CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 30 de Junho de 1992 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — Matéria de facto

1. O presente litígio — de anulação, por omissão e de indemnização — diz respeito a um processo de concurso limitado, que tinha sido iniciado mediante a participação de uma organização interestatal de certos países ACP, o Comité Permanente Inter-Estados para a Luta contra a Seca no Sael (CILSS), no âmbito da terceira Convenção de Lomé [1] (a seguir «convenção»). Este processo tinha em vista a realização de um programa de acção regional, financiado por recursos do Fundo Europeu de Desenvolvimento, nos Estados-membros do CILSS. A recorrente, a sociedade Italsolar, com sede em Milão, tinha apresentado uma proposta que o CILSS rejeitou. Os pedidos apresentados têm por objecto o comportamento da Comissão relativamente ao referido processo, comportamento pelo qual, segundo a recorrente, a Comissão não cumpriu as suas obrigações.

2. O programa já referido, abrangido por um acordo de financiamento ao abrigo do artigo 222.° da convenção, e que define o âmbito do concurso controvertido, foi apresentado pelo CILSS e diz respeito à utilização da energia solar fotovoltaica nos países do Sael (Programa regional solar — PRS). Com a introdução em grande escala de equipamentos fotovoltaicos tem-se em vista divulgar e vulgarizar a utilização da energia solar nos territórios dos nove países do Sael [2]. Mais precisamente, trata-se de equipamentos solares para accionar bombas de água, para a iluminação, a refrigeração e a recarga de pilhas e acumuladores; com 95 % da potência máxima instalada, o funcionamento das bombas de água representa o aspecto mais importante (artigo 1.° do anexo técnico às cláusulas especiais do concurso aplicáveis — parte A do processo documental do concurso). Para explicação do programa diz-se que este tem por base os seguintes princípios:

«— os custos correntes devem ser suportados pelos utilizadores;

— o PRS constitui a primeira fase de um processo de divulgação da energia solar, que se baseia numa relação habitual de negócios entre clientes e fornecedores, e nomeadamente, em primeiro lugar, no que toca ao serviço após-venda».

3. O próprio concurso [n.° 6100.20.94.216 (REG/6116)] baseava-se, por um lado, no processo documental do concurso já referido, constituído pelas cláusulas especiais (parte A) acompanhadas de um anexo técnico, bem como pelas cláusulas gerais do concurso (parte B). Por outro lado, apli-

* Língua original: alemão.

1 — Terceira Convenção ACP-CEE, celebrada nos termos de uma decisão do Conselho e da Comissão de 24 de Março de 1986 (JO L 86, p. 1).

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

cava-se o caderno geral de encargos dos contratos de empreitada e de fornecimento de bens e serviços financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento[3] (a seguir «caderno de encargos»). O concurso referia-se, de acordo com o artigo III da parte A do processo documental do concurso, por um lado, ao fornecimento e à instalação dos equipamentos já referidos e, por outro lado, a prestações complementares, nomeadamente:

— a instalação de uma rede de comercialização de peças sobresselentes;

— a manutenção dos equipamentos;

— acções de formação de pessoal.

4. No que respeita aos pormenores dos fornecimentos e das prestações relativas à instalação, ao serviço após-venda, à manutenção e à formação de pessoal, este artigo remete para o anexo técnico.

5. Enquanto o artigo 236.°, n.° 1, da convenção e o artigo 45.°, n.° 1, do caderno de encargos definem os critérios gerais para a determinação da «proposta economicamente mais vantajosa», cuja escolha se impõe por força do artigo 226.°, n.° 2, da convenção, resulta de vários passos da parte A do processo documental do concurso que, no que toca ao concurso que ora nos ocupa, o *serviço após-venda* proposto é — dentre esses critérios — um «elemento fundamental» (v. o ponto X.2 da parte A, bem como o artigo 1.°, penúltimo parágrafo, e o artigo 3.°, 1, do anexo técnico). Esta última disposição esclarece que as propostas que não correspondam às disposições aí indicadas devem ser rejeitadas, independentemente do modo como a qualidade e o preço dos fornecimentos forem avaliados; contém as diferentes exigências que qualquer proposta deve satisfazer neste particular. O concorrente tem de indicar, para cada um dos Estados que estão abrangidos pelo respectivo lote, o nome e as referências de uma sociedade que aí o represente e que assegure o serviço após-venda, sob a responsabilidade do adjudicatário. Tem de tratar-se de uma sociedade estabelecida há muito tempo que se reja pelo direito localmente aplicável. Além disso, a proposta devia indicar, nomeadamente:

— a firma, a data de constituição, o capital social do representante em cada um dos Estados, bem como a localização das sucursais desta sociedade;

— as referências desta sociedade a respeito da execução de tarefas comparáveis às que constam do presente concurso;

— a natureza dos acordos comerciais entre o concorrente e o seu representante local.

6. No artigo 8.° do anexo técnico, que regula a composição das propostas, diz-se que, relativamente ao serviço após-venda, devem apresentar-se, entre outros, documentos que dêem informações sobre os representantes nacionais do adjudicatário, bem como uma indicação dos meios utilizados para o cumprimento das obrigações relativas ao serviço após-venda.

