



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

5 de abril de 2016*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos de serviços — Diretiva 89/665/CEE — Artigo 1.º, n.ºs 1 e 3 — Tramitações processuais de recursos — Recurso de anulação da decisão de adjudicação de um contrato público interposto por um proponente cuja proposta não foi escolhida —

Recurso subordinado interposto pelo adjudicatário — Regra jurisprudencial nacional que impõe a apreciação prévia do recurso subordinado e, caso este seja julgado procedente, que o recurso principal seja julgado inadmissível, sem haver conhecimento do mérito — Compatibilidade com o direito da

União — Artigo 267.º TFUE — Princípio do primado do direito da União — Princípio de direito enunciado por decisão do pleno do órgão jurisdicional administrativo supremo de um

Estado-Membro — Regulamentação nacional que prevê o carácter vinculativo desta decisão para as secções deste órgão jurisdicional — Obrigação de a secção à qual foi submetida uma questão relativa ao direito da União, em caso de discordância com a decisão do plenário, reenviar a referida questão ao pleno — Faculdade ou obrigação de a secção submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça»

No processo C-689/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília, Itália), por decisão de 26 de setembro de 2013, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de dezembro de 2013, no processo

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)

contra

Airgest SpA,

sendo intervenientes:

Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA),

Zenith Services Group Srl (ZS),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

composto por: K. Lenaerts, presidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, T. von Danwitz, J. L. da Cruz Vilaça, D. Šváby e F. Biltgen, presidentes de secção, A. Rosas, E. Juhász (relator), A. Borg Barthet, J. Malenovský, J.-C. Bonichot, C. Vajda, S. Rodin e K. Jürimäe, juízes,

advogado-geral: M. Wathelet,

secretário: I. Illéssy, em seguida V. Giacobbo-Peyronnel, administradores,

* Língua do processo: italiano.

vistos os autos e após a audiência de 11 de março de 2015,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Puligienica Facility Esco SpA (PFE), por U. Ilardo, avvocato,
- em representação da Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) e da Zenith Services Group Srl (ZS), por D. Gentile e D. Galli, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Varone, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por D. Recchia e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 23 de abril de 2015,

visto o despacho de reabertura da fase oral do processo de 16 de julho de 2015 e após a audiência de 15 de setembro de 2015,

vistas as observações apresentadas:

- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Varone, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo neerlandês, por M. Bulterman e J. Langer, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por D. Recchia e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões complementares do advogado-geral na audiência de 15 de outubro de 2015,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público e de obras de fornecimentos (JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 (JO L 335, p. 31, a seguir «Diretiva 89/665»), do artigo 267.º TFUE e dos princípios do primado e da eficácia do direito da União.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (a seguir «PFE») à Airgest SpA (a seguir «Airgest»), a respeito da regularidade da adjudicação por esta última sociedade de um contrato público de serviços à Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) (a seguir «GSA») e à Zenith Services Group Srl (ZS).

Quadro jurídico

Direito da União Europeia

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

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

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

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da [Diretiva 2004/18], 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.»

[...]»

- 4 Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desta diretiva:

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

[...]

b) Anular ou mandar anular as decisões ilegais [...]

[...]»

Direito italiano

- 5 O Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília) foi instituído pelo Decreto Legislativo n.º 654, relativo às regras de exercício, na Região da Sicília, das funções que incumbem ao Consiglio di Stato (decreto legislativo n.º 654 — Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato), de 6 de maio de 1948 (GURI n.º 135, de 12 de junho de 1948). Este Consiglio di giustizia amministrativa assume, na referida região, as mesmas funções consultivas e jurisdicionais que o Consiglio di Stato.

