ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

6 de Maio de 2010 *

Nos processos apensos C-145/08 e C-149/08,

que têm por objecto dois pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentados pelo Symvoulio tis Epikrateias (Grécia), por decisões de 15 de Fevereiro de 2008, entrados no Tribunal de Justiça em 9 de Abril de 2008, nos processos

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

contra

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Língua do processo: grego.

Ypourgos Epikrateias,

sendo intervenientes:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, anteriormente Elliniki Technodomiki TEB AE,

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, anteriormente Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE,

Leonidas Bombolas (C-145/08)

e

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

contra

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

sendo interveniente:

Michaniki AE (C-149/08),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente da Terceira Secção, exercendo funções de presidente da Quarta Secção, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (relator), G. Arestis e J. Malenovský, juízes,

advogada-geral: E. Sharpston,
secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 11 de Junho de 2009,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Club Hotel Loutraki AE, por I. K. Theodoropoulos e S. A. Pappas, dikigoroi,

— em representação da Athens Resort Casino AE Symmetochon e Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, anteriormente Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, por P. Spyropoulos, K. Spyropoulos e I. Dryllerakis, dikigoroi,

— em representação da Ellaktor AE, anteriormente Elliniki Technodomiki TEB AE, por V. Niatsou, dikigoros,

— em representação da Aktor ATE, por K. Giannakopoulos, dikigoros,

— em representação do Governo helénico, por A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna, N. Marioli e I. Dionysopoulos, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Patakia e D. Kukovec, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 29 de Outubro de 2009,

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objecto a interpretação das disposições pertinentes, atendendo às circunstâncias dos litígios nos processos principais, 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), e 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 obras [e] de fornecimentos (JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Directiva 92/50 (a seguir «Directiva 89/665»), bem como dos princípios gerais do direito da União em matéria de contratos públicos, nomeadamente, do princípio da protecção jurisdicional efectiva.

2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de litígios que opõem empresas privadas e pessoas singulares ao Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Conselho Nacional de Radiotelevisão, a seguir «ESR»), autoridade que, nos termos da legislação nacional, tem a faculdade e a obrigação de controlar se as pessoas que têm a qualidade de proprietário, sócio, accionista importante, membro de um órgão de administração ou quadro dirigente de uma empresa proponente num processo de adjudicação de um contrato público apresentam certas incompatibilidades previstas nessa legislação, devendo, neste caso, ser automaticamente excluídas do processo.

Quadro jurídico

Legislação da União

3 Nos termos do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 92/50:

«Os *contratos públicos de serviços* são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante […]

[…]»

4 O artigo 2.º desta directiva dispõe:

«Caso um contrato público abranja simultaneamente produtos na acepção da Directiva 77/62/CEE [do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29)] e serviços na acepção dos anexos I A e I B da presente directiva, integrar-se-á no âmbito da presente directiva se o valor dos serviços em questão exceder o dos produtos abrangidos pelo contrato.»

5 O artigo 3.º da mesma directiva estabelece:

«1. Na adjudicação dos seus contratos públicos de prestação de serviços, ou na organização de concursos para trabalhos de concepção, as entidades adjudicantes aplicarão procedimentos adaptados ao disposto na presente directiva.

2. As entidades adjudicantes assegurarão que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços.

[…]»

6 Nos termos do artigo 8.º da Directiva 92/50:

«Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI.»

7 O artigo 9.º desta directiva dispõe:

«Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.º e 16.º»

8 O artigo 14.º faz parte do título IV desta directiva, que diz respeito às regras comuns no domínio técnico e trata das especificações técnicas que devem constar dos documentos gerais ou dos documentos contratuais relativos a cada contrato, e o artigo 16.º faz parte do título V, que rege as regras comuns de publicidade.

9 O anexo I B da Directiva 92/50, sob a epígrafe «Serviços na acepção do artigo 9.º», abrange:

«[…]

17 Serviços de hotelaria e restauração

[…]

26 Serviços de carácter recreativo, cultural e desportivo 27 Outros serviços».

[…]

10 Por último, o artigo 26.º da mesma directiva estabelece no n.º 1:

«As propostas podem ser apresentadas por agrupamentos de prestadores de serviços. Não se pode exigir que estes grupos tenham uma determinada forma jurídica para efeitos de apresentação da proposta; no entanto, o agrupamento escolhido poderá ser obrigado a fazê-lo quando lhe for atribuído o contrato».

11 O artigo 1.º da Directiva 89/665 dispõe:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE [do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9)], 77/62[…] e 92/50[…], as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas condições previstas nos artigos seguintes[, 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 públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito.

2. Os Estados-Membros velarão por que não exista qualquer discriminação entre as empresas que estejam em condições de invocar um prejuízo no âmbito de um processo de atribuição de um contrato devido à distinção feita na presente directiva entre as normas nacionais que transpõem o direito comunitário e as outras normas nacionais.

3. 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 [ou de serviços] 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.».

12 Nos termos do artigo 2.º desta directiva:

«1 Os Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

a) Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes;

b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa;

c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.

[…]

5. Os Estados-Membros podem prever que, sempre que forem reclamadas indemnizações com base em que uma decisão foi tomada ilegalmente, a decisão contestada deva primeiro ser anulada por uma instância que tenha a competência necessária para esse efeito.

6. Os efeitos do exercício dos poderes referidos no n.º 1 sobre o contrato celebrado na sequência da atribuição de um contrato de direito público serão determinados pelo direito nacional.

Além disso, excepto se a decisão tiver de ser anulada antes da concessão de indemnizações, os Estados-Membros podem prever que, após a celebração do contrato na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação.