3 — V. o Regulamento (CEE) n.° 282/72 do Conselho, de 31 de Janeiro de 1972 (JO L 39, p. 1).

7. O concurso estava dividido em três lotes, que abrangiam cada um vários países do Sael:

lote n.° 1: Cabo Verde, Gâmbia, Guiné-Bissau, Mauritânia e Senegal;

lote n.° 2: Burkina Faso e Mali;

lote n.° 3: Níger e Chade.

8. Nos termos do artigo IV.4 da parte A do processo documental do concurso, os concorrentes podiam apresentar propostas para um, dois ou três lotes, razão pela qual se devia tratar de propostas separadas. A proposta economicamente mais vantajosa segundo os critérios referidos no anexo técnico devia ser determinada separadamente para cada um dos lotes. Para permitir uma comparação entre os diferentes sistemas e prestações, previa-se que os três lotes não deviam ser adjudicados ao mesmo concorrente.

9. Após o pedido da recorrente de admissão ao concurso limitado, que tinha apresentado no âmbito do aviso n.° 2731 para pré-selecção das empresas[4], o secretário executivo do CILSS convidou-a, por carta de 6 de Julho de 1989, a apresentar até 6 de Novembro de 1989, na Direcção-Geral do Desenvolvimento (DG VIII) da Comissão, uma proposta elaborada de acordo com o processo documental do concurso. A recorrente apresentou dentro do prazo uma proposta *para o segundo e o terceiro lotes.*

4 — JO S 62 de 29.3.1988.

10. Após a abertura dos sobrescritos recebidos, as propostas foram examinadas e avaliadas e foram pedidas várias informações e esclarecimentos. No que diz respeito à recorrente, esta foi convidada, por carta da DG VIII de 14 de Novembro de 1989, a prestar informações suplementares respeitantes às especificações técnicas do material, às referências às acções desenvolvidas anteriormente em países ultramarinos, às particularidades do plano da instalação e à organização do serviço após-venda.

11. A recorrente apresentou todas essas informações dentro do prazo.

12. Em 27 de Novembro de 1989 foi enviada uma delegação às instalações da recorrente, a fim de submeter a exames técnicos os produtos da empresa.

13. Depois de a recorrente ter prorrogado, a pedido do CILSS, o prazo de validade da sua proposta por dois meses para além do prazo final previsto no artigo XVI da parte A do processo documental do concurso, o CILSS propôs adjudicar provisoriamente o concurso a outras empresas que não a recorrente e que se desse início, quanto a estas, à fase de experiências técnicas, nos termos do artigo 5.° do anexo técnico à parte A do processo documental do concurso. Esta proposta foi aprovada pela Comissão em 30 de Abril de 1990.

14. O CILSS comunicou em seguida à recorrente a rejeição da sua proposta por telex de 3 de Maio de 1990, confirmado por carta de 7 de Maio de 1990.

15. Por carta de 7 de Maio de 1990, a recorrente — com referência unicamente ao telex, pois não tinha ainda manifestamente recebido a carta de confirmação de 7 de Maio de 1990 — dirigiu-se à Comissão. Expôs que, se esta comunicação (de 3 de Maio) significasse porventura a exclusão das suas propostas da adjudicação, e se a exclusão lhe fora enviada de forma definitiva, considerava-a absolutamente ilícita, por graves razões que não deixaria de dar a conhecer; reservava-se, portanto, a possibilidade de defender os seus direitos perante os órgãos jurisdicionais competentes. Sublinhava, nomeadamente, que, aquando da abertura dos sobrescritos, a sua proposta se tinha revelado ser a mais económica e que as sociedades que tinha escolhido como suas representantes em cada país eram competentes. Qualquer medida de exclusão que não estivesse materialmente fundamentada teria como consequência a anulação de todo o processo do concurso.

16. Para terminar, diz-se na carta:

«Esperando que a comunicação que recebemos resulte de um equívoco, muito gratos ficaríamos a V. Ex. as por uma rápida resposta a este propósito».

17. A Comissão respondeu, por carta do director-geral da sua DG VIII, de 12 de Junho de 1990, que a competência para decidir da adjudicação dos lotes cabia ao secretário executivo do CILSS, pois esta organização era responsável pela execução do PRS, em cujo âmbito se realizava o concurso. Em todo o caso, a Comissão tinha seguido com atenção o processo e o CILSS tinha obtido a colaboração de peritos internacionais para a apreciação das especificações técnicas constantes das diversas propostas. Além disso, tinham sido tomadas em consideração, para a decisão global sobre qual era a proposta economicamente mais vantajosa, nos termos do processo documental do concurso, não só a qualidade intrínseca dos materiais, mas também a adequação funcional dos equipamentos e em especial o serviço após-venda e as garantias de manutenção oferecidas. No âmbito deste processo, segundo o autor da carta, ele lamentava ter de confirmar que a proposta da Italsolar — que apresentava vantagens incontroversas a ponto de justificar a prorrogação da proposta da recorrente — não havia sido tomada em consideração pelo secretário executivo do CILSS. Se a recorrente julgava dever apresentar os seus reparos em relação a este concurso, era efectivamente ao CILSS que estes deviam ser comunicados. No entanto, nos termos do artigo 45.°, n.° 2, quinto parágrafo, do caderno de encargos, a administração não era obrigada a fundamentar a sua decisão.

