concluir os contratos pertence às autoridades do Estado ACP.

Daqui resulta que, relativamente às empresas concorrentes, não pode haver qualquer acto ou omissão da Comissão, susceptível de ser objecto de um recurso ao abrigo do artigo 173.°, segundo parágrafo, ou de uma acção ao abrigo do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado CEE.

Embora seja dada a essas empresas a possibilidade de intentar uma acção de indemnização ao abrigo dos artigos 178.° e 215.°, segundo parágrafo, do Tratado, só pode haver responsabilidade da Comissão desde que, no exercício das competências rigorosamente limitadas que a convenção lhe atribui, tenha aprovado um acto ilícito ou adoptado um comportamento negligente.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo C-257/90 *

I — Enquadramento jurídico do litígio

A terceira Convenção ACP-CEE, assinada em Lomé em 8 de Dezembro de 1984 [1], determina no artigo 192.° do título III, consagrado à cooperação financeira e técnica:

«1. As intervenções financiadas pela Comunidade são realizadas pelos Estados ACP e pela Comunidade em estreita colaboração, no respeito pela igualdade das partes.

2. É da responsabilidade dos Estados ACP:

...

d) preparar, negociar e concluir contratos de empreitada e de fornecimento de bens e serviços;

...

4. É da responsabilidade da Comunidade tomar as decisões de financiamento relativas aos projectos e programas de acção.»

O artigo 222.° da referida convenção determina:

«1. Os projectos ou programas de acção financiados por subvenção do Fundo implicam a celebração de um acordo de financiamento entre a Comissão, agindo em nome

* Língua do processo: italiano.

1 — JO 1986, L 86, p. 3.

da Comunidade, e o ou os Estados ACP interessados.

...»

Nos termos do artigo 225.°, n.° 3, da convenção:

«3. Os Estados ACP e outros beneficiários por eles aceites executarão os projectos e programas de acção financiados pela Comunidade; serão nomeadamente responsáveis pela preparação, negociação e celebração dos contratos necessários à execução destas operações.»

De acordo com o artigo 226.°, n.° 2:

«2. O ordenador principal, em estreita cooperação com o ordenador nacional, velará por que seja assegurada a igualdade de condições na participação nos concursos, por que sejam eliminadas as discriminações nos respectivos processos e por que a escolha recaia sobre a proposta economicamente mais vantajosa. Recebe o resultado da análise das propostas e aprova a proposta de adjudicação, sem prejuízo da competência do delegado da Comissão nos termos do artigo 228.°»

Finalmente, nos termos do artigo 45.°, n.° 1, das disposições regulamentares relativas aos contratos de empreitada e de fornecimento de bens e serviços financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento [2]:

«1. A comissão proporá à administração [3] a proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta, nomeadamente, o preço das prestações, o seu custo de utilização e valor técnico e as garantias financeiras.

2. As deliberações da comissão serão lavradas em acta que não pode ser tornada pública nem comunicada a nenhum candidato. Esta acta será rubricada pelos membros da comissão.

A título de informação, a administração comunicará a sua escolha ao concorrente que seleccionou por carta registada com aviso de recepção...

...

A administração informará igualmente por carta registada os outros concorrentes da rejeição das suas propostas.

A administração não é obrigada a comunicar os motivos da sua escolha.

...»

2 — JO 1972, L 39, p. 3.

3 — O artigo 4.°, n.° 4, das disposições regulamentares esclarece que deve entender-se por administração: o Estado, uma pessoa colectiva territorial ou qualquer pessoa de direito público em nome da qual o contrato é celebrado.

II — Matéria de facto e tramitação processual

1. *Matéria de facto*

Nos termos da terceira Convenção de Lomé, já referida, a Comunidade decidiu financiar, com base nos recursos do sexto Fundo Europeu de Desenvolvimento[4], um programa regional de utilização da energia solar fotovoltaica nos países do Sael, apresentado pelo Comité Permanente Inter-Estados para a Luta contra a Seca no Sael (CILSS).