[…]»

Legislação nacional

13 A Directiva 89/665 foi transposta para o direito helénico pela Lei 2522/1997, relativa à tutela jurisdicional durante a fase que precede a celebração de um contrato de empreitada de obras públicas, de um contrato público de fornecimentos ou de um contrato público de serviços (FEK A' 178).

14 O artigo 2.º desta lei, sob a epígrafe «Alcance da tutela jurisdicional», dispõe:

«1. Qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse na adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, de um contrato público de fornecimento ou de um contrato público de serviços e que tenha sofrido ou que possa vir a sofrer danos em consequência da violação do direito comunitário ou do direito nacional tem o direito, nos termos concretamente previstos nos artigos seguintes, a uma tutela jurisdicional provisória, à anulação ou à declaração de nulidade do acto ilegal adoptado pela entidade adjudicante e a ser indemnizado pelos danos sofridos.

[…]»

15 O artigo 4.º da referida lei, intitulado «Anulação ou declaração de nulidade», dispõe:

«1. O interessado tem o direito de pedir a anulação ou a declaração de nulidade de qualquer acto ou omissão da entidade adjudicante que infrinja uma norma de direito comunitário ou nacional relativa ao procedimento que precede a celebração do contrato. […]

2. Se o tribunal anular ou declarar a nulidade de um acto ou omissão da entidade adjudicante depois da adjudicação do contrato, este não é afectado, salvo se, antes da sua adjudicação, o processo de adjudicação do contrato tenha sido suspenso por decisão que decrete medidas provisórias ou por despacho provisório. Nesse caso, o interessado tem o direito de exigir uma indemnização, em conformidade com o disposto no artigo seguinte.»

16 O artigo 5.º da Lei 2522/1997, sob a epígrafe «Pedido de indemnização», estabelece:

«1. O interessado que tenha sido excluído da participação no concurso ou da adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, de um contrato público de fornecimento ou de um contrato público de serviços, em violação de uma norma de direito comunitário ou nacional, tem o direito de exigir uma indemnização pelos danos causados pela entidade adjudicante, nos termos do disposto nos artigos 197.º e 198.º do Código Civil. Qualquer disposição que exclua ou limite este direito é inaplicável.

2. Para que a indemnização seja atribuída é necessário que tenha sido previamente anulado ou declarado nulo o acto ou omissão ilegais pelo tribunal competente. É permitido conjugar um recurso de declaração de nulidade com uma acção de indemnização em conformidade com as disposições de aplicação geral.»

17 Os artigos 197.º e 198.º do Código Civil, que remetem para a disposição anterior, prevêem a responsabilidade «pré-contratual», ou seja, a obrigação de pagar uma indemnização nos casos em que os interessados incorrem em despesas injustificadas no âmbito de um processo a fim de celebrar um contrato.

18 O Decreto Presidencial 18/1989 codifica as leis relativas ao Symvoulio tis Epikrateias (FEK A' 8). O seu artigo 47.º, intitulado «Interesse legítimo», prevê:

«1. Tem direito de interpor recurso de anulação a pessoa singular ou colectiva a quem um acto administrativo diz respeito ou cujos interesses legítimos, mesmo que não financeiros, sejam afectados por esse acto.

[…]»

19 A Lei 2206/1994 diz respeito à «Criação, organização, exploração, controlo de casinos, etc.» (FEK A' 62). Nos termos do artigo 1.º, n.º 7, desta lei, sob a epígrafe «Concessão de licenças de casino»:

«As licenças para as empresas de casino são concedidas por decisão do Ministro do Turismo e na sequência de um concurso público internacional organizado por uma comissão de sete membros.»

20 O artigo 3.º desta lei, intitulado «Funcionamento dos casinos», dispõe:

«O funcionamento dos casinos está sujeito ao controlo do Estado.

[…]»

21 O artigo 14.º, n.º 9, da Constituição helénica e a Lei de execução 3021/2002 (FEK A' 143) introduzem um regime de restrições aplicáveis à celebração de contratos públicos com pessoas que sejam activas ou detenham participações no sector dos meios de comunicação social. Este regime estabelece uma presunção de incompatibilidade entre a qualidade de proprietário, sócio, accionista importante ou quadro dirigente de

uma empresa que exerce uma actividade no sector dos meios de comunicação social e a de proprietário, sócio, accionista importante ou quadro dirigente de uma empresa à qual o Estado ou outra pessoa colectiva do sector público em sentido lato atribua a execução de empreitadas de obras, de fornecimentos ou de serviços. Esta incompatibilidade estende-se também às pessoas singulares que tenham entre si uma relação de parentesco de um determinado grau.

22 A Lei 3021/2002 dispõe, no essencial, que, antes da celebração de um contrato público e, em qualquer caso, antes da sua assinatura, a entidade adjudicante deve, sob pena de nulidade do contrato público, pedir ao ESR a emissão de um certificado comprovativo da inexistência dos pressupostos de incompatibilidade enunciados nesta lei. A decisão do ESR é vinculativa para a entidade adjudicante, mas pode ser objecto de recurso de anulação por parte das pessoas que demonstrem ter interesse em agir, incluindo as autoridades públicas.

23 No seu acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Michaniki (C-213/07, Colect., p. I-9999, n.os 1 e 2 do dispositivo), o Tribunal de Justiça declarou que, embora o direito da União não se oponha a uma legislação que prossegue os objectivos legítimos da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, opõe-se, porém, na perspectiva do princípio da proporcionalidade, à instituição de uma presunção inilidível de incompatibilidade como a prevista na legislação nacional em causa.