18. Por carta de 9 de Junho de 1990, dirigida ao secretário executivo do CILSS, a recorrente exigiu a revogação da decisão de a excluir e pediu autorização para participar nas fases seguintes do processo, e em especial nas experiências de laboratório, até à adjudicação definitiva. Se não fossem tomadas medidas a favor da recorrente, esta — já que a sua proposta era economicamente a mais vantajosa — daria início ao processo arbitral nos termos do artigo 238.° da convenção, para que fosse reconhecida a sua pretensão de participação no processo e de concessão da adjudicação ou, na falta disso, para obter uma indemnização.

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

20. O presidente do Tribunal de Justiça indeferiu, por despacho de 25 de Outubro de 1990, um pedido de medidas provisórias apresentado pela recorrente em requerimento separado.

21. A recorrente considera ilícita não só a sua exclusão do processo do concurso, mas também a decisão da Comissão que lhe foi comunicada por carta de 12 de Junho de 1990. Em todo o caso, a Comissão não tomou as medidas que eram necessárias para defender os seus interesses. Tudo isto tinha estado na origem de um grave prejuízo para a recorrente, cuja indemnização ela vem exigir à Comissão.

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

— anular a decisão da Comissão comunicada à recorrente por carta de 12 de Junho de 1990;

— 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.

23. A *Comissão* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

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

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

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

24. Quanto à questão da procedência da acção de indemnização, alega, em primeiro lugar, que, perante as insuficiências verificadas do serviço após-venda oferecido pela recorrente, tinha considerado a proposta do CILSS compatível com as cláusulas do concurso e que, assim sendo, não podia ter encontrado qualquer fundamento para se opor a essa proposta.

B — Tomada de posição

I — *Sobre os pedidos ao abrigo dos artigos 173.° e 175.° do Tratado CEE*

25. *1.* O litígio sobre a admissibilidade destes pedidos diz respeito fundamentalmente à repartição das competências entre a Comissão, que, para esse efeito, é representada, nos termos dos artigos 226.°, n.° 1, e 228.°, n.° 1, da convenção, pelo ordenador principal e pelo delegado, e a administração que actua por conta dos Estados ACP participantes (no presente caso, o CILSS) para a execução de projectos financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento, nos

termos dos artigos 192.° e 215.° e seguintes da convenção. Neste âmbito, há que decidir sobre duas questões distintas, ou seja, sobre a adjudicação do concurso enquanto tal e sobre o financiamento com os recursos do Fundo.

26. Neste contexto, no que toca à repartição das competências, a recorrente esclareceu na audiência a argumentação — imprecisa — que expendera na fase escrita. Na fase escrita do processo, sustentou que — embora a competência para a negociação e para a celebração dos contratos financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento coubesse ao CILSS [5] — a Comissão dispunha de amplos poderes para a organização e para o controlo do processo de adjudicação [6]. A Comissão opôs-se, no caso que esteve na base do processo CMC [7], à exclusão da proposta mais vantajosa e o Tribunal não viu nisso qualquer irregularidade [8].

27. No âmbito das alegações relativas ao pedido ao abrigo do artigo 175.°, a recorrente acrescentou ainda que a Comissão tinha um dever de vigilância em relação ao processo do concurso, isto é, que ela devia velar para que a administração que procede à adjudicação respeite os princípios da igualdade e da não discriminação e seleccione a proposta economicamente mais vantajosa [9]. A Comissão tinha assim cometido uma omissão censurável, por não ter intervindo para a recorrente ser readmitida no processo em curso [10].

5 — Réplica, p. 8.

6 — Loc. cit.

7 — Acórdão de 10 de Julho de 1985, CMC/Comissão (118/83, Recueil, p. 2325).

8 — Petição, p. 17.

9 — Réplica, p. 5.

10 — Petição, p. 18.

28. A recorrente, porém, não se pronunciou expressamente na fase escrita do processo sobre a questão de saber se as competências e os deveres já referidos — além do financiamento [v. o artigo 192.°, n.° 2, alínea e), da convenção] — também *diziam* juridicamente *respeito* à *adjudicação* e ao *próprio processo* conducente a esse fim. Reportou-se antes, em primeiro lugar, à posição *fáctica* da Comissão: do acto jurídico que causou um prejuízo à recorrente consta formalmente — *mas só formalmente* — a assinatura do secretário executivo do CILSS [11]; os concursos financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento são administrados pela Comissão, enquanto a participação dos Estados ACP tem um carácter meramente formal [12]. Assim, foi a própria Comissão que enviou a delegação técnica à empresa da recorrente, quando o CILSS se opusera ao envio da delegação e impedira que o seu próprio representante nela participasse [13].

