreto Legislativo 3/2001 que aprova o texto consolidado daquela lei], na medida em que impeça o acesso ao recurso especial em matéria de contratação dos atos preparatórios da entidade adjudicante, como, por exemplo, a decisão de admissão de uma proposta de um concorrente que foi denunciada pelo incumprimento das disposições sobre justificação da capacidade técnica e económica previstas na legislação nacional e na legislação da União?

2) Caso a resposta à primeira questão seja afirmativa, podem os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 89/665 ter efeito direto?»

21. As recorrentes, o Departamento de Obras Públicas e Habitação da Andaluzia, a Agência de Portos da Andaluzia, os Governos austríaco, italiano e espanhol e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Com exceção do Governo italiano, todos os participantes no procedimento escrito apresentaram alegações orais na audiência realizada em 29 de junho de 2016.

IV – Apreciação

22. À partida, há duas questões preliminares que se impõe abordar. Em primeiro lugar, conforme afirmado na audiência, o valor do contrato público neste caso é de 77 000 000 euros. Como tal, afigura-se que o valor do contrato supera o limiar fixado no artigo 7.º da Diretiva 2004/18 e no artigo 16.º da Diretiva 2004/17.

23. Em segundo lugar, o Governo espanhol alega que o presente pedido de decisão prejudicial deve em todo o caso ser declarado inadmissível, pois a diretiva relativa aos processos de recurso só é aplicável aos contratos referidos na Diretiva 2004/18, que regula os contratos clássicos do setor público. O Governo espanhol defende que, pelo contrário, a situação em apreço se inscreve no âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17 (e, por conseguinte, é regulada pela Diretiva 92/13), uma vez que o artigo 7.º, alínea b), da Diretiva 2004/17 dispõe que esta se aplica às atividades relativas à exploração de uma área geográfica para efeitos de fornecimento de aeroportos ou portos marítimos ou em águas interiores, ou outros terminais de transporte às transportadoras aéreas, marítimas ou fluviais.

24. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar, no pleno conhecimento dos factos do caso, dos pormenores do contrato público em questão e da natureza exata da atividade prevista no contrato, qual das duas diretivas — a diretiva relativa aos processos de recurso ou a Diretiva 92/13 — é aplicável ao caso em apreço. Nestas conclusões, atendendo a que o órgão jurisdicional de reenvio apresentou as suas questões expressamente com base na diretiva relativa aos processos de recurso, cingir-me-ei à interpretação dessa diretiva. Contudo, importa também ter em conta que as disposições pertinentes de cada uma das diretivas são, em larga medida, semelhantes.

A — Quanto à primeira questão prejudicial

25. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a diretiva relativa aos processos de recurso exige o recurso *imediate* de *qualquer* decisão da entidade adjudicante, incluindo atos preparatórios como a admissão de um candidato como proponente num processo de concurso.

26. Na resposta a essa questão, esta parte terá a seguinte estrutura: após formular algumas observações gerais (v., *infra*, ponto 1), explicarei por que razão, em minha opinião, a diretiva relativa aos processos de recurso permite, regra geral, o diferimento do recurso de atos meramente preparatórios de uma entidade adjudicante (v., *infra*, ponto 2). A decisão de admitir outro concorrente a um concurso público qualificar-se-ia como ato preparatório dessa natureza (v., *infra*, ponto 3).

1. Considerações gerais

27. Em primeiro lugar, o Governo espanhol alega que o Tribunal de Justiça já declarou, no acórdão Comissão/Espanha⁷, que o artigo 310.º, n.º 2, da Lei dos Contratos Públicos (ou antes, o seu antecessor legislativo, redigido em termos semelhantes) não é contrário à diretiva relativa aos processos de recurso.

28. No referido processo, a Comissão alegou que Espanha violara a diretiva relativa aos processos de recurso, ao, *inter alia*, não «permitir a interposição de recursos de todas as decisões das entidades adjudicantes, incluindo os atos preparatórios, no decurso do processo de adjudicação de um contrato de direito público». Ao rejeitar essa alegação em particular, o Tribunal de Justiça declarou que «a Comissão não demonstrou que esta legislação não garante uma proteção jurisdicional adequada dos particulares lesados por violações das regras pertinentes do direito comunitário ou das regras nacionais de transposição deste»⁸.

