CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 15 de Maio de 1997 *

1. Pelo pedido prejudicial que é objecto do presente processo, a Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (comissão federal de fiscalização da adjudicação dos contratos públicos; a seguir «comissão federal de fiscalização») interroga o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 41.° 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 (a seguir «directiva relativa aos serviços») [1].

A comissão federal de fiscalização pede, em particular, ao Tribunal de Justiça que diga se, com base neste artigo, as instâncias criadas pelos Estados-Membros nos termos da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativa à aplicação dos processos de recurso (a seguir «directiva relativa aos recursos») [2], são competentes, a partir da expiração do prazo fixado na directiva relativa aos serviços para a sua transposição (na ausência de medidas nacionais de transposição), para se pronunciarem igualmente sobre recursos em matéria de processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, relativos a alegadas violações das normas comunitárias na matéria.

* Língua original: italiano.

1 — JO L 209, p. 1.

2 — Directiva 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 (JO L 395, p. 33).

O enquadramento normativo comunitário e nacional

2. Para melhor compreender o alcance da questão aqui tratada, convém, em primeiro lugar, recordar o enquadramento jurídico em que esta se inscreve, recordando brevemente tanto as normas comunitárias como as disposições nacionais pertinentes.

— *A regulamentação comunitária*

3. Quanto à directiva relativa aos serviços, recorde-se, em primeiro lugar, o artigo 36.° que fixa os critérios em que a administração se deve basear para atribuir os contratos. Em especial, nos termos do artigo 36.°, n.° 1, alínea a), quando a adjudicação contempla a proposta economicamente mais vantajosa, há que ter em conta «critérios que variam consoante o contrato: por exemplo, qualidade, mérito técnico, características estéticas e funcionais, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega, prazos de entrega ou de execução, preço». Nos outros casos, em contrapartida, de acordo com a alínea b)

desta mesma disposição, há que ter em conta «unicamente o preço mais baixo».

No artigo 44.° da directiva relativa aos serviços, a data de expiração do prazo em que os Estados-Membros deverão adoptar e comunicar as medidas de transposição necessárias está fixada em 1 de Julho de 1993.

4. A directiva relativa aos recursos impõe aos Estados-Membros que adoptem as medidas necessárias para garantir que os processos de adjudicação dos contratos públicos de obras e de fornecimentos que recaem no âmbito de aplicação das directivas comunitárias na matéria [3] possam ser objecto de recursos rápidos e eficazes quando o parâmetro de ilegalidade invocado é (directa ou indirectamente) o direito comunitário (artigo 1.°, n.° 1).

Na sequência da entrada em vigor da directiva relativa aos serviços, a directiva relativa aos recursos aplica-se igualmente aos processos de adjudicação dos contratos públicos de serviços; o artigo 41.° da directiva relativa aos serviços, de que a instância de reenvio pede actualmente a interpretação ao Tribunal de Justiça, introduz, efectivamente uma modificação ao texto do artigo 1.° da directiva relativa aos recursos, para fazer recair expressamente no âmbito de aplicação desta os recursos relativos à adjudicação dos contratos de serviços.

5. O artigo 2.°, n.° 8, da directiva relativa aos recursos prevê que, sempre que as instâncias responsáveis pelos processos de recurso não sejam de natureza jurisdicional, as suas decisões devem ser fundamentadas por escrito em todos os casos. Além disso, nesse caso, os Estados-Membros devem garantir que «qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos... [possa] ser objecto de recurso jurisdicional ou de recurso junto de outra instância que seja um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado e que seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de base».

Para garantir essa independência, é ainda exigido no segundo parágrafo deste mesmo n.° 8 que os membros dessa instância estejam sujeitos a condições iguais às aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua inamovibilidade; está igualmente estabelecido que, no mínimo, o presidente dessa instância deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A mesma disposição prevê finalmente que as decisões dessa instância sejam tomadas na sequência de um processo contraditório e produzam efeitos jurídicos coercivos.

3 — Trata-se, com toda a evidência, dos contratos referidos nas Directivas 71/305/CEE (JO L 185, p. 5) e 77/62/CEE (JO L 13, p. 1) tornadas, respectivamente, a Directiva 93/37/CEE (JO L 199, p. 54) e a Directiva 93/36/CEE (JO L 199, p. 1).

— *A regulamentação nacional*

6. A transposição das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos na ordem jurídica alemã foi realizada através de uma modificação do Haushaltsgrundsätzegesetz (lei relativa aos princípios do direito orçamental, a seguir «HGrG»). Em especial, pela segunda lei de modificações da HGrG, entrada em vigor em 1993 [4] o legislador alemão introduziu os novos §§ 57a a 57c, pelos quais pretendia implementar as directivas em matéria de contratos públicos de obras e de fornecimentos, bem como a directiva relativa aos recursos [5].

Em contrapartida, a directiva relativa aos serviços não foi transposta na ordem jurídica alemã como confirma expressamente o despacho de reenvio.

7. O § 57a da HGrG constitui a base jurídica geral para adopção das regras de execução das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos. Atribui ao Governo federal a competência para regulamentar, com o acordo do Bundesrat, os processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimentos, de obras e de serviços, contratados pelas instâncias enumeradas nesse mesmo artigo.

As outras disposições (§§ 57b e 57c) são relativas aos recursos interpostos em caso de violação das regras comunitárias (ou das regras nacionais de transposição), instituindo para este efeito um duplo grau de controlo dos processos. Um primeiro controlo é confiado ao serviço competente para as reclamações (Vergabeprüfstellen); as decisões deste serviço são depois susceptíveis de recurso para as comissões de fiscalização (Vergabeüberwachungsausschüsse), instauradas por cada *Länder* ou — quando o processo de adjudicação em litígio recai no âmbito da competência de uma autoridade federal — para a comissão federal de fiscalização.

8. Em particular, o § 57b da HGrG enuncia as regras de funcionamento dos serviços competentes para as reclamações. Nos termos do n.º 2 desse artigo, as competências desses serviços devem ser fixadas pelo Governo federal, sob forma de regulamento e com o acordo do Bundesrat. Os n.ºs 3, 4 e 5 contêm uma série de disposições em matéria de início do processo de controlo, de suspensão dos processos de adjudicação considerados suspeitos e da obrigação de informar os próprios serviços de controlo.

No n.º 6, está especificado que a apresentação de uma reclamação ao serviço de controlo competente não prejudica o direito dos particulares intentarem uma acção ordinária para reparação dos danos eventualmente sofridos no âmbito do processo de adjudicação.

9. O § 57c do HGrG enumera uma série de regras aplicáveis às comissões de fiscaliza-

4 — *BGBl* 1993, I, p. 1928 e segs.

5 — Esta técnica legislativa é comummente designada na doutrina alemã como «solução orçamental».

ção [6]; os membros destas comissões, cuja composição é pormenorizadamente regulamentada nos n.os 2, 3 e 4 desta disposição, exercem a sua actividade de maneira independente e sob a sua própria responsabilidade. Em especial, nos termos do § 57c, n.° 3, certas disposições da Deutsches Richtergesetzt (lei relativa ao estatuto da magistratura; a seguir «DRiG») relativas à anulação ou à revogação da nomeação, assim como à independência ou inamovibilidade, são aplicáveis por analogia aos membros titulares das comissões de controlo [7].

