Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 23 de abril de 2015 [1]

Processo C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
contra
Airgest SpA

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Itália)]

«Diretiva 89/665/CEE — Contratos públicos — Recurso de anulação do ato de adjudicação do contrato público — Recursos subordinados que contestam a participação no concurso público de proponentes não selecionados — Regra jurisprudencial nacional segundo a qual o tribunal nacional só se pode pronunciar quanto ao mérito do recurso principal se o recurso subordinado não proceder — Natureza vinculativa dos princípios enunciados pelo plenário do órgão jurisdicional administrativo nacional de última instância, mesmo em caso de desconformidade com o direito da União — Acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Artigo 267.º TFUE — Primado — Interpretação conforme»

I – **Introdução**

1. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objeto, por um lado, 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 processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos [2], conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007 [3] (a seguir «Diretiva 89/665»), e, por outro, a interpretação do artigo 267.º TFUE, assim como dos princípios do primado do direito da União e da interpretação conforme.

2. Com efeito, as questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Conselho da justiça administrativa da Região da Sicília, Itália), dizem respeito a dois problemas jurídicos distintos. A primeira questão prejudicial é relativa ao âmbito do acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ao passo que a segunda questiona a interpretação do artigo 267.º TFUE numa situação em que uma legislação nacional impõe a um órgão jurisdicional que remeta o processo ao seu plenário em caso de dúvida sobre a conformidade de um princípio de direito enunciado por esta com o direito da União.

1 — Língua original: francês.
2 — JO L 395, p. 33.
3 — JO L 335, p. 31.

II – **Enquadramento jurídico**

A – *Direito da União*

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

«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 [a]os contratos excluídos nos termos dos artigos 10.° a 18.° dessa diretiva.

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

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.° a 2.°-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. O artigo 2.º desta diretiva, intitulado «Requisitos do recurso», prevê no seu n.º 1:

«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 […]»

B – *Direito italiano*

1. Constituição

5. Nos termos do artigo 111.º, último parágrafo, da Constituição, «o recurso de cassação das decisões do Consiglio di Stato é admitido [...] por motivos relativos à competência».

2. Código de Procedimento Administrativo

6. O Decreto Legislativo n.º 104, de 2 de julho de 2010 (suplemento ordinário do GURI n.º 156, de 7 de julho de 2010), instituiu o Código de Procedimento Administrativo.

7. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, deste código, «[o] Consiglio di Stato é o órgão da jurisdição administrativa que decide em última instância». O n.º 6 deste artigo precisa, além disso, que «[o]s recursos das decisões do Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [(Tribunal administrativo regional da Sicília)] são interpostos no Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nos termos das disposições do estatuto especial e das disposições de aplicação correspondentes».

8. O artigo 42.º do referido código prevê que «[a]s partes recorridas e intervenientes podem apresentar pedidos cujo interesse está relacionado com o pedido apresentado a título principal, através de um recurso subordinado».

9. Por último, nos termos do seu artigo 99.º:

«1. Se a secção à qual o recurso foi distribuído constatar que não a questão de direito submetida para exame deu origem ou pode dar origem a divergências jurídicas, pode, através de despacho proferido a pedido das partes ou oficiosamente, remeter o recurso para o Plenário. O Plenário, 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 Plenário 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 Plenário, remete para este último a decisão sobre o recurso, através de despacho fundamentado.

4. O Plenário 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 Plenário 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 Plenário não produz efeitos na medida impugnada.»

3. Decreto Legislativo n.º 373, de 24 de dezembro de 2003

10. Em 24 de dezembro de 2003, o legislador italiano adotou o Decreto Legislativo n.º 373, intitulado «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» (suplemento ordinário do GURI n.º 10, de 14 de janeiro de 2004).

11. Em conformidade com o seu artigo 1.º, n.º 2, «[o] Consiglio di Giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] tem sede em Palermo e é composto por duas secções que têm funções, respetivamente, consultivas e jurisdicionais, e que constituem secções descentralizadas do Consiglio di Stato».

III – **Factos do litígio no processo principal**

12. Por anúncio publicado em 18 de janeiro de 2012, a Airgest SpA, sociedade gestora do aeroporto civil de Trapani-Birgi (Itália) abriu um concurso público que tinha por objeto a adjudicação do serviço de limpeza e manutenção dos espaços verdes deste aeroporto civil.

13. O contrato foi adjudicado, por decisão de adjudicação definitiva de 22 de maio de 2012, à associação temporária de empresas (a seguir «associação temporária de empresas») criada entre a Gestione Servizi Ambientali Srl (a seguir «GSA») e a Zenith Services Group Srl.

14. A Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (a seguir «PFE»), que também participou no concurso público e ficou classificada em segundo lugar, impugnou esta decisão no Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. Requereu, nomeadamente, a anulação da decisão de adjudicação e, por conseguinte, que o contrato lhe fosse adjudicado.

15. Em apoio do seu recurso, a PFE alegou que a entidade adjudicante devia ter excluído a associação temporária de empresas à qual o concurso público foi adjudicado por violação do artigo 38.º, primeiro parágrafo, alíneas h) e m), do Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006, que aprova o Código dos contratos públicos de obras, serviços e fornecimentos em aplicação das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI n.º 100, de 2 de maio de 2006) e do n.º III.2.1. do anúncio de concurso, assim como da alínea c) do caderno de encargos.

