CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 30 de Junho de 1988 *

Senhor Presidente,
Senhores juízes,

A — Quanto aos factos

1. No processo de que hoje nos ocupamos, debate-se o problema da cooperação técnica no âmbito do capítulo 10 do título VII da segunda Convenção ACP-CEE de 31 de Outubro de 1979 [1] (designada por «Lomé II»), bem como do capítulo 3 do título III da terceira Convenção ACP-CEE de 8 de Dezembro de 1984 [2] (designada por «Lomé III»).

2. O que deve entender-se por cooperação técnica resulta dos artigos 138.° de Lomé II e 208.° de Lomé III (por exemplo, elaboração de estudos, fiscalização, consultas e prestações de carácter administrativo durante a execução de um plano, ajuda de carácter técnico, etc.).

3. De acordo com a Convenção de Lomé II (artigo 140.°), a cooperação técnica devia ser objecto de contratos de prestação de serviços e neste caso as pessoas singulares ou sociedades consideradas eram «escolhidas especialmente em função das suas capacidades profissionais e da sua experiência prática...». O artigo 142.° desta convenção previa que as disposições relativas à adjudicação de contratos de prestação de serviços fossem estabelecidas pelo Conselho de Ministros. Dado que tal não aconteceu, aplicavam-se os artigos 24.° a 27.° do protocolo n.° 2 da Convenção ACP-CEE de Lomé I [3] (ver anexo XIV de Lomé II). De acordo com eles, (artigo 24.° desse anexo), os contratos relativos à cooperação técnica eram celebrados por ajuste directo e determinados contratos podiam ser adjudicados por concurso limitado. Em conformidade com o artigo 25.° desse anexo, a Comissão estabeleceu para cada medida de cooperação técnica, objecto de um processo de adjudicação por ajuste directo, uma lista limitada de concorrentes que deviam ser nacionais dos Estados-membros e/ou dos Estados ACP e eram seleccionados tomando por base critérios que garantissem a sua qualificação, experiência e independência, bem como a consideração da sua disponibilidade para as acções projectadas. Desta lista o Estado ACP em causa escolheria um concorrente de acordo com o seu próprio poder discricionário. Se tivesse lugar um concurso limitado, então era organizada a lista limitada dos concorrentes, com base nos critérios antes indicados, em estreita colaboração entre a Comissão e o Estado ACP interessado, e era adjudicado o contrato àquele concorrente que tinha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa.

4. A segunda Convenção de Lomé vigorou até 28 de Fevereiro de 1985. O seu título VII permaneceu, porém, aplicável para além dessa data até à entrada em vigor da Convenção de Lomé III (1 de Maio de 1986) [4].

* Tradução do alemão.

1 — JO L 347 de 22.12.1980, p. 1 e seguintes.

2 — JO L 86 de 31.3.1986, p. 1 e seguintes.

3 — JO L 347 de 22.12.1980, p. 169 e 170.

4 — Decisão 2/85 do Conselho de Ministros ACP-CEE, de 22 de Fevereiro de 1985 (JO L 61 de 1.3.1985, p. 2) e Regulamento n.° 690/86 do Conselho, de 3 de Março de 1986 (JO L 63 de 5.3.1986, p. 1).

5. Na terceira Convenção de Lomé são os critérios de escolha dos co-contratantes para os contratos de prestação de serviços referidos no n.° 2 do artigo 209.° Nos termos do artigo 210.° desta convenção os contratos de prestação de serviços serão celebrados mediante concurso limitado e certos contratos poderão ser celebrados por ajuste directo. Para cada acção de cooperação técnica que dê lugar à abertura de concurso — nos termos da alínea a) do n.° 1 do artigo 211.° — será estabelecido de comum acordo entre a Comissão e o Estado ACP em causa, eventualmente após uma pré-qualificação, uma lista limitada de candidatos nacionais dos Estados-membros e/ou dos Estados ACP, seleccionados em função da sua situação jurídica e financeira, da sua qualificação, experiência, independência e disponibilidade, bem como dos critérios e princípios referidos no artigo 209.° A proposta escolhida, tendo em conta os resultados do concurso [alínea d) do n.° 1 do artigo 211.°], deverá ser mais vantajosa, «em função do valor técnico da proposta, da organização e metodologia propostas para a realização das prestações, da competência, experiência e aptidões do pessoal afectado à operação, bem como... do preço das prestações».