29. Na fase oral do processo, a recorrente reportou-se depois ao artigo 192.°, n.° 3, d), da convenção, que reza assim:

«É da responsabilidade conjunta dos Estados ACP e da Comunidade:

...

d) tomarem as medidas de execução destinadas a assegurar a igualdade de condições de participação nos concursos e nos contratos;

11 — Petição, p. 10.

12 — Petição, pp. 15 e 16.

13 — Réplica, pp. 1 e 2.

...»

30. De uma comparação desta disposição com o artigo 192.°, n.° 2, alínea d), segundo o qual é da responsabilidade dos Estados ACP

«preparar, negociar e concluir contratos de empreitada e de fornecimento de bens e serviços»,

concluiu que os Estados ACP e a Comunidade têm a responsabilidade *conjunta* do processo do concurso até à adjudicação inclusive, enquanto na competência exclusiva do Estado ACP interessado só cabe — na fase posterior à adjudicação — a celebração do contrato com o concorrente escolhido. A aprovação pelo representante da Comissão da proposta do Estado ACP para a adjudicação provisória [v. artigo 228.°, n.° 3, alíneas d) e e), da convenção] constitui um pressuposto necessário para a própria adjudicação.

31. Enquanto vou abordar, no âmbito da análise do pedido de anulação, a questão da eventual existência de um comportamento da Comissão que poderia redundar numa ingerência na competência do CILSS, há que tratar desde já a questão de princípio da repartição das competências.

32. Para este efeito, o Tribunal, no processo STS [14], após ter apreciado as disposições correspondentes da segunda Convenção de Lomé, então aplicáveis [15], chegou à conclusão — confirmada nos acórdãos posteriores CMC [16] e Murri [17], bem como Clemessy [18]

«que os contratos que beneficiam do auxílio do FED continuam a ser contratos nacionais, que as autoridades de cada Estado ACP têm competência para preparar, negociar e concluir» [19].

33. Quanto às competências do delegado e do ordenador principal (o representante da Comissão), nos termos do artigo 123.° da segunda Convenção de Lomé (artigo 228.° da terceira convenção, aqui aplicável), diz-se o seguinte no n.° 16 do acórdão:

«... as intervenções dos representantes da Comissão neste processo, quer se trate de aprovações ou de recusa de aprovações, de vistos ou de recusa de vistos, têm como único objectivo verificar se as condições do financiamento comunitário estão ou não preenchidas. Não têm por objecto, nem podem ter como efeito, atentar contra o princípio segundo o qual os contratos em causa são sempre contratos nacionais, que apenas os Estados ACP têm a responsabilidade de preparar, negociar e concluir».

14 — Acórdão de 10 de Julho de 1984, STS/Comissão (126/83, Recueil, p. 2769).

15 —

Lomé II		Lomé III
Artigo 108º, nº 2	=	Artigo 192º, nº 2
Artigo 120º	=	Artigo 225º, nº 3
Artigo 122º	=	Artigo 227º
Artigo 108º, nº 5	=	Artigo 192º, nº 4
Artigo 121º	=	Artigo 226º
Artigo 123º, nº 1, a)	=	Artigo 228º, nº 1, a).

16 — Loc. cit.

17 — Acórdão de 19 de Setembro de 1985, Murri/Comissão (33/82, Recueil, p. 2759).

18 — Acórdão de 24 de Junho de 1986, Développement e Clemessy/Comissão (Colect., p. 1907).

19 — Acórdão STS, n.° 13.

34. Na continuação do acórdão, o Tribunal diz (n.° 18, *in fine*):

«(Os concorrentes) 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 do Estado ACP, único que tem competência para concluir e assinar este contrato».

35. Um exame global destas citações torna claro que a competência exclusiva dos Estados ACP não diz de modo algum unicamente respeito à assinatura dos contratos com o concorrente escolhido, que se efectua após a adjudicação. Estes Estados mantêm, com efeito, a responsabilidade do *processo* do concurso — pois os representantes da Comissão só intervêm aqui para efeitos do financiamento comunitário (n.° 16) —, mas também da própria decisão de adjudicação, como é sublinhado com nitidez pela expressão «contratos nacionais» [20], e, aliás, também confirmado pelo artigo 45.° do caderno de encargos [21]. No que diz respeito mais especialmente à circunstância, contestada pela recorrente, de o alcance da aprovação dada pela Comissão à proposta de adjudicação provisória se limitar ao financiamento, tem importância para o efeito não só o n.° 16 do acórdão STS, já referido, mas também outra declaração do Tribunal no acórdão STS (n.° 19), nos termos da qual

«o acto pelo qual o representante da Comissão aprovou a adjudicação dos concursos controvertidos à sociedade Telspace não diz 'directamente' respeito à sociedade STS, na acepção do artigo 173.°, segundo parágrafo, do Tratado CEE».

36. Tendo em conta tudo isto, deve rejeitar-se a tese da recorrente relativamente à questão da repartição das competências.

37. 2. Neste contexto, verifica-se que os pedidos ao abrigo dos artigos 173.° e 175.° são igualmente inadmissíveis por várias razões.