As comissões de fiscalização exercem unicamente um controlo de legalidade sobre os processos de adjudicação, sem pôr em causa as apreciações de facto dos serviços competentes para as reclamações; podem, eventualmente, anular as decisões destes últimos, convidando-os a adoptar novas decisões (§ 57c, n.° 5). Qualquer pessoa pode recorrer a essas comissões, invocando a violação de disposições aplicáveis na matéria (n.° 6).

10. Finalmente, o § 57c, n.° 7, enuncia regras específicas aplicáveis à comissão federal de fiscalização. Os seus membros «funcionários» são escolhidos entre os presidentes (de secção) e os assessores das formações jurisdicionais do Bundeskartellamt [8]. Os presidentes de secção da comissão de fiscalização são designados entre os presidentes de secção do Bundeskartellamt. O presidente do Bundeskartellamt nomeia os assessores externos [9] sob proposta das organizações profissionais de direito público, regula a formação e a composição das secções e, mediante delegação do Governo federal, exerce poder hierárquico sobre a comissão.

6 — Estas regras são aliás aplicáveis igualmente à comissão federal de fiscalização, sob reserva das disposições específicas previstas *no n.° 7 deste mesmo § 57c (v. infra no texto)*.

7 — Trata-se das seguintes disposições da DRiG:
— o § 18, n.os 1 e 2, que prevê os casos de nulidade da nomeação dos magistrados (nomeação feita por uma autoridade incompetente *ratione materiae*, nomeação de uma pessoa que não tenha a nacionalidade alemã ou que esteja privada dos seus direitos políticos); em contrapartida, o § 18, n.° 3 (que prevê que tal nulidade só é oponível se for verificada por uma decisão jurisdicional que tenha transitado em julgado) não é aplicável e, em seu lugar, o § 57c, n.° 3, prevê que a nulidade pode ser invocada apenas depois de ter sido verificada pela autoridade que procedeu à nomeação e a partir do momento em que esta verificação é insusceptível de recurso;
— o § 19, n.os 1 e 2, relativo aos casos em que a revogação da nomeação é possível. O n.° 3 dessa mesma disposição, que subordina a revogação de nomeação ao consentimento do interessado ou a uma decisão jurisdicional transitada em julgado, não é, no entanto, aplicável;
— o § 26, n.os 1 e 2, que prevê que o controlo hierárquico sobre a actividade dos juízes não pode limitar a sua independência;
— o § 27, n.° 1 (os juízes são afectados a um lugar no órgão jurisdicional determinado);
— o § 30, n.os 1 e 3, bem como os §§ 31 a 33 e 37, que fixam as condições de revogação das competências atribuídas a um juiz e sua mutação para outras funções que podem ter lugar, de maneira geral, na sequência de um processo disciplinar formal ou por razões de reestruturação de organização judicial. Em contrapartida, o § 30, n.° 2, que dispõe que a revogação ou mutação que não resulta de razões de organização está subordinada a uma decisão jurisdicional transitada em julgado, não é aplicável.

8 — Autoridade administrativa nacional competente pela protecção da concorrência.

9 — Além dos membros «funcionários» (ou internos no Bundeskartellamt), a comissão federal de fiscalização inclui igualmente membros externos (ou honorários). Actualmente, consiste numa secção única, presidida por um presidente de secção do Bundeskartellamt e composta por quatro membros internos, cinco membros externos e cinco membros externos suplentes (v. Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, p. 572 e segs.; o autor é o actual presidente da comissão).

Nos termos desta mesma disposição, a comissão federal de fiscalização tem o dever de adoptar o seu regulamento interno, que regula a organização e a distribuição dos processos.

11. Com base nas disposições referidas, em 22 de Fevereiro de 1994, o Governo federal adoptou dois regulamentos de aplicação, após ter obtido o parecer favorável do Bundesrat. O primeiro regulamento, que fixa disposições em matéria de adjudicação dos contratos de obras públicas, diz expressamente respeito apenas aos contratos de obras e de fornecimentos e portanto não se aplica aos contratos de serviços [10].

O segundo regulamento, em contrapartida, tem um alcance geral e contém as regras de aplicação da obrigação de prever processos de recurso apropriados em matéria de contratos públicos (a seguir «regulamento sobre os recursos») [11]. O § 1 deste regulamento define os serviços competentes em matéria de reclamações para cada entidade adjudicante referida no § 57a da HGrG. Nos termos do § 2, o serviço competente para as reclamações está habilitado a suspender o processo de adjudicação dos contratos; pronuncia-se mediante decisões escritas devidamente fundamentadas que são notificadas à administração e ao reclamante; tem o dever de chamar a atenção deste último para a possibilidade de recorrer à comissão de fiscalização, indicando-lhe, para esse efeito, a comissão competente.

10 — *BGBl* 1994, I, p. 321 e segs.
11 — *BGBl* 1994, I, p. 324 e segs.

12. O § 3 do regulamento sobre os recursos é finalmente relativo à actividade das comissões de fiscalização. Com base nestas disposições, as comissões de fiscalização têm o dever de recorrer ao Tribunal de Justiça na acepção do artigo 177.° quando consideram ser necessária uma decisão sobre a interpretação do Tratado ou sobre a validade ou interpretação de actos adoptados com base no Tratado.

Nos termos dessa disposição, as comissões de fiscalização, de acordo com os princípios inscritos na lei que modifica a HGrG, adoptam um regulamento interno que define as suas regras processuais. Pronunciam-se por decisões escritas fundamentadas, após serem ouvidas as partes em questão. O § 3, n.° 4, especifica finalmente que, contrariamente aos serviços competentes para as reclamações, as comissões de fiscalização não estão habilitadas a suspender o processo de adjudicação do contrato.

13. O regulamento interno da comissão federal de fiscalização entrou em vigor em 1 de Agosto de 1995 e não parece que tenha sido publicado. Na versão apresentada pelo Governo alemão no presente processo, é constituído por cinco partes que regulam a organização e a repartição das funções nesta instância, o processo, que inclui uma fase escrita e uma fase oral, as deliberações, bem como outros elementos específicos designadamente algumas formalidades quanto à decisão final.

Parece que esta versão do regulamento interno inclui modificações relativamente a uma versão precedente do mesmo regulamento, entrada em vigor em Junho de 1994 e que também não tinha sido publicada. Com efeito, segundo a Comissão, que prestou esta informação na audiência — informação que, note-se, não foi contestada —, a versão original e a actualmente em vigor apresentariam algumas diferenças, em especial quanto à publicidade das audiências, à necessidade de uma fase oral e aos prazos do processo [12].

14. Para completar o enquadramento normativo descrito, deve finalmente notar-se que a execução das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos foi objecto de dois acórdão recentes, em que o Tribunal de Justiça condenou o Governo alemão por incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado. A primeira declaração de incumprimento era relativa à transposição incorrecta das directivas em matéria de contratos públicos de obras e de fornecimentos [13] enquanto a segunda era relativa à falta de transposição da directiva relativa aos serviços [14].

A transposição da directiva relativa aos recursos é objecto de um processo por infracção iniciado pela Comissão e que está actualmente pendente [15]. Substancialmente, a Comissão acusa o Governo alemão de oferecer aos particulares, nas medidas de transposição nacional, um nível de protecção jurisdicional insuficiente relativamente às prescrições da directiva correspondente.

Os factos

15. Regressemos agora aos factos que estão na origem do litígio no processo principal, e que, contrariamente ao enquadramento normativo, são simples e podem ser resumidos da seguinte forma.