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

Processo C-145/08

24 Resulta da decisão de reenvio que, por decisão de 10 de Outubro de 2001, a comissão interministerial competente decidiu privatizar a sociedade Elliniko Kazino Parnithas AE (a seguir «EKP»), filial da sociedade Ellinika Touristika Akinita AE (a seguir «ETA»), cujo capital accionista é detido a 100% pelo Estado helénico. O anúncio de concurso publicado no mês de Outubro de 2001 previa uma primeira fase para pré-seleccionar de entre os interessados os que preenchiam os requisitos estabelecidos no referido anúncio. A fase posterior visava designar de entre os interessados o concorrente com a proposta economicamente mais vantajosa, que seria convidado a assinar o contrato. Durante a primeira fase, foram pré-seleccionados o agrupamento de empresas Koinopraxia Kazino Attikis e o agrupamento de empresas Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE.

25 Na sequência de um anúncio suplementar publicado no mês de Abril de 2002, as cláusulas do contrato a assinar foram estabelecidas do seguinte modo:

O contrato tem carácter misto e compreende:

— um acordo nos termos do qual a ETA vende 49% das acções da EKP a uma «sociedade anónima com um único objectivo» (a seguir «AEAS»), a ser constituída pelo proponente seleccionado;

— um acordo pelo qual a AEAS se compromete a executar um plano de desenvolvimento que deverá ser executado no prazo de 750 dias a contar da obtenção das autorizações necessárias. Este plano de desenvolvimento deverá compreender o melhoramento das instalações do casino e a valorização das oportunidades facultadas pela sua licença de funcionamento, a renovação e a recuperação de duas unidades hoteleiras que pertencem ao complexo imobiliário e o ordenamento dos terrenos circundantes, com uma superfície de cerca de 280 hectares. A execução destas obras constitui uma parte do preço a pagar pela aquisição de 49% das acções da EKP;

— um acordo entre a ETA e a AEAS, pelo qual esta última adquire o direito de nomear a maioria dos membros do conselho de administração da EKP e, assim, administrar a sociedade de acordo com as termos estipulados no contrato;

— um acordo nos termos do qual a AEAS assume a gestão do casino em contrapartida de uma remuneração, que será paga pela ETA. A título dessa remuneração, a AEAS receberá uma quantia que não poderá exceder uma percentagem degressiva dos lucros de exploração anuais (que decrescerá de 20% dos lucros até 30 milhões de euros a 5% dos lucros superiores a 90 milhões de euros) e 2% do volume de negócios;

— na qualidade de gerente, a AEAS deve gerir o casino de forma a manter permanentemente um ambiente luxuoso, oferendo serviços de elevado nível e de maneira financeiramente rentável para a EKP. Concretamente, os lucros da gestão antes de impostos não deveriam ser inferiores a um total de 105 milhões de euros para os cinco primeiros exercícios financeiros seguintes à entrada em vigor do contrato. Os lucros líquidos deverão ser partilhados entre a ETA e a AEAS em função da percentagem do capital da EKP detido por cada uma delas;

— uma vez que a EKP é o único casino que funciona actualmente na região da Ática, o contrato prevê que, no caso de vir a ser legalmente estabelecido outro casino no interior dessa zona geográfica no prazo de dez anos a contar da entrada em vigor do contrato, a ETA fica obrigada a pagar à AEAS, a título de indemnização, uma quantia correspondente a 70% do preço da transacção. O montante da indemnização será reduzido de um décimo por cada ano a contar da entrada em vigor do contrato;

— no que se refere à gestão do casino, a vigência do contrato termina dez anos após a sua entrada em vigor.

26 Uma vez que o agrupamento Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE apresentou a proposta economicamente mais vantajosa no âmbito do processo em questão, foi designado como adjudicatário. Antes da assinatura do contrato, a ETA comunicou ao ESR a identidade dos proprietários, sócios, accionistas importantes e quadros dirigentes do adjudicatário, de modo a obter um certificado que atestasse não existir nenhum dos casos de incompatibilidade previstos no artigo 3.º da Lei 3021/2002. Por certificado emitido em 27 de Setembro de 2002, o ESR atestou que não existia, no caso em apreço, qualquer caso de incompatibilidade entre as pessoas anteriormente indicadas.

27 Este acto do ESR foi objecto de recurso de anulação interposto por apenas três dos sete membros que compõem o agrupamento proponente Koinopraxia Kazino Attikis, ao qual não foi adjudicado o contrato. As recorrentes alegaram que um dos membros do agrupamento ao qual foi adjudicado o contrato se enquadrava num dos casos de incompatibilidade previstos na legislação nacional e que, por isso, a adjudicação do contrato deveria ser anulada.

28 O órgão jurisdicional de reenvio observa que o contrato em causa é um contrato misto, que contém, por um lado, uma parte relativa à venda de acções pela ETA ao proponente com a proposta economicamente mais vantajosa, parte esta que, enquanto tal, não é abrangida pelas normas da União em matéria de contratos públicos, e, por

outro, uma parte relativa a um contrato de serviços a celebrar com o proponente com a proposta economicamente mais vantajosa, que assume as obrigações de gestão do casino. A parte que respeita à venda das acções é, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a mais importante deste contrato misto. Além disso, este contrato compreende também uma parte relativa a um contrato de empreitada de obras, na medida em que o adjudicatário assume a obrigação de executar as obras referidas na decisão de reenvio como pagamento parcial das acções transmitidas. O órgão jurisdicional de reenvio observa que esta última parte tem um carácter totalmente acessório relativamente à parte «serviços».