38. a) Quanto ao pedido ao abrigo do artigo 173.°, a sua admissibilidade depende da questão de saber se ele diz respeito a um acto susceptível de produzir efeitos jurídicos [22]. A recorrente vê um acto deste tipo na carta criticada de 12 de Junho de 1990. Quanto a este ponto, deu na audiência uma

20 — V. também o despacho do presidente do Tribunal de 25 de Outubro de 1990 no processo de medidas provisórias (processo 257/90 R), n.° 18, em que se diz, em suma, que o CILSS decide sobre a adjudicação, tanto em sentido positivo como negativo.

21 — Neste diz-se, com efeito, relativamente ao procedimento a seguir pela comissão encarregada de analisar as propostas e pela administração do Estado terceiro interessado:
1. A Comissão proporá à administração a proposta economicamente mais vantajosa...
2. ...
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.
...
4. Quando a administração decidir não dar seguimento a um concurso público, informará disso todos os concorrentes... .
(Sublinhado meu).

22 — V., por exemplo, o despacho de 4 de Outubro de 1991, Bosman/Comissão (C-117/91, Colect., p. I-4837, n.° 13).

nova arrumação à sua — não muito clara [23] — argumentação escrita, do seguinte modo: a carta exprime uma dupla decisão da Comissão. Comunica, por um lado, a aceitação tácita da exclusão sob a forma da aprovação da adjudicação provisória e, por outro lado, a recusa de tomar medidas para corrigir a situação, isto é, tendentes à readmissão da recorrente no processo.

39. Não posso ser deste parecer. A Comissão limita-se, nesta carta, em esclarecer, segundo o seu modo de ver, a situação jurídica, no que toca às competências, aos critérios de adjudicação, bem como às disposições aplicáveis em matéria de forma e — baseada no seu conhecimento das circunstâncias — em confirmar que o CILSS não tinha tomado em consideração a proposta da recorrente.

40. O único acto que poderia produzir efeitos jurídicos é a medida do CILSS, mencionada na carta, medida essa a que a Comissão, no entanto, apenas faz referência. Esta medida não pode ser imputada à Comunidade, nem segundo a apresentação feita pela Comissão, que consta da carta, nem na realidade (como se viu em relação à repartição das competências). As alegações da recorrente, segundo as quais o CILSS só formalmente tomou a decisão da exclusão que ela critica, também não alteram em nada a situação. Não existem quaisquer fundamentos para sustentar que, nesta matéria, a Comissão tenha praticado actos para além da sua competência ou tenha exercido uma influência inadmissível sobre o CILSS, com o objectivo de excluir a recorrente da adjudicação. A recorrente alegou, na verdade, que a Comissão tomou medidas em lugar do CILSS, no âmbito do envio da delegação técnica (o que a recorrida, porém, contesta). Em compensação, não se opôs à apresentação feita pela Comissão, nos termos da qual a proposta para a adjudicação provisória a outro concorrente partiu do CILSS, em inteira conformidade com a repartição das competências.

41. No que respeita agora à eventual aprovação da Comissão à adjudicação provisória, não há qualquer alusão a isto na carta criticada e, mesmo na petição, a recorrente parte ainda da ideia de que a adjudicação provisória ainda não se tinha realizado [24].

42. Também não posso reconhecer que a Comissão tenha recusado um convite da recorrente para corrigir a situação. Isto, aliás, nem sequer é surpreendente, pois a recor-

23 — Nas pp. 10 e 11 da petição diz-se que uma tomada de posição clara por parte da Comissão (em relação ao CILSS), que acentuasse com nitidez o carácter ilícito da exclusão da recorrente, teria sem qualquer dúvida evitado essa exclusão. O acto em causa é uma decisão que produziu efeitos jurídicos na esfera da recorrente, uma vez que, com ele, a Comissão recusou tomar as medidas solicitadas para salvaguardar os interesses da recorrente. Depois, na página 18 da petição, lê-se que a decisão da Comissão, em que deu o seu assentimento à exclusão da recorrente, deve ser declarada nula (como resulta das alegações subsidiárias que se seguem, a recorrente parece partir do princípio de que esta decisão é comunicada na carta criticada). Não é claro qual é a relação que existe entre estes dois pontos de vista. Na réplica (p. 4), a recorrente declara que a carta da Comissão contém a sua tomada de posição definitiva quanto aos factos expostos pela recorrente. Nela, exprimia-se a recusa da Comissão de corrigir o erro denunciado pela recorrente.

24 — V. p. 11 da petição.

rente, na sua carta de 7 de Maio de 1990, não formulou qualquer convite expresso nesse sentido. Por um lado, manifesta aí que considera ilícita — e por que razões — a sua exclusão, que se reserva o direito de intentar uma acção «nos órgãos jurisdicionais competentes» e que uma exclusão carecida de fundamentação material conduz, em sua opinião, à anulação de todo o processo do concurso. Por outro lado, manifesta a esperança de que se trate de um «equívoco» e solicita uma «resposta» da Comissão.

43. Tendo em conta tudo isto, há que declarar que o recurso ao abrigo do artigo 173.° já é inadmissível, porque falta aqui um acto que seja susceptível de produzir efeitos jurídicos.