Em 1995, o Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (a seguir «entidade adjudicante») tinha iniciado um processo de adjudicação de um contrato de serviços para a concepção de

12 — A Comissão deixou aliás entender que tinha algumas dúvidas quanto à versão do regulamento interno que deveria ser considerada como actualmente em vigor. Com efeito, sustenta que a única versão comunicada oficialmente pelo Governo alemão, que não entregou qualquer actualização ou modificação oficial, é a de Junho de 1994, documento que foi apresentado no âmbito de uma acção por incumprimento intentada pela Comissão contra a Alemanha, na acepção do artigo 169.° (v. *infra*, no texto).

13 — Acórdão de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-433/93, Colect., p. I-2303); convém sublinhar que as directivas aplicáveis na época dos factos eram, respectivamente, a Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, (JO L 127, p. 1) para os contratos de fornecimentos e a Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989 (JO L 210, p. 1) para os contratos de obras. Convém ainda recordar que, de acordo com a jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça declarou o incumprimento baseando-se na situação normativa no termo dos prazos atribuídos pela Comissão no parecer fundamentado (no caso em apreço, em 3 de Fevereiro de 1993).

14 — Acórdão de 2 de Maio de 1996, Comissão/Alemanha (C-253/95, Colect., p. I-2423).

15 — A interpelação, de 31 de Dezembro de 1995, foi publicada, em alemão no *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, n.° 23/95, p. 1940 e segs. O parecer fundamentado foi enviado em 29 de Julho de 1996 (v. o comunicado de imprensa n.° IP/96/614 da Comissão).

conjunto da construção de novos edifícios destinados ao governo, em Berlin [16]. Quanto às prestações de natureza intelectual, a administração tinha optado por um processo por negociação, após publicação de um anúncio de contrato, como lhe permitia o artigo 11.°, n.° 2, alínea c), da directiva relativa aos serviços.

16. A Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (a seguir «recorrente»), que participava no concurso, apresentou uma proposta em 25 de Agosto de 1995.

A entidade adjudicante procedeu à análise das dezoito propostas recebidas e seleccionou sete, que foram objecto de uma classificação; depois, decidiu adjudicar o contrato a duas empresas, diferentes da recorrente, e encarregou-as de constituirem uma associação profissional para a prestação dos serviços pretendidos. A adjudicação do contrato foi formalizada em 12 de Janeiro de 1996, quando a associação em questão já tinha começado a funcionar.

17. Considerando que a sua exclusão violava simultaneamente a directiva relativa aos serviços e as disposições nacionais na matéria, a recorrente apresentou uma reclamação ao Ministério Federal do Ordenamento do Território, da Construção e do Urbanismo (na sua qualidade de serviço competente para as reclamações), na qual pedia, a título provisório, a suspensão do processo e, a título principal, que o contrato lhe fosse adjudicado. Em apoio da sua reclamação, alegava que a entidade adjudicante a informara diversas vezes de que oferecia competências profissionais apropriadas e de que a sua proposta era a mais vantajosa quanto aos preços.

Por carta de 20 de Dezembro de 1995, o serviço ao qual a reclamação foi apresentada declarou-se incompetente para se pronunciar e indeferiu-a sem a ter apreciado quanto ao mérito. Esta decisão baseava-se na não adopção do regulamento federal previsto pela lei, pelo qual o Governo federal deveria ter atribuído aos serviços das reclamações competência para se pronunciarem igualmente sobre os litígios em matéria de contratos de serviços.

18. Ao comunicar à recorrente a decisão relativa ao seu pedido, o serviço competente para as reclamações informava-a ainda da possibilidade de esta se dirigir à comissão federal de fiscalização para contestar a legalidade desta decisão. A recorrente dirigiu-se portanto a esta comissão, apresentando-lhe os seguintes pedidos: a título principal, que anulasse a declaração de incompetência da primeira instância de controlo, que suspendesse o processo de adjudicação do contrato e que lhe adjudicasse esse contrato; a título subsidiário, que submetesse a questão em litígio ao Tribunal de Justiça para que este proferisse uma decisão prejudicial.

16 — Publicado no *Amtsblatt Berlin* de 23 de Junho de 1995, bem como no JO S 120, p. 166.

A comissão federal decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a presente questão, pela qual, recorde-se, pede ao Tribunal que diga se, com base no artigo 41.° da directiva relativa aos serviços, as autoridades instituídas pelos Estados-Membros nos termos da directiva relativa aos recursos, a partir da data em que a directiva relativa aos serviços deveria ter sido transposta em direito nacional, são competentes para se pronunciarem igualmente sobre os recursos em matéria de adjudicação dos contratos de serviços.

A questão foi vivamente debatida entre as partes, tanto no âmbito das observações escritas como na audiência. Cabe notar que a própria recorrente, embora, como se viu, tenha pedido expressamente (ainda que a título subsidiário) a transmissão dos autos ao Tribunal de Justiça para obter uma decisão prejudicial quanto à questão em debate, admitiu que a comissão federal de fiscalização *não* constitui, em sua opinião, *um órgão jurisdicional* na acepção do artigo 177.°; no entanto, sugeriu ao Tribunal de Justiça que, apesar de tudo, respondesse à questão que lhe era apresentada, mas, não sem uma certa contradição, com base em considerações relativas à protecção do indivíduo e do seu direito a uma protecção *jurisdicional* efectiva.

A admissibilidade

19. Antes de examinar a questão prejudicial quanto ao mérito, há que verificar se o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar sobre o reenvio efectuado pela comissão federal de fiscalização. Com efeito, o exame do enquadramento normativo aqui descrito, quanto à criação da comissão em causa, bem como das normas que regem a actividade, suscita sérias dúvidas quanto à possibilidade de qualificar um tal órgão de «órgão jurisdicional» na acepção do artigo 177.° do Tratado e, portanto, quanto à admissibilidade do pedido [17].

A Comissão pronunciou-se claramente no sentido da inadmissibilidade do pedido, a ponto de renunciar a pronunciar-se quanto ao mérito. Quanto ao Governo alemão, sustenta que o órgão em questão é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° Não deixou de admitir expressamente, na audiência, que procedera às medidas necessárias para modificar as disposições pertinentes, de maneira a permitir, designadamente, um recurso das decisões das comissões de fiscalização perante o juiz ordinário, com o objectivo de garantir uma protecção jurisdicional eficaz para as pessoas em questão [18].

17 — Sublinhe-se, a propósito, que o referido exame tem por único objectivo verificar se as condições subjectivas para que o Tribunal de Justiça se pronuncie quanto à questão prejudicial estão preenchidas e não, pelo contrário, determinar se a transposição da directiva relativa aos recursos está correcta, o que será eventualmente objecto de um outro processo. Evidentemente, o processo por infracção a que antes aludi acima, intentado pela Comissão por ausência de transposição correcta da referida directiva pelo Governo alemão, tem aspectos conexos com o presente processo; no entanto, apresenta igualmente aspectos diferentes, de tal modo que há que distingui-los rigorosamente, tanto do ponto de vista formal como quanto ao mérito.

18 — Esta circunstância foi assinalada na audiência pela Comissão que vê nela uma prova suplementar da natureza não jurisdicional das comissões de fiscalização na sua forma actual; em contrapartida, esta dedução é contestada pelo Governo alemão que, também na audiência, sustentou que as modificações em causa se destinam apenas a conferir algumas melhorias a um sistema já satisfatório nesta fase quanto à protecção jurisdicional e que recorda, aliás, que a informação fora facultada no âmbito de um outro processo, que era diferente.

