# DOMSTOLENS BESLUT
den 26 november 1999 *

I mål C-192/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Corte dei Conti (Italien), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga förfarandet för kontroll i efterhand av

**Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS),**

angående tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139),

meddelar

## DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden G.C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena J.C. Moitinho de Almeida, D.A.O. Edward (referent), L. Sevón och R. Schintgen

* Rättegångsspråk: italienska.

samt domarna P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet och V. Skouris,

generaladvokat: G. Cosmas,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter att ha hört generaladvokaten,

följande

## Beslut

1 Corte dei Conti har genom beslut av den 7 april 1998, som inkom till domstolen den 19 maj samma år, begärt att domstolen enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234) skall meddela ett förhandsavgörande avseende tre frågor angående tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

2 Frågorna har uppkommit vid ett kontrollförfarande rörande rättsenlighet och lönsamhet hos förvaltningen av Azienda nazionale autonoma delle strade

(Självständiga statliga vägbolaget, numera Ente nazionale per le strade, nedan kallat ANAS) vad gäller två delar av ett lån som nämnda bolag har tagit.

## Målet vid den nationella domstolen och begäran om förhandsavgörande

3 Inom ramen för sin verksamhet omfattande anläggning, underhåll och drift av de nationella vägarna och motorvägarna har ANAS tagit upp lån, bland annat ett lån om sammanlagt 8 000 miljarder LIT uppdelat i fyra delar om vardera 2 000 miljarder LIT.

4 De två första delarna av lånet togs upp på den italienska marknaden. De tillhörande avtalen godkändes och fick verkan genom ministeriets för offentliga arbeten och ministeriets för statens finanser gemensamma dekret av den 26 februari 1991 och den 30 januari 1992.

5 För att uppbringa den tredje delen av lånet vände sig ANAS, som fann den italienska bankgruppens erbjudande alltför kostsamt, till den internationella kapitalmarknaden. Ett avtal om obligationslån medelst emission av "Eurobond" i USD till rörlig ränta slöts med banken Nomura International plc med säte i London. Avtalet och därtill hörande swappavtal godkändes genom olika dekret utfärdade av ovan nämnda ministerier. Dessa dekret utfärdades mellan december 1993 och november 1994, det vill säga efter det att fristen för införlivande av direktiv 92/50 den 1 juli 1993 hade löpt ut och före införlivandet av direktivet med den italienska rättsordningen genom förordning nr 157 av den 17 mars 1995.

6 Efter att ha noterat att ovan nämnda avtal hade godkänts efter utgången av fristen för införlivande av direktiv 92/50 konstaterade behörig kontrollmyndighet

att direktivet inte hade tillämpats trots att det enligt kontrollmyndighetens mening hade direkt effekt och därför borde ha tillämpats. ANAS bestred detta och anförde härvid att direktiv 92/50 inte uppfyller kraven för att anses vara direkt tillämpligt och att ANAS, som vid i målet aktuell tidpunkt var ett självständigt företag, inte kunde anses vara en "upphandlande myndighet" i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50.

7 Denna analys har helt bekräftats beträffande den fjärde och sista delen av lånet, som upptogs genom ett låneavtal med en grupp italienska banker trots att det ministeriella dekretet om godkännande utfärdades efter ikraftträdandet av förordning nr 157.

8 Därefter har talan om rättsenligheten och lönsamheten hos ANAS förvaltning vad gäller den tredje och den fjärde delen av ovan nämnt lån väckts vid avdelningen för kontroll av regeringens och statsförvaltningens rättsakter vid Corte dei Conti. Corte dei Conti, som fann att en sådan kontroll kräver tolkning av vissa gemenskapsrättsliga frågor, har förklarat målet vilande och begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande tre frågor:

"1) Skall särdragen i rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster — vilket som bekant innehåller föreskrifter om en övergångsperiod innan det skall tillämpas fullt ut (tjugoförsta övervägandet) och om att två typer av bestämmelser skall användas beroende på om fråga är om tjänster som anges i bilaga 1 A eller i bilaga 1 B (artiklarna 8 och 9) samt om att ett omprövningsförfarande skall vidtas (inom tre år) avseende de uppnådda resultaten i syfte att 'utröna om

direktivet fullt ut kan tillämpas på ett bredare spektrum av tjänster' (tjugosjunde övervägandet och artikel 43) — anses vara av sådan art att de utesluter eller försvårar direktivets tillämplighet i den interna rättsordningen (från och med den 1 juli 1993), när medlemsstaten inte har vidtagit någon formell införlivandeåtgärd?

2) Om föregående fråga besvaras nekande, skall då reglerna i ovan nämnda direktiv (avseende tjänster enligt artikel 8) tillämpas på Azienda nazionale autonoma delle strade — ANAS, med hänsyn till de villkor som föreskrivs i gemenskapsrätten för att det skall kunna anses vara en 'upphandlande myndighet' i den mening som föreskrivs i artikel 1 b i sagda direktiv?