- 6 O Decreto Legislativo n.º 104, relativo à aplicação do artigo 44.º da Lei n.º 69, de 18 de junho de 2009, que delega no governo a reorganização do processo administrativo (decreto legislativo n.º 104 — Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n.º 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), de 2 de julho de 2010 (suplemento ordinário do GURI n.º 156, de 7 de julho de 2010), tem por objeto a adoção do Código de Processo Administrativo.
- 7 O artigo 6.º deste código dispõe:
- «1. O Consiglio di Stato é o órgão da jurisdição administrativa que decide em última instância.
- [...]
6. Os recursos das decisões do Tribunale amministrativo regionale della Sicilia [(Tribunal administrativo regional da Sicília)] são interpostos para o Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana [(Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília)], nos termos das disposições do estatuto especial e das disposições de aplicação correspondentes.»
- 8 O artigo 42.º do referido código prevê, no seu n.º 1:
- «As partes recorridas e intervenientes podem apresentar pedidos cujo interesse está relacionado com o pedido apresentado a título principal, através de um recurso subordinado.»
- 9 O artigo 99.º do mesmo código tem a seguinte redação:
- «1. Se a secção à qual o recurso foi distribuído constatar que a questão de direito submetida para análise deu origem ou é suscetível de dar origem a divergências de jurisprudência, pode, através de despacho proferido a pedido das partes ou oficiosamente, remeter o recurso para o pleno. O pleno, se o considerar adequado, pode remeter os atos às secções.
2. Antes de ser proferida uma decisão, o presidente do Consiglio di Stato, a pedido das partes ou oficiosamente, pode submeter ao pleno qualquer recurso para que este se pronuncie sobre as questões de princípio de maior importância ou para pôr termo às divergências de jurisprudência.
3. Se a secção à qual o recurso foi distribuído entender que não concorda com um princípio de direito enunciado pelo pleno, remete para este último a decisão sobre o recurso, através de despacho fundamentado.
4. O pleno dirime o litígio na totalidade, exceto se decidir enunciar o princípio de direito e devolver o processo à secção que o remeteu, para continuação da instância.
5. Se considerar que a questão é particularmente importante, o pleno pode, de qualquer forma, enunciar o princípio de direito no interesse da lei, ainda que decrete a inadmissibilidade ou a improcedência do recurso ou julgue procedente uma exceção de inadmissibilidade ou extinga o processo. Neste caso, a decisão do pleno não produz efeitos na decisão impugnada.»
- 10 Nos termos do artigo 100.º do Código de Processo Administrativo:
- «As decisões dos tribunais administrativos regionais são suscetíveis de recurso para o Consiglio di Stato, sem prejuízo da competência do Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana [(Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília)] em matéria de recursos das decisões do Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia [(Tribunal administrativo regional da Sicília)].»

- 11 O Decreto Legislativo n.º 373, que estabelece as modalidades de aplicação do estatuto especial da Região da Sicília no que respeita ao exercício, na região, das funções que incumbem ao Consiglio di Stato (decreto legislativo n.º 373 — Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato), de 24 de dezembro de 2003 (GURI n.º 10, de 14 de janeiro de 2004, p. 4) prevê, no seu artigo 1.º, n.º 2, que as secções do Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília) funcionam como secções descentralizadas do Consiglio di Stato e, no seu artigo 4.º, n.º 3, que, em matéria jurisdicional, o Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília) conhece, em sede de recurso, dos recursos das decisões do Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Tribunal administrativo regional da Sicília).