Este programa diz respeito à introdução em grande escala de equipamentos fotovoltaicos tendo em vista divulgar e vulgarizar a utilização da energia solar nos meios rurais de nove países do Sael[5].

Nos termos do artigo 222.°, já referido, da convenção, foi estabelecido um acordo de financiamento do projecto entre a Comunidade, representada pela Comissão, e os nove Estados em questão, representados pelo CILSS.

Na sequência do aviso n.° 2731, relativo a uma pré-selecção das empresas[6], a Italsolar apresentou um pedido de participação no concurso limitado identificado como projecto sob o número 6100.20.94.216 (REG/ /6116).

O artigo IV das cláusulas particulares do concurso determinava o fraccionamento do mercado em três lotes[7]. As propostas podiam ser apresentadas para um, dois ou três lotes.

Esclarecia-se que o caderno geral de encargos aplicável era o «caderno geral de encargos dos contratos de empreitada e de fornecimento de bens e serviços financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento», já referido.

As propostas deviam pormenorizar, em separado, por um lado, as características dos materiais, bem como os preços do respectivo fornecimento e instalação e, por outro lado, as modalidades de execução e os preços de certas prestações posteriores à venda (criação de uma rede de comercialização das peças sobresselentes, manutenção dos equipamentos e formação do pessoal).

Por carta de 6 de Julho de 1989, assinada pelo secretário executivo do CILSS, a Italsolar foi convidada a participar no concurso limitado e foi informada de que devia fazer chegar antes de 6 de Novembro de 1989 a sua proposta elaborada de acordo com o processo documental de adjudicação à Direcção-Geral do Desenvolvimento (DG VIII) da Comissão das Comunidades Europeias.

A Italsolar apresentou a sua proposta no prazo fixado para os segundo e terceiro lotes.

4 — Instituído pelo acordo interno relativo ao financiamento e à gestão das ajudas da Comunidade (86/126/CEE, JO 1986, L 86, p. 210).

5 — Burkina Faso, Cabo Verde, Gâmbia, Guiné-Bissau, Mali, Mauritânia, Níger, Senegal e Chade.

6 — JO S 62 de 29.3.1988.

7 — Lote n.° 1: Cabo Verde, Gâmbia, Guiné-Bissau, Mauritânia e Senegal; lote n.° 2: Burkina Faso e Mali; lote n.° 3: Níger e Chade.

Em 7 de Novembro de 1989, procedeu-se, na sede da Comissão em Bruxelas, à abertura dos sobrescritos que continham as propostas recebidas, as quais foram em seguida examinadas e avaliadas. Aquando deste exame, foram pedidas diversas informações e explicações aos candidatos bem como aos ministérios competentes dos Estados-membros do CILSS.

Por carta de 14 de Novembro de 1989 da DG VIII, foi pedido à Italsolar que fornecesse informações suplementares sobre as especificações técnicas do material, sobre as referências quanto às anteriores utilizações em países ultramarinos, sobre as modalidades de instalação previstas, bem como sobre a organização do serviço após-venda. A recorrente forneceu todas estas informações no prazo fixado.

Em 27 de Novembro de 1989, foi enviada uma missão aos estabelecimentos da Italsolar em Itália para proceder a verificações técnicas dos produtos da sociedade.

Por carta de 5 de Março de 1990, o secretário executivo do CILSS pediu à Italsolar que se dignasse prorrogar o prazo de validade da sua proposta por dois meses, a fim de permitir ultimar a análise das propostas e a concertação entre os beneficiários e a Comissão das Comunidades Europeias que financiam o programa.

Posteriormente, o CILSS propôs que o concurso fosse adjudicado provisoriamente a outras empresas que não a Italsolar e que se procedesse, quanto a estas, à fase de experiências técnicas, nos termos do artigo 5.° do anexo técnico da parte A dos documentos do concurso. Esta proposta foi aprovada pela Comissão em 30 de Abril de 1990.