6. Na realização do processo de celebração por ajuste directo o contratante é escolhido pelo Estado ACP sob proposta da Comissão, podendo o Estado ACP propor igualmente um candidato.

7. Quanto às referidas listas limitadas, foi prática da Comissão, desde 1960, tomar em consideração as quotas nacionais, calculadas de acordo com as contribuições dos países membros para o fundo de desenvolvimento conforme foram estabelecidas, para o período que agora interessa — no acordo interno de 1979 [5] e no acordo interno de Fevereiro de 1985 [6]. Uma vez que isto foi criticado por alguns estados — voltarei mais tarde aos detalhes desta prática — em Abril de 1983, no grupo de trabalho competente do Conselho, chegou-se a um acordo com a Comissão no sentido de que durante um período experimental (de 1 de Junho de 1983 a 28 de Fevereiro de 1985) 81,75 % dos projectos fossem distribuídos em função do sistema de quotas e que para 18,25 % da totalidade das operações não houvesse qualquer consideração das quotas nacionais (neste caso — na medida em que se tratasse de somas mais elevadas — eram dirigidos convites expressos para a entrega de propostas a sociedades em todos os Estados-membros — na altura dez).

8. De acordo com a apreciação dos resultados deste método (encontram-se descritos num relatório de Novembro de 1985 — apêndice ao anexo 2 do requerimento introdutório da instância), o representante da Comissão declarou numa sessão do grupo de trabalho em 29 de Novembro de 1985 (anexo 2 ao requerimento, p. 3), que seria «desirable to revert to the quota system as previously applied...» (desejável o regresso ao sistema de quotas como era anteriormente aplicado...). A existência dessa intenção era reconhecida também pelo representante da Comissão numa sessão do grupo de trabalho, em 18 de Dezembro de 1985 (anexo 4 ao requerimento). Tal intenção, com efeito, foi depois concretizada: numa sessão do grupo de trabalho, em 6 de Março de 1986 o representante da Comissão comunicou «that the system introduced on a trial basis in 1983 was no longer applied by the Commission as it had reverted — with effect from 1 March 1986... — to the former quota system» (que o sistema instituído em 1983 a título experimental não era mais aplicado pela Comissão — a partir de 1 de Março de 1986... — tendo-se regressado ao anterior sistema de quotas) (anexo 6 ao requerimento, p. 4). Analogamente, na acta da sessão do grupo de trabalho de 12 de Maio de 1986 (anexo 7 ao requerimento, p. 4) fala-se da decisão da Co-

5 — JO L 347 de 22.12.1980, p. 210 e seguintes.
6 — JO L 86 de 31.3.1986, p. 210 e seguintes.

missão no sentido de regressar ao sistema de quotas aplicado antes de 1 de Junho de 1983, a partir de 1 de Março de 1986.

9. O Governo do Reino Unido considera isto ilegal. Afirmou-o logo numa nota dirigida ao director-geral da DG VIII em 21 de Março de 1986 e fê-lo novamente em nota de 28 de Abril de 1986, em que se solicitava também o envio dos documentos contendo o texto da decisão da Comissão.

10. O director-geral competente respondeu que não podia falar-se de uma *decisão*; por isso, não seria possível comunicar o teor literal de tal decisão. Em consequência, em 16 de Maio de 1986, o Reino Unido recorreu ao Tribunal requerendo que a decisão da Comissão, visando introduzir de novo, a partir de 1 de Março de 1986, o regime de quotas em toda a sua extensão, fosse anulada.

11. Como o Tribunal sabe, a Comissão reagiu, antes de mais com um pedido formulado nos termos do artigo 91.° do Regulamento Processual, no sentido de o Tribunal se pronunciar, em primeiro lugar sobre a admissibilidade do recurso que, na opinião da Comissão, é discutível. A Comissão, dado que o Tribunal não estava ainda em condições de examinar separadamente o problema da admissibilidade, manifestou, subsidiariamente, a opinião de que o recurso deverá ser considerado sem fundamento.