3) Om föregående fråga skall besvaras jakande, skall då ovan nämnda direktiv 92/50/EEG — som utan tvekan förefaller vara tillämpligt på det låneavtal som ingicks med en grupp italienska banker för att erhålla den fjärde och sista delen av det lån om 8 000 miljarder LIT vars upptagande hade bemyndigats genom lag nr 405/90 — även tillämpas på avtalet mellan ANAS och 'Nomura International plc' för att uppbringa 2 000 miljarder LIT (tredje delen) genom ett obligationslån medelst emission av 'Eurobond' i USD till rörlig ränta, med beaktande av att det i trettonde övervägandet och artikel 1 första stycket a vii i direktivet föreskrivs att 'kontrakt avseende finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överförande av värdepapper eller andra finansiella instrument ...' inte inbegrips i banktjänster i enlighet med kategori 6 i bilaga 1 A?"

## Domstolens behörighet

9 Corte dei Conti anser sig uppfylla samtliga av domstolen uppställda krav för att betraktas som en "domstol i en medlemsstat" i den mening som avses i artikel 177 i fördraget både när den i kollegial sammansättning fattar beslut om

förhandskontroll av rättsakters rättsenlighet och när den i sådan sammansättning genomför efterhandskontroll av statliga myndigheters förvaltning av budgetmedel och statliga tillgångar.

10 Corte dei Conti har härvid anfört att den är ett stadigvarande organ som inrättats genom den italienska konstitutionen som garanterar såväl dess eget som dess domares oberoende, att hela kontrollförfarandet är kontradiktoriskt gentemot de berörda myndigheterna och att dess kontroll av den offentliga förvaltningen är av tvingande natur på så sätt att den utförs på grundval av program som Corte dei Conti själv utarbetar och som, då de väl har antagits, är bindande såväl för Corte dei Conti som för myndigheterna, som inte kan undandra sig programmet.

11 Dessutom har Corte dei Conti konstaterat att kontrollförfarandet avslutas genom att ett kollegialt slutligt avgörande fattas i vilket, i enlighet med artikel 3.4 i lag 20/1994 av den 14 januari 1994 (*GURI* nr 10 av den 14 januari 1994), Corte dei Conti dels fastställer och intygar förvaltningens rättsenlighet och korrekthet eller rättsstridighet och inkorrekthet, dels klargör huruvida resultatet av myndigheternas verksamhet överensstämmer med i lag uppställda målsättningar. Det skulle alltså vara fråga om en första, uteslutande juridisk fas och en andra fas då det undersöks om förvaltningen varit ekonomiskt korrekt och om den utifrån finansiella, ekonomiska, statistiska och andra bedömningsgrunder varit verksam, effektiv och ekonomisk.

12 I ett yttrande av den 24 maj 1999, ingivet till domstolen av den italienska regeringen, har Corte dei Conti gjort gällande att kontrollförfarandet är kontradiktoriskt på så sätt att det utgör en tvist om rättsenlighetsfrågor där kontrollmyndigheten inom ramen för utredningen framför anklagelser mot förvaltningen som å sin sida bestrider dessa. Tvisten avgörs sedan av kon-

trollavdelningen i kollegial sammansättning efter en offentlig förhandling under vilken företrädare för den berörda förvaltningen hörs.

13 Vad gäller rättsverkningarna av de beslut som härvid fattas har Corte dei Conti angivit att dessa har en indirekt verkan för den berörda förvaltningen eftersom denna enligt artikel 3.6 i lag nr 20/1994 är skyldig att inför Corte dei Conti redogöra för vilka åtgärder som vidtagits till följd av det beslut som fattats. Dessutom stadgas i artikel 3.8 i lag nr 20/1994 att Corte dei Conti när det gäller lokala och regionala myndigheter i sitt beslut kan begära omprövning av de rättshandlingar som befunnits icke lagenliga.

14 ANAS anser att det står utom allt tvivel att Corte dei Conti i abstrakt och generell bemärkelse är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

15 Den italienska regeringen har i svar på fråga från domstolen uppgivit att de frågor som Corte dei Conti ställt inte kan tas upp till prövning.

16 Regeringen har tillagt att den italienska författningsdomstolen (se särskilt dom 335/95, *Rivista della Corte dei Conti* 1995, 3, II, s. 163) i sin praxis gör skillnad mellan förhandskontroll av rättshandlingarnas rättsenlighet och efterhandskontroll av företagens ekonomiska förvaltning. Medan den förstnämnda typen av kontroll enligt denna praxis innefattar ett flertal aspekter som är analoga med rättsskipning kan efterhandskontrollen enligt artikel 3.4 i lag 20/1994 "inte anses ha de karaktäristiska egenskaperna hos en kontroll som kan likställas med rättsskipande verksamhet, det vill säga att värna den objektiva rätten utan att göra bedömningar av annan än strikt juridisk art". Tvärtom framstår den "som en kontroll av empirisk karaktär, inspirerad av ideala modeller hämtade från erfarenheten och utarbetade med ledning av tekniska och vetenskapliga rön från

olika ämnesområden i syfte att genomföra en utvärdering av förvaltningens resultat snarare än med ledning av precisa normativa bedömningsgrunder".