16. A GSA, líder da associação temporária de empresas, requereu então a sua constituição como parte no litígio e interpôs um recurso subordinado, em cujo âmbito invocou a falta de interesse da PFE em prosseguir com o seu recurso. Este recurso subordinado baseou-se, nomeadamente, no facto de que, segundo a GSA, a PFE não preenchia os requisitos de admissão ao concurso devido à imprecisão da sua proposta, pelo que, por conseguinte, devia ter sido excluída do procedimento de adjudicação do contrato.

17. O Tribunale amministrativo regionale della Sicilia examinou os argumentos das duas partes e julgou os dois recursos procedentes.

18. Na sequência desta decisão, a entidade adjudicante excluiu as empresas controvertidas. Terminada a fiscalização efetuada nos termos da referida decisão judicial, a entidade adjudicante excluiu igualmente todas as outras empresas inicialmente inseridas na classificação devido a um vício idêntico relativo à inexistência de indicação específica dos custos de segurança. Foi então dado início a um procedimento negociado para a adjudicação dos serviços acima referidos.

19. A PFE interpôs recurso da decisão do Tribunale amministrativo regionale della Sicilia no órgão jurisdicional de reenvio, ao passo que a GSA interpôs um recurso subordinado, alegando nomeadamente que o referido Tribunale não tinha respeitado a ordem de apreciação dos recursos consagrada no acórdão n.º 4/2011 do Plenário do Consiglio di Stato (a seguir «acórdão n.º 4/2011») segundo o qual, em caso de recurso subordinado no qual seja contestada a admissibilidade do recurso principal, o recurso subordinado deve ser examinado antes de ser examinado o recurso principal.

20. No seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio recorda que o princípio consagrado no acórdão n.º 4/2011 já foi objeto de discussão no reenvio prejudicial que deu origem ao acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. No processo que está na origem deste último acórdão, a entidade adjudicante tinha selecionado previamente dois proponentes e convidou-os a apresentarem propostas. Considerando que a proposta da entidade à qual o concurso foi adjudicado não respeitava o caderno de encargos, o proponente cuja proposta não foi aceite interpôs recurso. Por seu turno, em reação a este, a entidade à qual o concurso foi adjudicado interpôs um recurso subordinado no qual alegou que a proposta não aceite devia ter sido excluída por, também esta, não cumprir um dos requisitos mínimos previstos no caderno de encargos.

22. De acordo com o órgão jurisdicional nacional ao qual o litígio foi submetido, o Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunal administrativo regional do Piemonte), as duas propostas eram desadequadas, pelo que havia, assim, que julgar os dois recursos procedentes, tanto o recurso principal como o recurso subordinado, e, por conseguinte, anular todo o procedimento de adjudicação do contrato. Todavia, nos termos do princípio de direito consagrado no acórdão n.º 4/2011, o recurso subordinado devia ter sido apreciado antes do recurso principal, uma vez que o primeiro recurso tinha por objeto a legitimidade para agir do recorrente no processo principal, tendo contestado a sua admissão no procedimento de concurso.

23. Pronunciando-se a título prejudicial a pedido do Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, o Tribunal de Justiça considerou que um recurso subordinado interposto pela entidade à qual o concurso foi adjudicado não podia conduzir ao afastamento do recurso principal de um proponente quando a regularidade da proposta de cada um dos operadores era posta em causa no âmbito do mesmo procedimento e por motivos de natureza idêntica. Com efeito, em tal situação, cada um dos concorrentes pode invocar um interesse legítimo equivalente à exclusão da proposta dos outros [4].

24. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 se opunha a que o recurso interposto pelo proponente cuja proposta não foi escolhida fosse julgado inadmissível no termo da apreciação prévia da exceção de inadmissibilidade suscitada pela entidade à qual o concurso foi adjudicado, sem se ter pronunciado sobre a conformidade com as especificações técnicas definidas no caderno de encargos tanto da proposta da entidade à qual o concurso foi adjudicado como da proposta do proponente que interpôs o recurso principal [5].

25. Não obstante esta observação, o órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção do Tribunal de Justiça para o facto de que, no processo principal, contrariamente ao processo que deu origem ao acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), as empresas participantes são mais de duas, embora apenas duas de entre estas sejam partes no processo principal.

26. O órgão jurisdicional de reenvio chama igualmente a atenção do Tribunal de Justiça para a regra constante do artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo, segundo a qual, caso pretenda afastar-se da orientação jurisprudencial definida pelo Plenário do Consiglio di Stato, aquele órgão jurisdicional deve obrigatoriamente remeter a decisão impugnada para aquele mesmo Plenário.

27. Por conseguinte, atendendo às especificidades do processo sobre o qual tem de se pronunciar, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu questionar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 e sobre a interpretação do artigo 267.º TFUE.

IV – **Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça**

28. Por decisão de 26 de setembro de 2013, entrada no Tribunal de Justiça em 24 de dezembro de 2013, o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE, 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

4 — Acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33).

5 — *Ibidem* (n.º 34 e dispositivo).

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, 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 caráter vinculativo, para todas as secções e todas as 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? 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 número 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 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 caráter 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 [Procedimento] Administrativo da República Italiana)?»

29. A PFE, a GSA, o Governo italiano e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Além disso, todos se exprimiram na audiência realizada em 11 de março de 2015.

V – **Análise**

A – *Quanto à primeira questão prejudicial*

30. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber 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 participaram no procedimento de concurso controvertido, embora inicialmente tenha sido admitida a participação de mais de duas empresas, terem todas sido excluídas pela entidade adjudicante sem que empresas distintas das que participam no processo principal tenham interposto recurso da referida exclusão, circunscrevendo-se o processo principal apenas a duas destas empresas.

