ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
4 de Fevereiro de 1999 *

No processo C-103/97,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE, pelo Tiroler Landesvergabeamt (Áustria), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Josef Köllensperger GmbH & Co. KG,

Atzwanger AG

e

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schawz,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: P. J. G. Kapteyn (relator), presidente de secção, G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm e R. Schintgen, juízes,

advogado-geral: A. Saggio,
secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação do Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, por C. C. Schwaighofer e M. E. Sallinger, advogados no foro de Innsbruck

— em representação do Governo austríaco, por W. Okresek, Ministerialrat na chancelaria, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por H. van Lier, consultor jurídico, e C. Schmidt, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações do Governo austríaco, representado por M. Fruhmann, funcionário da chancelaria, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por H. van Lier e C. Schmidt, na audiência de 18 de Junho de 1998,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 24 de Setembro de 1998,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 7 de Novembro de 1996, entrado no Tribunal de Justiça em 10 de Março seguinte, o Tiroler Landesvergabeamt (Serviço de Adjudicações do *Land* do Tirol) apresentou, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CE, duas questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe a Josef Köllensperger GmbH & Co. KG (a seguir «Köllensperger») e a Atzwanger AG (a seguir «Atzwanger») ao Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (Sindicato Intercomunal do Hospital de Schwaz), acerca da adjudicação das obras de alargamento do Centro Hospitalar de Schwaz.

3 A Directiva 89/665 visa assegurar uma aplicação eficaz e tão rápida quanto possível das directivas comunitárias em matéria de contratos de direito público. Como as vias de recurso em geral existentes neste domínio, tanto no plano nacional como no plano comunitário, não pareciam suficientes e as directivas individuais não previam vias de recurso específicas, esta directiva obrigou os Estados-Membros a porem em vigor, até 21 de Dezembro de 1991, processos de recurso adequados, em caso de ilegalidade dos processos de adjudicação de contratos de direito público (artigos 1.°, n.° 1, e 5.°).

4 Nos termos do artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665,

«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, devem ser adoptadas disposições para garantir os processos através dos quais qualquer medida presumidamente ilegal tomada pela instância de base competente ou qualquer falta presumida no exercício dos poderes que lhe foram conferidos deva poder 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.

A nomeação dos membros dessa instância independente e a cessação do seu mandato estão sujeitas às mesmas condições do que as aplicáveis aos juízes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua inamovibilidade. No mínimo, o presidente dessa instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz. A instância independente tomará as suas decisões na sequência de um processo contraditório e essas decisões produzirão, pelos meios determinados por cada Estado-Membro, efeitos jurídicos coercivos.»

5 Na Áustria, a Directiva 89/665 foi transposta a nível federal pela Bundesvergabegesetz (lei federal sobre a adjudicação de contratos de direito público, a seguir «BVergG»). Esta lei prevê dois processos: o processo de conciliação perante a Bundesvergabekontrolkommission (Comissão Federal de Controlo das Adjudicações) e o processo perante o Bundesvergabeamt (Serviço Federal de Adjudicações).

6 No *Land* do Tirol, foi a Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (lei do *Land* do Tirol sobre a adjudicação de contratos de direito público, a seguir «Tir VergG») que operou a transposição. Esta lei dá competência ao Tiroler Landesvergabeamt para decidir dos recursos no âmbito do processo de adjudicação de contratos de direito público de fornecimentos, de obras e de concessões.

7 O § 6 da Tir VergG dispõe:

«1) É instituído junto do Amt der Tiroler Landesregierung (serviço do Governo do *Land* do Tirol) o Landesvergabeamt. Compõe-se das seguintes pessoas:

a) como presidente: uma pessoa que conheça bem as questões de adjudicação de contratos de direito público,

b) como relator: um jurista, funcionário do Amt der Tiroler Landesregierung,

c) um magistrado,

d) um membro da Wirtschaftskammer Tirol (Câmara Económica do Tirol), um membro da Architekten- und Ingenieurkonsultenkammer für Tirol und Vorarberg (Câmara dos Arquitectos e Engenheiros do Tirol e do Vorarlberg), um membro da Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol (Câmara dos Operários e Empregados do Tirol) e um membro da Tiroler Gemeindeverband (Associação das Comunas do Tirol), devendo cada uma desta pessoas ser proposta pelos organismos acima mencionados e conhecer bem as questões de adjudicação de contratos de direito público.

...

3) Os membros do Landesvergabeamt são nomeados pelo Governo do *Land*, por um período de cinco anos. Devem ser elegíveis para o Landtag. No que diz respeito aos membros referidos no n.° 1, alínea d), e no n.° 2, o Governo do

Land convidará os serviços competentes a fazerem uma proposta, num prazo razoável que lhes será fixado. Se esta proposta não for feita dentro do prazo, proceder-se-á a uma nomeação sem proposta. O presidente do Oberlandesgericht Innsbruk será ouvido, antes de ser feita a nomeação do membro referido no n.º 1, alínea c). Cada um dos membros terá um substituto, nomeado pelo mesmo processo. Em caso de impedimento, cada membro será representado pelo seu substituto.