29. Em meu entender, no acórdão Comissão/Espanha (C-214/00, EU:C:2003:276), o Tribunal de Justiça, sem emitir qualquer juízo sobre o mérito da alegação da Comissão, limitou-se a julgá-la improcedente uma vez que a Comissão não provara, de forma satisfatória, da existência de uma violação do direito da União. Como tal, esse acórdão não pode, em minha opinião, ser interpretado como uma declaração de conformidade da legislação espanhola com o direito da União. Essa questão foi deixada em aberto.

30. Em segundo lugar, importa salientar que a questão submetida no pedido de decisão prejudicial em apreço não diz respeito à *exclusão* do recurso de atos preparatórios. Refere-se, sim, à possibilidade de *diferimento* do recurso para uma fase posterior. Nos termos da legislação espanhola aplicável, os atos meramente preparatórios não são suscetíveis de impugnação autónoma mediante interposição do

7 — V. acórdão de 15 de maio de 2003, Comissão/Espanha (C-214/00, EU:C:2003:276).

8 — Acórdão de 15 de maio de 2003, Comissão/Espanha (C-214/00, EU:C:2003:276, n.º 80).

recurso (judicial) especial em matéria de contratação pública. Conforme afirmou o Governo espanhol, esta exclusão visa servir o objetivo de economia processual. Destina-se a evitar atrasos indevidos no processo de adjudicação. Contudo, também foi salientado que esta exclusão não impede a apreciação de atos preparatórios numa fase posterior, quando do recurso da decisão final de adjudicação.

31. Em terceiro lugar, a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio invoca apenas os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da diretiva relativa aos processos de recurso. Todavia, o artigo 1.º, n.º 3, dessa diretiva também é pertinente no caso em apreço. Existe uma conexão lógica entre o conceito de decisão recorrível tomada pela entidade adjudicante e a questão da legitimidade. Nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da diretiva relativa aos processos de recurso, os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso 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.

32. A questão a apreciar seguidamente, no ponto 2, é, pois, a de saber se estas três disposições, conjuntamente consideradas, exigem o recurso *imediato* e *autónomo* de *qualquer* decisão da entidade adjudicante, designadamente atos preparatórios como a admissão de um candidato como proponente num concurso público.

2. Diferimento do recurso de atos preparatórios nos termos da diretiva relativa aos processos de recurso

33. É certo que, entendida no seu sentido mais literal, a segunda parte do artigo 1.º, n.º 3, pode ser interpretada como exigindo que *qualquer* decisão tomada no decurso do procedimento de adjudicação seja recorrível desde que se encontrem preenchidas as duas condições relativas à legitimidade: o recorrente deve i) ter interesse em obter um determinado contrato e ii) ter sido ou poder vir a ser lesado por uma eventual violação.

1. No entanto, tal interpretação teria consequências de grande alcance. Definir o conceito de legitimidade de uma forma tão ampla e, por assim dizer, ilimitada significaria que toda e qualquer decisão, por mais marginal e acessória que fosse, poderia ser imediatamente impugnada, e o processo de adjudicação efetivamente interrompido. Em minha opinião, porém, importa encontrar um equilíbrio razoável entre os diferentes interesses em jogo nos processos de adjudicação de contratos públicos⁹, a saber, o direito de acesso à justiça e ao recurso contencioso para contestar aspetos do processo, por um lado, e a eficácia do procedimento no seu conjunto e a adequação judicial, por outro.

2. É certo que, como alega a Comissão, o Tribunal de Justiça adotou uma interpretação ampla do conceito de «decisões tomadas pelas entidades adjudicantes». O Tribunal de Justiça declarou que: o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva relativa aos processos de recurso não prevê qualquer restrição no que diz respeito à natureza e ao conteúdo dessas decisões¹⁰, o alcance da fiscalização jurisdicional não pode ser interpretado de forma restritiva¹¹, e qualquer ato da entidade adjudicante adotado em relação a um contrato público de serviços do âmbito de aplicação material das diretivas em matéria de contratos públicos e suscetível de produzir efeitos jurídicos constitui uma decisão recorrível, na aceção do referido artigo 1.º, n.º 1¹².