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

Por carta de 7 de Maio, a Italsolar, reportando-se ao teor do telex, solicitou à Comissão que adoptasse medidas correctivas e reservou-se o direito de recorrer para as instâncias jurisdicionais competentes.

A Comissão respondeu à Italsolar, por carta de 12 de Junho de 1990, que o poder de decisão de adjudicação do lote cabia ao secretário executivo do CILSS, visto que o programa solar regional em que se inseria a adjudicação era executado sob a responsabilidade deste organismo. A Comissão acrescentou que, como quer que fosse, o CILSS tinha obtido o apoio de peritos internacionais para a apreciação das especificações técnicas das diferentes propostas e que a apreciação global da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com o processo documental do concurso, tinha tomado em consideração não só a qualidade intrínseca do material, mas também a viabilidade dos equipamentos e nomeadamente o serviço após-venda e as garantias dadas para a manutenção. Finalmente, a Comissão fez notar à Italsolar que, de acordo com o artigo 45.°, n.° 2, quinto parágrafo, das disposições regulamentares já referidas, a administração não é obrigada a fundamentar a sua decisão.

Por carta de 9 de Julho de 1990 dirigida ao secretário executivo do CILSS, a Italsolar alegou que a decisão de a excluir do processo de adjudicação estava viciada por desvio de poder e violava as regras processuais e substantivas aplicáveis aos contratos financiados pelo FED. Nesta carta, a Italsolar

também pediu formalmente a revogação da decisão de exclusão e autorização para participar na fase seguinte do processo e nomeadamente nos testes de laboratório até à adjudicação final. A Italsolar pedia subsidiariamente que a queixa fosse transmitida a quaisquer outras entidades eventualmente competentes. Na falta de medidas favoráveis à Italsolar, esta daria início ao processo arbitral previsto no artigo 238.° da Convenção de Lomé III, para que lhe fosse reconhecido o direito de participar no processo e de lhe ser adjudicado o contrato em virtude de a sua proposta ser economicamente a mais vantajosa ou, se assim não se fizesse, para que lhe fosse concedida uma indemnização.

Na realidade, a Italsolar apresentou em 4 de Dezembro de 1990 um pedido de arbitragem dirigido contra o CILSS na Câmara de Comércio Internacional.

2. *Fase escrita do processo*

Em 22 de Agosto de 1990, a recorrente interpôs no Tribunal de Justiça um recurso com base nos artigos 173.°, segundo parágrafo, 175.°, terceiro parágrafo, 178.° e 215.°, segundo parágrafo, do Tratado, tendo apresentado simultaneamente um pedido de medidas provisórias. Este foi indeferido por despacho do presidente do Tribunal de 25 de Outubro de 1990.

Com base no relatório do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução e atribuir o processo à Sexta Secção.

3. *Pedidos das partes*

A *recorrente* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso admissível na sua totalidade;

— anular a decisão da Comissão comunicada à recorrente por carta de 12 de Junho de 1990 e, subsidiariamente, declarar que a Comissão não tomou as medidas que era obrigada a adoptar em relação à recorrente;

— condenar a Comissão a reparar os danos causados à recorrente;

— condenar a Comissão nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

A *recorrida* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso inadmissível na medida em que se baseia nos artigos 173.° e 175.° do Tratado e, subsidiariamente, negar provimento;

— julgar improcedente o recurso na medida em que se baseia nos artigos 178.° e 215.°, segundo parágrafo, do Tratado;

— condenar a recorrente nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

III — Fundamentos e argumentos das partes

1. *Admissibilidade*

A *Comissão* considera que o recurso é inadmissível na medida em que se baseia nos artigos 173.° e 175.° do Tratado.

O processo de adjudicação de concursos aplicado no âmbito da cooperação financeira e técnica instituída pelas Convenções ACP/CEE implica uma repartição das competências entre a Comissão e as autoridades dos Estados ACP.

