CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PEDRO CRUZ VILLALÓN apresentadas em 1 de Junho de 2010 [1]

I – Introdução

1. O Anotato Dikastirio de Chipre (Tribunal Supremo), no exercício da sua competência de primeira instância [2], pergunta ao Tribunal de Justiça em que medida é possível deduzir do artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665/CEE [3] que as entidades adjudicantes de um contrato público têm o direito de interpor recurso judicial contra a anulação da sua decisão pelo órgão administrativo responsável pela fiscalização dos processos de recurso.

II – Quadro jurídico

A – *Directiva 89/665*

2. De acordo com o artigo 1.º, n.º 1, os «Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação de contratos de direito público abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes e, [nomeadamente], no n.º 7 do artigo 2.º, com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público

1 — Língua original: espanhol.

2 — Das suas decisões cabe recurso para o Plenário.

3 — Directiva 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 L 395, p. 33).

ou as normas nacionais que transpõem esse direito» [4].

3. O artigo 1.º, n.º 3, dispõe:

«Os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. Os Estados-Membros podem em particular exigir que a pessoa que pretenda utilizar tal processo tenha informado previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso».

4. Nos termos do artigo 2.º, n.º 8:

«Sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base.

[...] [5]».

B – *Direito cipriota*

5. Nos termos do artigo 146. °, n.º 2, da Constituição da República de Chipre, pode interpor recurso judicial dos actos ou omissões da Administração «qualquer pessoa a quem essa decisão, esse acto ou essa omissão tenha lesado directamente um interesse próprio, legítimo e actual que a mesma possua enquanto indivíduo ou membro de uma comunidade».

4 — Disposição alterada pelo artigo 41.º da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1). Segundo os artigos 33.º da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1), 36.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54), e 82.º, segundo parágrafo, da Directiva 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), e segundo os quadros de correspondência que constam dos anexos às referidas directivas, as referências às Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE no n.º 1 do artigo 1.º da Directiva 89/665 entendem-se como feitas à Directiva 2004/18.

5 — Após a adopção da Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2007 que altera as Directivas 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 L 335, p. 31), que não aplicável *ad casum* por razões cronológicas, o disposto no n.º 8 do artigo 2.º passou a figurar, sem alterações substantivas, no n.º 9 do mesmo artigo, embora a referência à "instância de base" no n.º 8 do artigo 2.º tenha sido substituída na versão espanhola [*NT*: e na versão portuguesa] pela expressão mais unívoca "instância de recurso".

6. A Lei 101(I)/2003 relativa à adjudicação de contratos (de fornecimento, de obras e de serviços), conforme alterada pela Lei 181(I)/2004, foi aprovada para harmonizar a legislação cipriota com o direito da União, incluindo a Directiva 89/665/CEE, para cuja aplicação, o artigo 55.º criou a Anatheoriti-ki Archi Prosforon (autoridade de revisão das propostas, a seguir «autoridade de revisão»), à qual o artigo 56.º atribui competência para decidir os «recursos hierárquicos» interpostos das decisões das entidades adjudicantes. O artigo 60.º dessa lei, conforme alterada pela Lei 181(I)/2004, prevê que: «Se o interessado se considerar lesado pela decisão da [autoridade de revisão], pode recorrer para o Anotato Dikastirio, nos termos do artigo 146.º da Constituição. A entidade adjudicante também pode interpor recurso para o Anotato Dikastirio, nos termos do artigo 146.º da Constituição, se, com base em documentação pertinente, a decisão da [autoridade de revisão] for considerada injusta relativamente à referida entidade».

7. Como adiante se verá, esta disposição foi objecto de uma declaração do Anotato Dikastirio, particularmente relevante neste caso.

III – Os antecedentes do processo nacional e a questão prejudicial

8. Em Junho de 2003, o Symvoulio Apochetefseon Lefkosias, (Conselho do serviço de saneamento básico de Nicósia, a seguir «Symvoulio») [6], actuando na qualidade de entidade adjudicante, tornou público um anúncio para o estudo, construção, exploração e manutenção, por um período de dez anos, de uma estação de tratamento de águas residuais em Anthoupolis.

9. Entre os candidatos pré-seleccionados figuravam os consórcios Degremont SA & Atlas Pantou Co. Ltd. (a seguir «Degremont») e WTE BAMAG.