9 — V. acórdão de 11 de setembro de 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, n.º 63), e despacho de 23 de abril de 2015, Comissão/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, n.ºs 31 e 34].

10 — V. acórdão de 28 de outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, EU:C:1999:534, n.º 35).

11 — V. acórdão de 18 de junho de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, n.º 61).

12 — V. acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 34).

3. Todavia, no meu ponto de vista, «recorrível» não significa necessariamente «recorrível de modo imediato e autónomo». Não creio que a diretiva relativa aos processos de recurso exija que os Estados-Membros prevejam o recurso imediato de cada medida tomada no decurso do processo de adjudicação, como a admissão de um candidato a concurso. Isto decorre da letra, da natureza, da evolução e do propósito da diretiva relativa aos processos de recurso.

4. Antes de mais, há que ter presente que a definição relativamente ampla do conceito de legitimidade no artigo 1.º, n.º 3, da diretiva relativa aos processos de recurso é precedida por uma condição importante: «Os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa [...]»¹³.

38. Esta formulação, que contém uma remissão expressa para as normas dos Estados-Membros, confirma a natureza da diretiva relativa aos processos de recurso como um instrumento de harmonização mínima. O objetivo da diretiva relativa aos processos de recurso é, como o próprio título indica, *coordenar* as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimentos. A diretiva não define expressamente o alcance das vias de recurso que os Estados-Membros devem instituir para esse efeito¹⁴. Apenas fixa as condições mínimas que devem ser preenchidas pelos processos de recurso instituídos nas ordens jurídicas nacionais, a fim de garantir o respeito das normas de direito da União em matéria de contratos públicos¹⁵.

1. Assim, os Estados-Membros gozam de uma ampla margem de apreciação na escolha das garantias processuais referidas na diretiva relativa aos processos de recurso¹⁶. Na falta de regulamentação da União na matéria, compete a cada Estado-Membro, por força do artigo 1.º, n.º 3, da diretiva relativa aos processos de recurso e do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, definir regras *detalhadas* em matéria de procedimentos administrativos e judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União. Todavia, os Estados-Membros devem exercer o seu poder discricionário em conformidade com o princípio da efetividade. Não podem, pois, tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União¹⁷.

2. O Tribunal de Justiça admitiu, concretamente, que a regulamentação nacional pode estabelecer que a interposição de recurso de uma decisão da entidade adjudicante esteja sujeita a determinadas condições, como um prazo para além do qual já não é possível contestar as decisões da entidade adjudicante¹⁸, ou outros tipos de limitações processuais, nomeadamente, a concentração de processos¹⁹.

3. Da mesma forma, os Estados-Membros também podem, no exercício da sua autonomia processual, prever regras que impeçam os candidatos de contestar, a qualquer momento, determinados atos nos processos de contratação pública, uma vez que a diretiva relativa aos processos de recurso não prevê um momento específico a partir do qual é permitida a interposição de recurso²⁰. Longe de exigir a possibilidade de recurso *imediato* de *qualquer* tipo de ato durante o processo de adjudicação, a diretiva apenas refere, no segundo considerando, que a conformidade com as disposições da União

13 — O sublinhado é meu.

14 — V. acórdão de 18 de junho de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, n.ºs 58 e 59).

15 — V. acórdãos de 27 de fevereiro de 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, n.º 47), e de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 46).

16 — V. acórdãos de 18 de junho de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, n.º 62); de 9 de dezembro de 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e o. (C-568/08, EU:C:2010:751, n.º 57); e de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 44).

17 — V. acórdão de 6 de outubro de 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, n.º 46 e jurisprudência referida).

18 — V. acórdão de 12 de dezembro de 2002, Universale-Bau e o. (C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 79).

19 — V. acórdão de 9 de dezembro de 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e o. (C-568/08, EU:C:2010:751).

20 — V. acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 38).

aplicáveis deve ser assegurada «numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas». Esta declaração foi interpretada pelo Tribunal de Justiça, de acordo com outras versões linguísticas, no sentido de a conformidade dever ser assegurada «numa fase em que as violações podem *ainda* ser retificadas» ou «corrigidas»²¹.