Se é certo que incumbe à Comissão tomar, em nome da Comunidade, as decisões de financiamento, a responsabilidade pela preparação, negociação e celebração dos contratos cabe às autoridades dos Estados ACP. Daqui resulta, segundo jurisprudência constante [8], que, relativamente às empresas concorrentes, não pode haver acto ou omissão da Comissão susceptível de ser objecto de recurso de anulação ou de acção por omissão.

Isto é particularmente válido no caso especial em que o acto impugnado, isto é, a carta que a Comissão enviou à recorrente em 12 de Junho de 1990, não tem manifestamente qualquer valor decisório e se refere simplesmente à tomada de posição anterior do CILSS.

Se é certo que a Comissão prestou assistência ao CILSS, nomeadamente no que diz respeito à organização material e logística do processo do concurso, isto não significa, no entanto, que a Comissão tenha substituído o CILSS na condução do concurso. Com efeito, o CILSS presidiu à análise das propostas, dirigiu a comissão técnica e propôs os resultados da adjudicação provisória, de acordo com as competências que lhe estão reservadas pela Convenção de Lomé III.

Pelo contrário, resulta da jurisprudência do Tribunal que a acção de indemnização é admissível, embora a Comissão conteste, na tréplica, a admissibilidade da quantificação dos prejuízos apresentada pela recorrente pela primeira vez na réplica.

A *recorrente* sustenta que a *carta* impugnada de 12 de Junho de 1990 constitui a tomada de posição definitiva da Comissão sobre os factos que a Italsolar lhe expôs e que esta carta é susceptível de prejudicar directamente a sua posição jurídica, ainda que formalmente — mas só formalmente — o acto que lhe causa prejuízo seja aquele de que consta a assinatura do secretário executivo do CILSS.

O acto impugnado foi dirigido à recorrente e constitui a manifestação externa da recusa da Comissão de rectificar o erro denunciado pela recorrente. O presente recurso distingue-se assim dos recursos semelhantes anteriores, que foram julgados inadmissíveis pelo Tribunal, na medida em que foram in-

8 — Acórdãos de 10 de Julho de 1984, STS/Comissão (126/83, Recueil, p. 2769), de 10 de Julho de 1985, CMC/Comissão (118/83, Recueil, p. 2325), de 19 de Setembro de 1985, Murri/Comissão (33/82, Recueil, p. 2759), e de 24 de Junho de 1986, Développement et Clemessy/Comissão (267/82, Colect., p. 1907).

terpostos contra actos da Comissão dirigidos a um Estado ACP e que aprovavam uma adjudicação ou a assinatura de um contrato.

Além disso, a *omissão* imputada à Comissão não diz respeito à adjudicação do concurso e à assinatura do respectivo contrato, e sim aos deveres impostos à Comissão pela Convenção de Lomé III, isto é, ao dever de assistência no que respeita à organização do processo do concurso e ao dever de vigilância no decurso do próprio processo. A Comissão deve velar por que a administração que procede à adjudicação respeite os princípios da igualdade e da não discriminação e escolha a proposta economicamente mais vantajosa.

O *prejuízo* sofrido pela recorrente tornou-se definitivo em virtude da recusa da Comissão de desempenhar completamente o papel institucional que lhe está atribuído no âmbito da Convenção de Lomé III e da sua falta de reacção, por meio dos instrumentos de que dispõe, contra a exclusão ilícita da recorrente. Se a Comissão tivesse agido com lisura, este prejuízo poderia ter sido evitado.

Tal como o Tribunal já teve ocasião de decidir no passado, a abertura às empresas concorrentes pela Convenção de Lomé de um processo arbitral contra as autoridades dos países ACP não priva estas empresas da possibilidade de gozarem da protecção jurídica que o Tratado CEE lhes garante em relação à Comissão. Ao apresentar um pedido de arbitragem, a recorrente não tinha evidentemente a intenção de isentar a Comissão das responsabilidades que lhe incumbem por força do direito comunitário.

