CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 17 de Fevereiro de 2000 *

1. Estamos perante um recurso interposto de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância [1] que julgou improcedente um pedido de indemnização apresentado pela TEAM Srl, uma sociedade italiana de projectos de engenharia. O prejuízo foi alegadamente sofrido em consequência, em primeiro lugar, de uma decisão da Comissão que anula um processo de concurso relativo a um estudo de viabilidade para a modernização de um nó rodoviário em Varsóvia e, em segundo lugar, do subsequente concurso limitado para a realização de outro estudo de viabilidade.

Os antecedentes e a tramitação do processo no Tribunal de Primeira Instância

2. O programa PHARE, baseado no Regulamento (CEE) n.º 3906/89 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1989, relativo à ajuda económica a favor da República da Hungria e da República Popular da Polónia [2], e posteriormente alargado a outros países da Europa Central e Oriental, é o quadro dentro do qual a Comunidade Europeia encaminha ajuda económica com vista à implementação de medidas destinadas a apoiar o processo de reformas económicas e sociais em curso nesses países.

3. O artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 3906/89 prevê que:

«A escolha das acções a financiar com base no presente regulamento será feita tendo em conta as preferências e os desejos manifestados pelos países beneficiários em questão.»

4. O artigo 23.º das «General Regulations for Tenders and the Award of Service Contracts financed from PHARE/TACIS Funds» (Normas gerais relativas aos concursos e à adjudicação de contratos de direito público financiados pelos fundos PHARE/TACIS), na versão aplicável na

* Língua original: inglês.

1 — Acórdão de 29 de Outubro de 1998, TEAM/Comissão (T-13/96, Colect., p. II-4073).

2 — JO L 375, p. 11, tal como foi alterado pelos Regulamentos (CEE) n.º 2698/90 do Conselho, de 17 de Setembro de 1990 (JO L 257, p. 1), n.º 3800/91 do Conselho, de 23 de Dezembro de 1991 (JO L 357, p. 10), n.º 2334/92 do Conselho, de 7 de Agosto de 1992 (JO L 227, p. 1), n.º 1764/93 do Conselho, de 30 de Junho de 1993 (JO L 162, p. 1), e n.º 1366/95 do Conselho, de 12 de Junho de 1995 (JO L 133, p. 1).

época dos factos do presente processo [3], dispõe o seguinte:

«Anulação do processo de concurso

1. Antes de adjudicar o contrato, a entidade adjudicante pode, sem que por esse facto incorra em qualquer responsabilidade em relação aos concorrentes, e qualquer que seja o estado de avanço do processo para a celebração do contrato, decidir encerrar ou anular o processo de concurso em conformidade com o n.º 2, ou ordenar que o processo recomece, se necessário, noutras bases.

2. A anulação ou o encerramento de um processo de concurso pode ocorrer nomeadamente nos seguintes casos:

...

d) se circunstâncias excepcionais tornarem impossível a execução normal do processo de concurso ou do contrato;

...

3. No caso de anulação de um processo de concurso, os concorrentes, que ainda estiverem vinculados pelas suas propostas, serão informados desse facto pela entidade adjudicante. Não terão direito a qualquer indemnização.»

5. Em 13 de Junho de 1995, a Comissão lançou um concurso limitado para a realização de um estudo de viabilidade para a modernização de um nó ferroviário em Varsóvia, na linha E-20 (a seguir «concurso de Junho de 1995»), a financiar no quadro do projecto PHARE PL 9406 (programa de infra-estruturas de transporte para 1994). O anúncio desse concurso foi enviado, entre outros, à TEAM e à Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego (Kolprojekt) (a seguir «Kolprojekt»), uma sociedade polaca de capitais públicos, que tem por objecto a realização de projectos de engenharia no sector ferroviário. Tendo constituído um consórcio para uma participação conjunta no concurso com a Kolprojekt actuando como líder, as duas empresas apresentaram a sua proposta.

6. Por telecópia de 16 de Novembro de 1995, a Comissão informou as empresas concorrentes de que o referido concurso limitado tinha sido anulado em virtude da introdução de novos objectivos e da alteração do caderno de encargos (a seguir «decisão impugnada»).