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 12 Por anúncio publicado em 18 de janeiro de 2012, a Airgest, sociedade gestora do aeroporto civil de Trapani Birgi (Itália), abriu um concurso público aberto que tinha por objeto a adjudicação dos serviços de limpeza e manutenção dos espaços verdes desse aeroporto por um período de três anos. O montante deste contrato, excluindo o imposto sobre o valor acrescentado, era de 1 995 496,35 euros e o critério de adjudicação previsto era o da oferta economicamente mais vantajosa. O contrato foi adjudicado à associação temporária de empresas constituída entre a GSA e a Zenith Services Group Srl (ZS), por decisão de adjudicação definitiva de 22 de maio de 2012.
- 13 A PFE, que participou no concurso e ficou classificada em segundo lugar, interpôs um recurso no Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Tribunal administrativo regional da Sicília), no qual pediu, designadamente, a anulação da decisão de adjudicação do contrato e, por conseguinte, que este concurso lhe fosse adjudicado e que fosse celebrado o correspondente contrato. Os outros proponentes não impugnaram a referida decisão de adjudicação.
- 14 A GSA, líder da associação temporária de empresas à qual o contrato foi adjudicado, constituiu-se parte no litígio e interpôs um recurso subordinado que assentou na falta de interesse da PFE, recorrente principal, em prosseguir o seu recurso, por não preencher os requisitos de admissão ao concurso público pelo que, por conseguinte, devia ter sido excluída do procedimento de adjudicação do contrato. O Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Tribunal administrativo regional da Sicília) analisou os argumentos das duas partes e deu provimento aos dois recursos. Na sequência desta decisão, a Airgest, na sua qualidade de entidade adjudicante, excluiu as duas recorrentes, bem como todos os outros proponentes inicialmente inseridos na classificação, por as suas respetivas propostas serem desadequadas face aos documentos do concurso. Estes outros proponentes não tinham recorrido da decisão de adjudicação do concurso. Foi aberto um novo procedimento, por negociação, de adjudicação do contrato.
- 15 A PFE interpôs recurso da decisão do Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Tribunal administrativo regional da Sicília) no Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília). Quanto à GSA, interpôs, neste último órgão jurisdicional, um recurso subordinado, com o fundamento de que o Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Tribunal administrativo regional da Sicília), quando procedeu à análise dos fundamentos do recurso principal, não respeitou os princípios, relativos à ordem de apreciação dos recursos, estabelecidos no acórdão n.º 4, de 7 de abril de 2011, proferido pelo pleno do Consiglio di Stato. Nos termos deste último acórdão, no caso de um recurso subordinado que se destina a contestar a admissibilidade do recurso principal, o recurso subordinado deve ser analisado em primeiro lugar, antes do recurso principal. Na ordem jurídica nacional, tal recurso subordinado é qualificado de «excludente» ou de «paralisante», uma vez que, em caso de procedência deste recurso, o órgão jurisdicional no qual os recursos foram interpostos deve julgar o recurso principal inadmissível, sem conhecer do respetivo mérito.