12. Sobre este processo ao qual se associaram, como intervenientes, pelo lado do recorrente, o Reino dos Países Baixos e, pelo lado da Comissão, a República Italiana é, a meu ver, oportuna a seguinte *tomada de posição.*

B — Parecer

I — *Quanto à admissibilidade do recurso*

13. No debate, foi dado largo espaço à questão de saber se: a declaração emitida pelo representante da Comissão na sessão do grupo de trabalho de 6 de Março de 1986 relativa ao regresso ao regime de quotas, anteriormente seguido na celebração dos contratos de prestação de serviços, aponta no sentido de se estar perante um acto impugnável, na acepção do artigo 173.° do Tratado CEE?

14. A Comissão responde negativamente a essa questão sobretudo tendo em consideração a jurisprudência sobre a matéria (incluindo a relativa ao Tratado CECA), bem como a Decisão n.° 22/60 da Alta Autoridade, de 7 de Setembro de 1960[7], adoptada no âmbito do Tratado CECA com a qual, entre outras coisas, se entendia regulamentar a forma das decisões para que todas as partes pudessem verificar, sem dificuldade, se se está perante uma decisão na acepção do artigo 14.° do Tratado CECA. Em sua opinião, no caso presente, não pode falar-se de uma *decisão* da Comissão; trata-se apenas de determinadas directivas que o director do serviço teria escrito dirigidas aos seus subordinados com vista à aplicação de uma norma imprecisa. Seria, aqui antes de mais, relevante que — dado que a nacionalidade dos candidatos à prestação de serviços seria apenas um dos muitos elementos que devem ser tomados em consideração — não se trata de instruções precisas, obrigatórias e inalteráveis, mas de instruções que deixam uma margem de manobra considerável. Seria igualmente importante salientar que estas têm apenas interesse no âmbito de um acto preparatório, portanto não tendo qualquer efeito definitivo, particularmente em relação a terceiros, o que resulta, entre outras coisas, do facto de os Estados ACP poderem

7 — JO L 61 de 29.9.1960, p. 1248.

completar as listas limitadas com nomes de interessados deles conhecidos. Numa tal situação não deverá reconhecer-se a necessidade de fiscalização judicial na acepção do artigo 173.° do Tratado CEE, podendo ser considerado adequado, quando muito, um controlo de carácter político.

15. *1.* Quanto a esta problemática, deve recordar-se em primeiro lugar que os actos da Comissão de que se fala no artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II e no artigo 211.° de Lomé III — nomeadamente o estabelecimento de listas limitadas de candidatos — são expressamente confiadas ao director-geral da DG VIII «Desenvolvimento», enquanto *ordenador principal* (na acepção do artigo 121.° da Convenção de Lomé), o Comissário competente ou a Comissão no seu conjunto não actuando, portanto, nesta área.

16. As instruções adoptadas pelo director-geral da Direcção-Geral «Desenvolvimento» (das quais agora se trata) continuam a ter por base a hipótese — cuja plausabilidade não necessita, neste momento, ser examinada — de as referidas disposições concederem um poder discricionário muito considerável. De facto, a Comissão — antes de mais, com base numa análise das versões francesa e alemã do artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II — é de opinião que os critérios de que se trata no artigo 25.°, n.° 1, do anexo XIV a Lomé II e no artigo 211.° de Lomé III (indiquei-os na introdução) seriam apenas de interesse para a primeira selecção dos candidatos a considerar, que teriam todos de satisfazer esses critérios; para a organização de uma lista *limitada*, a partir deste grupo inicialmente constituído faltam, em contrapartida, disposições precisas. Para o preenchimento dessa lacuna terão sido concebidas as instruções, nas quais estão indicadas as quotas nacionais como valores indicativos.