31. Para responder a esta questão, considero que é necessário, em primeiro lugar, determinar o efeito concreto decorrente da interpretação efetuada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), para determinar, numa segunda fase, se o número de candidatos influencia aquela interpretação ou dela constitui um requisito. Com efeito, caso se afigure que o número de empresas em causa no processo principal não tem interferência com os efeitos da aplicação da regra tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça, haverá que responder de forma positiva ao órgão jurisdicional de reenvio. Em contrapartida, se se verificar que o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), não pode produzir os seus efeitos numa situação como a do processo principal, haverá, então, que responder de forma negativa à primeira questão prejudicial.

1. Determinação dos efeitos da interpretação dada ao artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. No processo que deu origem ao acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), o elemento determinante reside no facto de que a proposta selecionada não foi, erradamente, excluída na fase da verificação das propostas, não obstante desrespeitar as especificações técnicas do caderno de encargos [6].

33. Segundo o Tribunal de Justiça, no âmbito de um processo intentado por um proponente, «o recurso subordinado interposto pelo adjudicatário não pode conduzir a que se afaste o recurso [do] proponente no caso de a regularidade da proposta de cada um dos operadores ser posta em causa no âmbito do mesmo processo e com base em fundamentos de natureza idêntica [porque], *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 da entidade adjudicante de proceder à seleção de uma proposta regular*» [7].

34. A obrigação que decorre destas constatações é, por conseguinte, a proibição de declarar inadmissível o recurso principal interposto pelo proponente preterido com base na apreciação prévia da exceção de inadmissibilidade suscitada a título subordinado pela entidade à qual o concurso foi adjudicado, sem que se tenha pronunciado sobre a conformidade das duas propostas [8]. Se as duas propostas forem consideradas não conformes, a consequência concreta que resulta desta obrigação é a impossibilidade de a entidade adjudicante proceder à seleção de uma proposta regular, o que conduz à necessidade de realizar um novo concurso.

6 — V. n.º 32 deste acórdão.

7 — *Ibidem* (n.º 33). O sublinhado é nosso.

8 — V. acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 34 e dispositivo).

2. Aplicabilidade da interpretação dada ao artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. No litígio no processo principal, as empresas admitidas a participar no processo controvertido eram mais de duas. Todavia, resulta das explicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio que, com exceção da recorrente no processo principal (e, por via do recurso subordinado, da empresa à qual o concurso foi adjudicado), nenhuma das outras empresas excluídas do concurso público impugnou a respetiva exclusão junto da administração ou por via judicial.

36. Em tal situação, se o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se viesse a constatar a irregularidade das duas propostas em causa, o adjudicante não seria obrigado a realizar um novo concurso mas poderia, se fosse caso disso, optar por adjudicar o contrato a outra empresa que figure na classificação estabelecida pela entidade adjudicante.

37. Dito isto, não é de excluir que uma das irregularidades que está na origem da anulação das propostas do recorrente no processo principal e da entidade à qual o concurso foi adjudicado também vicie todas as propostas apresentadas. Em tais circunstâncias, o adjudicante deve assim dar necessariamente início a um novo procedimento [9].

38. Nestas circunstâncias, tal como o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 33 do acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), «cada um dos concorrentes pode alegar um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros, podendo levar a que se constate a impossibilidade da entidade adjudicante de proceder à seleção de uma proposta regular».

39. A este respeito, saliento ainda que, no referido acórdão, o Tribunal de Justiça não pretendeu limitar a sua constatação à hipótese de um concurso público que suscitou apenas o interesse de duas empresas (e, assim, a apresentação de apenas duas propostas), uma vez que prevê de forma geral o interesse legítimo de «cada um *dos* concorrentes» [10] na exclusão da proposta, não do outro, mas «*dos outros*» [11].

40. Por conseguinte, considero que a obrigação a que o Tribunal de Justiça se referiu no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), segundo a qual o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 proíbe que seja declarado inadmissível o recurso principal de um proponente preterido com base no exame prévio da exceção de inadmissibilidade suscitada a título subordinado pela entidade à qual o concurso foi adjudicado, sem se ter pronunciado sobre a conformidade das duas propostas [12], também se aplica nas circunstâncias do processo principal.

3. Eventual impacto da diferença dos fundamentos de irregularidade invocados em apoio do recurso principal e do recurso subordinado

41. Formalmente, o órgão jurisdicional de reenvio limitou o quadro factual pertinente à circunstância de as empresas que participaram no procedimento de concurso público, não obstante serem mais de duas, terem sido todas excluídas pela entidade adjudicante, sem que empresas distintas das que estão envolvidas na presente instância tenham interposto recurso de impugnação da referida exclusão, pelo que o litígio que lhe foi submetido se encontra circunscrito a estas duas empresas.

9 — Aliás, aparentemente foi esta situação que ocorreu no litígio no processo principal, de acordo com a descrição efetuada pelo órgão jurisdicional de reenvio (v. ponto C4, p. 12, do pedido de decisão prejudicial) e com as informações prestadas pelas partes no processo principal (v. p. 2 das observações escritas da PFE e n.º 9 das observações escritas da GSA).

10 — Acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33).O sublinhado é nosso.

11 — *Idem*, o sublinhado é nosso. Segundo a versão italiana do referido acórdão (língua do processo que faz fé), «ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta *degli atri*, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare» (o sublinhado é nosso).