29 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se se pode considerar que a parte «serviços» do contrato em causa constitui um contrato de concessão de serviços públicos, que não está sujeito à regulamentação da União. A este respeito, é preciso verificar em que medida o adjudicatário suporta os riscos associados à organização e à exploração dos serviços em questão, tendo em conta também o facto de que esses serviços estão relacionados com actividades que, em conformidade com as normas nacionais a que estão sujeitas, podem ser objecto de direitos exclusivos e especiais.

30 No caso de o Tribunal de Justiça declarar que a parte do contrato controvertido respeitante à gestão do casino constitui um contrato público de serviços, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se o recurso de anulação interposto a nível nacional é abrangido pelas garantias processuais previstas na Directiva 89/665, tendo em conta o facto de o objecto principal do contrato, isto é, a venda de acções da EKP, não ser abrangido pelo âmbito de aplicação das normas comunitárias em matéria de contratos públicos e de os contratos que têm por objecto esse serviços, incluídos no anexo I B da Directiva 92/50, deverem ser adjudicados em conformidade com o disposto nos artigos 14.º e 16.º desta directiva, que incluem unicamente obrigações de carácter processual. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, porém, sobre se, apesar deste aspecto limitado das obrigações, o princípio da igualdade de tratamento dos participantes num processo de adjudicação de contrato, que a Directiva 89/665 tem como objectivo salvaguardar, se aplica também nestes casos.

31 Se o Tribunal de Justiça considerar que um recurso de anulação como o que está em causa no processo principal se enquadra no âmbito de aplicação da Directiva 89/665, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se as normas do direito da União se opõem a uma norma processual nacional, como a que consta do artigo 47.º, n.º 1,

do Decreto Presidencial 18/1989, conforme interpretado por esse órgão jurisdicional, nos termos da qual aqueles que participam num processo de adjudicação de um contrato público como um agrupamento podem unicamente interpor recurso de anulação dos actos que se inserem no âmbito desse processo se o fizerem todos e conjuntamente, sem o qual o recurso é declarado inadmissível.

32 O órgão jurisdicional de reenvio refere-se a este respeito ao acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2005, Espace Trianon e Sofibail (C-129/04, Colect., p. I-7805, n.º 22), segundo o qual uma norma processual nacional que exige que um recurso de anulação da decisão de uma entidade adjudicante de adjudicar um contrato público seja interposto pelo conjunto dos membros que formam um consórcio proponente não limita o acesso a tais recursos de uma forma contrária ao artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665.

33 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, porém, sobre se esta conclusão, que dizia respeito, nesse acórdão, a um recurso de anulação da decisão de uma entidade adjudicante de adjudicar um contrato público, é igualmente válida para todas as formas de protecção jurisdicional garantidas pela mencionada directiva, nomeadamente para o pedido de indemnização. Esta problemática está ligada ao facto de, no caso em apreço, o legislador nacional, que exerce a faculdade que é conferida aos Estados-Membros pelo artigo 2.º, n.º 5, da Directiva 89/665, ter feito depender, com a adopção do artigo 5.º, n.º 2, da Lei 2522/1997, a concessão de uma indemnização da anulação prévia do acto alegadamente ilegal.

34 A conjugação desta disposição com a norma processual que consta do artigo 47.º, n.º 1, do Decreto Presidencial 18/1989, conforme interpretada pelo órgão jurisdicional de reenvio, torna impossível a qualquer membro individual de um agrupamento que tenha participado sem sucesso num processo de adjudicação de um contrato público não só obter a anulação do acto que prejudica os seus interesses mas também pedir ao juiz competente uma indemnização pelos danos que sofreu individualmente. Há que sublinhar que, no caso em apreço, o juiz competente em matéria de recursos de anulação é o Symvoulio tis Epikrateias (Conselho de Estado), enquanto que, em matéria de indemnizações, é competente outro órgão jurisdicional.

35 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio observa que a possibilidade, para cada um dos membros de um agrupamento, de pedir ao juiz competente que lhe seja concedida uma indemnização dependerá, portanto, da circunstância de todos os outros membros do agrupamento pretenderem interpor recurso de anulação, quando o prejuízo sofrido pelos membros do agrupamento, a título individual, pela não adjudicação do contrato pode ser diferente em função do grau de despesas em que os membros incorreram para efeitos da participação nesse contrato. Por consequência, o interesse de cada um dos membros do agrupamento em pedir a anulação de uma decisão pode também ser diferente. Assim, pode perguntar-se se, neste contexto processual, o princípio da protecção jurisdicional efectiva estabelecido na Directiva 89/665 é salvaguardado.

36 O órgão jurisdicional de reenvio indica além disso que, de acordo com as normas processuais nacionais relativas ao direito geral a uma indemnização pelos danos causados por actos ilegais do Estado ou de pessoas colectivas de direito público, é ao juiz competente em matéria de indemnizações que cabe fiscalizar também, de modo incidental, a legalidade do acto administrativo no âmbito de uma acção de indemnização, e não a outro órgão jurisdicional, como é o caso dos recursos de anulação interpostos no âmbito de processos de contratos públicos. Por isto, interroga-se sobre se os processos destinados a assegurar a salvaguarda dos direitos decorrentes do direito da União são menos favoráveis do que os que asseguram a salvaguarda de direitos semelhantes ou análogos decorrentes do direito nacional.

37 O órgão jurisdicional de reenvio refere, por último, que a sua interpretação actual do artigo 47.º, n.º 1, do Decreto Presidencial 18/1989, no sentido de que unicamente têm legitimidade para pedir a anulação de um acto que se insere no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público todos os membros de um agrupamento, actuando conjuntamente, constitui uma mudança de orientação da sua jurisprudência assente segundo a qual os membros podiam interpor recurso individualmente.