3 — Reproduzido no n.º 4 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

7. Em 4 de Dezembro de 1995, a Comissão, «em nome do Governo polaco», lançou um novo concurso limitado para a realização de um estudo de viabilidade para a modernização do nó ferroviário de Varsóvia na linha E-20 TEN (a seguir «concurso em litígio»). A recorrente constava da lista limitada desse concurso, mas não a Kolprojekt. No caderno de encargos, publicado com o anúncio de concurso em ltígio, na rubrica «Pessoal e participação local», porém, era indicado que o adjudicatário devia trabalhar com a Kolprojekt e que o orçamento disponibilizado para a participação desta última empresa seria de 25% do montante da proposta financeira. O caderno de encargos parece ser, de resto, idêntico ao publicado com o anúncio de concurso de Junho de 1995.

8. Por telecópia de 21 de Dezembro de 1995, o chefe de unidade competente da Comissão anunciou que, em resposta a questões e observações de diversos concorrentes relativamente à falta de clareza do caderno de encargos no que dizia respeito às informações disponíveis, à recolha de dados e ao envolvimento das instituições polacas, a Comissão se preparava para clarificar os aspectos duvidosos com as autoridades polacas, com o objectivo de estabelecer um caderno de encargos mais preciso no decurso do mês de Janeiro e de fixar novo prazo para a apresentação de propostas. A telecópia precisava que, enquanto isso não acontecesse, a apresentação de propostas era suspensa e o prazo prorrogado.

9. Em 26 de Janeiro de 1996, a recorrente e a Kolprojekt interpuseram recurso para o Tribunal de Primeira Instância pedindo, por um lado, a anulação da decisão impugnada, bem como do concurso em litígio e, por outro, a reparação do prejuízo sofrido e a condenação da Comissão nas despesas do processo.

10. Por telecópia de 28 de Maio de 1996, o ministro dos Transportes e da Economia Marítima da Polónia solicitou à Comissão que retirasse do programa PHARE PL 9406 o estudo relativo ao nó ferroviário em Varsóvia e o substituísse por outros projectos ferroviários urgentes. O ministro polaco referiu que o processo de concurso estava suspenso há vários meses e que o estudo não podia ser levado a cabo. O ministro mencionou também factores externos relativos à planeada modernização do nó, em particular o melhoramento do segmento Varsóvia-Torespol da linha ferroviária E-20 e novas acções prioritárias de investimento antecipado noutra linha.

11. Por carta de 3 de Junho de 1996, o director-geral adjunto da DG IA informou o ministro polaco de que a Comissão acolhera o seu pedido. Explicou a seguir que, dado já não haver qualquer razão para prosseguir com o processo de concurso relativo ao estudo, a Comissão decidira anular todo o processo com base no artigo 23.°, n.° 2, alínea d), da regulamentação geral.

12. Por carta do mesmo dia, o director da direcção-geral competente informou a recorrente e a Kolprojekt do pedido do

ministro da Polónia e da consequente decisão da Comissão de anular o processo de concurso na sua totalidade em base no artigo 23.°, n.° 2, alínea d), da regulamentação geral.

13. Por despacho de 13 de Junho de 1997, o Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) decidiu, a pedido da Comissão, julgar extinta a instância relativamente ao pedido de anulação, e reservar para final a sua decisão sobre a admissibilidade do pedido de indemnização [4].

14. Por despacho de 8 de Maio de 1998 [5], o presidente da Quarta Secção do Tribunal de Primeira Instância, tendo sido informado pelas recorrentes, na réplica, que a Kolprojekt desejava desistir do presente processo, ordenou o cancelamento do nome desta do registo do Tribunal.

O acórdão do Tribunal de Primeira Instância

15. A essência da decisão do Tribunal de Primeira Instância está contida nos n.os 68 a 79 do acórdão. Em resumo, esse Tribunal considerou os seguintes pontos.