12 — V. n.º 34 e dispositivo do acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

42. Importa explicar de que modo esta especificidade não tem nenhuma interferência com a aplicação da regra consagrada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. Nas suas observações escritas, confirmadas na audiência, a GSA invoca, porém, um segundo critério de distinção relativamente ao acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Considera, com efeito, que a interpretação dada neste acórdão só se aplica se os vícios invocados em apoio do recurso principal e do recurso subordinado forem *idênticos*.

44. Ora, segundo as suas explicações, o seu recurso subordinado assenta num fundamento distinto daquele que foi invocado pela PFE em apoio do recurso principal. A PFE requer a anulação da adjudicação do contrato à GSA devido a uma violação das obrigações de declaração que incumbem aos proponentes; invoca assim um fundamento relativo a uma irregularidade formal. Em contrapartida, a GSA pede que a PFE seja excluída devido à imprecisão da proposta apresentada, ou seja, está em causa uma irregularidade relativa ao mérito do litígio.

45. Antes de mais, observo, a este respeito, que a utilização do plural na língua do processo (italiano) («nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*» [13]) e da expressão mais geral «de nature identique» na língua da deliberação (francês) milita a favor de uma interpretação ampla do conceito de «identidade *dos fundamentos*» (e não *do* fundamento) invocados em apoio de cada um dos dois recursos [14]. A natureza excecional de uma identidade perfeita entre os fundamentos conforta esta interpretação.

46. Em seguida, considero que a identidade dos fundamentos invocados em apoio do recurso principal e do recurso subordinado, como o número de proponentes, não é um elemento determinante na interpretação do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 efetuada pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

47. Com efeito, quando o Tribunal de Justiça afirma, no n.º 33 deste acórdão, que «o recurso subordinado interposto pelo adjudicatário não pode conduzir a que se afaste o recurso de um proponente no caso de a regularidade da proposta de cada um dos operadores ser posta em causa no âmbito do mesmo processo e com base em fundamentos de natureza idêntica», o essencial reside, conforme foi anteriormente explicado, no facto de 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 da entidade adjudicante de proceder à seleção de uma proposta regular» [15].

48. Estas duas frases constituem, no seu conjunto, um único e mesmo número do acórdão e, por conseguinte, não podem ser lidas independentemente uma da outra.

49. Assim, partilho da opinião da Comissão quando esta escreve, nas suas observações, que é determinante que o recurso principal e o recurso subordinado criem um interesse legítimo equivalente à reabertura do procedimento de concurso público.

13 — Acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33). O sublinhado é nosso.

14 — Conforme a advogada-geral J. Kokott já declarou a respeito de um acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, quando a versão francesa não faça fé (por não ser língua do processo) mas seja mais precisa do que aquela versão que foi redigida na língua do processo, esta versão linguística «é aquela em que o acórdão impugnado foi elaborado e debatido, podendo oferecer referências suplementares, às quais o Tribunal [Geral], na verdade, se quis referir» (conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, n.º 253).

15 — Acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33).

50. Ora, no processo principal, afigura-se — sob reserva de um exame mais aprofundado efetuado pelo órgão jurisdicional de reenvio — que os fundamentos invocados pela PFE e pela GSA, embora não sejam idênticos, podem revestir a mesma natureza (na medida em que visam a regularidade da proposta do outro) e que, em todo caso, criam junto de cada um dos operadores presentes no órgão jurisdicional de reenvio um «interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta do outro», na aceção do acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Por outro lado, conforme a Comissão salientou na audiência de 11 de março de 2015, para além da preservação dos interesses dos proponentes, a regra consagrada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) preserva o interesse da entidade adjudicante que deve poder escolher a melhor proposta regular. Ora, no processo principal, a aplicação estrita do critério da «identidade dos fundamentos» invocado em apoio do recurso principal e do recurso subordinado pode fazer com que a entidade adjudicante seja obrigada a adjudicar o contrato a uma empresa cuja proposta era, por conseguinte, irregular.

4. Conclusão intercalar

52. Atendendo às considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão prejudicial no sentido de que a interpretação do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 efetuada no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) também se aplica quando, por um lado, seja interposto um recurso por um único proponente embora várias empresas tenham sido admitidas a participar no procedimento de concurso e, por outro, quando a entidade à qual o concurso foi adjudicado tenha, por sua vez, interposto um recurso subordinado no âmbito do mesmo procedimento e tanto o proponente recorrente como a entidade à qual o concurso foi adjudicado têm um interesse legítimo equivalente na exclusão do outro operador.

B – *Quanto à segunda questão prejudicial*

53. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 267.º TFUE se opõe ao mecanismo criado pelo artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo, nos termos do qual qualquer secção deste órgão jurisdicional tem de proceder obrigatoriamente a um reenvio para o Plenário do Consiglio di Stato quando considere que é necessário não seguir um princípio de direito enunciado pelo Plenário. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se este mecanismo o impede, em primeiro lugar, de submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça ou, em segundo lugar, de decidir em conformidade com o direito da União de forma direta e autónoma e não respeitando este mecanismo.

54. Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu, com a sua primeira questão prejudicial, interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação da diretiva aplicável, pode ser posta em causa a necessidade de responder à primeira parte da segunda questão prejudicial.