44. Se, porém, o Tribunal entendesse que da carta da Comissão consta a aprovação (da adjudicação provisória) ou a recusa (de corrigir a situação) criticados pela recorrente, estes actos não poderiam, em todo o caso, dizer directamente respeito à recorrente [25]. Esta afirmação também não é prejudicada pelo acórdão do Tribunal, citado pela recorrente, proferido no processo Piraiki-Patraiki [26]. Nesse processo tratava-se da questão de saber se uma autorização da Comissão em vista de medidas de protecção tomadas ao abrigo do artigo 130.°, n.° 1, segundo parágrafo, do acto de adesão da Grécia dizia directamente respeito às recorrentes, empresas algodoeiras gregas. A autorização permitia à França submeter a importação de fios de algodão provenientes da Grécia a um regime de quotas, durante um determinado período de tempo. O Tribunal declarou que a decisão da Comissão não teria podido afectar as recorrentes sem medidas de execução adoptadas a nível nacional, mas que, no entanto, perante a atitude da França antes e durante a apresentação do pedido, só havia uma possibilidade puramente teórica de não fazer uso da autorização que lhe fora concedida pela decisão da Comissão. O Tribunal afirmou, em consequência, que a decisão dizia directamente respeito às recorrentes. A diferença decisiva em relação ao presente caso consiste em a autorização da Comissão, no caso Piraiki-Patraiki, dizer respeito à própria medida de protecção, ao passo que aqui as medidas dos representantes da Comissão só têm por objecto o financiamento através do Fundo Europeu de Desenvolvimento, enquanto as decisões respeitantes aos concorrentes sobre o decurso e o resultado do processo do concurso são tomadas, com independência, ao nível do CILSS.

45. Por conseguinte, o recurso também seria inadmissível no caso de o Tribunal não concordar com a minha interpretação da carta da Comissão de 12 de Junho de 1990.

46. b) No que diz respeito ao pedido ao abrigo do artigo 175.° do Tratado CEE, falta, em primeiro lugar, o pressuposto de admissibilidade enunciado no segundo parágrafo deste artigo, isto é, que a Comissão tenha sido convidada «a agir». A única carta

25 — V. o acórdão STS, n.° 19.

26 — Acórdão de 17 de Janeiro de 1985, Piraiki-Patraiki/Comissão (11/82, Recueil, p. 207).

que poderia ser considerada como um convite desse tipo é a de 7 de Maio de 1990. Ela deixa, no entanto, pelo menos em aberto, contrariamente às exigências aplicáveis nesta matéria [27], a questão de saber *quais* são as medidas que a Comissão deve tomar [28].

47. Aliás, como já se viu, um acto da Comissão, no âmbito dos artigos 215.° e seguintes da convenção, não seria dirigido à recorrente, e sim ao CILSS. Isto vale, em especial, também para o convite ao CILSS — a que, na opinião da recorrente, indevidamente não foi dado seguimento — para readmiti-la no processo. Este convite, como medida visando assegurar um financiamento regular (mais precisamente como indicação da opinião da Comissão de que, no caso de desrespeito do convite, o financiamento por parte do FED é posto em causa), só diria directamente respeito ao CILSS. Na medida em que a recorrente, na fase oral do processo, indicou que a omissão consistia (em primeiro lugar, em relação ao comportamento que se acaba de referir) no facto de a Comissão não se ter oposto à sua exclusão, aplicam-se, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações.

48. Nestes casos de medidas a dirigir a um terceiro, que não dizem directamente respeito ao recorrente, os pressupostos do artigo 175.°, terceiro parágrafo, não estão preenchidos [29], ainda que se atribuam efeitos jurídicos a essas medidas. O recurso ao abrigo desta disposição é portanto inadmissível [30].

II — *Sobre o pedido ao abrigo dos artigos 178.° e 215.° do Tratado CEE*

49. *1.* a) Sobre a questão da *admissibilidade* deste pedido, há que remeter, em primeiro lugar, para a declaração do Tribunal formulada no processo CMC e que foi confirmada nos acórdãos Murri e Clemessy, segundo a qual

«não se pode excluir a hipótese de actos ou comportamentos da Comissão, dos seus serviços ou de agentes individuais, por ocasião da execução de projectos financiados pelo FED, susceptíveis de prejudicar terceiros» [31].

50. O Tribunal prossegue:

«Portanto, quem se considerar lesado por tais actos ou comportamentos deve poder intentar uma acção, desde que prove os elementos da responsabilidade, ou seja, um prejuízo causado por um acto ou comportamento ilícito, imputável à Comunidade» [32].

27 — V. as conclusões do advogado-geral Karl Roemer apresentadas em 1 de Julho de 1971 no processo 8/71, Deutscher Komponistenverband/Comissão (Recueil, pp. 705, 716).

28 — V. supra, n.os 15, 16 e 42.