16. Em primeiro lugar [6], o Tribunal declarou que os encargos e as despesas suportadas por um concorrente devido à sua participação num processo de concurso não podiam, em princípio, constituir um prejuízo susceptível de ser reparado por arbitramento de perdas e danos, dado que, por um lado, o artigo 23.°, da regulamentação geral aplicável ao processo de concurso previa a favor da entidade adjudicante a possibilidade de encerrar ou de anular o processo sem incorrer em responsabilidade por indemnização, e, por outro, as instruções aos concorrentes que participaram no concurso de Junho de 1995 previam que a entidade adjudicante não era obrigada a aceitar a proposta mais baixa ou a adjudicar qualquer contrato.

17. Em seguida [7], o Tribunal examinou as questões de ilegalidade e do nexo de causalidade, uma vez que o artigo 23.° não podia aplicar-se caso as possibilidades de um concorrente obter a adjudicação do contrato terem sido afectadas por uma violação do direito comunitário na condução do processo de concurso. O Tribunal declarou que a recorrente não provou essa violação do direito comunitário e que, de qualquer modo, a causa da perda de possibilidade de atribuição foi a retirada do estudo de viabilidade do programa PHARE PL 9406 (e a aceitação dessa retirada pela Comissão, de harmonia com o disposto no artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 3906/89), retirada essa que a

4 — TEAM e Kolprojekt/Comissão (T-13/96, Colect., p. II-983).
5 — Não publicado na Colectânea.
6 — N.os 69 a 71.
7 — N.os 72 a 75.

TEAM não demonstrou ser contrária ao direito comunitário ou causada pela conduta alegada contra a Comissão.

18. O Tribunal debruçou-se, em seguida, sobre o prejuízo alegadamente resultante da não adjudicação do contrato [8], declarando que, uma vez que a recorrente não tinha qualquer garantia de obter a adjudicação do contrato, o prejuízo não era real nem actual, mas futuro e eventual. No que se refere à lesão da sua imagem, não havia nexo de causalidade entre a conduta ilícita por parte da Comissão e o dano pretensamente dela resultante.

19. Por conseguinte, o Tribunal julgou improcedente o pedido de indemnização por perdas e danos [9].

20. O Tribunal pronunciou-se também sobre dois documentos em que a TEAM procurou apoiar-se na audiência: uma carta com data de 21 de Agosto de 1995 dirigida à Comissão pelo Ministério dos Transportes e da Economia Marítima da República da Polónia e uma versão confidencial da acta de uma reunião havida em Bruxelas em 13 de Setembro de 1995 entre os representantes da Comissão e do ministério relativa à apreciação das propostas apresentadas no quadro do concurso de 13 de Junho de 1995. O Tribunal declarou que esses documentos eram irrelevantes para a resolução do litígio; não foram, portanto, tomados em consideração pelo Tribunal para efeitos do seu acórdão [10]. O Tribunal não se pronunciou, contudo, sobre a questão de inadmissibilidade suscitada pela Comissão em relação a esses documentos.

Os fundamentos de recurso relativos às alegadas infracções de carácter processual cometidas pelo Tribunal de Primeira Instância

21. Os primeiros dois fundamentos de recurso da TEAM podem ser agrupados neste título só. Os fundamentos compreendem alegações de que, no tratamento dos dois documentos supramencionados, o Tribunal de Primeira Instância cometeu infracções ao seu Regulamento de Processo que prejudicaram os interesses da TEAM.

A história dos dois documentos em questão

22. Por questão escrita enviada em 11 de Maio de 1998, o Tribunal de Primeira Instância solicitou à Comissão, nos termos do artigo 64.° do Regulamento de Processo, que apresentasse, antes de 20 de Maio de 1998, as actas, notas e memorandos relativos à decisão contestada e ao concurso contestado, juntamente com a correspondência trocada entre a Comissão e as autoridades polacas entre 13 de Junho e 4 de Dezembro de 1995 respeitantes à condução dos dois concursos em questão.

8 — N.os 76 e 77.

9 — N.° 78.

10 — N.° 79.