4) Os membros e os membros substitutos deixam de exercer as suas funções antecipadamente, por renúncia à nomeação ou por retirada desta. Os membros nomeados nos termos do n.º 1, alíneas b) e c), também deixam de exercer as suas funções quando deixem o serviço ou a profissão. A renúncia deve ser feita por documento escrito dirigido ao Governo do *Land*... A nomeação deve ser anulada quando as condições da nomeação deixem de estar preenchidas ou quando se verifique existirem elementos que impeçam de modo provavelmente duradouro o exercício regular das funções. Quando um membro ou um membro substituto deixe de exercer as suas funções antecipadamente, deve ser imediatamente nomeado um novo membro ou membro substituto para a duração restante do mandato.

...

6) O Landesvergabeamt pode tomar decisões quando tenham sido regularmente convocados todos os seus membros e o presidente, o relator, o magistrado e, pelo menos, um outro membro estejam presentes. Toma as suas decisões por maioria simples dos votos. Em caso de empate, o presidente tem voto de qualidade. Não são permitidas abstenções.

7) Os membros do Landesvergabeamt são independentes no exercício das suas funções. As suas decisões não podem ser derrogadas nem alteradas por via administrativa.

8) Os serviços administrativos do Landesvergabeamt ficam a cargo do Amt der Tiroler Landesregierung.»

8 Em 6 de Abril de 1995, a Köllensperger e a Atzwanger interpuseram no Tiroler Landesvergabeamt recurso de anulação da adjudicação das obras de alargamento do Centro Hospitalar de Schwaz, por violação da Tir VergG.

9 Por decisão de 27 de Junho de 1995, o Tiroler Landesvergabeamt negou provimento ao recurso, por o contrato ter sido adjudicado à empresa que tinha apresentado a melhor proposta. Para o Tiroler Landesvergabeamt, daí resultava que, mesmo que as disposições da Tir VergG tivessem sido respeitadas pela entidade adjudicante, o contrato nunca teria sido atribuído à Köllensperger e à Atzwanger.

10 Estas últimas empresas recorreram então para o Verfassungsgerichtshof.

11 Em 12 de Junho de 1996, o Verfassungsgerichtshof anulou a decisão do Tiroler Landesvergabeamt por, na data em que este último tinha proferido a sua decisão, 27 de Junho de 1995, a sua composição não preencher as condições exigidas pelo artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665.

12 Segundo o Verfassungsgerichtshof, o presidente deste órgão jurisdicional — um engenheiro — não possuía as qualificações jurídicas e profissionais necessárias para exercer a função de juiz, de modo que a decisão de 27 de Junho de 1995 tinha infringido o direito das empresas recorrentes, garantido pela Constituição, a um processo perante um juiz.

13 Em 16 de Julho de 1996, o presidente do Tiroler Landesvergabeamt que presidia no momento da decisão em litígio renunciou ao seu lugar, com efeitos a partir de 12 de Julho, e foi nomeado, pelo Tiroler Landesregierung, um novo presidente.

14 Após ter sido retomado o processo perante o Tiroler Landesvergabeamt, o Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz alegou que a composição deste órgão jurisdicional continuava a não estar em conformidade com a Directiva 89/665.

15 Tendo dúvidas quanto aos membros referidos no § 6, n.° 1, alínea d), da Tir VergG, o Tiroler Landesvergabeamt decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as duas questões prejudiciais seguintes:

«1) O artigo 2.° da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, deve ser interpretado no sentido de que o (Tiroler) Landesvergabeamt, que foi instituído pela Lei regional do Tirol de 6 de Julho de 1994 sobre processos de adjudicação (Tiroler Vergabegesetz, LGBl. n.° 87/1994), constitui uma instância de recurso na acepção do artigo 2.°, n.° 8, da directiva?

2) A Lei de 6 de Julho de 1994 sobre processos de adjudicação (Tiroler Vergabegesetz, LGBl. n.° 87/1994) garante a correcta transposição da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, no que respeita aos processos de recurso referidos no artigo 1.°?»

Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

16 A título liminar, há que verificar se o Tiroler Landesvergabeamt constitui um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado e, por conseguinte, se as suas questões são admissíveis.