10. Uma vez apresentadas as propostas, o Symvoulio informou a Degremont que decidira adjudicar o contrato ao consórcio WTE BAMAG.

11. Em 7 de Outubro de 2005, a Degremont interpôs recurso dessa decisão para a autoridade de revisão, requerendo, como medida cautelar, que a decisão do Symvoliou não fosse executada, já que implicaria a irreversibilidade da adjudicação do contrato. A audiência para deliberar sobre a medida cautelar foi marcada para 13 de Outubro de 2005, mas como, à data dos factos, a mera apresentação do pedido cautelar não tinha efeito suspensivo, o Symvoulio adjudicou efectivamente o contrato ao consórcio WTE BAMAG, antes

6 — Como resultou da audiência, a circunscrição territorial do Symvoulio abarca a área metropolitana de Nicósia e este órgão é presidido pelo Presidente da Câmara desse município.

de a autoridade de revisão ter decidido se o pedido de suspensão era procedente.

12. A autoridade de revisão pronunciou-se sobre o recurso em 14 de Fevereiro de 2006 e anulou a decisão do Symvoulio [7].

13. A empresa WTE não interpôs recurso judicial desta decisão para o Anotato Dikastirio. O Symvoulio seguiu um rumo inverso [8] em 31 de Março de 2006, invocando, como fundamento da sua legitimidade, os artigos 146.º, n.º 2, da Constituição e 60.º da Lei 101(I)/2003, relativa à adjudicação de contratos.

14. Na pendência do processo, em 10 de Dezembro de 2007, o Anotato Dikastirio proferiu, em plenário, um acórdão num outro recurso [9] que opunha as mesmas partes. Nesse acórdão, não aceitou que o Symvoulio, enquanto entidade adjudicante, tivesse interesse legítimo para interpor recurso da decisão de anulação da autoridade de revisão, pois, em resumo, (1) essa decisão se inseria num complexo procedimento de adjudicação, (2) a autoridade de revisão era uma segunda instância administrativa (instância superior) em relação ao Symvoulio, pelo que uma parte da Administração não podia ter interesse legítimo contra outra parte da Administração, (3) as entidades adjudicantes zelam pelo interesse público mas não têm interesses particulares e (4) o artigo 60.º da Lei 101(I)/2003 não pode conferir um direito de recurso à entidade adjudicante se esse direito não lhe é reconhecido pelo artigo 146.º, n.º 2, da Constituição.

15. O Anotato Dikastirio (no recurso n.º 629/2006), no exercício da sua competência de primeira instância, atenta a jurisprudência assente do seu Plenário e uma vez que no mesmo não se fez uma análise da legislação cipriota à luz da Directiva 89/665, suspendeu a instância e apresentou ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Em que medida o artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665/CEE reconhece às entidades adjudicantes o direito de interpor recurso judicial das decisões de anulação tomadas por órgãos responsáveis pelos processos de recurso, quando estes últimos não sejam órgãos jurisdicionais?»

7 — Os intervenientes neste processo de reenvio prejudicial não especificam as razões que levaram a autoridade de revisão a revogar a decisão do Symvoulio.

8 — Interpondo o recurso n.º 629/2006.

9 — Com o n.º 106/2006.

IV – Tramitação processual no Tribunal de Justiça

16. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 22 de Dezembro de 2008.

17. O Symvoulio, o Governo da República Checa e a Comissão entendem que o Tribunal de Justiça deve dar uma resposta positiva à questão do Anotato Dikastirio, no sentido de que o artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665 reconhece às entidades adjudicantes o direito de interporem recurso judicial das decisões das instâncias responsáveis pelos processos de recurso.

18. Segundo a autoridade de revisão, a Directiva 89/665 protege as empresas mas não as entidades adjudicantes, não lhes devendo ser reconhecido um interesse próprio para enfrentarem, por via judicial, as instâncias responsáveis pela revisão das suas decisões.

19. Na audiência, realizada em 25 de Março de 2010, apresentaram alegações orais os representantes do Symvoulio, da autoridade de revisão e da Comissão.