Em 20 de Maio de 1998, a Comissão enviou os documentos ao Tribunal a coberto de uma carta alegando que eles não tinham interesse para o processo e eram, de qualquer forma, confidenciais, e, por conseguinte, pediu ao Tribunal que não os vertesse para os autos e que não os comunicasse à recorrente sem examinar as suas observações posteriores. Em 4 de Junho de 1998, o Tribunal de Primeira Instância devolveu os documentos à Comissão e solicitou-lhe a apresentação de uma versão não confidencial. A Comissão respondeu a esse pedido por carta de 5 de Junho de 1998, observando que não era à Comissão que competia fornecer os documentos pertencentes ao governo ou autoridades polacas, enviando os outros documentos devidamente expurgados de todos os dados confidenciais e reiterando a sua posição de que os documentos, de qualquer forma, eram irrelevantes para o processo.

23. O Tribunal enviou os documentos à TEAM em 12 de Junho de 1998. Eles incluíam uma carta com data de 21 de Agosto de 1995 do ministro dos Transportes e da Economia Marítima da República da Polónia à Comissão e uma versão não confidencial das actas da reunião havida em Bruxelas em 13 de Setembro de 1995 entre representantes da Comissão e do ministro respeitantes à apreciação das propostas apresentadas no quadro do concurso de 13 de Junho de 1995.

24. A carta de 21 de Agosto de 1995 foi enviada em resposta a uma carta da Comissão com data de 11 de Agosto de 1995 em que a Comissão afirmava que não podia aprovar o relatório de apreciação das propostas (que era favorável à TEAM e à Kolprojekt) e o resultado do processo de concurso e indicou que, se as autoridades polacas desejassem prosseguir com o financiamento PHARE do estudo, deveria haver nova apreciação. A carta de 21 de Agosto de 1995 manifestava surpresa quanto a essa posição e solicitava esclarecimentos por parte da Comissão, reconhecendo embora que a decisão final respeitante à selecção do adjudicatário mais capaz pertencia à Comissão.

25. A acta da reunião de 13 de Setembro de 1995, convocada com vista a clarificar a posição da Comissão, regista a posição da Comissão de que as duas propostas economicamente mais vantajosas *ex aequo* eram apresentadas por outras empresas que não a TEAM, com a TEAM em terceiro lugar. Um anexo dá razões detalhadas a favor de tal posição, apoiada num quadro de atribuição de pontos percentuais aos cinco proponentes segundo vários critérios.

26. Na audiência de 25 de Junho de 1998, a TEAM requereu que os dois documentos fossem vertidos para os autos do Tribunal. O Tribunal de Primeira Instância indeferiu esse pedido, declarando que os documentos eram irrelevantes.

Resumo dos argumentos

27. A TEAM nota que pediu, pela primeira vez, ao Tribunal de Primeira Instância que solicitasse à Comissão a apresentação de todas as actas de reuniões e correspondência na sua petição apresentada em 26 de Janeiro de 1996, dois anos e meio antes de o pedido formal do Tribunal ter sido feito. A TEAM alega que a conduta do Tribunal de Primeira Instância constitui uma violação manifesta dos seus direitos de defesa, uma vez que a decisão de pedir a apresentação dos documentos foi tomada excessivamente tarde, numa altura em que já não estava em condições de apresentar observações escritas e teve pouco tempo para poder fazer uso dos documentos na audiência.

28. A TEAM alega, em seguida, que uma violação ainda mais grave dos seus direitos de defesa foi cometida quando o Tribunal de Primeira Instância recusou tomar em consideração os dois documentos: o Tribunal decidiu questões essenciais para o exercício, por parte dela, dos seus direitos de defesa, tais como o carácter relevante e confidencial dos documentos, sem dar à TEAM a oportunidade de manifestar o seu ponto de vista. Além disso, ao declarar, sem indicar razões, que os documentos eram irrelevantes e, assim, ao recusar tomá-los em consideração, o Tribunal cometeu graves erros de processo.

29. A TEAM acrescenta que o Tribunal desnaturou os elementos de prova ao concluir que as provas não tinham interesse para o processo: pelo contrário, os documentos eram relevantes para uma correcta apreciação de, pelo menos, dois dos elementos da petição, nomeadamente, da ilegalidade da conduta da Comissão e do papel decisivo desempenhado pela Comissão na alteração do processo de concurso e no impedimento do seu prosseguimento.