4. Assim, se a segunda parte do artigo 1.º, n.º 3, da diretiva relativa aos processos de recurso for considerada à luz da sua redação, de um contexto mais amplo e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, não parece exigir o recurso imediato de qualquer eventual ilegalidade, a qualquer momento. O recurso pode ser interposto numa fase posterior, contanto que a alegada ilegalidade ainda possa ser retificada.

5. Em segundo lugar, a génese e a evolução da diretiva mostram que o legislador da União não tinha a intenção de exigir a possibilidade de recurso imediato de todo e qualquer ato adotado no decurso do processo de adjudicação.

6. Na sua proposta inicial, a Comissão redigiu o artigo 1.º, n.º 1, do seguinte modo: «[o]s Estados-Membros tomarão as medidas necessárias a fim de garantirem, *em qualquer estágio do processo da adjudicação de um contrato celebrado por entidades públicas*, a possibilidade de recursos administrativos e/ou jurisdicionais eficazes [...]»²². Na sequência do parecer do Parlamento Europeu após a sua primeira leitura, a Comissão manteve uma formulação semelhante na sua proposta alterada²³. Pode invocar-se que, caso a redação inicial tivesse sido mantida, tal significaria, de facto, que qualquer ato adotado durante o processo de adjudicação seria imediatamente impugnável. Contudo, uma vez que o Conselho acabou por abandonar a exigência de os Estados-Membros garantirem a possibilidade de recurso «*em qualquer estágio do processo da adjudicação de um contrato celebrado por entidades públicas*», parece que a intenção legislativa final foi no sentido oposto.

7. Acresce que esta intenção legislativa não mudou ao longo do tempo, conforme o ilustra a Diretiva 2007/66, que alterou a diretiva relativa aos processos de recurso. Com efeito, a Diretiva 2007/66 não evidenciou quaisquer deficiências específicas nos mecanismos de recurso disponibilizados pelos Estados-Membros *antes* da decisão de adjudicação. A Diretiva 2007/66 veio principalmente prever um prazo suspensivo mínimo, com início imediatamente após a decisão de adjudicação do contrato, a fim de evitar a assinatura precipitada do contrato e assegurar a possibilidade de um recurso eficaz da própria decisão de adjudicação.

8. Em terceiro lugar, tanto nas observações escritas como nas alegações orais, muito foi dito sobre a finalidade da diretiva relativa aos processos de recurso. Será que a finalidade global, ou o *efeito útil*, da diretiva relativa aos processos de recurso ficaria comprometida se *qualquer* ato adotado durante o processo de adjudicação pudesse (ou não) ser imediatamente contestado?

21 — V. acórdãos de 28 de outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, EU:C:1999:534, n.º 33); de 12 de dezembro de 2002, Universale-Bau e o. (C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 74); e de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 39). O sublinhado é meu.

22 — COM(87) 134 final (JO 1987, C 230, p. 6). O sublinhado é meu.

23 — COM(88) 733 final (JO 1989, C 15, p. 8): «Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias a fim de garantirem, *em qualquer estágio do processo de adjudicação de um contrato de direito público*, que qualquer empreiteiro [...], que participe num processo de adjudicação de contratos de direito público [...], ou qualquer terceiro habilitado possa interpor recursos administrativos e jurisdicionais eficazes e rápidos contra qualquer decisão de uma entidade adjudicante [...] que viole as regras comunitárias ou nacionais relativas aos contratos de direito público» (o sublinhado é meu).

9. A resposta a esta questão depende, naturalmente, da questão de saber *qual* a finalidade da diretiva relativa aos processos de recurso. Não constituirá surpresa a afirmação de que a finalidade específica desta diretiva consiste em, por um lado, fornecer às empresas meios de recurso eficazes, de modo que, como se refere nos seus considerandos, não se sintam desencorajadas de apresentar propostas devido à ausência de proteção a esse nível, e, por outro lado, reforçar as garantias de transparência e de não discriminação nos procedimentos de concurso.

10. No entanto, como em qualquer outra área do direito, qualquer procedimento e quaisquer direitos processuais assim garantidos devem permanecer vinculados à substância e à finalidade global do procedimento. Não se pode permitir que os direitos processuais se transformem num conjunto de direitos flutuantes, desvinculados de qualquer ligação discernível com a situação legal do sujeito concreto. Resumidamente, e usando uma metáfora: o procedimento pode ser um bom discípulo, mas um mau mestre.