- 16 O órgão jurisdicional de reenvio observa que o Tribunal de Justiça, no acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), que é posterior ao referido acórdão do pleno do Consiglio di Stato, declarou que o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe aos princípios, consagrados neste último acórdão, expostos no número anterior. O processo que deu origem ao acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) dizia respeito a dois proponentes que tinham sido selecionados pela entidade adjudicante e convidados a apresentar propostas. Na sequência do recurso interposto pelo proponente cuja proposta não foi vencedora, o adjudicatário interpôs um recurso subordinado, alegando que a proposta não vencedora devia ter sido excluída por não preencher um dos requisitos mínimos previstos no caderno de encargos.
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em primeiro lugar, se a interpretação do Tribunal de Justiça constante do acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) também é válida para o presente caso, uma vez que, no processo que deu origem àquele acórdão, eram duas as empresas que tinham apresentado propostas e ambas interesses opostos no âmbito do recurso principal de anulação interposto pela empresa cuja proposta não foi vencedora e do recurso subordinado interposto pelo adjudicatário, ao passo que, no processo principal, o número de empresas proponentes é superior a dois, embora apenas duas de entre elas tenham interposto recurso.
- 18 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, em conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 373, de 24 de dezembro de 2003, que estabelece as modalidades de aplicação do estatuto especial da Região da Sicília no que respeita ao exercício, na região, das funções que incumbem ao Consiglio di Stato, constitui uma secção do Consiglio di Stato e que, enquanto tal, é um órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional no direito interno, na aceção do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE. Ora, de acordo com a regra processual constante do artigo 99.º, n.º 3, do Código de Processo Administrativo, o órgão jurisdicional de reenvio é obrigado a aplicar os princípios de direito enunciados pelo pleno do Consiglio di Stato, inclusivamente no que diz respeito às questões relativas à interpretação e à aplicação do direito da União, sob reserva da faculdade de a secção, caso pretenda afastar-se do respeito pelos referidos princípios, remeter a questão em causa ao pleno para solicitar uma inversão da sua jurisprudência.
- 19 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio destaca as contradições entre o acórdão n.º 4 do pleno do Consiglio di Stato, de 7 de abril de 2011, e o acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) para afirmar que, caso a obrigação processual descrita no número anterior também se aplique às questões relativas ao direito da União, esta é incompatível com o princípio da competência exclusiva do Tribunal de Justiça em matéria de interpretação do direito da União e com a obrigação que incumbe a todos os órgãos jurisdicionais de última instância dos Estados-Membros de se dirigirem a título prejudicial ao Tribunal de Justiça quando sejam suscitadas questões de interpretação do referido direito.
- 20 Atendendo a estas considerações, o Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho de justiça administrativa da Região da Sicília) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) Os princípios enunciados pelo Tribunal de Justiça [...] no acórdão [*Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448)], respeitantes à situação específica, objeto do referido reenvio prejudicial, em que apenas duas empresas participavam num concurso público, são igualmente aplicáveis, dada a significativa analogia formal com o referido processo, ao processo agora submetido à apreciação deste Consiglio, em que as empresas participantes no concurso, apesar de inicialmente serem mais de duas, foram todas excluídas pela entidade adjudicante, sem que tenha havido impugnação da referida exclusão por empresas distintas das que participam no presente processo, pelo que o litígio agora submetido a este Consiglio se encontra de facto circunscrito unicamente a duas empresas?

2) No que respeita apenas às questões que podem ser dirimidas pela aplicação do direito da União Europeia, opõe-se à interpretação deste direito, e, designadamente, do artigo 267.º TFUE, o artigo 99.º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Administrativo, na parte em que a referida disposição estabelece o carácter vinculativo, para todas as secções e formações do Consiglio di Stato, de todos os princípios jurídicos enunciados pela sessão plenária, mesmo quando resulte muito claramente que a referida sessão plenária afirmou, ou pode ter afirmado, um princípio contrário ou incompatível com o direito da União Europeia? Em especial:

- Caso existam dúvidas sobre a conformidade ou a compatibilidade com o direito [da União] de um princípio jurídico já formulado pela sessão plenária, a secção ou a formação do Consiglio di Stato encarregadas de analisar o processo estão obrigadas a remeter à sessão plenária, através de um parecer fundamentado, a decisão do recurso, eventualmente ainda antes de poder proceder a um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça relativo à conformidade e à compatibilidade com o direito da União [...] do princípio jurídico controvertido, ou, em alternativa, a secção ou a formação do Consiglio di Stato podem ou devem, enquanto órgãos jurisdicionais nacionais de última instância, submeter de forma autónoma uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia para a correta interpretação do direito da União?
- Na hipótese de a resposta à questão apresentada no [travessão] anterior ser no sentido de que se reconhece a cada uma das secções e cada uma das formações do Consiglio di Stato a faculdade ou a obrigação de submeter diretamente questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça [...], em todos os casos em que o Tribunal de Justiça [...] se tenha manifestado, por maioria de razão depois da sessão plenária do Consiglio di Stato, declarando a existência de não conformidade, total ou parcial, entre a correta interpretação do direito da União [...] e o princípio jurídico de direito interno enunciado pela sessão plenária, todas as secções e formações do Consiglio di Stato, enquanto órgãos jurisdicionais comuns de última instância do direito da União [...], podem ou devem aplicar imediatamente a interpretação correta do direito da União [...] tal como é interpretado pelo Tribunal de Justiça [...] ou, em alternativa, nesses casos também estão obrigadas a remeter, através de um parecer fundamentado, a decisão do recurso à sessão plenária, deixando à avaliação exclusiva desta última e ao seu poder jurisdicional discricionário a aplicação do direito da União [...], que o Tribunal de Justiça já declarou ter carácter vinculativo?
- Por último, uma interpretação do sistema processual administrativo da República Italiana no sentido de que submete à apreciação exclusiva da sessão plenária a eventual decisão sobre o reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça [...] — ou apenas a resolução do litígio, quando esta decorra diretamente da aplicação dos princípios de direito da União [...] já formulados pelo Tribunal de Justiça [...] — opõe-se não só aos princípios de duração razoável do processo e de rápida interposição de um recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos mas também à exigência de aplicação plena e célere do direito da União [...] por todos os órgãos jurisdicionais de todos os Estados-Membros, de um modo obrigatoriamente conforme com a sua correta interpretação, tal como determinada pelo Tribunal de Justiça [...], também para efeitos da mais ampla aplicação dos princípios do denominado ‘efeito útil’ e do primado do direito da União [...] sobre o direito (não só material mas também processual) interno de cada Estado-Membro (no presente caso, sobre o artigo 99.º, n.º 3, Código de Processo Administrativo da República Italiana)?»