V – Quanto ao mérito

20. O reenvio prejudicial do Anotato Dikastirio coloca a questão, inédita na jurisprudência do Tribunal de Justiça, de saber se, com base na Directiva 89/665, deve ser reconhecido a uma entidade adjudicante o direito de impugnar as decisões de outro organismo público, ao qual incumbe a revisão das suas decisões, quando, sem prejuízo da natureza de direito público de ambos, têm personalidade jurídica independente e, além disso, pertencem a administrações diferentes e exercem funções distintas.

21. Para responder a esta questão, convém tecer algumas considerações prévias sobre a arquitectura dos recursos previstos pela Directiva 89/665, antes de analisar o alcance do referido artigo 2.º, n.º 8, desta última.

22. Do terceiro considerando da directiva decorre que «a abertura dos contratos de direito público à concorrência comunitária requer um aumento substancial das garantias de transparência e de não discriminação e que convém, para que dessa abertura resultem efeitos concretos, que existam meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito», o que é conforme com a regulamentação

«substantiva» [10] que visa a coordenação comunitária dos processos de adjudicação dos contratos públicos.

23. Os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de manobra para pôr em prática o sistema de recursos da directiva, que «apenas prevê [...] as condições mínimas que devem ser preenchidas pelos processos de recurso [...] [estabelecidos] nas ordens jurídicas nacionais, a fim de garantir o respeito das normas de direito comunitário em matéria de contratos públicos» [11].

24. Daí que, só para dar um exemplo, a directiva não inclua, qualquer disposição que se refira especificamente às condições em matéria de prazos dos recursos que visa instituir [12].

25. Designadamente, e no que agora mais importa, a directiva apenas garante, na linha do que já referi, que os processos de recurso são acessíveis, «pelo menos», a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato público e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou de regras nacionais que transpõem este direito [13].

26. Em qualquer caso, o legislador da União quis que a última instância de fiscalização da legalidade em matéria de contratação pública fosse um órgão jurisdicional [14], quer de forma imediata, isto é, quando a instância de recurso é directamente um tribunal, ou indirectamente, remetendo para os tribunais o conhecimento dos recursos interpostos das decisões de uma instância administrativa de revisão, eventualmente criada para o efeito. É nesta última situação que se inscreve o caso de Chipre, onde a instância competente para decidir impugnações dos actos da instância administrativa criada (a autoridade de revisão) é o Anotato Dikastirio (Tribunal Supremo).

10 — Actualmente integrada, fundamentalmente, pela Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1), e pela Directiva 2004/18/CE.

11 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2003, GAT (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.º 45), e despacho do Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 2007, Consorzio Elisoccorso San Raffaele (C-492/06, Colect., p. I-8189, n.º 21).

12 — Segundo os acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o. (C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 71), e de 28 de Janeiro de 2010, Uniplex (UK) Ltd (C-406/08, Colect., p. I-817, n.º 26), «[c]abe, portanto, ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro definir essas condições ».

13 — Despacho do Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 2007, já referido, n.º 20.

14 — Noção que compreende não só os órgãos jurisdicionais reconhecidos como tal do ponto de vista orgânico em cada Estado-Membro e cuja protecção é pedida mediante um «recurso judicial», mas também «outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base», pois o artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 89/665 permite também confiar-lhe o exame das decisões da entidade adjudicante ou do organismo administrativo responsável pelos recursos.

27. A partir do momento em que a directiva admite que a entidade competente para apreciação dos recursos das decisões da entidade adjudicante seja uma instância intermédia, é evidente que abre também a possibilidade de a via de recurso judicial que deve indubitavelmente ser a seguinte, ver alterada, até certo ponto, a sua razão de ser. Com efeito, o que se vai fiscalizar por via jurisdicional é a correcção da decisão da instância administrativa, confirmando ou anulando a adjudicação, por iniciativa de quem, em cada caso, tem legitimidade para tanto.

28. Esta consideração demonstra que, por definição, nos sistemas jurídicos nacionais que não optaram por prever instâncias administrativas de recurso e só admitem, exclusiva e directamente, a via jurisdicional, o problema colocado na questão prejudicial seria inexistente. Nessas circunstâncias, as entidades adjudicantes só podem ser partes demandadas. Inversamente, quando se trate de reagir, por via jurisdicional, à anulação pela entidade administrativa de fiscalização, abre-se a possibilidade de, além das empresas prejudicadas pela anulação, também as entidades adjudicantes pretenderem agir na qualidade de demandantes.