17. Além disso, é ainda de mencionar, antecipadamente, que a lista limitada possuía certamente valor definitivo, de acordo com o n.° 1 do artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II, porque o Estado ACP, como aí se dizia, pode efectuar a sua escolha apenas entre os candidatos constantes da lista limitada. Se, no caso de concurso limitado efectuado, de acordo com o n.° 2 do artigo 25.° parecia acontecer de forma diferente, uma vez que a lista limitada devia ser estabelecida em estreita colaboração entre a Comissão e o Estado ACP (o processo previsto no artigo 211.° de Lomé III é semelhante), é no entanto manifesto — como ouvimos — que a prática foi estabelecida no sentido de serem aceites, em regra geral, pelos Estados ACP as listas elaboradas pela Comissão e de apenas ocasionalmente ser efectuado um alargamento da lista que lhe tenha sido apresentada pelo Estado ACP.

18. *2.* Segundo a minha convicção pode, sem mais, dizer-se que, para o presente caso, certamente nada se pode retirar da mencionada *Decisão 22/60* (segundo a qual, entre outras coisas, é importante a designação de um acto, a indicação da sua base jurídica, a exposição da fundamentação e a assinatura por um membro da Comissão) e que a *jurisprudência no âmbito do Tratado CECA*, citada pela Comissão, numa análise mais detalhada, afigura-se sem interesse neste caso.

19. a) Se a Decisão n.° 22/60 no âmbito do Tratado CECA pode fornecer em geral pontos de apoio úteis (não foi ainda afirmado na jurisprudência que se possa falar de uma decisão *apenas* no caso da observância de todos os requisitos nela referidos), então resulta totalmente claro, de qualquer

forma, tendo em conta a jurisprudência relativa ao artigo 173.° do Tratado CEE, que a necessária qualificação de uma medida tem de resultar em primeira linha da consideração do seu objecto e conteúdo, que para isso, é de atender, portanto, à substância do acto e não à sua forma. Isto foi tornado claro nos acórdãos proferidos nos processos apensos 16 e 17/62 [8] e no processo 60/81 [9]. De certo interesse, neste contexto, é igualmente o acórdão proferido nos processos apensos 316/82 e 40/83 [10] segundo o qual — no âmbito do direito dos funcionários — são também possíveis decisões orais. Da circunstância de, na adopção das instruções, que aqui nos interessam, não terem sido observadas as formalidades referidas na Decisão n.° 22/60, não pode, portanto, seguramente deduzir-se que não estejamos perante um acto impugnável.

b) Quanto à jurisprudência relativa ao Tratado CECA deve ter-se presente que no acórdão proferido nos processos apensos 16 a 18/59 [11] (aqui tratava-se de uma decisão da Alta Autoridade no âmbito do direito dos acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas) era, por um lado, simplesmente acentuado que afirmações, inseridas na fundamentação da decisão sobre pressupostos para uma futura autorização de acordos, não constituem mais que um anúncio, de carácter *não vinculante*, de uma futura decisão e que, por outro lado — em relação a uma parte da decisão que encarregava determinados funcionários de um exame — ficou assente que se tratava de uma medida simplesmente de carácter interno. De facto, ambas as apreciações não têm, obviamente, qualquer utilidade no caso presente, pois nada avançam quanto à questão de saber se uma *instrução* interna de um serviço competente para uma determinada medida, a qual deve constituir para o próprio órgão que a emite também uma norma de orientação, pode considerar-se um acto impugnável.

20. Se no acórdão proferido no processo 54/65 [12] foi excluída a fiscalização do Tribunal em relação a uma declaração da Caixa de Compensação da Sucata, ao tempo existente, não pode esquecer-se, porém, que neste caso foi negada a existência de uma decisão com o fundamento de que a Caixa de Compensação da Sucata — depois da revogação da delegação de poderes — já não era competente, na data em questão, para praticar esses actos.

21. Finalmente, se no acórdão proferido no processo 20/58 [13] foi debatido o problema das instruções internas de serviço (tratava-se de uma nota da Alta Autoridade que foi dirigida a um organismo auxiliar) não pode ser esquecido que não foi negada em princípio, a impugnabilidade de tais instruções. Foi antes determinante, no caso referido, o reconhecimento de que a Alta Autoridade pretendia apenas confirmar o que resultava directamente de uma decisão geral e que não tinha portanto, de forma nenhuma, a intenção de adoptar uma decisão.