55. Todavia, da mesma forma que o Tribunal de Justiça optou por responder a todas as questões colocadas no processo que deu origem ao acórdão Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), considero que «[é] contrário ao espírito de cooperação que deve presidir às relações entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça bem como aos imperativos de economia processual exigir que um órgão jurisdicional tenha de começar por submeter uma questão prejudicial para saber se faz parte dos órgãos jurisdicionais visados pelo artigo [267.°], terceiro parágrafo, [TFUE] antes de poder, eventualmente, formular, através de um segundo pedido de decisão prejudicial, questões relativas a disposições de direito comunitário que interessam à matéria de fundo do litígio que foi chamado a

resolver» [16].

56. No entanto, antes de responder a este aspeto da questão prejudicial, examinarei a sua segunda vertente, a saber, a competência do órgão jurisdicional de reenvio para se pronunciar diretamente em conformidade com o direito da União.

1. Competência do órgão jurisdicional de reenvio para se pronunciar diretamente em conformidade com o direito da União

57. Tendo o órgão jurisdicional de reenvio decidido submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 267.º TFUE, a resposta ao segundo aspeto suscitado pela segunda questão prejudicial será encontrada na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, nos termos da qual o órgão jurisdicional está vinculado, para efeitos da resolução do litígio no processo principal, pela interpretação das disposições em causa dada pelo Tribunal de Justiça em resposta à primeira questão submetida. O órgão jurisdicional de reenvio deverá, por conseguinte, afastar o princípio de direito enunciado no acórdão n.º 4/2011 caso considere que, na sequência da interpretação acima referida do Tribunal de Justiça, esta não é conforme com o direito da União [17].

58. Além disso, saliento que o Plenário do Consiglio di Stato alterou, através do acórdão n.º 9/2014, de 25 de fevereiro de 2014 (a seguir «acórdão n.º 9/2014»), o princípio de direito que tinha consagrado no acórdão n.º 4/2011. Embora o referido princípio de direito, conforme alterado, possa ser interpretado de uma forma conforme com o sentido dado ao artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) e no presente processo, não deverá ser afastado. A exigência de uma interpretação conforme do direito nacional é, com efeito, inerente ao sistema do Tratado, na medida em que permite ao órgão jurisdicional nacional assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando se pronuncia sobre o litígio que lhe é apresentado [18].

59. Com efeito, o princípio da interpretação conforme exige que os órgãos jurisdicionais nacionais façam tudo o que for da sua competência, tomando em consideração o direito interno na sua globalidade e aplicando métodos de interpretação reconhecidos por este, para garantir a plena eficácia da Diretiva 89/665 e alcançar uma solução conforme com o objetivo por ela prosseguido [19].

16 — N.º 70. Por outro lado, o próprio Tribunal de Justiça precisou que tinha «já respond[ido] a uma questão relativa à natureza do órgão jurisdicional à luz do artigo [267.º], terceiro parágrafo, [TFUE] num contexto que apresenta manifestas semelhanças com o do presente pedido de decisão prejudicial, sem que tenha sido posta em causa a admissibilidade dessa questão [no acórdão Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]» (n.º 71). Sucedeu o mesmo no processo que deu origem ao acórdão Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — V., neste sentido, acórdãos Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 30), e Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 69).

18 — V. acórdãos Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.º 114); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 48); Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, n.º 24), e Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, n.º 28). Segundo jurisprudência constante, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretar o seu direito nacional é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz da redação e da finalidade da diretiva em causa para alcançar o resultado prosseguido por esta [para além dos acórdãos referidos na presente nota, v., igualmente, acórdãos de princípio von Colson e Kamann (14/83, EU:C:1984:153, n.º 26), e Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, n.º 8)].

19 — V., nomeadamente, acórdãos Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, n.º 27) e Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, n.º 29).

60. Se, em contrapartida, o princípio de direito consagrado no acórdão n.º 4/2011, conforme alterado pelo acórdão n.º 9/2014, não puder ser interpretado em conformidade com o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, o órgão jurisdicional de reenvio não terá outra opção que não seja não o aplicar [20] por força do primado do direito da União [21].

61. A este respeito, embora o problema não se coloque no presente caso — uma vez que foi submetida uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça —, não é, sem dúvida, inútil recordar que a obrigação de um tribunal nacional de não aplicar a norma nacional contrária ao direito da União, cuja interpretação conforme com este se afigura impossível, em nada altera o princípio segundo o qual o tribunal nacional não pode ser «obrigado nem impedido de submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial» [22].

62. No entanto, é ainda necessário questionar qual o impacto que o artigo 267.º TFUE pode ter sobre uma modalidade processual como a que está prevista no artigo 99.º do Código de Procedimento Administrativo.

2. Impacto do artigo 267.º TFUE no mecanismo de reenvio obrigatório para o Plenário do Consiglio di Stato

63. A título preliminar, mais não posso do que concordar com a constatação efetuada pelo advogado-geral J. Mazák segundo a qual o Tribunal de Justiça, nos litígios em que as disposições de direito nacional limitavam a possibilidade de um órgão jurisdicional nacional submeter uma questão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, «pronunciou-se sistematicamente no sentido da mais vasta possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais submeterem questões ao Tribunal de Justiça sobre a validade e a interpretação do direito da União» [23].