Quanto à primeira questão

- 21 Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 1.º, n.ºs 1, terceiro parágrafo, e 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente, que tem interesse em que lhe seja adjudicado um

determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratos públicos ou das regras de transposição desse direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível em aplicação das regras processuais nacionais que preveem que um recurso subordinado interposto por esse outro proponente deve ser analisado em primeiro lugar.

- 22 O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em especial, se a interpretação do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 feita pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) se aplica no caso de as empresas que participam no concurso em causa, ainda que admitidas inicialmente em número superior a dois, terem sido todas excluídas pela entidade adjudicante, sendo que para além das duas envolvidas no litígio no processo principal, nenhuma das restantes empresas interpôs recursos.
- 23 A este respeito, há que recordar que, nos termos das disposições do artigo 1.º, n.ºs 1, terceiro parágrafo, e 3, desta diretiva, para que os recursos das decisões tomadas por uma entidade adjudicante possam ser considerados eficazes, devem ser acessíveis pelo menos a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma violação alegada.
- 24 No n.º 33 do acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), o Tribunal de Justiça considerou que o recurso subordinado interposto pelo adjudicatário não pode conduzir a que se afaste o recurso de um proponente afastado no caso de a regularidade da proposta de cada um dos operadores ser posta em causa no âmbito do mesmo processo, uma vez que, em tal situação, cada um dos concorrentes pode alegar um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros, podendo levar a que se constate a impossibilidade de a entidade adjudicante proceder à seleção de uma proposta regular.
- 25 No n.º 34 do mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça interpretou, assim, o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 no sentido de que esta disposição se opõe a que o recurso de um proponente cuja proposta não foi escolhida seja julgado inadmissível na sequência do exame prévio da exceção de inadmissibilidade suscitada no âmbito do recurso subordinado do adjudicatário, sem que tenha havido decisão sobre a conformidade das duas propostas em causa com as especificações técnicas do caderno de encargos.
- 26 Este acórdão constitui uma concretização das exigências das disposições do direito da União referidas no n.º 23 do presente acórdão, em circunstâncias nas quais, na sequência de um procedimento de adjudicação de um contrato público, dois proponentes interpõem recursos com vista à sua exclusão recíproca.
- 27 Nesta situação, cada um dos dois proponentes tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato. Com efeito, por um lado, a exclusão de um proponente pode conduzir a que ao outro seja diretamente adjudicado o contrato no âmbito do mesmo processo. Por outro lado, em caso de exclusão dos dois proponentes e de abertura de um novo procedimento de adjudicação de contrato público, cada um dos proponentes poderia participar neste e, assim, ser-lhe indiretamente adjudicado o contrato.
- 28 A interpretação, recordada no n.ºs 24 e 25 do presente acórdão, que foi feita pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) é aplicável num contexto semelhante ao do processo principal. Com efeito, por um lado, cada uma das partes no litígio tem um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros concorrentes. Por outro lado, conforme o advogado-geral salientou no n.º 37 das suas conclusões, não é de excluir que uma das irregularidades que está na origem da exclusão tanto da proposta do adjudicatário como da proposta do proponente que contesta a decisão de adjudicação da entidade adjudicante também vicie as outras propostas apresentadas no âmbito do concurso público, o que pode conduzir a que esta deva dar início a um novo procedimento.

