ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
14 de Janeiro de 1993 *

No processo C-257/90,

Italsolar SpA, sociedade de direito italiano, com sede em Milão, representada por Mario Siragusa, Massimo Nicolazzi e Giuseppe Scassellati-Sforzolini, advogados respectivamente nos foros de Roma, Milão e Bolonha, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Arendt e Medernach, 8-10, rue Mathias Hardt,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Eugenio de March e Hans-Peter Hartvig, consultores jurídicos, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Roberto Hayder, representante do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto pedidos apresentados ao abrigo dos artigos 173.°, segundo parágrafo, 175.°, terceiro parágrafo, 178.° e 215.°, segundo parágrafo, do Tratado CEE, relativamente ao concurso limitado [n.° 6100.20.94.216 (REG/6116)] para o fornecimento e instalação de equipamentos solares fotovoltaicos em benefício dos países reunidos no seio do Comité Permanente Inter-Estados para a Luta contra a Seca no Sael (CILSS), financiados pela Comunidade Económica Europeia por intermédio do Fundo Europeu de Desenvolvimento (FED),

* Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: C. N. Kakouris, presidente de secção, J. L. Murray, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler e M. Díez de Velasco, juízes,

advogado-geral: C. O. Lenz
secretário: D. Triantafyllou, administrador

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 7 de Maio de 1992, em que a Italsolar SpA esteve representada por Mario Siragusa e Giuseppe Scassellati-Sforzolini, advogados respectivamente nos foros de Roma e de Bolonha,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 30 de Junho de 1992,

profere o presente

Acórdão

1 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 22 de Agosto de 1990, a Italsolar SpA interpôs, ao abrigo dos artigos 173.°, segundo parágrafo, 175.°, terceiro parágrafo, 178.° e 215.°, segundo parágrafo, do Tratado CEE, um recurso destinado a obter, em primeiro lugar, a anulação do acto da Comissão, comunicado à recorrente por carta de 12 de Junho de 1990 da Direcção-Geral «Desenvolvimento», em que esta confirmou que o secretário executivo do Comité Permanente Inter-Estados para a Luta contra a Seca no Sael (a seguir «CILSS») não tinha aceitado a proposta apresentada pela recorrente no âmbito de um concurso relativo a um contrato de fornecimento e instalação de equipamentos solares fotovoltaicos em benefício dos países reunidos no seio deste organismo. O recurso destina-se a obter, em segundo lugar, a declaração de que a Comissão não adoptou as medidas que era obrigada a tomar em relação à recorrente, para a fazer

readmitir no processo do concurso. Finalmente, o recurso destina-se a obter a reparação dos prejuízos causados à recorrente pela sua exclusão do referido processo.

2 O contrato já referido inclui-se no âmbito de um programa regional de utilização da energia solar, financiado pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento, nos termos das disposições da terceira Convenção ACP-CEE, assinada em Lomé em 8 de Dezembro de 1984 (JO 1986, L 86, p. 3, a seguir «convenção»).

3 Nos termos do artigo 222.° da convenção, foi estabelecido um acordo de financiamento do projecto entre a Comunidade, representada pela Comissão, e os nove países do Sael interessados, representados pelo CILSS.

4 Na sequência do aviso n.° 2731, relativo a uma pré-selecção das empresas (JO S 62, de 29.3.1988), a recorrente apresentou um pedido de participação no concurso limitado identificado como projecto sob o número 6100.20.94.216 (REG/ /6116).

5 Por carta de 6 de Julho de 1989, assinada pelo secretário executivo do CILSS, a recorrente foi convidada a participar no concurso limitado e, para o efeito, enviar, antes de 6 de Novembro de 1989, à Direcção-Geral «Desenvolvimento», já referida, a sua proposta elaborada de acordo com o processo documental do concurso enviado conjuntamente com o convite. Esclarecia-se nomeadamente que era aplicável ao concurso o caderno geral de encargos dos contratos de empreitada e de fornecimento de bens e serviços financiados pelo FED (JO 1972, L 39, p. 3).

6 A recorrente apresentou a sua proposta no prazo fixado. Após a abertura dos sobrescritos que continham as propostas recebidas e o exame destas, foram pedidas diversas informações e explicações aos concorrentes e a recorrente forneceu no prazo fixado as informações que lhe foram pedidas.

7 Numa fase posterior do processo, o CILSS propôs que o concurso fosse adjudicado provisoriamente a outras empresas concorrentes que não a recorrente e que se procedesse, quanto a estas, à fase de experiências técnicas, nos termos do processo documental do concurso. Esta proposta foi aceite pela Comissão em 30 de Abril de 1990.

8 Por conseguinte, por telex de 3 de Maio de 1990, confirmado por carta de 7 de Maio seguinte, o CILSS informou a recorrente da rejeição da sua proposta.