64. Três considerações fundamentam esta reflexão genérica:

— em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça considerou, no que respeita aos órgãos jurisdicionais que não decidem em última instância, que estes, «se considerar[em] que a apreciação de direito feita pelo tribunal de grau superior o[s] pode levar a proferir uma sentença contrária ao direito da União, deve[m] ter a faculdade de colocar ao Tribunal de Justiça as questões que o[s] preocupam» [24];

— em segundo lugar, os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional no direito interno são, por seu lado, nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, obrigados a submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça quando

20 — V., nomeadamente, a propósito da Diretiva 89/665, acórdão Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, n.º 49). Embora o Tribunal de Justiça tenha passado a considerar de forma constante que «a questão de saber se uma disposição nacional, na medida em que seja contrária ao direito da União, deve deixar de ser aplicada só se coloca se uma interpretação conforme desta disposição não for possível» [acórdãos Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, n.º 23) e Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, n.º 27) ou ainda, recentemente, acórdão Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, n.º 28)], a obrigação «de afastamento», consagrada desde o acórdão Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, n.ºs 21 e 24), não é posta em causa. V., a este respeito, dispositivo do acórdão Amia (C-97/11, EU:C:2012:306) e acórdão A (C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 36).

21 — V., neste sentido, acórdão Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 54).

22 — *Ibidem* (n.º 53).

23 — Tomada de posição do advogado-geral J. Mazák nos processos Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:319, n.º 62). V. igualmente, para a afirmação do princípio pelo Tribunal de Justiça, acórdão Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, n.º 3) e, para a sua confirmação constante, acórdãos Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, n.º 44); Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, n.º 20), assim como Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.º 88). A jurisprudência posterior à tomada de posição do advogado-geral J. Mazák não desmente esta constatação: v. acórdãos Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 41); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 26); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, n.º 61); Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 64), ou ainda, mais recentemente, A (C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 35).

24 — V. acórdão Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, n.º 4) e, para a sua confirmação constante, acórdãos Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.º 94); ERG e o. (C-378/08, EU:C:2010:126, n.º 32); Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 42); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 27); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, n.º 61), e Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 68).

sejam confrontados com uma questão relativa à interpretação do direito da União, e isto de modo a «evitar que se estabeleça em qualquer Estado-Membro uma jurisprudência nacional em desacordo com as regras do direito [da União]» [25], e

— em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça declarou que um órgão jurisdicional nacional ao qual tenha sido submetido um litígio relativo ao direito da União, que considere que uma disposição nacional é não só contrária ao direito da União, como que padece igualmente de vícios de inconstitucionalidade, não fica privado da faculdade ou dispensado da obrigação, previstas no artigo 267.º TFUE, de submeter ao Tribunal de Justiça questões sobre a interpretação ou a validade do direito da União pelo facto de a declaração da inconstitucionalidade de uma regra de direito interno estar sujeita a recurso obrigatório para o tribunal constitucional [26].

65. É neste quadro preciso que se deve inscrever a resposta à segunda questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

66. Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 373, de 24 de dezembro de 2003, o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana é composto por duas secções que constituem secções descentralizadas do Consiglio di Stato. O seu caráter jurisdicional na aceção do artigo 267.º TFUE não é, assim, posto em causa e a possibilidade de submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça é indiscutível [27].

67. Nestas circunstâncias, a única questão que se pode colocar é a de saber se, atendendo à obrigação de reenvio para o Plenário instituída pelo artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo, o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana deve ser considerado um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional no direito interno na aceção do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE ou se a decisão deste órgão jurisdicional é suscetível de recurso jurisdicional.

68. Na segunda hipótese, o órgão jurisdicional de reenvio é *livre* de submeter ao Tribunal de Justiça questões que o inquietam se considerar que a apreciação jurídica efetuada pelo tribunal de grau superior o pode levar a proferir uma decisão contrária ao direito da União. Na primeira hipótese, o órgão jurisdicional de reenvio é, em contrapartida, *obrigado* a submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial quando tenha dúvidas sobre a conformidade com o direito da União de um princípio de direito consagrado pelo Plenário do Consiglio di Stato.

69. Conforme acabo de recordar, o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 373, de 24 de dezembro de 2003, enuncia que o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana é composto por duas secções que constituem secções descentralizadas do Consiglio di Stato.

70. Ora, segundo o artigo 6.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, «[o] Consiglio di Stato é o órgão de última instância da jurisdição administrativa».

71. Embora, nos termos do artigo 111.º, último parágrafo, da Constituição, seja admitido recurso de cassação das decisões do Consiglio di Stato, este, no entanto, limita-se apenas aos aspetos relativos à repartição das competências entre os diferentes órgãos jurisdicionais italianos.

25 — Acórdão Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, n.º 14 e jurisprudência referida).

26 — V. acórdãos Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 45), que remete para os n.ºs 39, 45 e 46 do acórdão Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), e A (C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 38).

27 — Saliento, além disso, que o Tribunal de Justiça já respondeu a vários pedidos de decisão prejudicial que lhe foram submetidos pelo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana [v. acórdão Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); despacho Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96), assim como acórdão Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)].

72. Nestas condições, da mesma forma que o Tribunal de Justiça considerou recentemente que a possibilidade de interpor um recurso num órgão jurisdicional constitucional limitado ao exame de uma eventual violação dos direitos e das liberdades garantidos pela constituição nacional ou por uma convenção internacional não permite considerar que um supremo tribunal possa ser qualificado de órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional no direito interno na aceção do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE [28], não pretendo questionar a qualificação do Consiglio di Stato e das secções descentralizadas que o compõem como órgão jurisdicional de «última instância».

73. A própria Corte suprema di cassazione considerou, no acórdão n.º 2403 proferido em 4 de fevereiro de 2014 em reunião de secções, que, no sistema jurisdicional administrativo italiano, cabe ao Consiglio di Stato, às suas secções e ao Plenário sem distinção, decidir enquanto órgão jurisdicional de última instância na aceção do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE.