11. Entendo que a diretiva relativa aos processos de recurso e os direitos aí enunciados não são fins em si mesmos. São um meio para alcançar um fim: uma decisão avisada, justa, competitiva, transparente e não discriminatória sobre a adjudicação de um contrato público, emitida, se possível, com razoável celeridade. Reformulada nestes termos gerais, é evidente que, para atingir essa finalidade, há que encontrar um equilíbrio entre, por um lado, o acesso a um recurso judicial eficaz, e, por outro, a celebração de um contrato num prazo razoável.

12. Se, como sugerido pela Comissão, fosse possível impugnar judicialmente qualquer ato a qualquer momento, o ritmo de progressão dos procedimentos de contratação pública (que, por certo, em alguns Estados-Membros não figuram entre os procedimentos administrativos mais rápidos²⁴) dificilmente melhoraria. Além disso, a possibilidade de impugnar qualquer ato preparatório individualmente redundaria não num reforço da proteção jurisdicional efetiva, mas antes num congestionamento do sistema²⁵. Como o próprio Tribunal de Justiça deixou claro, a realização integral do objetivo prosseguido pela diretiva relativa aos processos de recurso ficaria comprometida se fosse possível aos candidatos e proponentes invocar, *em qualquer fase do processo de adjudicação*, infrações às regras de adjudicação dos contratos, obrigando assim a entidade adjudicante a recomeçar o processo para corrigir essas infrações²⁶.

13. Por último, ao procurar um equilíbrio razoável entre os interesses opostos de acesso irrestrito ao recurso contencioso, por um lado, e economia processual e eficácia geral do processo, por outro, pode ser útil ter presente que nem o direito da União nem os sistemas jurídicos dos Estados-Membros em geral²⁷ exigem a possibilidade de recurso imediato dos atos preparatórios.

14. No que diz respeito aos atos preparatórios adotados pela União Europeia, embora as medidas de natureza puramente preparatória não possam enquanto tais ser objeto de um recurso de anulação, quaisquer ilegalidades de que elas enfermem poderão ser invocadas em apoio do recurso interposto contra o ato definitivo de que elas constituem uma etapa preparatória²⁸.

24 — Para uma panorâmica geral comparativa, v., por exemplo, os relatórios individuais por país e o relatório geral em Neergaard, U., e o. (eds.), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes: The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, vol. 3, DJØF Publishing, Copenhaga, 2014; bem como Delvolvé, P. (ed.), «Le contentieux des contrats publics en Europe», *Revue française de droit administratif*, 2011, n.º 1, pp. 1 e segs.

25 — Impedindo assim que as sugestões de que os procedimentos complexos «tornam a construção de um *bungalow* no século XX mais lenta do que a construção de uma catedral no século XII» se fiquem pela sátira política (*Yes Minister*, série 1, episódio 1: «Open Government», exibido pela primeira vez na BBC em 25 de fevereiro de 1980).

26 — Acórdão de 12 de dezembro de 2002, *Universale-Bau* e o. (C-470/99, EU:C:2002:746, n.º 75).

27 — V., por exemplo, no caso de França, Guyomar, M., e Seiller, B., *Contentieux administratif*, 3.ª ed., Dalloz, 2014, pp. 295 e segs.; no caso da Alemanha, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.ª ed., Verlag C.H. Beck, Munique, 1999, pp. 181 e segs. e pp. 480 e segs.; no caso da Itália, Gallo, C. E., *Manuale di Giustizia Amministrativa*, 6.ª ed., G. Giappichelli Editore, Turim, 2012, pp. 143 e segs.; no caso da Espanha, García de Enterría, E., e Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 15.ª ed., Civitas, 2011, pp. 595 e segs.

28 — V. acórdãos de 11 de novembro de 1981, *IBM/Comissão* (60/81, EU:C:1981:264, n.º 12), e de 18 de março de 1997, *Guérin automobiles/Comissão* (C-282/95 P, EU:C:1997:159, n.º 34).

15. De igual modo, no que respeita aos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça decidiu, em relação a atos nacionais realizados no âmbito de um processo de adjudicação, que o direito nacional deve salvaguardar a possibilidade de invocar fundamentos de direito alegando a violação do direito da União por uma anterior decisão da entidade adjudicante, em apoio de recursos interpostos de outras decisões da entidade adjudicante²⁹.