22. *3.* Além disso, tenho a impressão que, da *jurisprudência relativa ao fundo de desenvolvimento*, citada pela Comissão, na ver-

8 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1962 nos processos apensos 16 e 17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e outros recorrentes/Conselho das Comunidades Europeias, Recueil, p. 901.

9 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981 no processo 60/81, IBM/Comissão, Recueil, p. 2639.

10 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1984 nos processos apensos 316/82 e 40/83, Nelly Kohler/Tribunal de Contas, Recueil, p. 641.

11 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1960 nos processos apensos 16 a 18/59, Geitling, Mansegatt e Präsident e outros/Alta Autoridade da CECA, Recueil, p. 45.

12 — Acórdão de 16 de Junho de 1966 no processo 54/65, Compagnie des forges de Châtillon/Alta Autoridade da CECA, Recueil, p. 265.

13 — Acórdão de 17 de Julho de 1959 no processo 20/58, Phoenix-Rheinrohr AG/Alta Autoridade da CECA, Recueil, p. 163.

dade não pode, igualmente, ser deduzido nada de importante para a problemática que aqui nos interessa.

23. Na verdade, em casos em que se tratava da adjudicação pelas autoridades dos Estados ACP, com acordo da Comissão, de contratos, relativamente aos candidatos excluídos, ficou assente que estes não seriam directamente afectados pela actuação da Comissão (acórdãos nos processos 126/83 [14] e 118/83 [15]) e foi salientado, em outros processos do mesmo género, que as empresas tinham relações jurídicas apenas com os Estados associados que adjudicam os contratos e que não eram destinatárias de nenhuma decisão da Comissão (acórdão no processo 33/82 [16]) e ainda que: as empresas ficam fora da esfera de relações que se desenvolviam exclusivamente entre a Comissão e os Estados ACP (acórdão no processo 267/82 [17]). Porém, não considero defensável deduzir, em geral, daí que dos actos da Comissão, no âmbito do processo de adjudicação de contratos do fundo de desenvolvimento, nunca poderiam resultar efeitos para as empresas participantes no processo, efeitos que conferissem direito à interposição de um recurso de anulação. Nos referidos processos não existiu qualquer ocasião para declarações com esse alcance. Em particular não pode ser esquecido que então se tratava de recursos interpostos por empresas com base no segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado CEE; portanto ficou por discutir a questão de saber se *Estados-membros* poderão, contra os actos da Comissão, adoptados em semelhante contexto, interpor recurso.

14 — Acórdão de 10 de Julho de 1984 no processo 126/83, STS Consorzio per sistemi di telecommunicazione via satellite SpA/Comissão, Recueil, p. 2769.

15 — Acórdão de 10 de Julho 1985 no processo 118/83, CMC/ /Comissão, Recueil, p. 2337.

16 — Acórdão de 19 de Setembro de 1985 no processo 33/82, Murri Frères/Comissão, Recueil, p. 2780.

17 — Acórdão de 24 de Junho de 1986 no processo 267/82, Développement SA e Clemessy/Comissão, Colect., p. 1913.

24. *4.* Na minha opinião, essencial para o tratamento do problema que nos foi submetido é, por um lado, que, no primeiro parágrafo do artigo 173.° do Tratado CEE, que regula entre outras coisas os recursos interpostos pelos Estados-membros, não se fala apenas de decisões — como no segundo parágrafo — mas utiliza-se o termo mais amplo «actos». Aqui foram incluídas, de acordo com a jurisprudência (no processo 22/70 [18]), uma decisão do Conselho sobre a negociação e a celebração de um acordo (a decisão estabelecia regras de comportamento e continha disposições relativas ao processo) ou (nos processos 230/81 [19] e 108/83 [20]) resoluções do Parlamento (sobre a realização de sessões plenárias e reuniões de comissões e grupos parlamentares num determinado lugar, bem como sobre a actividade do secretariado e dos serviços técnicos).