29. É por isso que, no presente caso, o Symvoulio, querendo provavelmente precaver-se contra um eventual pedido de indemnização por danos, pretende a fiscalização jurisdicional da anulação da adjudicação do contrato a um determinado proponente, por parte da autoridade de revisão.

30. Nestas circunstâncias, com base nessa apreciação, importa averiguar se é possível exigir o direito de recurso pretendido pelo Symvoulio.

31. Em meu entender, a Directiva 89/665 não exige, nem dela se pode inferir, que a entidade adjudicante tenha legitimidade activa para impugnar, em sede judicial, o acto da instância administrativa de recurso que anula a sua decisão.

32. Em primeiro lugar, a leitura conjugada dos sétimo e oitavo considerandos não é precisamente favorável à configuração do acesso das entidades adjudicantes ao recurso judicial como uma exigência da directiva. Nesses considerandos, o recurso só está expressamente previsto para as empresas, referindo-se que, sempre que estas não interponham recurso, «determinadas infracções [...] [não] podem ser corrigidas [...]».

33. Em segundo lugar, o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665, ao afirmar a necessidade de que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes, acaba por reconhecer a legitimidade passiva dessas entidades, mas sem que a

sua legitimidade activa possa inferir-se de qualquer outra disposição da directiva.

34. Por último, esta tese mais restritiva é confirmada pelo n.º 3 do artigo 1.º da directiva, uma vez que os recursos devem ser acessíveis, «pelo menos», a qualquer pessoa «que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação», o qual parece deixar aberta, no mínimo, a possibilidade de excluir as entidades adjudicantes. Acresce que a disposição parece mesmo ignorar essas entidades, pois permite aos Estados-Membros exigirem que a pessoa que pretenda utilizar tal processo informe previamente «a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso».

35. É certo que, no n.º 8 do artigo 2.º da directiva, a linguagem é mais aberta e, contrariamente a outras passagens, não faz referência específica aos proponentes (isto é, à pessoa que tem interesse em conseguir o contrato), circunstância em que o Symvoulio parece apoiar-se para, como entidade adjudicante, invocar um direito de recurso.

36. Com efeito, confrontando o n.º 3 do artigo 1.º com o n.º 8 do artigo 2.º da Directiva 89/665, o representante do Symvoulio defendeu na audiência que as duas disposições não são contraditórias. Na sua opinião, enquanto a última se refere apenas ao recurso interposto num órgão jurisdicional (ou que tenha essa natureza para efeitos do artigo 267.º TFUE), a primeira prevê também a possibilidade de o recurso ser interposto para uma instância responsável não jurisdicional, tendo como único objecto possível a decisão da entidade adjudicante. A razão é que seria conceptualmente impossível que o recurso fosse interposto pela entidade adjudicante contra a sua própria decisão, tudo isto diferentemente do que prevê o n.º 8 do artigo 2.º

37. Em minha opinião, porém, este elemento de ambiguidade do n.º 8 do artigo 2.º da directiva não é suficiente para alterar as anteriores considerações. O n.º 8 do artigo 2.º limita-se a admitir a possibilidade de uma primeira instância administrativa ser responsável pelo recurso, determinando contudo, nos termos já conhecidos, que, nesse caso, as suas decisões devem poder ser objecto de um recurso estritamente jurisdicional ou de um recurso para outra instância que seja equiparável a um órgão jurisdicional para efeitos do artigo 267.º do TFUE, mais uma vez sem precisar as pessoas com legitimidade para os interpor.

38. Por último, não é de acolher o argumento avançado pelo Symvoulio, e partilhado pela Comissão, de que, se a legitimidade activa daquele não for aceite, pode frustrar-se a oportunidade de uma aplicação directa e uniforme do direito da União, perdendo-se a ocasião de apresentar uma questão prejudicial no caso de, como acontece no caso em apreço, nenhuma empresa impugnar judicialmente a sua decisão.

39. Com efeito, por um lado, a eventual oportunidade adicional de se proceder a uma depuração do direito da União não pode condicionar directamente o modo como é regulamentada a matéria específica da legitimidade, que cabe na autonomia processual dos Estados-Membros. Quanto ao resto, é de esperar que, em circunstâncias normais, as anulações sem fundamento legal sejam impugnadas pelos proponentes, com a consequente possibilidade de haver um reenvio prejudicial.