16. Em conclusão, não creio que as regras nacionais que diferem o recurso de atos preparatórios para uma fase ulterior devam *per se* ser consideradas incompatíveis com a diretiva relativa aos processos de recurso, desde que esteja salvaguardada a possibilidade de um recurso eficaz de tais atos numa fase posterior, o mais tardar quando da decisão de adjudicação, «a decisão mais importante da entidade adjudicante»³⁰.

3. Decisão de admitir um participante a concurso

17. Se o diferimento do recurso de determinados tipos de atos preparatórios é considerado compatível com a diretiva relativa aos processos de recurso, a questão subsequente que se impõe é a de determinar que tipos de atos podem ser diferidos.

18. Em minha opinião, a linha divisória entre os atos que devem ser imediatamente recorríveis e os que não comportam tal exigência deve ser traçada entre os atos que produzem *efeitos jurídicos adversos* sobre as empresas e aqueles que não produzem tais efeitos. O recurso imediato deve estar salvaguardado no caso dos primeiros, mas não necessariamente no caso destes últimos.

19. No acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, o Tribunal de Justiça já estabelecera a distinção entre atos meramente preparatórios não suscetíveis de recurso — como estudos preliminares do contrato ou atuações que são simplesmente preparatórias e se inserem no âmbito de uma reflexão interna da entidade adjudicante³¹ — e decisões da entidade adjudicante que devem ser recorríveis. O Tribunal de Justiça considerou, designadamente, que este último tipo de decisões são as *suscetíveis de produzir efeitos jurídicos*. O Tribunal de Justiça não se pronunciou mais pormenorizadamente sobre essa constatação no âmbito do referido processo³².

20. Desenvolvendo mais aprofundadamente a abordagem do Tribunal de Justiça no acórdão Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), sou levado a sugerir que, ao abrigo da diretiva relativa aos processos de recurso, os Estados-Membros são obrigados a garantir o recurso imediato de atos ilegais que afetem adversamente a posição legal de um potencial proponente de tal modo que tornem excessivamente difícil ou impossível a esse proponente participar de forma significativa num concurso público, comprometendo assim a transparência do processo de concurso e a concorrência leal no âmbito do mesmo.

21. Tal verificar-se-ia, designadamente, no caso em que uma empresa deixa de poder participar utilmente num concurso público ou, podendo ainda fazê-lo, o concurso está significativamente distorcido em consequência do ato controvertido³³. No acórdão Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), o Tribunal de Justiça considerou que uma pessoa deve recorrer imediatamente de uma decisão da entidade adjudicante que fixou as especificações de um concurso que considera discriminatórias em seu detrimento, na medida em que a impeçam de participar utilmente no processo de adjudicação em causa. Fazer uma pessoa aguardar a notificação da decisão de adjudicação

29 — V. acórdão de 27 de fevereiro de 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, n.º 64 e 65).

30 — V. acórdão de 28 de outubro de 1999, Alcatel Austria e o. (C-81/98, EU:C:1999:534, n.º 38). De igual modo, nos termos do considerando 13 da Diretiva 2007/66, a adjudicação ilegal de contratos por ajuste direto constitui «a mais importante violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos».

31 — V. acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 35).

32 — V. acórdão de 11 de janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, n.º 34).

33 — V. acórdão de 12 de fevereiro de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93).

do contrato antes de poder contestar a legalidade das referidas especificações não está de acordo com os objetivos de celeridade e eficácia da diretiva relativa aos processos de recurso. Um tal atraso na propositura de procedimentos de recurso pode prejudicar a aplicação efetiva das diretivas em matéria de adjudicação de contratos públicos³⁴.

22. No caso concreto da decisão de admitir um candidato como proponente num processo de concurso, afigura-se que essa decisão não afeta adversamente a posição legal dos outros candidatos, especialmente num concurso público, em que a concorrência deve ser tão ampla quanto possível.