20. Para resolver este problema, sublinhe-se, a título preliminar, que o próprio direito nacional qualifica a comissão em causa (bem como as comissões de controlo ao nível dos *Länder*) de «instituição quase jurisdicional» (gerichtsähnliche Einrichtung) e não de órgão jurisdicional em sentido próprio [19].

É certo que, esta circunstância não é determinante em si, visto que a noção de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° é de natureza comunitária [20] e que o Tribunal de Justiça (por vezes) considerou que ela abrangia igualmente órgãos que não eram jurisdicionais na acepção do direito nacional [21]; torna, no entanto, necessária uma análise detalhada da natureza do órgão e das regras segundo as quais este último deve exercer a sua actividade, justamente para determinar se, no caso, se verificam as características orgânicas e funcionais que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, devem estar presentes para que, mesmo um órgão de natureza não jurisdicional, possa recair no âmbito de aplicação do artigo 177.°

21. Começarei, portanto, por uma breve recapitulação das etapas mais significativas — para os efeitos que aqui interessam — dessa jurisprudência, sublinhando, aliás, que ela se desenvolveu relativamente a casos especiais apresentados ao Tribunal de Justiça, que nunca apresentou uma definição geral exaustiva da noção de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°

22. O primeiro processo era relativo a um tribunal arbitral profissional neerlandês (o Scheidsgerecht), que tinha submetido uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça, embora especificando que não se considerava como um órgão jurisdicional na acepção do direito nacional que lhe era aplicável. No seu acórdão Vaassen-Göbbels, já referido [22], o Tribunal declarou-se competente para se pronunciar sobre as questões que lhe eram submetidas, considerando que, no caso em apreço, o órgão de reenvio apresentava as características de um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°

Em especial, o Tribunal de Justiça teve expressamente em conta as circunstâncias seguintes: o Scheidsgerecht era um órgão regularmente constituído nos termos da legislação neerlandesa; era permanente, competente quanto a dados litígios, sujeito a regras de processo contraditório semelhantes às que regem o funcionamento dos tribunais ordinários e tinha o dever de aplicar normas de direito; além disso, as pessoas integradas na categoria profissional em questão deviam submeter-lhe os litígios que as opusessem ao seu organismo de segurança social; finalmente, era ao ministro competente que

19 — V. o preâmbulo da segunda lei de modificação da HGrG, que acrescentou os §§ 57a a 57c, acima examinados (Bt-Drucksache 12/4636, p. 12). É, no entanto, compreensível se se tiver em conta a especificidade do direito constitucional alemão. A criação de um «órgão jurisdicional» federal nesse sentido próprio, por meio de modificação de uma lei ordinária (tal como a HGrG), teria efectivamente constituído uma infracção do direito constitucional aplicável (pelo menos, no que diz respeito à criação do direito federal de fiscalização), e isto, na medida em que a constituição alemã (artigos 95.° e 96.°) inclui uma lista limitada dos órgãos jurisdicionais federais que só pode eventualmente ser completada após modificação da constituição.

20 — Por razões evidentes de garantia da uniformidade de aplicação do direito comunitário, a definição desta noção não pode ser deixada à apreciação da ordem jurídica dos Estados-Membros (v., em geral, o acórdão de 1 de Fevereiro de 1972, Hagen, 49/71, Colect., p. 7).

21 — V., por exemplo, o acórdão de 30 de Junho de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Colect. 1965-1968, p. 401).

22 — Citado na nota precedente.

incumbia nomear os membros desse órgão, designar o seu presidente e adoptar o seu regulamento processual [23].

23. Na perspectiva descrita, o Tribunal de Justiça mostrou desde o início que, para qualificar um órgão de reenvio como órgão jurisdicional para efeitos e para aplicação do Tratado, atribuia uma importância determinante, não à sua qualificação jurídica, mas às suas características materiais (tais como a origem legal, a estabilidade, o carácter de órgão jurisdicional obrigatório, a existência de normas de processo transparentes e a aplicação de regras jurídicas). Deve, aliás, subscrever-se inteiramente tal perspectiva, sobretudo tendo em conta o contexto histórico em que ela se desenvolveu. Na época do acórdão Vaassen-Göbbels, com efeito, o mecanismo de cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o órgão jurisdicional comunitário começara a funcionar recentemente e o Tribunal de Justiça tinha plena consciência da necessidade de encorajar o uso deste mecanismo, para assegurar a difusão e a aplicação uniformes do direito comunitário, também com o auxílio de uma interpretação extensiva — se necessário — da noção de órgão habilitado a submeter-lhe questões.

24. É nesta perspectiva que devem ser lidos certos acórdãos posteriores sobre a matéria, designadamente, por exemplo, o acórdão Broekmeulen [24] no qual o Tribunal de Justiça considerou admissíveis as questões que lhe eram submetidas por uma comissão (neerlandesa) competente para se pronunciar sobre os recursos dos médicos contra a recusa de concessão da autorização de exercerem ou de serem inscritos no registo. Também neste caso, o Tribunal sublinhou certas características orgânicas e funcionais da comissão em questão, que permitiam deduzir uma função de tipo jurisdicional na sua actividade. Em especial, o Tribunal considerou expressamente o carácter permanente da comissão, o auxílio prestado pelas autoridades públicas ao seu funcionamento, a existência de um regulamento interno que fixa um processo contraditório, o carácter exclusivo da sua competência e, finalmente, o carácter definitivo das suas decisões. Tendo em conta, por outro lado, o facto de a comissão ser chamada a aplicar o direito comunitário invocado pelos recorrentes, o Tribunal de Justiça declarou que o efeito útil desse direito também exigia que ele se pronunciasse sobre a questão que lhe era submetida.

25. O acórdão Simmenthal [25] integra-se na tendência jurisdicional inspirada pela mesma perspectiva. Neste caso, fora o pretore di Alessandria a dirigir-se ao Tribunal de Justiça, no âmbito de um processo de injunção. O Governo italiano contestara que o Tribunal de Justiça fosse competente para responder às questões do pretore, devido à falta de contraditório, sublinhando que, no âmbito

23 — Também na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Justiça confirmou que considerava como órgãos jurisdicionais na acepção do artigo 177.° os tribunais arbitrais em matéria de trabalho que preenchessem os referidos critérios. V., nesse sentido, por exemplo, o acórdão de 17 de Outubro de 1989, Danfoss (109/88, Colect., p. 3199) em que o Tribunal de Justiça declarou que o órgão de reenvio, no caso em apreço, um tribunal de arbitragem profissional dinamarquês, tinha sido instaurado pela lei (que fixava em pormenor a sua composição, o número de membros nomeados pelas partes e as regras de designação do árbitro principal), era competente exclusivamente e em última instância para resolver os litígios nesse domínio e a sua intervenção podia ser provocada apenas por uma das partes, mesmo sem o acordo da outra. O advogado geral C. O. Lenz tinha aliás sublinhado, a este propósito, que esse órgão aplicava ainda regras de direito, tais como as disposições das convenções colectivas pertinentes.

24 — Acórdão de 6 de Outubro de 1981 (246/80, Recueil, p. 2311) sobre o qual igualmente remeto para maiores pormenores, *infra*, nos n.os 39 e 40.