38 Paralelamente, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha o contexto particular em que se situa o processo principal, ou seja, que, inicialmente, o recurso em causa foi interposto pelo agrupamento enquanto tal e pelos seus sete membros na Quarta Secção do Symvoulio tis Epikrateias. Esta formação de julgamento declarou inadmissível o recurso relativamente ao agrupamento e a quatro dos seus membros pelo facto de o

seu advogado não estar por eles devidamente mandatado para o efeito e, relativamente aos três restantes membros do agrupamento, remeteu o processo, atendendo à sua importância, ao plenário desse órgão jurisdicional. Assim, a referida Quarta Secção aplicou a jurisprudência até então assente, segundo a qual era também admissível o recurso interposto por determinados membros de um agrupamento.

39 Todavia, a decisão de inadmissibilidade dessa Quarta Secção relativa ao recurso do agrupamento enquanto tal e de quatro dos seus membros é definitiva, de modo que não pode ser remediada no âmbito do processo pendente no tribunal pleno do órgão jurisdicional de reenvio. Assim, este interroga-se sobre se essa mudança de orientação da sua jurisprudência é conforme ao princípio do processo equitativo, que constitui um princípio geral do direito da União e está igualmente consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), e ao princípio da protecção da confiança legítima.

40 Atendendo a estas considerações, o Symvoulio tis Epikrateias, em plenário, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Um contrato através do qual a entidade adjudicante atribui ao adjudicatário a gestão de um casino, a execução de um plano de desenvolvimento que consiste na renovação das instalações do casino e na fruição empresarial das oportunidades facultadas pela licença relativa a esse casino, e em que está incluída uma cláusula com base na qual a entidade adjudicante assume a obrigação de indemnizar o adjudicatário se, na zona, entendida em sentido amplo, em que se situa o casino em causa, um outro casino exercer legalmente a sua actividade, constitui um contrato de concessão, não disciplinado pela Directiva 92/50[…]?

2) Em caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial: um recurso interposto pelos participantes num processo de adjudicação de [um contrato público]

de natureza mista que também prevê a prestação de serviços incluídos no anexo I B da Directiva 92/50[…], em que se alega a violação do princípio da igualdade de tratamento dos participantes no concurso (princípio enunciado no artigo 3.º, n.º 2, da referida directiva), é abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 89/665[…] ou essa aplicação está excluída, pelo facto de, nos termos do disposto no artigo 9.º da Directiva 92/50[…], só os seus artigos 14.º e 16.º serem aplicáveis ao processo de adjudicação do referido contrato de prestação de serviços?

3) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão prejudicial: se se admitir que, em princípio, uma norma nacional segundo a qual só o conjunto dos membros de um [agrupamento] sem personalidade jurídica — e não os seus membros individualmente considerados — que participou sem sucesso num processo de adjudicação de contratos públicos pode recorrer do acto de adjudicação, o que também é válido para os casos em que o recurso foi inicialmente interposto por todos os membros do [agrupamento] em comum, mas foi julgado inadmissível apenas em relação a alguns deles, não é contrária ao direito comunitário, concretamente às disposições da Directiva 89/665[…], é necessário, para efeitos da aplicação da referida directiva com vista à declaração da referida inadmissibilidade, verificar se os membros individualmente considerados, depois de terem feito uso desse recurso, têm o direito de pedir a outro tribunal nacional a indemnização eventualmente prevista por uma norma de direito nacional?

4) Quando a jurisprudência constante de um órgão jurisdicional nacional admita que um membro individual de um [agrupamento] também pode validamente recorrer de um acto adoptado num processo de adjudicação de contratos públicos, é compatível com as disposições da Directiva 89/665[…], interpretada à luz do artigo 6.º da [CEDH], como princípio geral de direito comunitário, a declaração de inadmissibilidade do recurso, pelo facto de se ter verificado uma mudança de orientação da jurisprudência, sem que seja dada previamente ao recorrente a possibilidade de sanar essa causa de inadmissibilidade ou, em qualquer caso, de apresentar as suas observações sobre a questão, em conformidade com o princípio do contraditório?»

41 A cidade de Tessalónica decidiu organizar um concurso público para a adjudicação de um contrato de execução da obra intitulada «Construção do edifício municipal de Tessalónica e do parque de estacionamento subterrâneo». Por decisão de 1 de Julho de 2004 da comissão municipal, o contrato foi adjudicado ao agrupamento constituído pelas sociedades Aktor ATE, Themeliodomi AE e Domotechniki AE. Para proceder à celebração do contrato, a entidade adjudicante comunicou ao ESR, em conformidade com a legislação nacional em vigor, a identidade das pessoas que têm a qualidade de proprietário, sócio, accionista importante ou quadro dirigente das sociedades membros do agrupamento acima mencionado, para que fosse certificado que não existe, entre essas pessoas, nenhum dos casos de incompatibilidade previstos no artigo 3.º da Lei 3021/2002.

42 Após ter constatado que um dos membros do conselho de administração da sociedade Aktor ATE apresentava um dos casos de incompatibilidade previstos na disposição nacional acima mencionada, o ESR, por acto de 1 de Novembro de 2004, recusou emitir o certificado que constituía uma condição necessária para a assinatura do contrato. A reclamação apresentada pela sociedade Aktor ATE contra esse acto negativo do ESR foi indeferida por decisão do mesmo em 9 de Novembro de 2004. É contra estas duas decisões negativas do ESR que a sociedade Aktor ATE, a única entre as três sociedades que compõem o agrupamento ao qual foi adjudicado o contrato, interpôs recurso de anulação no órgão jurisdicional de reenvio, baseando-se na jurisprudência existente deste último que julgava admissíveis os recursos interpostos a título individual por membros de um consórcio.