17 Enligt den österrikiska regeringen framgår det av de förklaringar Corte dei Conti ger i sitt beslut om hänskjutande att Corte dei Conti är behörig att begära förhandsavgörande av domstolen. Med hänsyn till att regeringen inte har tillgång till relevanta nationella bestämmelser gällande nämnda institutions organisation eller allmänna bestämmelser rörande dess juridiska sammanhang är det emellertid inte möjligt för den att göra en definitiv bedömning i behörighetsfrågan.

18 Kommissionen har hävdat att Corte dei Conti vid genomförande av efterhandskontroll inte kan anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget. Kommissionen har särskilt påpekat att Corte dei Conti i det nationella målet inte skall avgöra en tvist genom att fatta ett beslut av rättsskipande karaktär. Eftersom den efterhandskontroll som sagda institution gör avser rättshandlingar vilka, i likhet med de ministeriella dekreten om godkännande av de lånekontrakt om vilka fråga är i det nationella målet, redan har genomförts, utgör granskningen en kontroll av förvaltningens resultat i jämförelse med de från början uppsatta målen. Vid sådant förhållande ägnar sig Corte dei Conti åt myndighetsutövning och inte åt dömande verksamhet.

19 Kommissionen har dessutom påpekat att Corte dei Conti vid bedömningen av förvaltningens handlingssätt inte bara beaktar rättsregler utan även andra förhållanden. Kommissionen har tillagt att situationen skulle ha varit en annan om talan angående lånekontrakten mellan ANAS och Nomura International plc hade väckts av ett annat företag. Endast i ett sådant fall skulle en tvist mellan en enskild och det allmänna föreligga. För övrigt skulle behörig instans för att

avgöra en dylik tvist inte vara Corte dei Conti utan den regionala förvaltningsdomstolen.

20 För att bedöma om ett organ är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, vilket är en rent gemenskapsrättslig fråga, skall EG-domstolen beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess avgöranden är tvingande, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler samt om det har en oberoende ställning (se särskilt dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels, REG 1966, s. 377, svensk specialutgåva, volym 1, s. 263, dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 23 och dom av den 2 mars 1999 i mål C-416/96, Eddline El-Yassini, REG 1999, s. I-1209, punkt 17).

21 Dessutom följer av fast rättspraxis att de nationella domstolarna endast har befogenhet att framställa en begäran till domstolen om en tvist är anhängig vid dessa och om de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättsskipningskaraktär (se beslut av den 5 mars 1986 i mål 318/85, Greis Unterweger, REG 1986, s. 955, punkt 4 och domar av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre, REG 1995, s. I-3361, punkt 9 och av den 12 november 1998 i mål C-134/97, Victoria Film, REG 1998, s. I-7023, punkt 14.)

22 Frågan huruvida ett organ är behörigt att framställa en begäran till domstolen avgörs alltså enligt såväl strukturella som funktionella kriterier. I detta avseende kan ett nationellt organ anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget när det bedriver rättsskipande verksamhet medan det inte kan anses vara en domstol när det bedriver annan, i synnerhet förvaltande, verksamhet.

23 Av detta följer att det vid bedömningen huruvida ett nationellt organ som enligt lag bedriver olika typer av verksamhet skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget är nödvändigt att granska den specifika beskaffenheten hos den verksamhet som bedrivs i det särskilda normativa sammanhang i vilket organet framställer sin begäran om förhandsavgörande. Vid denna bedömning saknar det betydelse att andra avdelningar hos det berörda organet och till och med den avdelning som framställt begäran om förhandsavgörande vid bedrivande av annan verksamhet än den som ligger till grund för begäran är att anse som domstolar i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

24 Av de yttranden som inkommit till EG-domstolen framgår emellertid att den efterhandskontroll som Corte dei Conti verkställer i det nationella målet framför allt består av utvärdering och undersökning av förvaltningens resultat. Till följd härav bedriver institutionen i fråga inte någon rättsskipande verksamhet i det specifika sammanhang i vilket begäran om förhandsavgörande framställts.

25 Av detta följer att domstolen saknar behörighet att besvara Corte dei Contis frågor.

## Rättegångskostnader

26 De kostnader som har förorsakats den italienska och den österrikiska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte

ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid Corte dei Conti utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på Corte dei Conti att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder fattar

DOMSTOLEN

följande beslut:

**Domstolen saknar behörighet att besvara de frågor som Corte dei Conti har ställt i sitt beslut om hänskjutande av den 7 april 1998.**

Luxemburg den 26 november 1999

R. Grass

Justitiesekreterare

G.C. Rodríguez Iglesias

Ordförande