25. Por outro lado, é importante que, de acordo com a jurisprudência sobre a definição de actos impugnáveis, se tenha atendido decisivamente à questão de saber, primeiro, se eles produzem determinados efeitos jurídicos (acórdãos nos processos 22/70 e 60/81) e, depois, (tal como num processo em sede de direito sobre acordos, decisões de associações de empresas, e práticas concertadas) se se trata apenas de actos de carácter preparatório (acórdão no processo 60/81; no acórdão no processo 54/65, proferido no âmbito do Tratado CECA, fala-se, quanto a este aspecto, de decisões definitivas que concluem o processo interno).

18 — Acórdão de 31 de Março de 1971 no processo, 22/70, Comissão/Conselho, «AETR», Recueil, p. 263.

19 — Acórdão de 10 de Fevereiro de 1983 no processo 230/81, Grão-Ducado do Luxemburgo/Parlamento Europeu, Recueil, p. 255.

20 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 no processo 108/83, Grão-Ducado do Luxemburgo/Parlamento Europeu, Recueil, p. 1945.

26. No caso presente, pode dizer-se, seguramente, que as acções que são confiadas à Comissão, de acordo com o artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II e de acordo com o artigo 211.° de Lomé III produzem efeitos jurídicos. Elas têm, sem dúvida, influência determinante na escolha dos consultores pelos Estados ACP. Com efeito, de acordo com o n.° 1 do artigo 25.° referido no anexo XIV, a escolha devia ser levada a cabo com auxílio da lista limitada estabelecida pela Comissão. Se, por outro lado, no n.° 2 do artigo 25.° e no artigo 211.°, se fala de colaboração (ou de comum acordo) com o Estado ACP considerado (o que significa que este pode completar a lista limitada) é assim importante que, de qualquer forma, a proposta da Comissão seja definitiva e que — como ouvimos — por aí se fique normalmente (o que também não é de admirar, pois que a maior parte dos consultores considerados não têm qualquer conhecimento suficiente sobre os concursos para contratos de prestação de serviços a realizar e também não dispõem dos contactos necessários com todos os Estados ACP, de forma que deles não poderão provir sugestões para completar as listas). Porém, se sobre essas atribuições da Comissão que, sem dúvida, incluem um certo poder discricionário (a questão da sua extensão pode por agora ficar em aberto), são adoptadas instruções detalhadas pelo serviço competente, então poderá dizer-se, igualmente, acerca delas que — uma vez que têm a função de estabelecer directrizes — produzem efeitos jurídicos, na acepção aceite pela jurisprudência. Isto não deixa de acontecer, por exemplo, pelo facto de serem alteráveis (o que é válido em relação a qualquer norma); não deixa de acontecer, também, pelo facto de admitirem uma aplicação flexível, isto pelo facto de não exigirem uma estrita vinculação a quotas nacionais possibilitando alguns desvios. Decisivo é que as quotas nacionais sejam consideradas como critério de orientação (a partir de Março de 1986 deixou de existir a chamada «quantidade livre») e que a orientação dos concursos para prestação de serviços, consequentemente sofra a influência dessa origem (como mostram as estatísticas que nos foram apresentadas, ainda que revelem igualmente existirem certos desvios ao regime de quotas).

27. Se, por outro lado, é de conceder que a colaboração da Comissão — vista no âmbito do processo global da adjudicação de contratos e em relação com o acto definitivo que depende do Estado ACP — tem carácter preparatório, não pode, por isso, negar-se a possibilidade de uma fiscalização judicial, à luz da jurisprudência relativa a actos simplesmente preparatórios. Decisivo é, na realidade que a Comissão — como se demonstrou — tenha uma determinante influência na escolha do grupo de consultores tomados em consideração. Quem for excluído da lista está normalmente excluído definitivamente do processo de contratação. Para empresas, que não sejam incluídas na lista limitada organizada pela Comissão, o acto da Comunidade de pré-selecção assume incondicionalmente um carácter definitivo; assim visto não pode dizer-se, consequentemente, que as instruções relativas à elaboração das listas limitadas não teriam qualquer efeito jurídico.