25 — Acórdão de 28 de Junho de 1978 (70/77, Recueil, p. 1453, n.° 10, Colect., p. 499).

de tal processo, o juiz tinha a faculdade de se pronunciar apenas com base nas alegações do recorrente. A este propósito, após ter observado que o pretore exercia «uma função jurisdicional na acepção do artigo 177.°», o Tribunal de Justiça especificou que a sua competência prejudicial não estava subordinada ao carácter contraditório do processo no decurso do qual o juiz nacional formula uma questão prejudicial; também não deixou de acrescentar que «pode, sendo caso disso, mostrar-se interessante para uma boa aplicação da justiça que a questão prejudicial só seja suscitada na sequência de um debate contraditório» [26]. Noutros termos, o Tribunal especificou que, quando a qualidade de órgão jurisdicional do órgão de reenvio for *indiscutível*, o *facto de o reenvio ter tido* lugar antes de um debate contraditório (eventual) não exclui a sua admissibilidade.

26. Embora agindo na perspectiva generosa que acabo de descrever, o Tribunal não deixou de estabelecer alguns limites bem definidos à noção de órgão jurisdicional na acepção do Tratado. No despacho Borker [27], confirmado depois pelo despacho Greis Unterwegen [28], efectivamente especificou que só se considerava competente para se pronunciar a título prejudicial sobre as questões submetidas por um órgão jurisdicional incumbido de julgar no âmbito de um «processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional» [29]. Visto que, nesses processos, se tratava respectivamente do Conselho da Ordem dos Advogados de Paris (ao qual um advogado inscrito na Ordem tinha pedido que emitisse uma declaração a apresentar no âmbito de um litígio pendente num tribunal de um outro Estado-Membro) e da comissão consultiva italiana para as infracções em matéria monetária (chamada a proferir um parecer fundamentado, que não vinculava o ministro do Tesouro), o Tribunal de Justiça considerou que a referida condição não estava preenchida em nenhum dos casos [30].

27. Quanto a outro aspecto, o Tribunal teve depois ocasião de especificar que, para estar abrangido pela noção de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°, o órgão de reenvio devia, em qualquer caso, ser independente. Este critério, talvez porque, por natureza, está ligado à própria essência da função jurisdicional, só foi explicitado pela primeira vez no acórdão Corbiau, em que o Tribunal de Justiça se declarou incompetente para responder, porque o órgão que lhe submetera a questão, embora sendo um órgão jurisdicional na acepção do direito nacional, não apresentava, segundo o Tribunal, as características necessárias de ausência de qualquer nexo com as partes no litígio sobre o qual deveria pronunciar-se [31]. No caso, tratava-se do director das contribuições luxemburguês, competente, nos termos da lei, para se pronunciar em primeira instância sobre o litígio entre os contribuintes e os serviços (de que era o director) que tinham estabelecido o imposto.

26 — Acórdão Simmenthal, n.° 10.

27 — Despacho de 18 de Junho de 1980 (138/80, Recueil, p. 1975).

28 — Despacho de 5 de Março de 1986 (318/85, Colect., p. 955).

29 — Despacho Borker (já referido na nota 27), n.° 4.

30 — V. também, recentemente, no mesmo sentido, o acórdão de 19 de Outubro de 1995, Job Centre (C-111/94, Colect., p. I-3361), no âmbito de um processo de jurisdição voluntária sobre um pedido de homologação dos estatutos de uma sociedade para fins da sua inscrição no registo. O Tribunal considerou que o Tribunale di Milano, órgão jurisdicional de reenvio, neste contexto não exercia funções de jurisdicional, mas funções de autoridade administrativa.

31 — Acórdão de 30 de Março de 1993 (C-24/92, Colect., p. I-1277). A bem dizer, certas referências mais ou menos explícitas ao critério de independência surgiam já em acórdãos anteriores: v., por exemplo, os fundamentos do acórdão Pretore di Salò, em que o Tribunal de Justiça apreciou, simultaneamente com outros elementos, também a qualidade da independência do juiz de reenvio, para chegar à conclusão de que se tratava de um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° (acórdão de 11 de Junho de 1987, 14/86, Colect., p. 2545, n.° 7).

Por outro lado, o critério da independência mostrou-se determinante, ainda que para chegar ao resultado inverso, no processo Asociaciòn Española de Banca Privada e o. [32]. De facto, a instância de reenvio era, no caso, o Tribunal de Defensa de la Competencia espanhol, para o qual o advogado-geral F. G. Jacobs invocava nas suas conclusões, uma série de elementos que permitiam apreciar a sua natureza de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°: assim, além da natureza contraditória do processo claramente estabelecida de maneira clara pela lei, a independência dos seus membros no exercício das suas funções e o seu carácter inamovível [33]. No acórdão relativo a este processo, o Tribunal de Justiça não examinou especificamente este problema; o facto de ter respondido às questões que lhe foram submetidas faz, no entanto, pensar que subscrevera implicitamente o ponto de vista do advogado-geral.

28. Decorre, pois, claramente da jurisprudência descrita que, mesmo na ausência de uma definição de alcance geral da noção de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°, o Tribunal de Justiça elaborou uma série de critérios essenciais que devem ser preenchidos para que um órgão possa legitimamente submeter questões prejudiciais.

Estes critérios prendem-se, em definitivo, com os elementos seguintes: a origem do órgão, que deve ser criado por lei e não resultar de acordo entre as partes; as suas ligações com os poderes públicos; o seu carácter permanente, no sentido de que não deve exercer funções de juiz a título puramente ocasional; a competência do órgão para se pronunciar sobre um litígio sob a forma de decisão de carácter jurisdicional; a tramitação, perante o referido órgão, de um processo análogo ao aplicado perante os tribunais ordinários, incluindo (com os limites acima evidenciados) um debate contraditório; a aplicação, pelo órgão, de regras jurídicas (e, portanto, não de critérios de equidade); o carácter obrigatório do órgão jurisdicional, isto é, a ausência de qualquer via de recurso alternativa; finalmente, a independência do órgão, sob o duplo aspecto da sua natureza de terceiro relativamente às partes no litígio e da inamovibilidade dos membros que o compõem.

29. Para regressar ao caso em apreço, importa, pois, verificar aqui se a comissão federal de fiscalização apresenta as características que permitam considerar que exerce uma função jurisdicional como é exigido pelo Tribunal de Justiça para efeitos do artigo 177.° do Tratado.

Como se mencionou, a Comissão sustenta que este órgão não satisfaz nenhum dos critérios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça que acabei de expor. A este propósito, sublinha, em primeiro lugar, que a comissão federal de controlo foi instituída por uma «lei-quadro» (a segunda lei de modificação da HGrG) que não confere aos particulares nem obrigações nem direitos subjectivos, e que se destina a ser completada por actos de natureza regulamentar; além disso, a instância em litígio poderia facilmente encontrar-se «privada» da sua base

32 — Acórdão de 16 de Julho de 1992 (C-67/91, Colect., p. I-4785).

33 — Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, apresentadas em 10 de Junho de 1992 (Colect., p. I-4806, n.° 11).

jurídica — e ficar, portanto, na impossibilidade de se pronunciar — nos casos em que, como neste, não existe uma instância inferior de controlo competente. A Comissão faz ainda as observações seguintes: o órgão de reenvio não se pronuncia no termo de um processo contraditório, como confirmam os fundamentos da sua primeira decisão [34]; o seu processo é regulado por um regulamento interno que não é publicado e que pode, em qualquer momento, ser modificado de maneira autónoma; nenhuma disposição prevê que as suas decisões tenham efeito jurídico obrigatório; não é uma instância independente, na medida em que está ligada à estrutura pessoal e logística do Bundeskartellamt, que é ele próprio um órgão administrativo e, em qualquer caso, não jurisdicional; a duração mínima do mandato dos seus membros «funcionários» e do seu presidente não foi fixada por lei.