30. Finalmente, a TEAM afirma que o Tribunal não fundamentou a sua decisão de que os documentos eram irrelevantes, o que constitui, só por si, causa suficiente de invalidade do seu acórdão

31. A Comissão nota que decorreram dois anos e dez meses entre a apresentação da petição inicial no Tribunal de Primeira Instância e a prolação do acórdão. Todavia, chama a atenção para as características anormais do caso, nomeadamente, que o Tribunal foi chamado a conhecer de factos que ocorreram depois da instauração do processo, que a TEAM quantificou o seu pedido de indemnização por perdas e danos somente na sua réplica apresentada em 8 de Outubro de 1997 (um ano e dez meses depois da instauração do processo) e que foi só nessa mesma data que o Tribunal tomou conhecimento do desejo da Kolprojekt de desistir do recurso. Consequentemente, o Tribunal não podia ter tido uma ideia precisa da situação antes do encerramento da fase escrita do processo, nomeadamente, antes do final de Novembro de 1997. Nestas circunstâncias, não pode sustentar-se que as medidas de investigação de Maio de 1998 indiciem um prazo ou uma demora excessiva ou injusta.

32. Quanto à alegada omissão do Tribunal de indicar os fundamentos da decisão de não tomar em consideração os documentos, a Comissão alega que o n.º 79 do acórdão, que contém as palavras «resulta do que precede» e que, consequentemente, deve ser lido em conjugação com os n.ºs 12 [11], 73, 74 e 75, mostra claramente a lógica que subjaz à decisão do Tribunal.

Análise

33. A TEAM alega essencialmente que o Tribunal de Primeira Instância: i) ordenou a produção de documentos com excessiva demora; ii) decidiu questões — nomeadamente, o carácter relevante e confidencial dos documentos — que eram relevantes para os direitos de defesa da TEAM sem que a TEAM tenha tomado posição; iii) recusou ilicitamente tomar em consideração os documentos, desnaturando os elementos de prova ao concluir que eles não eram relevantes, e iv) não indicou os fundamentos dessa conclusão.

34. Ainda que medidas de organização interna do Tribunal de Primeira Instância não possam, em geral, ser controladas pelo Tribunal de Justiça [12], a duração excessiva do processo perante o Tribunal de Primeira Instância pode ser fundamento de recurso [13]. Neste caso, porém, não há nada que suporte a alegação de demora excessiva na decisão de ordenar a produção dos documentos. Foi apenas pelo despacho do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Junho de 1997 que este decidiu adiar a apreciação da questão de inadmissibilidade suscitada pela Comissão para a altura da apreciação quanto ao mérito do pedido de indemnização. No mês seguinte, a Comissão, na sua contestação apresentada em 16 de Julho de 1997, referiu-se à existência de um documento notarial pelo qual os representantes da Kolprojekt revogaram os poderes do mandato conferido aos seus advogados (que agiam também em nome da TEAM), notando que eles tinham pedido a esses advogados que cessassem quaisquer acções em nome da Kolprojekt. Esse documento notarial foi posteriormente anexado à réplica da TEAM apresentada em 8 de Outubro de 1997. No seu despacho de 8 de Maio de 1998, o Tribunal de Primeira Instância declarou que deve ser considerado como uma desistência do processo na acepção do artigo 99.º do seu Regulamento de Processo, e, consequentemente, cancelou a recorrente Kolprojekt do registo do Tribunal. Três dias depois, o Tribunal de Primeira Instância solicitou pela primeira vez à Comissão os documentos relevantes. Nas circunstâncias antes descritas, o lapso de tempo entre a petição da TEAM e esse primeiro pedido não pode ser considerado desproporcionado ou excessivo.

35. Quanto à crítica relativa à abordagem pelo Tribunal de Primeira Instância do carácter relevante e confidencial dos documentos, o Tribunal de Justiça tem reitera-

11 — O qual resume o fax do ministro dos Transportes polaco dirigido à Comissão para retirar o estudo do programa PHARE: v. n.º 10, *supra*.

12 — Despacho do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Hogan/Tribunal de Justiça (C-173/95 P, Colect., p. I-4905, n.º 15).