23. A este respeito, há que distinguir entre efeitos *jurídicos* adversos com repercussões imediatas na posição legal de uma empresa e implicações meramente *factuais* para uma empresa participante num concurso. Reconheço facilmente que a decisão de admitir outro concorrente a um concurso público pode ter algumas repercussões factuais sobre a posição dos outros concorrentes. Estes podem ser obrigados a reagir de alguma forma e, possivelmente, a adaptar a sua estratégia. No entanto, a menos que todas as regras em matéria de contratação pública sejam interpretadas como máximas da legalidade abstrata e objetiva, passíveis de ser aplicadas por qualquer potencial concorrente como um direito subjetivo próprio, a decisão de admitir um candidato (ainda) não afeta adversamente a posição legal daqueles.

24. Por último, o diferimento do recurso de uma decisão de admitir um candidato a concurso é ainda mais respaldado pelo facto de a distinção entre critérios de seleção e critérios de adjudicação estar, ao que parece, gradualmente a desaparecer. No domínio dos concursos públicos, as novas diretivas em matéria de contratação pública permitem expressamente que a autoridade adjudicante analise as propostas antes de verificar a ausência de motivos de exclusão e o cumprimento dos critérios de seleção³⁵. Acresce que determinados elementos que normalmente fazem parte do processo de seleção de candidatos, como a organização, as qualificações e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato, podem agora ser avaliados na fase de adjudicação³⁶.

25. Com tal, também seria contrário à abordagem mais recente do legislador da União entender que o recurso autónomo da decisão de admitir um candidato, separadamente do recurso da decisão de adjudicação de um contrato, deve decorrer da existência de uma etapa autónoma no processo de adjudicação, quando, na verdade, as duas etapas se estão a aproximar³⁷.

26. Por estes motivos, entendo que a diretiva relativa aos processos de recurso não obriga um Estado-Membro a garantir a possibilidade de recurso imediato e autónomo de uma decisão de admitir outro concorrente a um concurso público aberto. Contudo, as regras do Estado-Membro devem garantir a possibilidade de invocar uma exceção de ilegalidade em relação a essa decisão, em apoio de um recurso da decisão final de adjudicação do contrato interposto com base em anteriores decisões de admissão de candidatos.

34 — V. acórdão de 12 de fevereiro de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93, n.ºs 37 e 38).

35 — V., designadamente, artigo 56.º, n.º 2, 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 (JO 2014, L 94, p. 65). V., também, artigo 76.º, n.º 7, da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17 (JO 2014, L 94, p. 243).

36 — V. artigo 67.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2014/24 e artigo 82.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2014/25.

37 — Na exposição de motivos da sua proposta de diretiva, a Comissão afirma que «[a] distinção entre a seleção dos proponentes e a adjudicação do contrato, que provoca muitas vezes erros e mal-entendidos, tornou-se mais flexível» [Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, COM (2011) 896 final, p. 9].

27. No que respeita ao artigo 310.º, n.º 2, da Lei dos Contratos Públicos, observo que este faz uma distinção entre dois tipos de atos preparatórios adotados em processos de concurso: i) os que decidem direta ou indiretamente a adjudicação impossibilitam a prossecução do procedimento ou a defesa ou causam prejuízos irreparáveis aos direitos ou interesses legítimos; e ii) outros que não preenchem nenhum destes três critérios. Os primeiros podem ser objeto de recurso imediato através do recurso especial em matéria de contratos públicos. Os segundos não.

28. Não cabe ao Tribunal de Justiça interpretar o direito nacional por forma a determinar se o artigo 310.º, n.º 2, da Lei dos Contratos Públicos na sua integralidade e todos os eventuais atos preparatórios suscetíveis de se inscrever ou não nessa disposição são compatíveis com o direito da União. A resposta sugerida nas presentes conclusões refere-se apenas a um tipo de ato preparatório: a decisão de admitir um concorrente a um concurso público aberto. No que respeita a outros atos preparatórios que podem ser adotados nos termos do direito espanhol, cabe ao tribunal nacional decidir *in concreto* se aquele artigo 310.º, n.º 2, obsta ao recurso imediato de atos preparatórios que produzem efeitos jurídicos adversos sobre as empresas.

29. Por conseguinte, entendo que os artigos 1.º, n.ºs 1 e 3, e 2.º, n.º 1, da diretiva relativa aos processos de recurso não se opõem a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal desde que:

- a legislação nacional não obste ao recurso imediato de atos preparatórios que produzem efeitos jurídicos adversos sobre as empresas;
- seja possível invocar uma exceção de ilegalidade em relação a atos preparatórios que não produzem efeitos jurídicos adversos sobre as empresas, como a decisão de admitir um candidato a um concurso público, em apoio de um recurso contra a decisão final de adjudicação do contrato interposto com nesses atos preparatórios.