74. Não me parece que o reenvio obrigatório para o Plenário do Consiglio di Stato previsto no artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo seja suscetível de alterar esta análise, uma vez que pode ser qualificado de «recurso» na aceção do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE.

75. Com efeito, esta modalidade processual não está à disposição das partes, mas apenas da secção do Consiglio di Stato chamada a pronunciar-se. Por outro lado, o seu exercício permite reformar não a decisão que foi proferida por um órgão jurisdicional inferior mas, em contrapartida, a jurisprudência do Plenário do Consiglio di Stato.

76. Além disso, de acordo com a jurisprudência do Consiglio di Stato referida pelo Governo italiano, não existe na legislação uma previsão de sanção processual em caso de inobservância do artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo [29].

77. Por conseguinte, em conformidade com o objetivo subjacente à obrigação do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, quando confrontado com uma questão relativa à interpretação do direito da União, deve ser obrigado a submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça de modo a evitar que se estabeleça (ou que perdure) uma jurisprudência nacional que não seja conforme com as regras do direito da União [30].

78. É certo que o risco de se assistir ao desenvolvimento de uma jurisprudência nacional contrária ao direito da União é limitado pelo facto de que, embora o reenvio de uma decisão para o Plenário do Consiglio di Stato, ao abrigo do artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo, assente no facto de se questionar um princípio de direito devido à sua contradição com o direito da União, o referido Plenário não pode, *a fortiori*, escapar à sua obrigação de questionar o Tribunal de Justiça a título prejudicial.

79. Todavia, não obstante esta particularidade processual, vislumbro pelo menos dois motivos que impedem que o artigo 267.º TFUE seja interpretado no sentido de que proíbe uma secção do Consiglio di Stato, chamada a pronunciar-se sobre um litígio, questione, ela própria, o Tribunal de Justiça, antes de proceder a um eventual reenvio para o Plenário.

28 — V. acórdão Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 72).

29 — Acórdão n.º 4185, de 6 de agosto de 2014, da Terceira Secção do Consiglio di Stato.

30 — Acórdão Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, n.º 14 e jurisprudência referida).

80. Por um lado, recusar à secção de um órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso no direito interno a possibilidade de questionar o Tribunal de Justiça pela simples razão de que o Plenário deste mesmo órgão jurisdicional será obrigado a fazê-lo contrariaria a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, que sempre reconheceu «aos órgãos jurisdicionais nacionais uma faculdade *muito ampla* de recorrer ao Tribunal de Justiça, se considerarem que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições do direito da União necessárias para a resolução do litígio que lhes foi submetido» [31].

81. Por outro lado, o Tribunal de Justiça declarou que um órgão jurisdicional nacional ao qual tenha sido submetido um litígio relativo ao direito da União, que considere que uma disposição nacional não só é contrária ao direito da União, como padece igualmente de vícios de inconstitucionalidade, não fica privado da faculdade ou dispensado da obrigação, previstas no artigo 267.º TFUE, de submeter ao Tribunal de Justiça questões sobre a interpretação ou a validade do direito da União, pelo facto de a declaração da inconstitucionalidade de uma regra de direito interno estar sujeita a recurso obrigatório para o tribunal constitucional [32].

82. O Tribunal de Justiça declarou que este artigo do Tratado se opõe à legislação de um Estado-Membro que institui um procedimento incidental de fiscalização da constitucionalidade das leis nacionais quando o caráter prioritário desse procedimento tenha como consequência impedir o órgão jurisdicional nacional de exercer a sua faculdade ou a sua obrigação de submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais tanto antes da transmissão de uma questão de constitucionalidade ao órgão jurisdicional nacional encarregue de exercer a fiscalização de constitucionalidade das leis, como, sendo caso disso, depois de tomada a decisão desse órgão jurisdicional sobre a referida questão [33].

83. Esta solução impõe-se ainda mais no presente caso porquanto a disposição em causa obriga o Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana a renunciar à sua competência em benefício do Plenário do Consiglio di Stato, contrariamente à questão prioritária de constitucionalidade em causa no processo que deu origem ao acórdão Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363). Com efeito, nos termos do artigo 99.º, n.º 4, do Código de Procedimento Administrativo, quando o Plenário do Consiglio di Stato é chamado a pronunciar-se, «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».

84. O simples facto de, no sistema processual em causa no processo principal, não se tratar de um reenvio obrigatório e prévio para outro órgão jurisdicional, mas para o plenário do órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se no processo principal não é suscetível de justificar uma derrogação aos diferentes princípios que deram forma à interpretação ampla do artigo 267.º TFUE e à liberdade de este órgão jurisdicional nacional submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

85. É certo que o Tribunal de Justiça nunca teve necessidade de se pronunciar sobre esta especificidade. Todavia, parece-me que a solução consagrada no acórdão Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) confirma a análise proposta e pode ser aplicada, *mutatis mutandis*, à situação em que se encontra o órgão jurisdicional de reenvio.

86. Com efeito, naquele processo, no qual o órgão jurisdicional nacional requereu ao Tribunal de Justiça que considerasse quem, de entre a Cour Benelux e ele próprio, devia ser considerado o órgão jurisdicional nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional no direito interno, e que, a este título, tinha a obrigação de submeter uma questão prejudicial nos termos do artigo 267.º,

31 — Acórdão Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 64 e jurisprudência referida). O sublinhado é nosso.