30. Tendo em conta a natureza da comissão federal de fiscalização, a técnica legislativa que presidiu à sua instituição e, sobretudo, as regras de exercício da sua actividade, confesso que estou de acordo, pelo menos, com algumas das observações da Comissão, que são aliás, em meu entender, as mais significativas.

Em primeiro lugar, não creio que as regras aplicáveis ao processo de recurso para as comissões em causa possam ser consideradas como semelhantes às aplicáveis ao funcionamento dos tribunais ordinários. Pelo contrário, o facto de, de acordo com a lei, o regulamento de processo poder ser adoptado de maneira autónoma por cada comissão e poder depois ser modificado com toda a independência por estas últimas, sem que a sua publicação seja obrigatória, leva-me a considerar que não há as garantias necessárias de transparência e de segurança do direito que devem existir em matéria de processo jurisdicional.

31. Não falo apenas, note-se, da ausência de contraditório entre as partes, ainda que na prática ela esteja suficientemente demonstrada. Em meu entender, a falta dos elementos «funcionais» mínimos que caracterizam um processo de natureza jurisdicional, mais precisamente no sentido da jurisprudência Vaassen-Göbbels [35], apresenta muito maior pertinência. Neste último processo, como se disse, o regulamento aplicável ao processo na instância de reenvio estava sujeito à aprovação do ministro competente, de tal modo que não podia haver dúvidas quanto à segurança, transparência e publicidade das regras de processo aplicáveis. Esta circunstância, aliás expressamente sublinhada, foi tomada em conta, tanto pelo advogado-geral como pelo Tribunal de Justiça, para concluírem que se tratava, no caso, de uma instância sujeita «a regras de processo contraditório *seme-*

34 — Decisão de 2 de Agosto de 1994 (publicada em *EU Public contract law*, n.º 3/94, p. 47 e segs.), em que a comissão federal de fiscalização declarou que não agia no âmbito de um processo contraditório, especificando para este efeito que os pedidos das partes constituem simplesmente convites a tomar uma posição determinada.

35 — Não é necessário sublinhar que, ao atenuar, pelo seu acórdão Simmenthal, a exigência específica do contraditório, o Tribunal de Justiça não quis certamente dispensar a exigência mais geral do carácter jurisdicional do processo. Trata-se, na verdade, de um elemento fundamental cujo papel determinante é evidenciado, não só de maneira expressa no acórdão Vaassen-Göbbels, mas igualmente, como se viu, na lógica subjacente a outros acórdãos do Tribunal de Justiça sobre a matéria.

lhantes às que regem o funcionamento dos tribunais de direito comum» [36].

32. No processo em análise, em contrapartida, parece-me difícil encontrar garantias processuais análogas; presumindo que existem, são, apesar de tudo, susceptíveis de modificação autónoma e «opaca» por parte da instância decisória, o que me parece contrário às exigências mais elementares de segurança jurídica. Encontra-se, aliás, a prova disso nas dúvidas expressas pela Comissão quanto à versão do regulamento actualmente em vigor — dúvidas a que aludi — tendo em conta as divergências entre a enviada pelo Governo alemão no âmbito do processo de infracção e a constante dos autos no presente processo.

Nestas condições, não me parece que o processo de recurso na comissão federal de fiscalização possa ser considerado como de natureza *jurisdicional* na acepção exigida pelo Tribunal de Justiça. Com efeito, quanto a este aspecto, o presente caso vai consideravelmente além da concepção, já generosa, expressa no acórdão Vaassen-Göbbels.

36 — V. o acórdão Vaassen-Göbbels (já referido na nota 21), n.° 1 (os itálicos foram acrescentados por mim), assim como as conclusões do advogado-geral J. Gand, no mesmo processo, no qual se pode ler «o processo... tem natureza jurisdicional» (Colect. 1965-1968, p. 414).

33. Além disso, em meu entender, subsistem dúvidas sérias, quanto à independência do órgão em questão, pelo menos no aspecto da inamovibilidade dos seus membros.

O § 57c, n.° 7, da HGrG é significativo a este propósito, e recordo-o por razões de comodidade de leitura: os membros «funcionários» da comissão federal de fiscalização são designados entre os presidentes de secção e os assessores das formações jurisdicionais do Bundeskartellamt, os primeiros exercendo funções de presidente das secções da comissão. O presidente do Bundeskartellamt nomeia assessores não funcionários, fixa a formação e a composição das secções e exerce o controlo hierárquico sobre o funcionamento da própria comissão, por delegação do Governo federal [37]. A comissão federal apoia-se ainda, nomeadamente do ponto de vista material, nas estruturas e serviços do Bundeskartellamt.

34. Noutros termos, os membros funcionários da comissão são membros do Bundeskartellamt e continuam formalmente a pertencer ao organigrama deste último. Isto

37 — Trata-se do controlo que se limita ao poder de repreensão (Vorhalt) e de advertência (Ermahnung) e que, portanto, segundo a doutrina, não deveria em caso algum incidir sobre o conteúdo das decisões de carácter jurisdicional. A jurisprudência parece confirmar esta abordagem, embora não faltem excepções relativas a casos de erros considerados como manifestos. Quanto a este aspecto, pode-se v. igualmente o § 26, n.os 1 e 2, da DRiG, nos termos do qual o controlo hierárquico das funções dos juízes não pode limitar a sua independência, aplicável no presente caso; por outro lado, sublinhar-se-á que o n.° 3 deste mesmo § 26, que prevê o direito dos juízes de interporem recurso contra as medidas de controlo hierárquico de que são destinatários (§ 57c, n.° 3) não é aplicável aos funcionários.

significa, na prática, que exercem simultaneamente as funções de membros da comissão federal de fiscalização e de membros do Bundeskartellamt. Acrescente-se que as regras que instituem o órgão em questão não incluem disposições relativas à duração do mandato dos seus membros titulares, e o facto de, em contrapartida, ter sido expressamente fixada a duração do mandato dos membros externos (cinco anos) [38] permite pensar que não se trata de um simples esquecimento.

Tudo isso prova que, concretamente, não existe qualquer garantia, se não de inamovibilidade, pelo menos de duração previamente definida do mandato dos membros da comissão, condição indispensável para garantir a sua independência. Bem pelo contrário, em qualquer momento e por meio de simples medidas de organização interna, podem-se privar estes membros das suas competências «suplementares» e reafectá-los às suas meras funções «normais». É certo, como vimos, que certas disposições da DRiG relativas à estabilidade e independência dos juízes [39] são aplicáveis por analogia aos membros da comissão em causa quando dela fazem parte; mas é igualmente verdade que as disposições previstas por esta mesma DRiG para dar precisamente aos juízes o direito de se oporem à revogação da sua nomeação ou à sua mutação, não são, em contrapartida, aplicáveis aos membros da comissão federal de fiscalização, de tal modo que estes últimos podem ser livremente e em qualquer momento «despedidos» pelo presidente do Bundeskartellamt.

38 — HGrG, § 57c, n.º 2.

39 — V. *supra*, nota 7.

35. Não penso que a petição de princípio enunciada no artigo § 57c, n.º 3, que estabelece que os membros da comissão sejam autónomos e independentes, baste para modificar os termos do problema, visto que é desmentida pelo facto de, na realidade, os seus membros pertencerem à administração e continuarem a pertencerem-lhe, mesmo de um ponto de vista funcional. A bem dizer, um sistema como o aqui em causa, em que é reconhecida a um número limitado de funcionários da administração, a título temporário e para o exercício de funções determinadas, a qualidade de juiz, funcionários aos quais se aplica um número igualmente limitado de disposições aplicáveis aos juízes, excluindo, no entanto, as garantias normalmente previstas para estes últimos em matéria de anulação da nomeação e de mutação, parece-me demasiado complicado e muito pouco transparente para garantir concretamente a estabilidade necessária para assegurar a independência dos que exercem uma função de juiz.