9 Considerando que a sua proposta era a mais vantajosa economicamente e que havia sido excluída ilicitamente, a recorrente, por carta de 7 de Maio de 1990, alegou junto da Comissão que, se a comunicação de 3 de Maio viesse porventura a ser-lhe enviada na sua forma definitiva, considerá-la-ia ilícita por razões muito graves que não deixaria de dar a conhecer. A recorrente reservava-se, além disso, a possibilidade de defender os seus direitos perante os órgãos jurisdicionais competentes. A carta terminava nestes termos: «esperando que a comunicação que recebemos resulte de um equívoco, muito gratos ficaríamos a V. Ex. as por uma rápida resposta a este propósito».

10 Por carta de 12 de Junho de 1990, a Comissão respondeu à recorrente que o poder de designar o adjudicatário do concurso cabia ao secretário executivo do CILSS e que a recorrente devia exprimir os seus reparos sobre o processo de adjudicação junto deste organismo. A Comissão esclareceu que, em todo o caso, tinha seguido com atenção o processo e que o CILSS tinha obtido o apoio de peritos internacionais para apreciar as especificações técnicas das diferentes propostas.

11 Por carta de 9 de Julho de 1990, dirigida ao secretário executivo do CILSS, a recorrente pediu a revogação da decisão de exclusão e autorização para participar na fase seguinte do processo até à adjudicação final do concurso. Na falta de medidas que lhe fossem favoráveis, daria início ao processo arbitral previsto no artigo 238.° da convenção para que lhe fosse reconhecido o direito de participar no processo e lhe fosse adjudicado o concurso em virtude de a sua proposta ser

economicamente a mais vantajosa, ou, se assim não fosse, para obter uma indemnização.

12 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça no mesmo dia que o presente recurso, a recorrente apresentou, ao abrigo dos artigos 185.° e 186.° do Tratado CEE, um pedido de medidas provisórias destinado a obter a suspensão da execução do acto impugnado ou quaisquer outras medidas provisórias adequadas a assegurar a readmissão da recorrente no processo de adjudicação. Este pedido foi indeferido por despacho do presidente do Tribunal de 25 de Outubro de 1990.

13 Em 4 de Dezembro de 1990, a recorrente apresentou um pedido de arbitragem contra o CILSS na Câmara de Comércio Internacional.

14 A pedido da recorrente, o Tribunal convidou a Comissão a apresentar documentos relativos ao processo do concurso controvertido. Estes documentos foram apresentados em 7 de Fevereiro de 1992 pela Comissão, que fez, no entanto, notar que eles eram confidenciais.

15 Por decisão de 20 de Fevereiro de 1992, o presidente da Sexta Secção ordenou que os documentos em causa fossem retirados dos autos e fossem restituídos à Comissão devido ao seu carácter confidencial. Por conseguinte, estes documentos não foram tomados em consideração pelo Tribunal para efeitos do presente acórdão.

16 Para mais ampla exposição dos factos do litígio, da tramitação processual, bem como dos fundamentos e argumentos das partes, remete-se para o relatório para audiência. Estes elementos apenas serão adiante retomados na medida do necessário para a fundamentação da decisão do Tribunal.

Quanto à admissibilidade do recurso de anulação

17 A recorrente sustenta em suma que, pelo acto impugnado, a Comissão aprovou a adjudicação provisória do contrato pelo CILSS aos outros concorrentes e, portanto, aceitou tacitamente a exclusão da recorrente do processo do concurso, ao mesmo tempo que se recusou a tomar as medidas solicitadas pela recorrente para a tutela dos seus interesses.

18 A adjudicação provisória do contrato e, portanto, a exclusão da recorrente, seriam imputáveis à Comissão, que conduziu ela própria o processo de pré-selecção das empresas concorrentes por conta do CILSS. Este depende inteiramente da Comissão para o financiamento do projecto e a decisão de exclusão tomada por este organismo teria sido meramente formal.

19 A recorrente alega igualmente que as disposições da convenção relativas à cooperação financeira e técnica confiavam ao CILSS e à Comissão a responsabilidade conjunta do processo do concurso, incluindo a adjudicação do contrato, enquanto a competência exclusiva do CILSS dizia unicamente respeito à celebração do contrato com o concorrente escolhido.

20 A Comissão contesta a admissibilidade do recurso de anulação, defendendo, pelo contrário, que, segundo as regras de repartição das competências entre a Comissão e as autoridades dos Estados ACP no âmbito do processo de concurso, tais como foram interpretadas de maneira constante pelo Tribunal, não pode existir, relativamente às empresas concorrentes, qualquer acto decisório emanado da Comissão susceptível de ser objecto de recurso de anulação.

21 Para apreciar a admissibilidade do recurso de anulação, há que examinar a natureza do acto impugnado. Na verdade, segundo jurisprudência constante do Tribunal, só constituem actos susceptíveis de ser objecto de recurso de anulação as medidas que produzem efeitos jurídicos obrigatórios de molde a afectar os interesses do recorrente (v. nomeadamente o acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/ /Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639, n.° 9).

