DESPACHO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
26 de Novembro 1999 *

No processo C-192/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), pela Corte dei Conti (Itália), destinado a obter, no processo de controlo *a posteriori* pendente neste órgão contra

Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS),

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação 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),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, J. C. Moitinho de Almeida, D. A. O. Edward (relator), L. Sevón e R. Schintgen, presidentes de secção,

* Língua do processo: italiano.

P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet e V. Skouris, juízes,

advogado-geral: G. Cosmas,

secretário: R. Grass,

ouvido o advogado-geral,

profere o presente

Despacho

1 Por decisão de 7 de Abril de 1998, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 19 de Maio seguinte, a Corte dei Conti submeteu, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), três questões prejudiciais sobre a interpretação 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).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um processo de controlo da legalidade, regularidade e rentabilidade da gestão da Azienda nazionale autonoma delle strade (empresa nacional autónoma para a rede de estradas,

que passou a Ente nazionale per le strade, a seguir «ANAS»), no que diz respeito a duas parcelas de um empréstimo contratado por esta.

O processo principal e as questões prejudiciais

3 No âmbito das suas actividades de construção, conservação e exploração das estradas e auto-estradas nacionais, a ANAS obteve empréstimos, entre os quais constam quatro parcelas de 2 biliões de liras italianas, cada uma delas fazendo parte de um empréstimo que atinge o total de 8 biliões de liras italianas.

4 As duas primeiras parcelas foram reunidas no mercado italiano. Os contratos celebrados para este efeito foram aprovados e tornados executórios por decretos interministeriais do Ministério das Obras Públicas e do Ministério do Tesouro de 26 de Fevereiro de 1991 e 30 de Janeiro de 1992.

5 Para reunir a terceira parcela, a ANAS, tendo considerado muito onerosa a oferta do grupo de bancos italianos, dirigiu-se ao mercado internacional de capitais. Foi celebrado um contrato de empréstimo obrigacionista que previa a emissão de «Eurobond» em USD a taxa variável com o banco Nomura International plc, com sede em Londres, e aprovado, bem como os contratos de *swap* correspondentes, por diferentes decretos dos ministérios acima referidos. Estes decretos foram adoptados entre Dezembro de 1993 e Novembro de 1994, ou seja, após a data do termo do prazo, fixado em 1 de Julho de 1993, para transposição da Directiva 92/50, e antes de a mesma ser transposta para a ordem jurídica interna italiana, o que foi feito através do Decreto-Lei n.º 157, de 17 de Março de 1995.

6 O órgão de controlo competente, após salientar que os referidos contratos foram aprovados após o termo do prazo para transposição da Directiva 92/50, verificou

que a mesma não tinha sido aplicada, enquanto, em seu entender, a mesma era directamente aplicável e, por essa razão, deveria ter sido respeitada. A ANAS contestou esta tese afirmando que a Directiva 92/50 não satisfaz os critérios que permitiriam considerá-la como directamente aplicável e que, sendo na época uma empresa autónoma, não podia ser considerada como uma «entidade adjudicante» na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 92/50.

7 Esta análise foi totalmente confirmada a respeito da conclusão da quarta e última parcela do empréstimo, que foi obtida graças a um contrato de empréstimo com um grupo de bancos italianos, embora o decreto ministerial de aprovação tenha sido adoptado após entrada em vigor do Decreto-Lei n.° 157.

8 Posteriormente, a Corte dei Conti, e mais especialmente a sua secção encarregada do controlo dos actos do governo e dos serviços do Estado, foi chamada a pronunciar-se sobre a legalidade, a regularidade e a rentabilidade da gestão da ANAS no que respeita às terceira e quarta parcelas do empréstimo acima referido. Considerando que o exercício deste controlo necessita da interpretação de determinados elementos do direito comunitário, a Corte dei Conti decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as três questões prejudiciais seguintes:

«1) As especificidades da Directiva 92/50/CE do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços — que, como se sabe, prevê um período transitório para a sua aplicação integral (vigésimo primeiro considerando), a utilização de duas séries de disposições conforme se trate de serviços enumerados no Anexo I A ou no Anexo I B (artigos 8.° e 9.°), bem como o reexame dos seus resultados no prazo de três anos, tendo em conta a 'possibilidade de aplicar plenamente a directiva a um leque mais

vasto de contratos de serviços' (vigésimo sétimo considerando e artigo 43.°), são de molde a não permitir ou a tornar mais difícil a sua aplicação imediata na ordem jurídica interna (a partir de 1 de Julho de 1993), na ausência de um acto formal de transposição por parte de um Estado-Membro?

2) Na hipótese de resposta negativa à primeira questão, o regime da mencionada directiva (serviços previstos no artigo 8.°) é ou não aplicável à Azienda nazionale autonoma delle strade — ANAS, quanto a esta possuir ou não os requisitos previstos no direito comunitário para ser considerada 'entidade adjudicante' nos termos do artigo 1.°, alínea b), da referida directiva?