29 — V. os despachos de 30 de Março de 1990, Emrich/Comissão (C-371/89, Colect., p. I-1555, n.° 5), e de 23 de Maio de 1990, Asia Motor France/Comissão (C-72/90, Colect., p. I-2181, n.° 10). A questão de saber se são satisfeitas as exigências do artigo 175.°, terceiro parágrafo, quando o recorrente não é, na verdade, destinatário da medida solicitada, mas esta lhe diga directa e individualmente respeito, é uma questão duvidosa, até agora não definitivamente esclarecida. Examiná-la aqui não é, no entanto, necessário.

30 — Acórdão CMC, n.° 29.

31 — Acórdão CMC, n.° 31.

32 — Loc. cit.

51. O Tribunal reconheceu portanto, em conformidade com o princípio da autonomia da acção de indemnização relativamente ao recurso de anulação [33] e à acção por omissão [34], que a admissibilidade da primeira não é prejudicada pela circunstância de o carácter jurídico especial das medidas da Comissão se opor a um recurso de anulação ou a uma acção por omissão, conforme os casos.

52. b) A Comissão também não contestou a admissibilidade do pedido de indemnização, qualificando simplesmente de inadmissível a respectiva quantificação na réplica.

53. Há que observar, a este respeito, que a recorrente se reservou expressamente, na petição, o direito de quantificar o prejuízo, para caracterizar logo a seguir a índole das duas rubricas de prejuízos alegados: por um lado, as despesas efectuadas na elaboração da proposta e, por outro lado, o lucro de que foi privada por não ter obtido a adjudicação.

54. Na réplica, a recorrente quantificou as rubricas de prejuízos que tinha alegado [35].

55. Nestas circunstâncias, entendo o pedido apresentado como um pedido de declaração — especificado através dos dados indicados na réplica — em relação a ambas as rubricas já referidas e remeto para a jurisprudência do Tribunal, que qualificou expressamente tais pedidos e especificações de admissíveis, tendo em conta o artigo 38.°, n.° 1, alínea d), do Regulamento de Processo [36].

56. 2. No que respeita à *procedência* deste pedido, ele depende de três pressupostos, ou seja, da ilicitude do comportamento imputado à instituição, da existência de um prejuízo e da presença de um nexo causal entre esse comportamento e o prejuízo alegado [37].

57. Como se mostrará, no presente caso, basta tratar da questão relativa à ilicitude do comportamento da Comissão.

58. a) No que se refere à identificação dessa infracção e, em especial, do comportamento em questão, verifica-se, a este propósito, que a recorrente não apresenta quaisquer dados distintos dos argumentos relativos aos outros pedidos, para efeitos do seu pedido de indemnização. Das suas alegações escritas e orais resulta, como já acentuei no âmbito das minhas considera-

33 — V. o acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Krohn Import-Export/Comissão (175/84, Colect., p. 753, n.° 32).

34 — V. o acórdão de 28 de Abril de 1971, Lütticke/Commissão (4/69, Recueil, p. 325, n.° 6).

35 — 478 624 000 LIT de despesas para participar no processo do concurso público;
15 % do preço proposto para cada lote como lucros cessantes (estes preços estão indicados no anexo 5 da petição).

36 — Acórdão de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, Recueil, pp. 197, 224); v. igualmente o acórdão de 19 de Maio de 1992, Mulder e o./Conselho e Comissão (C-104/89 e C-37/90, Colect., p. I-3061, n.os 10 e 11).

37 — Jurisprudência constante: v., por exemplo, o acórdão de 17 de Maio de 1990, Sonito/Comissão (C-87/89, Colect., p. I-1981, n.° 16).

ções sobre os pedidos ao abrigo dos artigos 173.° [38] e 175.° [39], que se trata aqui, globalmente, de dois comportamentos: por um lado, da aprovação da adjudicação provisória a outro concorrente e da exclusão (que lhe está implicitamente ligada) da recorrente e, por outro lado, da falta da intervenção tendo em vista conseguir a readmissão da recorrente no processo.

59. A recorrente é de opinião de que a Comissão não teve razão ao aceitar a concepção do CILSS, segundo a qual a proposta da recorrente não satisfaz às exigências feitas em relação ao serviço após-venda.

60. b) Nesta base, pode afastar-se, antes de mais, a excepção da inaplicabilidade (artigo 184.° do Tratado CEE), que a recorrente invocou em relação ao n.° 2, primeiro e quarto parágrafos, do artigo 45.° do caderno de encargos. A recorrente não esclareceu, porém, se quer alegar essa excepção para todos os seus pedidos ou só para alguns deles. Em todo o caso, pode verificar-se que a censura da recorrente diz respeito a uma infracção a normas de direito material, de modo que a decisão do litígio não depende da aplicabilidade das disposições já mencionadas, que se referem à confidencialidade das actas da comissão do concurso e ao dever (expressamente negado) de fundamentação da selecção operada.

38 — V. supra, n.° 38.

39 — V. supra, n.° 47.

61. Aliás, estas disposições, como a Comissão acentuou com razão, não constituem a bitola para o comportamento da Comissão (da Comunidade), mas para o da administração do Estado terceiro interessado e da comissão do concurso, cuja composição e modo de funcionamento se pautam pelas disposições desse Estado (v. artigos 42.° e 45.° do caderno de encargos).