13 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417).

damente sublinhado que cabe exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o valor que deve reconhecer-se aos meios de prova aduzidos perante ele e que essa apreciação não constitui matéria sujeita ao controlo do Tribunal de Justiça, salvo no caso de ter sido desnaturado o sentido das provas [14]. Nada existe no acórdão do Tribunal de Primeira Instância que leve a pensar que o Tribunal tenha desnaturado o sentido das provas.

36. Mais especificamente, quanto ao argumento respeitante à confidencialidade, cabe ao Tribunal de Primeira Instância e, mais particularmente, à secção a que o processo foi atribuído decidir sobre os problemas processuais levantados pelas partes e, em particular, sobre questões ligadas com a comunicação entre as partes de documentos secretos ou confidenciais [15]. Além disso e de qualquer forma, o Tribunal de Primeira Instância analisou as versões confidenciais e excluiu-as julgando-as irrelevantes: uma vez que, como indicado *supra*, essa decisão não é susceptível de controlo em sede de recurso para o Tribunal de Justiça, não me parece que subsista qualquer questão autónoma de recurso respeitante ao aspecto da confidencialidade.

37. Quanto aos argumentos relacionados com os direitos de defesa da TEAM, resulta claro que a TEAM teve a oportunidade de tomar posição sobre tais documentos. Recebeu a carta e a versão não confidencial da acta cerca de duas semanas antes da audiência; além disso, ela própria admite que obteve entretanto as respectivas cópias dos dois documentos, incluindo, ao que tudo indica, a versão confidencial das actas, que está anexada à sua petição do recurso para o Tribunal de Justiça.

38. Finalmente, a TEAM alega que o Tribunal de Primeira Instância não indicou os fundamentos para concluir que os documentos não eram relevantes. Mesmo que seja verdade que o Tribunal de Primeira Instância está sujeito ao princípio geral que impõe a qualquer tribunal o dever de indicar os fundamentos em que baseia as suas decisões, indicando, em particular, as razões que o levaram a não acolher uma crítica expressamente feita perante ele [16], esse princípio não significa que o Tribunal de Primeira Instância deva fornecer fundamentos para todas as decisões em matérias de prova e de processo: o princípio exige que o Tribunal responda a todos as questões de direito suscitadas perante ele, mas não necessariamente que avance argumentos adicionais [17]. Em particular, o Tribunal não tem o dever de indicar razões para todas as apreciações da prova; tais apreciações são, como antes se indicou, declarações de facto e não decisões sobre questões de direito.

39. Os fundamentos do recurso da TEAM respeitantes às alegadas infracções proces-

14 — V., por exemplo, o acórdão de 16 de Setembro de 1997, Blackspur DIY e o./Conselho e Comissão (C-362/95 P, Colect., p. I-4775, n.º 29).

15 — Despacho do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Dezembro de 1997, NMH Stahlwerke e o./Comissão (T-134/94, T-136/94 a T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 e T-157/94, Colect., p. II-2293, n.º 41).

16 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Outubro de 1991, Vidrányi/Comissão (C-283/90 P, Colect., p. I-4339, n.º 29).

17 — Acórdão Vidrányi, já referido, n.º 31; v. também as conclusões do advogado-geral Van der Gerven no processo Moritz/Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1992, C-68/91 P, Colect., p. I-6849, n.º 7).

suais do Tribunal de Primeira Instância são, portanto, improcedentes.

Os fundamentos de recurso relativos à interpretação dos argumentos da TEAM pelo Tribunal de Primeira Instância

40. A TEAM alega que, no que toca a dois pontos, o Tribunal de Primeira Instância interpretou incorrectamente os argumentos expostos na petição e, assim, apreciou erradamente as suas implicações legais: o primeiro ponto diz respeito ao prejuízo alegadamente sofrido e o segundo ao nexo de causalidade.