32 — V. acórdãos Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 45), que remete para os n.ºs 39, 45 e 46 do acórdão Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), assim como A (C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 38).

33 — Acórdão Melki e Abdeli (C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 57 e dispositivo). V., igualmente, acórdão A (C-112/13, EU:C:2014:2195, n.º 46 e dispositivo).

terceiro parágrafo, TFUE, o Tribunal de Justiça concluiu que se podia considerar que os dois órgãos jurisdicionais estavam obrigados a submeter-lhe uma questão prejudicial na aceção do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, nos casos em que perante si fosse suscitada uma questão relativa à interpretação do direito da União.

87. No entanto, neste tipo de situações, o Tribunal de Justiça declarou que os dois órgãos jurisdicionais não estavam efetivamente obrigados a submeter uma questão prejudicial, uma vez que a força decorrente da interpretação dada nos termos do artigo 267.º TFUE podia «privar de causa [a] obrigação [de reenvio prejudicial] e esvaziá-la assim de conteúdo» [34].

88. Embora estejam em causa dois órgãos jurisdicionais distintos, esta situação específica não deixa de ter uma configuração menos semelhante relativamente à configuração na qual se inserem uma secção do Consiglio di Stato e o seu Plenário: são os dois órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional interno.

89. Por conseguinte, parece-me que o raciocínio do Tribunal de Justiça no acórdão Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) pode ser transposto, se necessário for, para o presente processo: «se um órgão jurisdicional como [a secção do Consiglio di Stato], antes [do reenvio para o Plenário], fizer uso da sua faculdade de submeter a questão levantada ao Tribunal de Justiça, a autoridade da interpretação dada por este pode isentar um órgão jurisdicional como [o Plenário do Consiglio di Stato] da obrigação de submeter uma questão materialmente idêntica antes de proferir a sua decisão. Inversamente, se a questão não tiver sido previamente submetida ao Tribunal de Justiça por um órgão jurisdicional como [a secção do Consiglio di Stato], um tribunal como [o Plenário do Consiglio di Stato] pode submeter a questão suscitada ao Tribunal de Justiça, cuja decisão poderá então isentar [a secção do Consiglio di Stato] da obrigação de submeter uma questão materialmente idêntica, antes de proferir a sua decisão» [35].

3. Conclusão intercalar

90. Em primeiro lugar, se o princípio de direito consagrado no acórdão n.º 4/2011 e alterado no acórdão n.º 9/2014 não for suscetível de ser interpretado em conformidade com o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, conforme foi precisado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) e no presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio não deverá aplicá-lo.

91. Em segundo lugar, considero que o artigo 267.º TFUE se opõe a uma disposição, como o artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo, que seja interpretada no sentido de que impõe à secção de um órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional, nos casos em que não concorda com um princípio de direito enunciado pelo plenário desse mesmo órgão jurisdicional, a obrigação de remeter para esse plenário a decisão que é objeto do recurso sem ter a possibilidade de submeter previamente uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

92. Por conseguinte, excetuado o caso de o artigo 99.º do Código de Procedimento Administrativo ser interpretado de uma forma que seja conforme com o direito da União, uma secção do Consiglio di Stato que pretenda questionar o Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 267.º TFUE deve afastar o artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo. Com efeito, «[e]m virtude do princípio do primado do direito [da União], o conflito entre uma disposição da lei nacional e uma disposição do

34 — Acórdão Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, n.º 29).

35 — Acórdão Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, n.º 30). Com efeito, observamos que, nos termos do artigo 99.º, n.º 4, do Código de Procedimento Administrativo, o Plenário 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.

Tratado diretamente aplicável é resolvido, por um órgão jurisdicional nacional, pela aplicação do direito [da União], não aplicando, se necessário, a disposição nacional contrária, e não pela declaração da nulidade da disposição nacional, cabendo a cada Estado-Membro a determinação das competências dos seus tribunais e demais órgãos públicos nesta matéria» [36].

VI – **Conclusão**

93. Atendendo às considerações que precedem, convido o Tribunal de Justiça a responder da seguinte forma às questões prejudiciais submetidas pelo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana:

1) 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 processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, efetuada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) também se aplica quando, por um lado, seja interposto um recurso por um único proponente embora várias empresas tenham sido admitidas a participar no procedimento de concurso público e, por outro, quando a entidade à qual o concurso foi adjudicado tenha, por sua vez, interposto um recurso subordinado no âmbito do mesmo procedimento e tanto o proponente recorrente como a entidade à qual o concurso foi adjudicado têm um interesse legítimo equivalente na exclusão do outro operador.

2) Quando a disposição de uma diretiva já tiver sido interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional interno deve interpretar o direito nacional em conformidade com o sentido especificado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e, quando tal interpretação se afigurar impossível, esse órgão jurisdicional nacional não deve aplicar a disposição do direito nacional em causa, não podendo ser obrigado nem impedido de submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial.

O artigo 267.º TFUE opõe-se a uma disposição como o artigo 99.º, n.º 3, do Código de Procedimento Administrativo italiano, que seja interpretada no sentido de que impõe à secção de um órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso jurisdicional, nos casos em que não concorda com um princípio de direito enunciado pelo plenário desse órgão jurisdicional, a obrigação de remeter para esse plenário a decisão que é objeto do recurso sem ter a possibilidade de submeter previamente uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

36 — Acórdão Filipiak (C-314/08, EU:C:2009:719, n.º 82).