62. c) A ilicitude do comportamento da Comissão poderia então resultar, como entende a recorrente, do facto de ela ter aceitado erradamente a opinião do CILSS segundo a qual a proposta da recorrente não satisfaz as exigências feitas em relação ao serviço após-venda. Se tal erro da Comissão se verificasse, então haveria que examinar que medida ela deveria ter tomado em vista da situação e se, por conseguinte, as omissões censuradas representam um comportamento ilícito.

63. Ora, sou de opinião de que não há indícios suficientes para comprovar tal erro da Comissão.

64. A este respeito, cabe salientar que a recorrente, na sua resposta ao pedido de informações de 14 de Novembro de 1989 [40], comunicou expressamente não poder desenvolver a organização do serviço após-venda proposta se um dos dois lotes (em especial, o lote n.° 2) fosse adjudicado a outro concorrente [41].

40 — V. supra, n.° 10; anexo 6 da petição.

41 — É esta, em resumo, a formulação, no âmbito da resposta relativa ao lote n.° 3. Quanto ao lote n.° 2, diz-se que os lotes n.os 2 e 3 constituem uma unidade para a Italsolar, do ponto de vista do investimento a efectuar para o serviço após venda.

65. Esta condição para o desenvolvimento do serviço após-venda está em contradição com a cláusula, já mencionada, do processo documental do concurso, nos termos da qual as propostas para os diferentes lotes deviam ser separadas e a proposta economicamente mais vantajosa devia ser determinada à parte para cada um dos lotes[42]. A proposta da recorrente, no que se referia ao serviço após-venda, portanto a um aspecto essencial do concurso[43], dependia, por conseguinte, quanto a ambos os lotes, de uma condição inadmissível.

66. Sendo assim, é, em princípio, irrelevante saber como devem ser avaliadas a qualificação e a experiência de cada uma das empresas que a recorrente tinha previsto como representantes nos países dos dois lotes em causa.

67. Há que acrescentar, no entanto, que a recorrente não deu elementos suficientes que indiciem que a sua proposta relativa ao lote n.° 2 corresponde às exigências feitas. Logo, a proposta para este lote contém um vício suplementar. Além disso, o vício inerente à proposta relativa ao lote n.° 3, em virtude da condição inadmissível já referida, pesa tanto mais quanto é certo que esta condição, ou seja, a da adjudicação do lote n.° 2, parece irrealizável, em vista das insuficiências do serviço após-venda proposto para este lote.

68. Quanto a isto, a recorrida expôs na contestação, sem ser contradita, que, no tocante à empresa Tagui, indicada pela recorrente para o Burkina Faso, se trata de uma empresa que se ocupa da venda de produtos petrolíferos. É certo que a recorrente alegou, na réplica, que a Tagui, devido às suas ligações com o grupo ENI (a que a Italsolar também pertence), tem podido enviar alguns dos seus técnicos nacionais a Itália, para lhes permitir participar num curso sobre a tecnologia fotovoltaica. No entanto, na resposta da recorrente ao pedido de informações, já referido, que diz também respeito, em especial, à qualificação do pessoal de cada empresa *in loco*, esta medida de formação está apenas prevista.

69. A recorrente também não afirmou que a Tagui dispõe de experiência em matéria de construção ou de manutenção dos diferentes elementos essenciais dos equipamentos a instalar. Como ela própria admitiu na audiência, por ocasião da discussão sobre a aptidão da empresa Toutelec Niger (que a recorrente tinha previsto como representante num dos países do lote n.° 3), são em especial (mas não só) as bombas de água que merecem uma atenção especial quanto à manutenção e ao serviço após-venda. Não existem, porém, quaisquer indícios sobre a experiência ou a qualificação da empresa Tagui nesta matéria.

70. Por conseguinte, não posso reconhecer que a opção da recorrida de dar o seu assentimento à exclusão da recorrente, sob a forma da aceitação da proposta de adjudicação a outro concorrente, esteja errada. O

42 — V. supra, n.° 8.
43 — V. supra, n.° 5.

mesmo vale evidentemente — abstraindo completamente do alcance das competências da Comissão — na medida em que esta nada fez para conseguir a readmissão da recorrente no processo do concurso.

71. Finalmente, também nenhuma destas conclusões é prejudicada pelas alegações da recorrente, respeitantes às pretensas tentativas de uma certa pessoa para obter, por meio de extorsão, uma percentagem do montante da empreitada. Não está provado que, na selecção dos concorrentes que obtiveram a adjudicção provisória, pagamentos injustificados (obtidos desta maneira) tenham desempenhado qualquer papel. As telecópias apresentadas pela recorrente com a réplica — admitindo que tenham força probatória — permitem, quando muito, reconhecer que a própria recorrente manteve negociações com a referida pessoa.

C — Conclusão

72. Pelas razões indicadas proponho-vos:

— julgar inadmissíveis os pedidos ao abrigo dos artigos 173.° e 175.° do Tratado CEE;

— julgar improcedente o pedido ao abrigo dos artigos 178.° e 215.° do Tratado CEE;

— nos termos do artigo 69.° do Regulamento de Processo, condenar a recorrente nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.