- 29 O número de participantes no procedimento de adjudicação do concurso público em causa, à semelhança do número de participantes que interpuseram recursos e da divergência dos fundamentos invocados por estes, não são pertinentes para a aplicação do princípio jurisprudencial resultante do acórdão *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448).
- 30 Atendendo às considerações que precedem, há que responder à primeira questão submetida que o artigo 1.º, n.ºs 1, terceiro parágrafo, e 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente, que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratos públicos ou das regras de transposição deste direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível em aplicação das regras processuais nacionais que preveem que o recurso subordinado interposto por esse outro proponente deve ser analisado em primeiro lugar.

Quanto à segunda questão

Quanto à primeira parte

- 31 Com a primeira parte da sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição de direito nacional quando esta seja interpretada no sentido de que, relativamente a uma questão que tem por objeto a interpretação ou a validade do direito da União, uma secção de um órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância, nos casos em que não partilhe da orientação definida pelo pleno desse órgão jurisdicional, deve remeter essa questão ao referido pleno e fica assim impedida de submeter uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça.
- 32 Como o Tribunal de Justiça já declarou reiteradamente, os órgãos jurisdicionais nacionais dispõem de uma faculdade ilimitada de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão de interpretação das disposições pertinentes do direito da União (v., neste sentido, acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, n.º 3), transformando-se esta faculdade em obrigação para os órgãos jurisdicionais que se pronunciam em última instância, sob reserva das exceções reconhecidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão *Cilfit e o.*, 283/81, EU:C:1982:335, n.º 21 e dispositivo). Uma regra de direito nacional não pode impedir um órgão jurisdicional nacional, consoante o caso, de fazer uso da referida faculdade (v., neste sentido, acórdãos *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, n.º 4; *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 42; e *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 27) ou de dar cumprimento à referida obrigação.
- 33 Tanto esta faculdade como esta obrigação são, com efeito, inerentes ao sistema de cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, instituído pelo artigo 267.º TFUE, e às funções de juiz responsável pela aplicação do direito da União confiadas por esta disposição aos órgãos jurisdicionais nacionais.
- 34 Por conseguinte, quando um órgão jurisdicional nacional, ao qual foi submetido um processo, considera que, no âmbito deste, se suscita uma questão relativa à interpretação ou à validade do direito da União, esse órgão jurisdicional tem a faculdade ou a obrigação, consoante o caso, de se dirigir ao Tribunal de Justiça a título prejudicial, sem que regras nacionais de natureza legislativa ou jurisprudencial possam constituir um obstáculo ao exercício desta faculdade ou desta obrigação.
- 35 No presente caso, uma disposição de direito nacional não pode impedir que uma secção de um órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância, confrontada com uma questão de interpretação da Diretiva 89/665, submeta uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça.

36 Atendendo a todas as considerações que precedem, há que responder à primeira parte da segunda questão que o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição de direito nacional quando esta seja interpretada no sentido de que, relativamente a uma questão que tem por objeto a interpretação ou a validade do direito da União, uma secção de um órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância, nos casos em que não partilhe da orientação definida pelo pleno desse órgão jurisdicional, deve remeter essa questão ao referido pleno e fica assim impedida de submeter uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça.