40. Em qualquer caso, como cláusula de garantia, a directiva põe à disposição da Comissão um «mecanismo específico» sempre que, como dispõe o artigo 3.º, considerar que houve infracção clara e manifesta num processo de adjudicação de um contrato público. Para tanto, a disposição permite que sejam tomadas medidas apropriadas com vista à correcção rápida de qualquer alegada violação.

41. As considerações que antecedem permitem concluir que a Directiva 89/665 não se pronuncia directa nem indirectamente sobre vias de recurso que devam ser postas à disposição das entidades adjudicantes. No meu entender, isso bastaria para se dar uma resposta negativa à questão formulada pelo Anotato Dikastirio. No entanto, creio que esta conclusão deve ser reforçada por algumas considerações adicionais.

42. No n.º 18 das suas observações, o Symvoulio alegou que essa restrição implica para ele um prejuízo grave porque, por um lado, o contrato seria adjudicado a uma pessoa colectiva diferente do proponente por ele considerado mais apto e porque, por outro, não é de excluir que venha a ser responsabilizado por prejuízos suportados em consequência de uma adjudicação posteriormente anulada pela autoridade de revisão. Além disso, não se pode esquecer que o Symvoulio é uma pessoa colectiva de direito público, com poderes administrativos próprios para a gestão em concreto das águas [15], contexto este em que assume a natureza de entidade

15 — Com efeito, o Symvoulio representa, além disso, os interesses da Comunidade na gestão correcta das águas, gestão que, como foi confirmado na audiência, efectua sob a sua própria e inteira responsabilidade, o que abrange a sua distribuição e o seu tratamento na área metropolitana de Nicósia, assim excedendo o âmbito territorial deste município.

adjudicante, com uma posição diferenciada da da autoridade de revisão [16].

43. Neste sentido, e apesar de o Tribunal de Justiça não poder pronunciar-se sobre a posição orgânica do Symvoulio no sistema cipriota nem sobre as suas relações com a autoridade de revisão [17], a audiência foi suficientemente esclarecedora para permitir concluir que não deve ser considerada convincente a argumentação da autoridade de revisão de que a intervenção destes órgãos se integra num procedimento unitário de adjudicação, pelo facto de, na realidade, não serem instâncias independentes.

44. A isso se oporia, por outro lado, a lógica do recurso descrito no n.º 8 do artigo 2.º da Directiva 89/665, pois a pretensão dos proponentes, de revogação da adjudicação, ficaria francamente comprometida se não se admitisse um certo grau de independência entre a instância de recurso e a entidade adjudicante. Esta apreciação é avalizada pelo artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 2007/66, que, no caso de recurso da decisão de adjudicação de um contrato, se refere a «um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante».

45. Ora, independentemente de tudo quanto anteriormente ficou dito, importa assinalar o seguinte: uma vez que se verificou não existir na Directiva 89/665 qualquer referência no sentido de ser posta à disposição das entidades adjudicantes uma via de recurso, nem sequer no caso de anulações pela eventual instância administrativa de fiscalização, é óbvio que os prejuízos alegados pelo Symvoulio, se puderem ser justificados, só são abrangidos, em princípio, pela autonomia processual dos Estados-Membros e só podem ser objecto de reparação no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais respectivos.

46. Contudo, há uma outra consideração final a fazer: é que a autonomia processual dos Estados-Membros não é, naturalmente, absoluta. Com efeito, se a autonomia é exercida no âmbito do direito da União, tem como limites últimos os princípios gerais deste sistema e, particularmente no nosso caso,

16 — Das alegações dos intervenientes neste processo de reenvio prejudicial, decorre claramente que o Symvoulio é uma «entidade adjudicante» e a autoridade de revisão «um organismo de natureza não jurisdicional responsável pelo processo de recurso», pelo que basta invocar a Directiva 89/665 para chegar à conclusão de que estes dois órgãos administrativos exercem tarefas distintas, pelo menos do ponto de vista funcional.