36. De facto, poder-se-ia ter dúvidas suplementares igualmente quanto ao aspecto específico da imparcialidade da comissão federal de fiscalização quanto aos litígios que recaem no âmbito da sua competência. Com efeito, como vimos, esta comissão é uma emanação do Bundeskartellamt, isto é, da administração, e não deixa de ser chamada a pronunciar-se sobre os litígios em matéria de contratos públicos, ou seja, litígios que opõem administração e administrados. Esta circunstância deveria excluir qualquer possibilidade de lhe reconhecer o carácter de terceiro e, portanto, de falar de independência. A menos que, evidentemente, se tenha pretendido compreender a independência pedida aos juízes como uma qualidade moral das

pessoas singulares que compõem o colectivo [40].

Trata-se de um critério de apreciação que suscita interrogações suplementares quanto à natureza jurisdicional das decisões que a comissão em causa é chamada a adoptar e, por conseguinte, quanto à possibilidade de encontrar, nessa comissão, as características de um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°

37. Finalmente, parece-me possível estar de acordo quanto a outro aspecto, também determinante, sublinhado pela Comissão. As normas sobre a criação da comissão federal de fiscalização não incluem nenhuma disposição relativa aos efeitos jurídicos das decisões por ela adoptadas, em especial quanto ao seu efeito obrigatório. Tratando-se de uma instância que não é um órgão jurisdicional na acepção do direito nacional, o princípio geral que impõe o efeito obrigatório das decisões de natureza jurisdicional não é aplicável. Em consequência, na falta de disposições expressas, o facto deste órgão ter sido criado através da solução dita «orçamental», com o objectivo declarado de excluir a criação de direitos subjectivos em benefício de proponentes num concurso [41], permite ter dúvidas quanto ao carácter obrigatório das suas decisões [42].

38. Em definitivo, tendo em conta todas as observações que acabei de fazer, considero que a comissão federal de fiscalização, de qualquer modo, não cumpre as exigências quanto às garantias processuais e de independência, que permitam reconhecer a qualidade de juiz na acepção do artigo 177.°; em consequência, considero que as suas questões prejudiciais não são admissíveis.

39. Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que, quando a questão prejudicial é submetida por um órgão que constitui o único órgão a que o particular que invoca regras comunitárias pode recorrer, o Tribunal devia, em quaisquer circunstâncias, pronunciar-se para, por um lado, evitar que o requerente fique desprovido de uma protecção efectiva e, por outro, garantir a aplicação uniforme do direito comunitário.

Substancialmente, é esta a tese da recorrente. Como se mencionou, embora afirmando que a comissão federal de fiscalização não é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.°, sugere ao Tribunal de Justiça que não

40 — A este propósito, v. o acórdão Corbiau (já referido na nota 31). É verdade que, neste último caso, o órgão de reenvio estava precisamente ligado aos serviços que fixaram o imposto em litígio; no entanto, a lógica subjacente ao raciocínio do Tribunal (bem como as conclusões do advogado-geral M. Darmon) não é muito diferente da que deveria prevalecer igualmente aqui, visto que a comissão federal de fiscalização faz, de qualquer modo, parte integrante da administração e não é, portanto, um órgão terceiro no litígio que opõe a administração ao administrado.

41 — V. os fundamentos do projecto de modificação da HGrG (BT-Drucksache 12/4636, p. 12).

42 — V. as dúvidas expressas quanto a este aspecto pela doutrina, em especial por Boesen, EuZW 1996, p. 586, que nota que as decisões da comissão federal de controlo não são títulos executivos; v. igualmente, quanto a este aspecto, a interpelação e o parecer fundamentado enviados pela Comissão ao Governo alemão no contexto do processo de infracção de que falei diversas vezes.

tenha isso em conta e, apesar de tudo, responda à questão que lhe foi apresentada por essa comissão, argumentando que uma solução diferente acabaria por penalizá-la. A solução assim proposta poderia encontrar confirmação no acórdão Broekmeulen, no qual o Tribunal de Justiça considerou que podia responder à questão apresentada no organismo profissional competente para os recursos relativos à inscrição no registo profissional, declarando, designadamente: «na ausência prática de uma via de recurso efectiva para os órgãos jurisdicionais ordinários, numa matéria que se prende com a aplicação do direito comunitário, a comissão de recurso, que exerce as suas funções com a aprovação das autoridades públicas e funciona com o seu auxílio, cujas decisões, proferidas na sequência de um processo contencioso, são de facto reconhecidas como definitivas, deve ser considerada como órgão jurisdicional de um Estado-Membro na acepção do artigo 177.° do Tratado» [43].

40. Considero que não posso subscrever a tese da recorrente, e o acórdão Broekmeulen pode levar-nos longe demais. As condições subjectivas e objectivas de funcionamento do sistema de cooperação entre o juiz nacional e o juiz comunitário, instituído pelo artigo 177.° do Tratado, não poderiam variar em função da especificidade dos casos em apreço. Se um órgão não é um órgão jurisdicional, não passa a sê-lo pela mera razão de que não se dispõe de uma solução melhor. Pensar diferentemente e ler o acórdão Broekmeulen nessa óptica, equivaleria a atribuir uma importância determinante a um aspecto do sistema processual do qual faz parte o órgão em questão e não ao órgão enquanto tal, o que privaria de qualquer relevância a questão de saber se os critérios expressamente enunciados pelo Tribunal de Justiça estão ou não preenchidos.

41. Em qualquer caso, mesmo com o espírito de concessão mais amplo possível, convém notar que as circunstâncias do presente processo são, a este propósito, bastante diferentes. O elemento determinante nesse acórdão era, como se disse, «a ausência prática de uma via de recurso efectiva perante órgãos jurisdicionais ordinários» para o particular que invocava regras de direito comunitário.

No caso presente, pelo contrário, o participante num processo de concurso que julga ter sido indevidamente excluído deste processo conserva expressamente a possibilidade da acção por indemnização do prejuízo eventual, o que poderia já representar, pelo menos em princípio, uma solução satisfatória.

42. Além disso, a jurisprudência alemã de direito comum parece ter-se orientado definitivamente para o reconhecimento, mesmo na ausência de uma disposição expressa e apesar das hesitações da doutrina, da competência dos tribunais para se pronunciar sobre recursos interpostos por participantes num processo de adjudicação de contrato por pretensa violação (também) das disposições comunitárias em vigor. É o que confirmam os dois recentes acórdãos pelos quais o

43 — Acórdão já referido na nota 24, n.° 17.

Kammergericht (Tribunal de Recurso) de Berlim declarou admissíveis — para os indeferir depois quanto ao mérito — os pedidos de medidas provisórias pelos quais as empresas excluídas do processo de concurso iniciado pela administração pediam a suspensão do processo de adjudicação [44].

Acrescente-se que, como disse, o Governo alemão informou a Comissão de que iniciara os processos de modificação necessários para adaptar a sua legislação às exigências da directiva relativa aos recursos, modificações que prevêem expressamente, nomeadamente, o recurso aos órgãos jurisdicionais ordinários contra as decisões das comissões de fiscalização [45].