Quanto à segunda e terceira partes

37 Com a segunda e terceira partes da segunda questão, que há que analisar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, depois de recebida a resposta do Tribunal de Justiça a uma questão relativa à interpretação do direito da União que lhe submeteu, ou quando a jurisprudência do Tribunal de Justiça já tenha dado uma resposta clara a essa questão, aquele órgão jurisdicional deve, ele próprio, fazer tudo o que seja necessário para que essa interpretação do direito da União seja aplicada.

38 A este respeito, há que recordar que um acórdão proferido a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça vincula o juiz nacional, quanto à interpretação ou à validade dos atos das instituições da União em causa, para a solução do litígio no processo principal (v. acórdão Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 29 e jurisprudência referida). Por conseguinte, o juiz nacional que cumpriu, enquanto órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância, a sua obrigação de proceder ao reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, está vinculado, para a solução do litígio do processo principal, pela interpretação das disposições em causa feita pelo Tribunal de Justiça e deve, se for esse o caso, afastar a jurisprudência nacional que considera ser desconforme com o direito da União (v., neste sentido, acórdão Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 30).

39 Há também que recordar que o efeito útil do artigo 267.º TFUE seria diminuído se o juiz nacional estivesse impedido de dar, imediatamente, ao direito da União uma aplicação conforme com a decisão ou com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, n.º 20).

40 O juiz nacional responsável por aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito da União tem obrigação de garantir o efeito pleno dessas normas, não aplicando, se necessário e no exercício da sua própria autoridade, uma disposição contrária da legislação nacional, ainda que posterior, sem que tenha de pedir ou aguardar pela respetiva revogação prévia por via legislativa ou através de qualquer outro mecanismo constitucional (v., em primeiro lugar, acórdãos Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, n.ºs 21 e 24, e, em último lugar, A, C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 36 e jurisprudência referida).

41 Com efeito, seria incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito da União qualquer disposição de uma ordem jurídica nacional ou qualquer prática, legislativa, administrativa ou judicial, que tivesse por efeito diminuir a eficácia do direito da União pelo facto de recusar ao juiz que é competente para aplicar esse direito o poder de fazer, no momento exato dessa aplicação, tudo aquilo que é necessário para afastar as disposições legislativas nacionais que eventualmente constituam um obstáculo à plena eficácia das normas da União (v. acórdãos Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, n.º 22, e A, C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 37 e jurisprudência referida).

42 Atendendo às considerações que precedem, há que responder à segunda e terceira partes da segunda questão que o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, depois de ter recebido a resposta do Tribunal de Justiça a uma questão relativa à interpretação do direito da União que lhe

submeteu, ou quando a jurisprudência do Tribunal de Justiça já tenha dado uma resposta clara a essa questão, uma secção de um órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância deve, ela própria, fazer tudo o que seja necessário para que essa interpretação do direito da União seja aplicada.

Quanto às despesas

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

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

- 1) O artigo 1.º, n.ºs 1, terceiro parágrafo, e 3, da Diretiva 89/665 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente, que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratos públicos ou das regras de transposição deste direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível em aplicação das regras processuais nacionais que preveem que o recurso subordinado interposto por esse outro proponente deve ser analisado em primeiro lugar.
- 2) O artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição de direito nacional quando esta seja interpretada no sentido de que, relativamente a uma questão que tem por objeto a interpretação ou a validade do direito da União, uma secção de um órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância, nos casos em que não partilhe da orientação definida pelo pleno desse órgão jurisdicional, deve remeter essa questão ao referido pleno e fica assim impedida de submeter uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça.
- 3) O artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, depois de ter recebido a resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia a uma questão relativa à interpretação do direito da União que lhe submeteu, ou quando a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia já tenha dado uma resposta clara a essa questão, uma secção de um órgão jurisdicional que se pronuncia em última instância deve, ela própria, fazer tudo o que seja necessário para que essa interpretação do direito da União seja aplicada.

Assinaturas