3) Na hipótese de resposta afirmativa à questão que antecede, a aplicação da Directiva 92/50/CEE — que parece não dar qualquer margem para dúvidas em relação ao contrato de mútuo com o grupo de bancos italianos para a obtenção da quarta e última parcela do empréstimo de 8 biliões de liras autorizado pela Lei n.° 405/90 — deve reconhecer-se também em relação ao contrato entre a ANAS e 'Nomura International plc' para a obtenção dos 2 biliões de liras (terceira parcela) através de mútuo obrigacionista com a emissão de 'Eurobond' em dólares USA a taxa variável, tendo em conta que o décimo terceiro considerando e o artigo 2.°, n.° 1, alínea a), vii, da referida directiva prevêem a exclusão dos serviços bancários (referidos na categoria 6 do Anexo I A) dos 'mercados dos serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda e transferências de títulos ou outros instrumentos financeiros...'?»

Quanto à competência do Tribunal de Justiça

9 A Corte dei Conti considera que, quando decide, na sua formação colegial, em matéria de controlo *a priori* da legalidade dos actos e *a posteriori* da gestão do orçamento e do património dos serviços do Estado, satisfaz todos os critérios

previstos pelo Tribunal de Justiça para ser qualificada como «órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros» na acepção do artigo 177.° do Tratado.

10 Afirma, com efeito, que foi instituída a título permanente pela Constituição italiana, a qual garante a independência tanto da instituição como dos seus magistrados, que todo o procedimento de controlo tem lugar segundo o princípio do contraditório com os serviços interessados e que a sua função de controlo sobre a gestão dos serviços públicos assume carácter obrigatório, na medida em que se inscreve nos programas que ela própria define, os quais, uma vez adoptados, a vinculam tanto como aos serviços em causa, os quais não podem furtar-se aos mesmos.

11 Além disso, a Corte dei Conti salienta que o procedimento de controlo termina por uma decisão colegial definitiva que, nos termos do artigo 3.°, n.° 4, da Lei n.° 20/1994, de 14 de Janeiro de 1994 (*GURI* n.° 10, de 14 de Janeiro de 1994), por um lado, verifica e declara quer a legalidade e regularidade da gestão, quer, pelo contrário, a respectiva ilegalidade e irregularidade, e, por outro, aprecia a conformidade dos resultados da acção da administração com os objectivos fixados na lei. Existe, assim, uma primeira fase exclusivamente jurídica e uma segunda fase em que são verificados a regularidade financeira da gestão e os respectivos resultados em termos de desempenho, eficácia e economia, utilizando parâmetros financeiros, económicos, estatísticos e outros.

12 Numa comunicação de 24 de Maio de 1999, enviada ao Tribunal de Justiça pelo Governo italiano, a Corte dei Conti invoca a circunstância de o procedimento de controlo se desenrolar com respeito do contraditório, sob forma de um litígio relativo a questões de legalidade no qual são partes, por um lado, o serviço de controlo que, no âmbito da instrução, deduz acusações contra a administração, e por outro, o próprio serviço que as contesta. Este litígio é em seguida decidido

pela secção de controlo, em formação colegial e após audiência pública em que são ouvidos os representantes da administração em questão.

13 No que respeita aos efeitos jurídicos das decisões («deliberações») assim proferidas, a Corte dei Conti refere que há uma incidência indirecta sobre a gestão do serviço interessado uma vez que, nos termos do artigo 3.°, n.° 6, da Lei n.° 20/1994, o mesmo é obrigado a comunicar-lhe as medidas que adoptou na sequência da deliberação que lhe respeita. Além disso, no que se refere aos serviços públicos não territoriais, o artigo 3.°, n.° 8, da Lei n.° 20/1994 prevê que a Corte dei Conti, na sua deliberação, pode solicitar a reanálise de actos julgados não conformes com a lei.

14 A ANAS considera que não existem dúvidas de que a Corte dei Conti, vista de modo geral e abstracto, é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

15 O Governo italiano, em resposta a uma questão do Tribunal de Justiça, afirma que as questões submetidas pela Corte dei Conti são inadmissíveis.

16 Acrescenta que a jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano (designadamente o acórdão n.° 335/95, *Rivista della Corte dei Conti*, 1995, 3, II, p. 163) distingue entre o controlo da legalidade dos actos exercido *a priori* do exercido *a posteriori* sobre a gestão financeira das empresas. Enquanto o primeiro tipo de controlo, segundo esta jurisprudência, contém diversos aspectos análogos à função jurisdicional, o controlo *a posteriori* da gestão, previsto no artigo 3.°, n.° 4, da Lei n.° 20/1994, «não reveste as características de um controlo susceptível de ser equiparado à função jurisdicional, ou seja, dedicado à protecção do direito objectivo, com exclusão de qualquer apreciação que não seja da ordem estritamente jurídica»; pelo contrário, apresenta-se «como um controlo de carácter empírico, inspirado, mais que por parâmetros normativos

precisos, por modelos ideais extraídos da experiência comum, que encontram a sua razão de ser nos conhecimentos técnico-científicos próprios das diferentes disciplinas para efeitos de avaliação dos resultados da acção administrativa».