O conceito de prejuízo reparável

41. A TEAM critica, em primeiro lugar, o Tribunal por declarar que o prejuízo alegado por ela, em particular, a não adjudicação do contrato, podia ser indemnizado somente se tivesse direito ao contrato. A TEAM nota que salientou nos seus articulados e nas alegações orais que o dano de que ela se queixa não foi a não obtenção do contrato, mas foi causado por uma situação jurídica diversa. É ponto bem assente que, quando existe irregularidade num processo de concurso, um participante, que tenha respeitado o processo previsto, pode pedir indemnização ou pela perda de possibilidades da obtenção do contrato ou por encargos e despesas em que incorreu devido à participação no concurso, independentemente do actual ou potencial resultado do processo de atribuição do contrato. Este princípio baseia-se na ideia de que o concorrente tem, pelo menos, possibilidade de obter o contrato e de que é precisamente tendo em conta essa possibilidade que incorre em despesas ligadas à elaboração da sua proposta. O Tribunal de Primeira Instância desnaturou os argumentos da TEAM sobre o prejuízo, ignorando, por completo, os princípios jurídicos invocados e, assim, cometeu um grave erro de direito.

42. A Comissão responde que o Tribunal examinou, de facto, o pedido relativo à perda de possibilidades de obtenção, concluindo que essa perda era devida não a qualquer violação de direito comunitário pela Comissão, mas a um acto do Governo polaco, nomeadamente, a retirada do estudo. Tal foi, de resto, admitido pela TEAM na sua réplica perante o Tribunal de Primeira Instância, em que reconheceu que a decisão das autoridades polacas de retirar o estudo, longe de extinguir o prejuízo alegado, tornou-o irremediável. Além disso, o Tribunal reconheceu que a TEAM não demonstrou que a Comissão tivesse violado o direito comunitário.

43. O recurso da TEAM para o Tribunal de Justiça com este fundamento é, em minha opinião, inadmissível. Na sua petição perante o Tribunal de Primeira Instância, a TEAM decompõe o seu pedido de indemnização por perdas e danos em três

elementos: i) encargos e despesas; ii) perda resultante da não obtenção do contrato, e iii) lesão da sua imagem. A fórmula é repetida na sua resposta apresentada em 8 de Agosto de 1996 ao pedido da Comissão de não admissão e na sua réplica de 8 de Outubro de 1997, e é confirmada pelas quantificações dos pedidos de indemnização em ambos os documentos. Assim, perante o Tribunal de Primeira Instância, parece que a TEAM pedia, de facto, indemnização pela não obtenção do contrato. Uma parte não pode invocar, pela primeira vez, perante o Tribunal de Justiça um fundamento de direito que não tenha sido suscitado perante o Tribunal de Primeira Instância [18]. Por conseguinte, este fundamento do recurso é inadmissível.

44. Como quer que seja, esse fundamento de recurso é improcedente. Como a própria TEAM observa, o prejuízo por perda de possibilidades de obtenção do contrato podia ser alegado somente se a condução do processo tivesse sido irregular. Como resulta do n.º 69 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, da regulamentação geral, a entidade adjudicante pode, antes de adjudicar o contrato, sem por esse facto incorrer em qualquer responsabilidade em relação aos concorrentes, decidir encerrar ou anular o processo de concurso ou ordenar o recomeço do processo, se necessário, noutras bases. Como o Tribunal de Primeira Instância indica, tal disposição não tornaria válida uma conduta da Comissão colidente com os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima. Todavia, nada há que indicie qualquer infracção a estes princípios no presente caso. Não há prova, por exemplo, de que a TEAM tenha sido «incitad(a) pela instituição adjudicante a efectuar, por antecipação, investimentos irreversíveis e, portanto, a exceder os riscos inerentes... a apresentar uma oferta, (por forma a que possa) verificar-se responsabilidade extracontratual da Comunidade», nas palavras do Tribunal de Primeira Instância no acórdão Embassy Limousines & Sevices/Parlamento [19]. Por isso, não vejo qualquer razão que colida com a conclusão do Tribunal de Primeira Instância no sentido de que a TEAM não demonstrou qualquer violação do direito comunitário pela Comissão.