Eis a razão pela qual a recorrente considera que deve concluir-se em sentido favorável à admissibilidade tanto da acção de indemnização como dos pedidos baseados nos artigos 173.° e 175.° do Tratado.

2. *Mérito da causa*

A — A *recorrente* considera que a decisão que lhe foi comunicada pela Comissão por carta de 12 de Junho de 1990 é *ilícita* e que, seja como for, a Comissão *não tomou as medidas necessárias* para salvaguardar os interesses da recorrente. Tudo isto lhe causou um grave *prejuízo*.

1. *Recurso de anulação*

A recorrente alega que os *fundamentos* da sua exclusão não lhe foram comunicados nem pelo CILSS nem pela Comissão. A norma das disposições regulamentares já referidas que dispensa a administração de comunicar os fundamentos da sua escolha é contrária ao artigo 190.° do Tratado CEE. A recorrente refere-se a este propósito ao artigo 5.°-A da nova directiva do Conselho em matéria de empreitadas de obras públicas[9], por força do qual a administração adjudicante é obrigada a comunicar a qualquer concorrente cuja proposta tenha sido rejeitada os fundamentos dessa rejeição.

9 — Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 210, p. 1).

Igualmente contrária ao direito é a norma que estabelece o carácter secreto da acta que contém as deliberações da comissão de adjudicação.

Por conseguinte, a recorrente alega formalmente a ilicitude destas duas normas. Salienta que o Conselho e a Comissão elaboraram directivas que têm em vista suprimir as discriminações e os abusos nas adjudicações públicas das autoridades dos Estados-membros e garantir às empresas excluídas instrumentos adequados de protecção jurídica, ao passo que as empresas comunitárias concorrentes a adjudicações financiadas inteiramente por fundos comunitários e geridas pelos serviços da Comissão com o apoio puramente formal dos países ACP são forçadas a sofrer prejuízos injustos, sem possibilidade concreta de obter inteira satisfação.

A recorrente sustenta, além disso, que a Comissão praticou *negligências graves e indesculpáveis* no desempenho das suas missões, em matéria de conclusão do contrato e de verificação da sua regularidade.

Não era possível de boa-fé apontar defeitos à proposta da Italsolar para justificar a sua exclusão numa fase relativamente liminar do processo de selecção, ou seja, antes de terem sido efectuadas as experiências técnicas em laboratório destinadas a testar o material. Com efeito, a proposta da Italsolar não só era — e de muito longe — a melhor no que toca ao preço, mas era também inatacável tecnicamente, segundo o parecer dos próprios peritos da Comissão. A exclusão da recorrente coincidiu com a sua recusa de ceder às exigências indevidas de certos dirigentes do CILSS.

A recorrente contesta a justificação do fundamento de exclusão da sua proposta, ou seja, a pretensa debilidade do seu serviço após-venda. Deu, com efeito, amplas provas da sua experiência, do seu empenho e das suas capacidades de organização, bem como dos seus contactos *in loco* com importantes sociedades dos países interessados. A recorrente faz, além disso, parte do grupo ENI, que dispõe de uma experiência considerável.

É por isso que a recorrente considera que a decisão pela qual a Comissão deu o seu aval à exclusão do concurso decidida pelo CILSS deve ser declarada inválida, já que a Comissão revelou, ao proceder assim, que queria esconder-se por detrás do biombo do CILSS para não cumprir as obrigações que lhe incumbem para garantir a tramitação correcta dos processos de adjudicação dos contratos financiados por fundos comunitários.

2. *Acção por omissão*

Se, por hipótese que se julga impossível, o Tribunal viesse a decidir que a medida tomada pela Comissão em relação à Italsolar não constituía uma decisão, na acepção do artigo 189.° do Tratado, a recorrente faz notar que a Comissão pecou, em todo o caso, por *omissão* relativamente a si, em virtude de não ter intervindo para a fazer readmitir no processo de adjudicação em curso.