43 Nestas condições, o Symvoulio tis Epikrateias, também em plenário, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Se se admitir que, em princípio, uma norma nacional segundo a qual só o conjunto dos membros de um [agrupamento] sem personalidade jurídica — e não os seus membros individualmente considerados — que participou sem sucesso

num processo de adjudicação de contratos públicos pode recorrer do acto de adjudicação, o que também é válido para os casos em que o recurso foi inicialmente interposto por todos os membros do [agrupamento] em comum, mas foi julgado inadmissível apenas em relação a alguns deles, não é contrária ao direito comunitário, concretamente às disposições da Directiva 89/665[…], é necessário, para efeitos da aplicação da referida directiva com vista à declaração da referida inadmissibilidade, verificar se os membros individualmente considerados, depois de terem feito uso desse recurso, têm o direito de pedir noutro tribunal nacional a indemnização eventualmente prevista por uma norma de direito nacional?

2) Quando a jurisprudência constante de um órgão jurisdicional nacional admita que um membro individual de um [agrupamento] também pode validamente recorrer de um acto adoptado num processo de adjudicação de contratos públicos, é compatível com as disposições da Directiva 89/665[…], interpretada à luz do artigo 6.º da CEDH como princípio geral de direito comunitário, a declaração de inadmissibilidade do recurso, pelo facto de se ter verificado uma mudança de orientação da jurisprudência, sem que seja dada previamente ao recorrente a possibilidade de sanar essa causa de inadmissibilidade ou, em qualquer caso, de apresentar as suas observações sobre a questão, em conformidade com o princípio do contraditório?»

44 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2008, os processos C-145/08 e C-149/08 foram apensados para efeitos das fases escrita e oral e do acórdão.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto às questões submetidas no processo C-145/08

45 Com as suas questões relativas à aplicabilidade da Directiva 92/50 a um contrato como o que está em causa no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio procura saber se a Directiva 89/665 é aplicável no caso em apreço, uma vez que a aplicação desta directiva pressupõe a aplicabilidade de uma das directivas relativas a contratos públicos referidas no artigo 1.º desta mesma directiva. Assim, é preciso examinar estas questões em conjunto e determinar se um contrato como este é abrangido pelo âmbito de aplicação de uma das directivas mencionadas nesse artigo.

46 Resulta tanto da descrição detalhada e circunstanciada da decisão de reenvio como da qualificação dada pelo órgão jurisdicional de reenvio à transacção em causa no processo principal que esta constitui um contrato misto.

47 Com efeito, este contrato é constituído, no essencial, por um acordo que tem por objecto a venda pela ETA de 49% das acções da EKP à AEAS (a seguir «parte "venda de acções"»), por um acordo nos termos do qual a AEAS assume a gestão do casino em contrapartida de uma remuneração (a seguir «parte "serviços"») e por um acordo em virtude do qual a AEAS se compromete a executar um plano de melhoramento das instalações do casino e das unidades hoteleiras contíguas, bem como de ordenamento do espaço circundante (a seguir «parte "obras"»).

48 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, no caso de um contrato misto cujas diferentes partes, nos termos do anúncio de concurso, estão inseparavelmente ligadas, formando, assim, um todo indivisível, a operação em causa deve ser examinada no seu todo de modo unitário para efeitos da sua qualificação jurídica e deve ser apreciada com base nas normas que regulam a parte que constitui o objecto principal

ou o elemento preponderante do contrato (v., neste sentido, acórdãos de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, C-3/88, Colect., p. 4035, n.º 19; de 19 de Abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Colect., p. I-1329, n.os 23 a 26; de 18 de Janeiro de 2007, Auroux e o., C-220/05, Colect., p. I-385, n.os 36 e 37; de 21 de Fevereiro de 2008, Comissão/Itália, C-412/04, Colect., p. I-619, n.º 47; e de 29 de Outubro de 2009, Comissão/Alemanha, C-536/07, Colect., p. I-10355, n.os 28, 29, 57 e 61).

49 Esta conclusão é válida independentemente da questão de saber se a parte que constitui o objecto principal de um contrato misto se enquadra ou não no âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos.

50 Consequentemente, cabe examinar se o contrato misto em causa no processo principal constitui um todo indivisível e, se for o caso, se se enquadra no seu todo, em razão do seu objecto principal, numa das directivas mencionadas no artigo 1.º da Directiva 89/665, que regem os contratos públicos.

51 Em primeiro lugar, deve referir-se que esse contrato faz parte de uma operação de privatização parcial de uma empresa pública de casino, que foi decidida pela comissão interministerial competente a nível nacional e lançada com um único concurso público.

52 Decorre dos autos, em especial das condições do anúncio suplementar publicado no mês de Abril de 2002, que o contrato misto em causa no processo principal se apresenta como um contrato único que diz respeito simultaneamente à venda de acções da EKP, à aquisição do direito de nomear a maioria dos membros do conselho de administração da EKP, à obrigação de assumir a gestão do casino e de oferecer serviços de elevado nível, financeiramente rentáveis, e à obrigação de efectuar obras de renovação e de melhoramento dos locais em causa e terrenos circundantes.

53 Estas constatações traduzem a necessidade de celebrar o referido contrato misto com um único parceiro que disponha simultaneamente da capacidade financeira necessária para a aquisição das acções em causa e de experiência profissional na exploração de um casino.

54 Daqui decorre que as diferentes partes desse contrato devem ser entendidas no sentido de que formam um todo indivisível.