Carácter erróneo dos critérios relativos ao nexo de causalidade

45. A TEAM alega que o Tribunal aplicou incorrectamente os critérios para determinar o nexo de causalidade: o acórdão procede na base de que o prejuízo alegado não foi devido a qualquer acto ilegal da parte da Comissão, mas antes ao carácter autónomo da retirada do projecto pelas autoridades polacas. Isto é incorrecto, alega a TEAM, por duas razões: primeiro, o dano alegado é devido aos actos e à conduta da Comissão na gestão do processo de concurso, e não está relacionado com as decisões posteriormente tomadas pelas autoridades polacas, e segundo, de qual-

18 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.º 59).

19 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1998 (T-203, Colect., p. II-4239).

quer forma, essas decisões foram em parte ou totalmente provocadas pela conduta ilegal da Comissão.

46. A TEAM alega, apoiando-se no acórdão Embassy Limousines & Services/Parlamento [20], que a Comissão agiu ilicitamente ao recusar aprovar a recomendação do comité de avaliação. Assim, o Tribunal deveria ter concluído que o prejuízo alegado (perda de possibilidades e encargos e despesas) era a consequência directa dos actos da Comissão e nada tinha a ver com a decisão posterior do Governo polaco. Além disso, uma vez que o atraso na adjudicação do contrato — devido exclusivamente à conduta ilícita da Comissão — era uma razão fundamental que contribuiu para a decisão das autoridades polacas de retirarem o projecto, a conclusão do Tribunal de que a retirada não foi de modo nenhum imputável à alegada conduta da Comissão não se afigura justificada.

47. A Comissão declara que a inclusão no anúncio de concurso da obrigação, a cargo do proponente escolhido, de trabalhar com a Kolprojekt e a cláusula de que o orçamento previsto para a participação dessa sociedade tinha de ser de 25% do montante da proposta financeira significam que era substancialmente diferente do concurso de Junho de 1995. Essas alterações, que modificaram significativamente o conteúdo económico e os métodos de trabalho do projecto submetido a concurso, foram aditadas a pedido expresso do Governo polaco. A Comissão procura distinguir o caso no processo Embassy Limousines & Services/Parlamento, em que a conduta do Parlamento foi declarada como tendo criado confiança legítima susceptível de dar origem a responsabilidade extracontratual; de qualquer forma, nesse caso, o Tribunal de Primeira Instância declarou que as despesas ligadas à preparação da proposta devem ser suportadas pela empresa que escolheu participar no processo uma vez que do mero facto de uma empresa ter o direito de participar num processo de concurso de modo algum decorria que a sua proposta seria aceite [21], e que a recorrente não tem fundamento para pedir indemnização pelo seu lucro cessante, uma vez que tal redundaria em dar efeito a um contrato que nunca existiu [22]. Esse princípio deve aplicar-se *a fortiori* neste caso, pois o contrato não só nunca existiu, mas também já não poderia existir, uma vez que o Governo polaco retirou o projecto.

48. Há dois aspectos distintos mas relacionados com este fundamento do recurso. Em primeiro lugar, há o argumento de que o prejuízo alegado é devido aos actos e omissões ilícitas da Comissão e não à decisão do Governo polaco de retirar o estudo, como declarou o Tribunal de Primeira Instância. Em segundo lugar, há o argumento de que essa decisão foi, de qualquer forma, provocada essencialmente pela conduta ilegal da Comissão.

20 — Já referido na nota 19.

21 — N.º 75 do acórdão.

22 — N.º 96 do acórdão.

49. Em meu entender, as declarações do Tribunal de Primeira Instância quanto ao nexo de causalidade são declarações de facto e, como tais, não são controláveis em recurso interposto para o Tribunal de Justiça. Mesmo que assim não fosse, e mesmo que o dano alegado ou a decisão das autoridade polacas fosse uma consequência da condução do processo de concurso pela Comissão, não considero que o resultado pudesse ou devesse ser diferente, uma vez que, como antes se declarou, nada existe que indicie que a Comissão tenha agido ilegalmente.

50. Segue-se que nenhum dos fundamentos do recurso pode ser acolhido.

Conclusão

51. Consequentemente, em minha opinião, o Tribunal de Justiça deve:

«a) negar provimento ao recurso;

b) condenar a TEAM nas despesas do processo».