22 Tal não acontece com o acto impugnado. Segundo a jurisprudência do Tribunal (v. nomeadamente acórdãos de 10 de Julho de 1984, STS/Comissão, 126/83, Recueil, p. 2769, n.os 16 a 18, e de 10 de Julho de 1985, CMC/Comissão, 118/83, Recueil, p. 2325, n.° 28), os concursos públicos que beneficiam de um financiamento do FED continuam a ser concursos nacionais, cujos contratos apenas os representantes dos Estados ACP têm a responsabilidade de preparar, negociar e concluir, enquanto as intervenções dos representantes da Comissão no processo de adjudicação desses concursos têm como único objectivo verificar se as condições do financiamento comunitário estão ou não preenchidas. Além disso, as empresas concorrentes ou adjudicatárias dos concursos em causa só mantêm relações jurídicas com o Estado ACP responsável pelo contrato e os actos dos representantes da Comissão não podem ter como efeito, na parte que lhes toca, substituir por uma decisão comunitária a decisão dos Estados ACP.

23 Daqui resulta que a própria decisão de adjudicação do concurso cabe na competência reservada pela convenção aos Estados ACP, limitando-se, a este respeito, o representante da Comissão a aprovar, para efeitos da regularidade financeira da operação, a proposta de adjudicação do concurso emanada do representante dos Estados ACP.

24 Além disso, esta competência dos Estados ACP é confirmada pelo artigo 45.° do caderno geral de encargos, já referido, segundo o qual a escolha da proposta economicamente mais vantajosa cabe à administração dos Estados ACP.

25 Daqui resulta que, na sua carta de 12 de Maio de 1990, já referida, a Comissão se limitou a responder à recorrente que o poder de designar o adjudicatário do concurso pertencia ao secretário executivo do CILSS e que cabia à recorrente comunicar a este organismo os seus reparos sobre o processo de adjudicação.

26 Resulta destas considerações que não pode considerar-se que o acto impugnado produz efeitos jurídicos em relação à recorrente e não é, portanto, susceptível de ser objecto de um recurso de anulação interposto por esta.

27 Daqui resulta que o recurso de anulação deve ser julgado inadmissível.

Quanto à admissibilidade da acção por omissão

28 A recorrente sustenta em substância, em apoio da sua acção por omissão, que a Comissão não adoptou as medidas necessárias para obter a readmissão da recorrente no processo do concurso, quando lhe cabia adoptar tais medidas, uma vez que tinha o dever de garantir a regularidade do processo do concurso.

29 A Comissão contesta a admissibilidade da acção por omissão, com o fundamento de que, tendo em conta a repartição das competências entre ela própria e as autoridades dos Estados ACP, não pode existir, relativamente às empresas concorrentes, qualquer omissão da sua parte, susceptível de ser objecto de uma acção por omissão.

30 Basta notar que, em virtude da repartição das competências já referida, entre a Comissão e o CILSS, a Comissão não teria podido, em qualquer caso, adoptar em relação à recorrente um acto que não fosse uma recomendação ou um parecer, na acepção do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado.

31 Nestas condições, a acção por omissão deve ser julgada inadmissível.

Quanto à acção de indemnização

32 A recorrente alega que a sua exclusão ilícita do processo do concurso, que é imputável ao comportamento no mínimo negligente da Comissão, lhe causou um prejuízo grave do qual lhe é devida reparação.

33 Segundo jurisprudência constante do Tribunal (v. nomeadamente o acórdão de 8 de Abril de 1992, Cato/Comissão, C-55/90, Colect., p. I-2533, n.° 18), resulta do artigo 215.°, segundo parágrafo, do Tratado que o surgimento da responsabilidade extracontratual da Comunidade e a efectivação do direito à reparação do prejuízo sofrido dependem da existência de um conjunto de pressupostos, ou seja, a ilicitude do comportamento censurado às instituições comunitárias, a realidade do dano e a existência de um nexo de causalidade entre este comportamento e o prejuízo alegado.

34 No que diz respeito à ilicitude do comportamento censurado à Comissão, há que salientar que, visto que a competência da Comissão se limita a verificar se as condições do financiamento comunitário estão ou não preenchidas, não lhe incumbia qualquer obrigação, em relação à recorrente, de se opor à sua exclusão ou de intervir com vista a obter a sua readmissão.

35 Além disso, a recorrente não conseguiu demonstrar nem que a Comissão tinha influenciado ilicitamente o CILSS com o objectivo de a excluir do processo de adjudicação nem que ela tivera um comportamento negligente ao entender que não tinha fundamentos razoáveis para considerar que as condições do financiamento comunitário do projecto não estavam preenchidas.

36 Nestas condições, a acção de indemnização deve ser julgada improcedente, sem que seja necessário tomar posição sobre o dano e sobre o nexo de causalidade entre este e o comportamento censurado à Comissão.

Quanto às despesas

37 Por força do disposto no n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se tal for requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

decide:

1) O recurso de anulação é julgado inadmissível.

2) A acção por omissão é julgada inadmissível.

3) A acção de indemnização é julgada improcedente.

4) A recorrente é condenada nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

Kakouris Murray

Mancini Schockweiler Díez de Velasco

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 14 de Janeiro de 1993.

O secretário

J.-G. Giraud

O presidente da Sexta Secção

C. N. Kakouris