Não pode aceitar-se o argumento nos termos do qual compete exclusivamente às au-

toridades dos Estados ACP proceder às adjudicações e assinar os contratos. A omissão imputada à Comissão não diz respeito à adjudicação da empreitada e à assinatura do respectivo contrato, mas sim precisamente aos deveres impostos à Comissão pela Convenção de Lomé, ou seja, um dever de assistência no que respeita ao processo do concurso e um dever de vigilância durante o próprio processo. A Comissão devia velar por que a administração adjudicante respeitasse o princípio da não discriminação dos concorrentes e escolhesse a proposta que se revelasse ser economicamente mais vantajosa.

3. *Acção de indemnização*

O comportamento no mínimo negligente da Comissão deu origem ao *prejuízo* sofrido pela Italsolar, na medida em que foi uma das suas causas determinantes.

É em geral aceite que, para estabelecer um *nexo de causa e efeito* entre um acto e o prejuízo sofrido, basta que esse acto tenha constituído uma das causas do dano, sem que se exija que ele tenha sido a única causa desse prejuízo.

O *prejuízo* sofrido pela Italsolar em virtude do comportamento da Comissão foi injusto, na medida em que a exclusão do concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa, provavelmente devido à sua recusa de avalizar uma tentativa de concussão, não constitui uma vicissitude normal a que está exposta qualquer empresa que decida participar na adjudicação de um contrato.

Os elementos constitutivos deste prejuízo são, em primeiro lugar, todos os custos suportados pela recorrente para participar no concurso. Além disso, ao mesmo tempo que remete quanto a esta questão para a apreciação do Tribunal, a recorrente considera que é razoável reclamar o ressarcimento pela perda do lucro que contava tirar da empreitada e que avalia em 15 % do preço proposto para cada lote.

B — A *Comissão* verifica, no que respeita à *acção de indemnização*, que a recorrente não apresenta qualquer elemento susceptível de demonstrar que a Comissão teria pecado por negligência grave e indesculpável no desempemho das tarefas que lhe foram atribuídas na execução do concurso e na verificação da sua regularidade.

O processo do concurso decorreu de forma isenta com o apoio de uma comissão técnica de avaliação das propostas constituída por peritos independentes.

A Comissão recorda que o papel que lhe é atribuído pela Convenção de Lomé não é o de substituir a comissão técnica. No caso vertente, a recorrida verificou que os trabalhos da comissão técnica tinham sido efectuados de maneira séria e correcta. A recorrida não encontrou, portanto, qualquer razão para se opor às conclusões dos peritos independentes que constituíram a base da proposta de adjudicação provisória do CILSS.

A iniciativa da missão técnica junto da Italsolar foi tomada por dois membros desta

comissão e pelo funcionário da recorrida que assiste aos trabalhos da comissão técnica. Longe de provar, como pretende a recorrente, que a recorrida, nesta fase do concurso, «substituiu o CILSS», estas circunstâncias provam, pelo contrário, o empenho e a seriedade com que tanto a recorrida como a comissão técnica desempenharam as respectivas missões.

A decisão tomada pelo CILSS de não seleccionar a proposta da recorrente, se bem que esta fosse a mais baixa, justificou-se nomeadamente pela insuficiência do serviço após-venda proposto. A Comissão salienta, a este propósito, que o êxito de todo o programa solar dependia em grande parte da possibilidade de pôr à disposição dos utilizadores um serviço de assistência rápido, eficaz e económico.

Perante as exigências do caderno de encargos, o serviço após-venda proposto pela Italsolar era vago e incompleto e baseava-se em estruturas privadas não especializadas ou sem referências sólidas no sector.

A Comissão considera portanto que o seu comportamento não pode ser qualificado de ilícito e que o fundamento da responsabilidade da Comunidade em relação à recorrente não existe de todo em todo.

A Comissão contesta formalmente a quantificação dos danos apresentada pela recorrente.

A Comissão sustenta, a título subsidiário, que, do antecedente, resulta que o recurso de anulação e a acção por omissão são não só inadmissíveis, mas também improcedentes.

J. L. Murray
Juiz-relator