17 A este respeito, deve recordar-se que, segundo uma jurisprudência constante, para apreciar se o organismo de reenvio possui o carácter de órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado, questão que deve ser apreciada unicamente face ao direito comunitário, o Tribunal de Justiça leva em conta um conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, o seu carácter permanente, o carácter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo órgão jurisdicional, de regras jurídicas, bem como a sua independência (v., em último lugar, acórdão de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Colect., p. I-4961, n.° 23, e acórdãos de 30 de Junho de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Colect. 1965-1968, p. 401; de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, Colect., p. 2545, n.° 7; de 17 de Outubro de 1989, Danfoss, 109/88, Colect., p. 3199, n.ºs 7 e 8; de 27 de Abril de 1994, Almelo e o., C-393/92, Colect., p. I-1477, n.° 21, e de 19 de Outubro de 1995, Job Centre, C-111/94, Colect., p. I-3361, n.° 9).

18 Os cinco primeiros critérios não suscitam dúvidas. Com efeito, resulta do disposto no § 6 da Tir VergG, que rege a sua composição e o seu funcionamento, que o Tiroler Landesvergabeamt os satisfaz.

19 Em contrapartida, não é evidente que a condição de independência esteja preenchida.

20 Com efeito, tal como observou o advogado-geral no n.° 25 das suas conclusões, a Tir VergG não contém disposições específicas sobre a suspeição e a escusa dos membros do Tiroler Landesvergabeamt.

21 Além disso, a expressão constante do § 6, n.° 4, da Tir VergG quanto à destituição dos membros «quando se verifique existirem elementos que impeçam de modo provavelmente duradouro o exercício regular das funções» parece, à primeira vista, demasiado vaga para dar garantias contra intervenções ou pressões indevidas por parte do poder executivo.

22 A este respeito, deve salientar-se, em primeiro lugar, que, no seu § 5, n.° 2, a Tir VergG prevê de modo explícito que, salvo disposição em contrário, a Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz de 1991 (lei geral do procedimento administrativo) se aplica ao procedimento de controlo da tramitação das adjudicações. Ora, esta lei contém disposições muito precisas sobre as circunstâncias em que os membros do órgão em causa se devem escusar. Além disso, segundo a jurisprudência do Verwaltungsgerichtshof, o incumprimento desta obrigação constitui um vício de forma que os interessados podem invocar em justiça.

23 Em segundo lugar, há que referir o § 6, n.° 7, da Tir VergG. Ao proibir de modo explícito toda e qualquer instrução aos membros do Tiroler Landesvergabeamt no exercício das suas funções, esta disposição retoma o artigo 20.° da Constituição federal austríaca relativo à independência dos membros das autoridades colegiais com carácter jurisdicional, autoridades de que faz parte o Tiroler Landesvergabeamt.

24 A conjugação destas normas opõe-se, assim, à conclusão de que o § 6, n.° 4, da Tir VergG não garante a independência dos membros do Landesvergabeamt. Não compete ao Tribunal de Justiça pressupor que esta disposição será aplicada de modo contrário à Constituição austríaca e aos princípios de um Estado de direito.

25 Resulta do que antecede que o Tiroler Landesvergabeamt deve ser considerado como um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado e que as suas questões são admissíveis.

Quanto às questões prejudiciais

26 Com as suas questões, o Tiroler Landesvergabeamt pergunta essencialmente se disposições como as que regem a sua composição e o seu funcionamento preenchem as condições enunciadas pelo artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665.

27 Há que recordar que esta última disposição diz respeito aos órgãos responsáveis pelos processos de recurso contra as decisões adoptadas pelos órgãos de base competentes para adjudicação dos contratos de direito público que entram no âmbito da Directiva 89/665.

28 De acordo com o artigo 2.°, n.° 8, primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem escolher entre duas soluções na organização do sistema de controlo dos contratos de direito público.

29 A primeira solução consiste em atribuir a competência para conhecer dos recursos a instâncias de natureza jurisdicional. De acordo com a segunda, esta competência é, no primeiro momento, atribuída a órgãos que não constituem instâncias como essas. No último caso, as decisões adoptadas por essas instâncias devem poder ser objecto quer de um recurso jurisdicional, quer de um recurso para outra instância, a qual deve preencher as exigências especiais previstas no artigo 2.°, n.° 8, segundo parágrafo, da Directiva 89/665, para garantir um recurso adequado.

30 Daí resulta que, se, num caso como o que está em apreço no processo principal, a instância responsável pelo recurso é de natureza jurisdicional, estas disposições de garantia não se aplicam.

31 À luz das considerações que precedem, há que responder ao órgão jurisdicional de reenvio que as condições enunciadas no artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665 não se aplicam a disposições como as que regem a sua composição e o seu funcionamento.

Quanto às despesas

32 As despesas efectuadas pelo Governo 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 o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Tiroler Landesvergabeamt, por despacho de 7 de Novembro de 1996, declara:

As condições enunciadas no artigo 2.°, n.° 8, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de forneci-

mentos, não se aplicam a disposições como as que regem a composição e o funcionamento do Tiroler Landesvergabeamt.

Kapteyn Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 4 de Fevereiro de 1999.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

P. J. G. Kapteyn