B — Quanto à segunda questão prejudicial

30. Atendendo à minha sugestão de resposta à primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, não é, pelo menos à luz da formulação expressa das questões pelo órgão jurisdicional de reenvio, necessário dar uma resposta à segunda questão. No entanto, por uma questão de exaustividade e a fim de assistir plenamente o Tribunal de Justiça, a minha resposta concisa à segunda questão, relativa ao efeito direto dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da diretiva relativa aos processos de recurso, seria a que a seguir se expõe:

31. No acórdão Koppensteiner, o Tribunal de Justiça já declarou que os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea b), da diretiva relativa aos processos de recurso são incondicionais e suficientemente precisos para fundamentar direitos que os particulares podem invocar³⁸. Como tal, essas disposições têm indubitavelmente efeito direto.

32. Em face da redação clara e precisa do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), bem como a sua proximidade funcional do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), não vejo razão para a mesma conclusão não se aplicar igualmente ao artigo 2.º, n.º 1, alínea a).

33. Assim sendo, entendo que as três disposições, isto é, os artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da diretiva relativa aos processos de recurso, têm efeito direto.

38 — V. acórdão de 2 de junho de 2005, Koppensteiner (C-15/04, EU:C:2005:345, n.ºs 38 e 39).

C — Observações finais

34. A diretiva relativa aos processos de recurso exige um procedimento de recurso eficaz, mas não necessariamente uniforme. É necessário encontrar um equilíbrio entre, por um lado, o acesso irrestrito aos tribunais durante o processo de adjudicação e, por outro, a economia processual e judicial, a fim de garantir uma proteção judicial *eficaz*. Em última análise, o que importa é um recurso célere e eficaz da própria decisão de adjudicação, no decurso do qual todos os passos anteriores possam ser postos em causa para assegurar que qualquer ilegalidade possa ser sanada oportunamente.

35. A diretiva relativa aos processos de recurso estabelece, pois, um limiar mínimo. Pelas razões acima enunciadas, não creio que para cumprir esse nível mínimo se imponha a obrigação de tornar qualquer decisão da entidade adjudicante objeto de recurso imediato e autónomo.

36. Com efeito, são concebíveis diversos modelos que respeitariam as normas mínimas estabelecidas pela diretiva relativa aos processos de recurso: um Estado-Membro pode optar por concentrar o processo de recurso, tanto quanto possível, num determinado momento, por exemplo, numa decisão final. Pelo contrário, um outro Estado-Membro pode decidir permitir o recurso de cada passo individual do processo, mas depois excluir as questões já tratadas anteriormente do eventual recurso da decisão final. Existe, pois, uma certa flexibilidade, contanto que em algum momento haja a possibilidade de recorrer eficaz e celeremente de todos os passos do processo de adjudicação.

37. Por outro lado, o facto de os Estados-Membros não estarem obrigados a tomar quaisquer medidas no respeito de um limiar de harmonização mínima em nada os impede de o fazer. Mais concretamente, é certo que os Estados-Membros não estão impedidos de providenciar meios de recurso mais amplos, incluindo o recurso autónomo e imediato de atos preparatórios suscetíveis de ser adotados no decurso de um processo de adjudicação, se o entenderem fazer.

V – Conclusão

38. À luz das considerações precedentes, recomendo ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à primeira questão que lhe foi submetida pelo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Tribunal Superior de Justiça da Andaluzia, Espanha):

Os artigos 1.º, n.ºs 1 e 3, e 2.º, n.º 1, 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 e fornecimentos, não se opõem a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal desde que:

- a legislação nacional não obste ao recurso imediato de atos preparatórios que produzem efeitos jurídicos adversos sobre as empresas;
- seja possível invocar uma exceção de ilegalidade em relação a atos preparatórios que não produzem efeitos jurídicos adversos sobre as empresas, como a decisão de admitir um candidato a um concurso público, em apoio de um recurso contra a decisão final de adjudicação do contrato interposto com base nesses atos preparatórios.