55 Em segundo lugar, resulta das constatações feitas pelo órgão jurisdicional de reenvio que o objecto principal do contrato misto era a venda, ao concorrente com a proposta economicamente mais vantajosa, de 49% das acções da EKP e que a parte «obras» e a parte «serviços» dessa transacção, independentemente da questão de saber se este contrato constitui um contrato público de serviços ou uma concessão de serviços, tinham um carácter acessório relativamente ao objecto principal do contrato. O órgão jurisdicional de reenvio indicou também que a parte «obras» tinha um carácter totalmente acessório relativamente à parte «serviços».

56 Esta apreciação é confirmada pelos elementos dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça.

57 Com efeito, não pode haver qualquer dúvida que, em caso da aquisição de 49% das acções de uma empresa pública como a EKP, esta operação constitui o objecto principal do contrato. Deve observar-se que o rendimento que a AEAS obteria como accionista parece ser nitidamente superior à remuneração que obteria como prestador de serviços. Além disso, a AEAS obteria estes rendimentos sem limite no tempo, enquanto que a actividade de gestão terminaria ao fim de dez anos.

58 Resulta do exposto que as diferentes partes do contrato misto em causa no processo principal formam um todo indivisível, cuja parte relativa à venda de acções constitui o objecto principal.

59 Ora, a venda de acções a um proponente no âmbito de uma operação de privatização de uma empresa pública não se enquadra no âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos.

60 Isto é, aliás, oportunamente recordado no n.º 66 do «Livro Verde» da Comissão sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final].

61 A Comissão, no n.º 69 do seu «Livro Verde» sobre as parcerias público-privadas, acima mencionado, sublinha que é preciso que se confirme que uma operação de capital não oculta, na realidade, a adjudicação a um parceiro privado de contratos que podem ser qualificados de contratos públicos, ou mesmo concessões. Todavia, no caso em apreço, nenhum dos elementos nos autos pode pôr em dúvida a natureza da transacção em causa no processo principal, tal como foi qualificado pelo órgão jurisdicional de reenvio.

62 À luz do exposto, importa concluir que um contrato misto cujo objecto principal consiste na aquisição por uma empresa de 49% do capital de uma empresa pública e cujo objecto acessório, indissociavelmente ligado a esse objecto principal, diz respeito à prestação de serviços e à execução de obras não se enquadra, no seu todo, no âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos.

63 Esta conclusão não exclui que um tal contrato deva observar as normas fundamentais e os princípios gerais do Tratado, nomeadamente em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre circulação de capitais. Todavia, não é preciso considerar, no caso em apreço, a questão do respeito das referidas normas e princípios, visto que o resultado de um exame desses não poderia conduzir, de modo algum, à aplicação da Directiva 89/665.

64 Por conseguinte, atendendo ao exposto, não é necessário responder às outras questões submetidas no âmbito do processo C-145/08.

Quanto à primeira questão submetida no processo C-149/08

65 Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Directiva 89/665 se opõe a uma legislação nacional, conforme interpretada por esse órgão jurisdicional, de acordo com a qual somente os membros de um consórcio proponente no seu conjunto podem interpor recurso da decisão de adjudicar um contrato tomada por uma entidade adjudicante, de modo que os membros do referido consórcio, a título individual, são privados não só da possibilidade de fazer anular essa decisão da entidade adjudicante mas também da possibilidade de pedir uma indemnização pelos danos sofridos individualmente em consequência de irregularidades verificadas no âmbito do processo de adjudicação do contrato em causa.

66 Para responder a esta questão, importa observar que o acto cuja anulação é pedida no órgão jurisdicional de reenvio provém do ESR, ou seja, uma autoridade diferente da entidade adjudicante que organizou o processo de adjudicação do contrato público em causa no processo principal.

67 Ora, resulta dos termos da Directiva 89/665, comummente designada por directiva «recursos», que a protecção conferida por esta abrange os actos ou omissões das entidades adjudicantes.

68 Assim, nomeadamente, resulta claramente da sua letra que o quinto considerando e o artigo 1.º, n.º 1, desta directiva se referem às medidas a tomar relativamente às

decisões das entidades adjudicantes. De igual modo, nos termos do n.º 3 desse artigo, os Estados-Membros podem exigir que a pessoa que pretenda utilizar um processo de recurso tenha informado previamente a entidade adjudicante da alegada violação, a fim de que essa entidade a possa sanar. Além disso, o artigo 3.º, n.º 2, da mencionada directiva atribui à Comissão a possibilidade de notificar à entidade adjudicante em questão as razões pelas quais considera ter sido cometida uma infracção no processo de adjudicação do contrato público e de solicitar a sua correcção.

69 Por conseguinte, deve concluir-se que os litígios relativos às decisões de uma autoridade como o ESR não são abrangidos pelo sistema de recurso estabelecido na Directiva 89/665.

70 Todavia, as decisões do ESR são susceptíveis de ter um determinado efeito sobre o desenrolar, ou mesmo o desfecho, de um processo de adjudicação de um contrato público, na medida em que podem levar à exclusão de um proponente, ou mesmo de um adjudicatário, que apresente a título individual uma das incompatibilidades previstas na legislação nacional pertinente. Assim, estas decisões não são destituídas de interesse em relação à aplicação correcta do direito da União na matéria.

71 No presente processo, de acordo com a informação fornecida pelo órgão jurisdicional de reenvio, a decisão do ESR, que levou a que não fosse adjudicado à recorrente no processo principal o contrato público em causa, ainda que tivesse sido designado adjudicatário, foi adoptada, na opinião da referida recorrente, em violação das disposições 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 dos princípios decorrentes do direito primário da União.