17 — Não compete ao Tribunal de Justiça analisar o direito nacional, dado que o mecanismo prejudicial assenta numa clara separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, tendo este último apenas competência para se pronunciar sobre a interpretação ou a validade de uma norma da União, com base nos factos que lhe são fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional: v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Colect., p. I-2305, n.º 16); de 20 de Março de 1997, Phytheron International (C-352/95, Colect., p. I-1729, n.º 11) e de 16 de Julho de 1998, Dumon e Froment (C-235/95, Colect., p. I-4531, n.ºs 25 a 27).

tanto o valor «Estado de direito» [18] como o respeito dos direitos fundamentais, especialmente o direito a um recurso, nos termos do artigo 47.º da Carta [19].

47. Para os efeitos do presente caso, basta dizer que a natureza de pessoa colectiva de direito público destas entidades adjudicantes torna muito problemática a eventual invocação, pelas mesmas, do artigo 47.º da Carta [20], que, aliás, não foi trazido expressamente à colação neste processo.

48. Por último, mais difícil ainda será tentar deduzir do valor Estado de direito uma legitimidade activa da entidade adjudicante, nas circunstâncias do caso *sub iudice*. Desde logo, é indubitável que a imagem do Estado de direito inclui uma articulação equilibrada dos processos e, deste ponto de vista, pode parecer surpreendente que a entidade adjudicante veja fechada a via de acesso a um recurso judicial no caso de anulação da sua decisão de adjudicação pela entidade administrativa.

49. Contudo, não se pode ignorar que são sobretudo as empresas proponentes, às quais foi feita a adjudicação posteriormente anulada que têm naturalmente, por assim dizer, que impugnar judicialmente a referida anulação, no exercício de uma legitimidade activa que evidentemente nunca foi posta em causa.

50. Por outro lado, não é despiciendo recordar que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 7, da Directiva 89/665, os Estados-Membros «garantirão que as decisões tomadas pelas instâncias responsáveis pelos processos de recurso possam ser executadas de modo eficaz». A disposição não distingue entre órgãos jurisdicionais e não jurisdicionais, pelo que o encargo de optimizar a execução não deve ser afectado mais do que o estritamente necessário, designadamente fazendo arrastar a litigiosidade e a insegurança jurídica para além do previsto na directiva.

18 — O artigo 2.º TUE considera o «Estado de direito» um «valor» comum dos Estados-Membros. Ao invés o Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000 (JO C 364, p.1), na versão adoptada em Estrasburgo, de 12 de Dezembro de 2007 (JO C 303, p. 1, a seguir «Carta»), refere-se-lhe como «princípio». Por seu lado, o segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º TUE declara que «[o]s Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União».

19 — Acórdãos de 13 de Julho de 1989, Wachauf (5/88, Colect., p. 2609, n.º 18), e de 10 de Julho de 2003, Booker Aquaculture e Hydro Seafood (C-20/00 e C-64/00, Colect., p. I-7411, n.ºs 65 e segs.).

20 — O artigo 34.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não permite que os organismos públicos invoquem no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem os direitos nela conferidos; no entanto, o tribunal de Estrasburgo alargou a certas pessoas colectivas de direito público, em determinadas condições, a protecção do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: por exemplo, no seu acórdão de 9 de Dezembro de 1994, Les Saints Monastères/Grécia, série A, n.º 301 A, pp. 34 e 35, n.º 49, exigindo que essas pessoas não exerçam prerrogativas do poder público, o que, obviamente, não é o caso do Symvoulio.

51. Em minha opinião, o que antecede deveria ser suficiente para considerar que, nas circunstâncias do caso, a restrição da legitimidade activa da entidade adjudicante é proporcionada de um ponto de vista tão amplo como é, sem dúvida, o valor do Estado de direito. Por conseguinte, e para concluir, também não se deve depreender desta última observação que o Estado-Membro exerceu a sua autonomia processual no contexto da Directiva 89/665 ignorando os princípios gerais do direito da União e os valores ou os direitos fundamentais que o mesmo consagra.

VI – Conclusão

52. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma à questão prejudicial apresentada:

«O artigo 2.º, n.º 8, da Directiva 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 fornecimentos e de obras, não se opõe a uma interpretação em resultado da qual uma entidade adjudicante não pode exercer o direito de interpor recurso judicial contra a anulação da sua decisão pelo órgão administrativo responsável pelos processos de recurso».