43. Nestas circunstâncias, o facto de contestar a qualidade de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° à comissão em causa, não só é perfeitamente compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, como também não coloca qualquer problema de protecção jurisdicional efectiva dos particulares na acepção acima evidenciada.

Pelo contrário, considero que a solução que proponho, isto é, que o Tribunal de Justiça recuse responder à questão prejudicial que lhe foi submetida, se integra numa óptica que vai além do caso em apreço e constitui mesmo uma garantia mais elevada do direito do indivíduo a uma protecção que, para ser efectiva, só poderia ser jurisdicional. Esta solução assenta, de facto, com toda a evidência, na convicção que apenas os órgãos susceptíveis de oferecer todas as garantias determinadas pelo Tribunal de Justiça em benefício dos particulares, e nenhum outro, podem ver reconhecida a qualidade de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

44. Finalmente convém não esquecer uma outra consideração, que se prende com a própria *ratio* da directiva relativa aos recursos. Como se sabe, a adopção desta directiva respondeu a uma exigência, muito sentida, de aumentar e uniformizar o nível de protecção jurisdicional dos direitos dos particulares no domínio dos contratos públicos. Em alguns Estados-Membros, com efeito, o acto de adjudicação e os outros actos administrativos que lhe estão ligados não eram susceptíveis de recurso perante um juiz, ou eram-no, mas com efeitos insatisfatórios quanto ao destino posterior do contrato. É precisamente para suprir tais lacunas que a directiva relativa aos recursos impõe a todos os Estados-Membros que ofereçam um sistema susceptível de garantir eficazmente o respeito dos direitos substanciais atribuídos pelas normas comunitárias pertinentes (directivas sobre os contratos de obras, fornecimentos e serviços) aos participantes nos processos de concurso. É nesta perspectiva que devem ser compreendidas as normas dessa directiva e que, pelo menos segundo a Comissão, todos os outros Estados-Membros a transpuseram até agora. A Comissão entregou, na audiência, um documento que oferece uma perspectiva de conjunto dos órgãos a que cada Estado-Membro atribuiu a competência para se pronunciar em matéria de contratos públicos de obras, para transpor a directiva relativa aos recursos: na maioria dos casos, trata-se

44 — Kammergericht Berlin, decisões de 10 de Abril de 1995 (KartU 7605/94, EuZW 1995, p. 645 e segs.) e de 31 de Maio de 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, p. 415 e segs.).

45 — Cabe referir, a título incidental, que as modificações legislativas em curso poderiam fazer com que o acórdão sobre que o Tribunal é hoje chamado a pronunciar-se passe a ter apenas valor puramente «histórico», evidentemente, quanto à admissibilidade e portanto à habilitação das actuais comissões de fiscalização para apresentar questões prejudiciais.

dos tribunais de direito comum ou, quando existem, de tribunais administrativos, sujeitos ao controlo, em segunda instância, do Conselho de Estado [46].

Trata-se de um elemento significativo que, em minha opinião, deve ser adequadamente apreciado, respeitando a distinção entre o presente processo e o que foi intentado pela Comissão ao abrigo do artigo 169.° do Tratado.

45. Tendo em conta todas as observações que antecedem, proponho, finalmente, que o pedido de decisão prejudicial seja declarado inadmissível, com fundamento no facto de ter sido apresentado por um órgão que não é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

Quanto ao mérito

46. Algumas observações bastarão quanto ao mérito do processo, que tratarei unicamente com a preocupação de ser exaustivo.

O pedido, disse-o, é relativo à competência dos serviços de controlo para se pronunciarem, a partir da expiração do prazo fixado para a transposição da directiva relativa aos serviços, igualmente sobre recursos relativos a processos de adjudicação de contratos de serviços, na falta de uma disposição normativa explícita (ainda que prevista pela lei) — no caso, um regulamento federal — que lhes atribua tal competência.

47. Tanto a recorrente como o Governo alemão sustentaram, a este propósito, que, tendo em conta o efeito directo que se deve reconhecer às disposições pertinentes da directiva relativa aos serviços [47], os órgãos criados para efeitos da transposição da directiva relativa aos recursos deveriam poder pronunciar-se igualmente sobre litígios relativos aos contratos de serviços.

É, no entanto, evidente que esta questão não pode ser resolvida pelo Tribunal de Justiça no presente contexto. Com efeito, o Tribunal não é competente para se substituir ao legislador nacional, cujo poder é expressamente reservado pela lei, e decidir se incumbe aos serviços competentes para as reclamações pronunciar-se igualmente quanto ao recursos apresentados no âmbito dos contratos de serviços.

46 — Em consequência, a Comissão declarou-se satisfeita pelas medidas de transposição adoptadas por todos os Estados-Membros (com excepção, evidentemente, da Alemanha, contra a qual iniciou o processo estabelecido no artigo 169.°).

47 — Este efeito directo, além de resultar do carácter suficientemente preciso incondicional das disposições invocadas, teria sido confirmado pelo Tribunal de Justiça, pelo menos indirectamente, no acórdão Comissão/Alemanha, que declara o incumprimento do Governo alemão por não transposição da directiva sobre os serviços (v. a nota 14).

48. De nada serve invocar, a este propósito, o efeito directo das disposições da directiva relativa aos serviços. Ainda que esse efeito directo fosse verificado, o Tribunal não poderia tirar dele outras consequências além do direito dos particulares invocarem as disposições em causa perante *um* juiz; não poderia no entanto, em qualquer caso, ir até indicar perante *que* juiz, sob pena de violar a esfera de competência do legislador nacional [48].

Evidentemente, uma situação em que os particulares não tenham a possibilidade concreta de invocar uma disposição comunitária com efeito directo, na falta de juiz competente para se pronunciar sobre o litígio, será o indício de uma evidente violação do direito comunitário [49]. Tal infracção poderia, evidentemente, ser apreciada pelas instâncias competentes de acordo com os meios devidamente previstos para esse efeito, assim como seria, eventualmente, susceptível de permitir o acesso às vias de recurso definidas pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade do Estado perante os particulares que tenham sofrido danos patrimoniais em consequência do incumprimento, imputável ao Estado em questão, das obrigações decorrentes do direito comunitário. Trata-se, no entanto, repete-se, de soluções que continuam a ser distintas, tanto no plano formal como no substancial, do processo aqui em análise, e que, portanto, não modificam a solução que sugiro quanto ao presente caso.

49. À luz das considerações que antecedem, proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça que declare inadmissível o pedido de decisão prejudicial, com o fundamento de que a comissão federal de fiscalização dos contratos, que o submeteu ao Tribunal de Justiça, não é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

48 — No mesmo sentido, v. o acórdão de 9 de Julho de 1985, Bozetti (179/84, Recueil, p. 2301, n.° 17), bem como, recentemente, o acórdão de 18 de Janeiro de 1996, SEIM (C-446/93, Colect., p. I-73), onde se pode ler: «compete à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar o órgão jurisdicional competente para decidir os litígios que põem em causa direitos individuais, derivados da ordem jurídica comunitária, entendendo-se, no entanto, que os Estados-Membros são responsáveis por assegurar, em todas as circunstâncias, a protecção efectiva desses direitos. Com esta reserva, não compete ao Tribunal de Justiça intervir na solução dos problemas de competência que possa suscitar, no quadro da organização judiciária nacional, a qualificação de certas situações jurídicas assentes no direito comunitário» (n.° 32).

49 — Bem como, de acordo com todas as probabilidades, do artigo 6.°, n.° 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que reconhece o direito a uma via de recurso jurisdicional.