72 Ora, a recorrente no processo principal sustenta que, pela aplicação da legislação nacional controvertida, foi impedida não só de pedir a anulação da decisão alegadamente ilegal do ESR, que levou à sua exclusão do processo em causa, mas também de

pedir uma indemnização pelos danos causados por essa decisão. Foi, assim, privada do seu direito à protecção jurisdicional efectiva.

73 A este respeito, importa recordar que o princípio da protecção jurisdicional efectiva constitui um princípio geral do direito da União (v. acórdão de 13 de Março de 2007, Unibet, C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 37 e jurisprudência aí referida).

74 Segundo jurisprudência assente, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete a cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União. Estas modalidades processuais não devem, todavia, ser menos favoráveis do que as que respeitam a acções similares previstas para a protecção dos direitos conferidos pela ordem jurídica interna (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efectividade) (v., neste sentido, acórdão de 15 de Abril de 2008, Impact, C-268/06, Colect., p. I-2483, n.os 44, 46 e jurisprudência aí referida).

75 Quanto ao princípio da equivalência, resulta dos esclarecimentos dados pelo órgão jurisdicional de reenvio que, em conformidade com o direito interno que rege em geral a indemnização pelos danos causados por actos ilegais do Estado ou de pessoas colectivas de direito público, o juiz competente em matéria de concessão de uma indemnização é igualmente competente para fiscalizar, de modo incidental, a legalidade do acto administrativo que causa prejuízo, o que pode levar, a partir de uma acção intentada a título individual por um particular, à concessão de uma indemnização se as condições de fundo estabelecidas para esse efeito estiverem preenchidas.

76 No entanto, em matéria de contratos públicos, que é abrangida pelo direito da União, estes dois tipos de competências, isto é, por um lado, a competência para anular ou declarar a nulidade de um acto administrativo e, por outro, a competência para

conceder uma indemnização pelos danos sofridos, são atribuídos, no quadro jurídico nacional em causa no processo principal, a dois órgãos jurisdicionais distintos.

77 Assim, em matéria de contratos públicos, a conjugação do artigo 5.º, n.º 2, da Lei 2522/1997, que faz depender a concessão de uma indemnização da anulação prévia do acto que causa prejuízo, e do artigo 47.º, n.º 1, do Decreto Presidencial 18/1989, nos termos do qual unicamente têm legitimidade para pedir a anulação de um acto que se insere no âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público todos os membros de um agrupamento, torna impossível, como observou o órgão jurisdicional de reenvio, a qualquer membro de um agrupamento, actuando a título individual, não só obter a anulação do acto que causa prejuízo mas também pedir ao juiz competente uma indemnização pelos danos que sofreu individualmente, quando esta impossibilidade parece não existir noutros domínios, em virtude das normas de direito interno aplicáveis aos pedidos de indemnização baseados no prejuízo causado por um acto ilegal de uma autoridade pública.

78 Quanto ao princípio da efectividade, cabe observar que, pela aplicação da legislação nacional em causa no processo principal, um proponente como a recorrente no processo principal vê-se privado de qualquer possibilidade de pedir, perante o juiz competente, uma indemnização pelos danos que sofreu em consequência de uma violação do direito da União por um acto administrativo susceptível de ter influência sobre o desenrolar, ou mesmo o desfecho, do processo de adjudicação do contrato público. Esse proponente encontra-se, assim, privado da protecção jurisdicional efectiva dos direitos que lhe são conferidos pelo direito da União na matéria.

79 Como observou a advogada-geral nos n.os 107 a 116 das suas conclusões, importa sublinhar, a este propósito, que a presente situação difere da que deu origem ao acórdão Espace Trianon e Sofibail, já referido. Com efeito, enquanto este último dizia respeito a um recurso de anulação de uma decisão de adjudicação que privou do contrato em causa o agrupamento proponente no seu conjunto, o presente processo tem, com efeito, por objecto um pedido destinado a obter a reparação do prejuízo alegadamente causado por uma decisão ilegal de uma autoridade administrativa que constatou a existência de uma incompatibilidade, na acepção da legislação nacional pertinente, no caso do único proponente recorrente.

80 Atendendo ao exposto, importa responder à primeira questão submetida no processo C-149/08 que o direito da União, em particular o direito à protecção jurisdicional efectiva, opõe-se a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, interpretada no sentido de que os membros de um consórcio, proponente num processo de adjudicação de um contrato público, são privados da possibilidade de pedir, a título individual, uma indemnização pelos danos que sofreram individualmente em consequência de uma decisão adoptada por uma autoridade, diferente da entidade adjudicante, envolvida nesse processo em conformidade com as normas nacionais aplicáveis, e que pode ter influência sobre o desenrolar deste processo.

81 À luz desta resposta, não é necessário responder à segunda questão submetida no âmbito do processo C-149/08.

Quanto às despesas

82 Revestindo o processo, quanto às partes nas causas principais, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

1) Um contrato misto cujo objecto principal consiste na aquisição por uma empresa de 49% do capital de uma empresa pública e cujo objecto acessório, indissociavelmente ligado a esse objecto principal, diz respeito à prestação

de serviços e à execução de obras não se enquadra, no seu todo, no âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos.

2) O direito da União, em particular o direito à protecção jurisdicional efectiva, opõe-se a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, interpretada no sentido de que os membros de um consórcio, proponente num processo de adjudicação de um contrato público, são privados da possibilidade de pedir, a título individual, uma indemnização pelos danos que sofreram individualmente em consequência de uma decisão adoptada por uma autoridade, diferente da entidade adjudicante, envolvida nesse processo em conformidade com as normas nacionais aplicáveis, e que pode ter influência sobre o desenrolar deste processo.

Assinaturas