17 Segundo o Governo austríaco, resulta das explicações dadas pela Corte dei Conti no seu despacho de envio que ela pode recorrer ao Tribunal de Justiça. Contudo, dado que não dispõe das disposições nacionais relevantes relativas à organização da referida instituição nem, de um modo geral, das relativas ao seu enquadramento jurídico, não lhe é possível apreciar a realidade dessa habilitação.

18 A Comissão afirma que a Corte dei Conti, no exercício da sua função de controlo *a posteriori*, não pode ser qualificada como órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado. Afirma, designadamente, que, no processo principal, não foi submetido à Corte dei Conti um litígio sobre o qual a mesma tenha de se pronunciar adoptando uma decisão de carácter jurisdicional. Efectivamente, uma vez que as funções de controlo *a posteriori* que a referida instituição exerce incidem sobre actos que, a exemplo dos decretos ministeriais que aprovam os contratos de empréstimo em questão no processo principal, já foram executados, a mesma instituição executa uma operação de verificação dos resultados obtidos pela administração em relação aos programas inicialmente estabelecidos. Ao assim proceder, a Corte dei Conti desempenha funções de autoridade administrativa e não funções jurisdicionais.

19 A Comissão salienta, por outro lado, que a Corte dei Conti aprecia a acção da administração sem se basear exclusivamente na aplicação de normas de direito, mas tomando também em consideração outros parâmetros. Acrescenta que a situação seria diferente se os contratos de empréstimos celebrados entre a ANAS e a Nomura International plc tivessem sido impugnados por outra sociedade. Só neste caso estaríamos perante um litígio entre um particular e a administração.

Acresce que o órgão competente para a decisão não seria a Corte dei Conti mas o tribunal administrativo regional.

20 Para apreciar se um órgão possui a natureza de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado, questão que depende unicamente do direito comunitário, o Tribunal de Justiça tem em conta um conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, a sua natureza permanente, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência (v., nomeadamente, acórdãos de 30 de Junho de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Recueil, p. 377; Colect. 1965-1968, p. 401; de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Colect., p. I-4961, n.° 23, e de 2 de Março de 1999, Eddline El-Yassini, C-416/96, Colect., p. I-1209, n.° 17).

21 Além disso, resulta de jurisprudência constante que os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional (v. despacho de 5 de Março de 1986, Greis Unterweger, 318/85, Colect., p. 955, n.° 4; acórdãos de 19 de Outubro de 1995, Job Centre, C-111/94, Colect., p. I-3361, n.° 9, e de 12 de Novembro de 1998, Victoria Film, C-134/97, Colect., p. I-7023, n.° 14).

22 Deve, por isso, a possibilidade de um organismo recorrer ao Tribunal de Justiça ser determinada segundo critérios tanto estruturais como funcionais. A este respeito, um organismo nacional pode ser qualificado como «órgão jurisdicional» na acepção do artigo 177.° do Tratado quando exerça funções jurisdicionais, enquanto, no exercício de outras funções, designadamente de natureza administrativa, não lhe pode ser reconhecida essa qualificação.

23 Daqui resulta que, para determinar se um organismo nacional, ao qual a lei confia funções de natureza diferente, deve ser qualificado como «órgão jurisdicional» na acepção do artigo 177.° do Tratado, é necessário verificar qual a natureza específica das funções que exerce no contexto normativo particular em que tem de recorrer ao Tribunal de Justiça. No âmbito desta análise, é irrelevante o facto de outras secções do organismo em causa, ou mesmo a própria secção que recorreu ao Tribunal de Justiça mas actuando no exercício de funções diferentes das que estão na origem deste reenvio, devam ser qualificadas como «órgãos jurisdicionais» na acepção do artigo 177.° do Tratado.

24 Ora, resulta das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça que a função de controlo *a posteriori* exercida pela Corte dei Conti no processo principal é essencialmente uma função de avaliação e verificação dos resultados da actividade administrativa. Daqui decorre que, no contexto que deu lugar ao presente pedido de decisão prejudicial, esta instituição não exerce uma função jurisdicional.

25 Nestas condições, o Tribunal de Justiça não é competente para decidir sobre as questões submetidas pela Corte dei Conti.

Quanto às despesas

26 As despesas efectuadas pelos Governos italiano e austríaco, e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o

processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante a Corte dei Conti, compete a esta decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

O Tribunal de Justiça não é competente para responder às questões submetidas pela Corte dei Conti na sua decisão de reenvio de 7 de Abril de 1998.

Proferido no Luxemburgo, em 26 de Novembro de 1999.

O secretário

R. Grass

O presidente

G. C. Rodríguez Iglesias