28. De resto, se se tiver presente que não se vê bem a forma como poderia ser levada a cabo uma fiscalização satisfatória da prática que agora interessa, no âmbito de pedidos de indemnização por perdas e danos, a que se referiu a Comissão, e que deveriam ser apresentados por empresas não contempladas, então resta apenas realmente, considerar admissível o recurso apesar das dúvidas manifestadas pela Comissão, e portanto caracterizar o acto imputado à Comissão — voltar a aplicar a partir de 1 de Março de

1986, como antes, um regime de quotas —, objecto do recurso, como acto impugnável, dada a *existência* manifesta de um *interesse legítimo* no esclarecimento *da questão* de saber *se e em que medida se pode recorrer a quotas nacionais* no quadro da cooperação técnica e dado não ser justo entender que um Estado-membro, que não concorde com a prática da Comissão, deva esperar um acto concreto, ou seja, o estabelecimento de uma determinada lista limitada.

II — *Quanto ao mérito*

29. *1.* Para a sua análise deve ser feita previamente uma *caracterização do regime de quotas aplicado pela Comissão* tal como resulta dos documentos que nos foram apresentados.

30. Os valores de referência determinantes são valores percentuais, calculados com rigoroso apoio nas contribuições dos países membros para o fundo de desenvolvimento (nota de 21 de Fevereiro de 1986, apresentada como anexo I às respostas da Comissão aos quesitos do Tribunal). Em quadros elaborados regularmente cada dois meses e relativos aos contratos de prestação de serviços adjudicados, demonstra-se que o objectivo do regime de quotas, foi na escolha a fazer, a partir do círculo dos interessados que devem satisfazer todos os critérios de qualificação, experiência, independência e disponibilidade (ver anexo 9 ao requerimento introdutório de instância), dar preferência às empresas de países que ainda não atingiram as suas quotas e inversamente procede-se, com reserva, no caso de empresas de países que já ultrapassaram a sua quota (nota de Novembro de 1985, anexo 2 ao requerimento introdutório de instância). Na sessão do grupo de trabalho de 18 de Dezembro de 1985, o representante da Comissão referia-se precisamente ao facto de firmas de Estados-membros, os quais tenham ultrapassado a sua quota anual, serem *excluídas* (anexo 4 ao requerimento introdutório de instância, p. 3) e na nota já referida de 21 de Fevereiro de 1986 fala-se em conceder *prioridade absoluta* a gabinetes dos países que apresentem um défice considerável. De uma nota de 17 de Setembro de 1984 apresentada igualmente com as respostas da Comissão aos quesitos do Tribunal é de deduzir, além disso, que, no caso de montantes menos importantes, deve colocar-se na lista apenas *um* gabinete «sans tenir compte des pourcentages d'orientation par nationalité» (sem ter em conta as quotas percentuais de referência por nacionalidade), ao passo que, em relação a todos os outros casos, deveriam ser escolhidos gabinetes «de préférence en suivant instruction en cours sur respect des pourcentages d'orientation par nationalité» (de preferência segundo a instrução em vigor quanto ao respeito das quotas percentuais de referência por nacionalidade).

31. Se a Comissão, aliás, acentuou (e a isto correspondem as afirmações contidas no anexo 9 ao requerimento introdutório de instância), que o regime de quotas é aplicado com flexibilidade, por exemplo, no caso de contratos ligados entre si são feitos desvios por razões assentes em laços históricos, por razões de custos ou quando uma empresa se apresenta como especialmente competente (quanto a isto referiu-se um exemplo concreto no decurso do processo), pode, sem dúvida, dizer-se que isso é confirmado pelas estatísticas apresentadas e, especialmente, pelas de Novembro de 1985, em que os contratos, que foram adjudicados tendo em consideração o regime de quotas, são objecto de referência específica (anexo 2 ao requerimento introdutório de instância). Deve reconhecer-se aqui, realmente, que não há qualquer ligação *muito rigorosa* com as quotas (como o recorrente afirma) mas que, em parte, pode falar-se de desvios consideráveis (nomeadamente da ultrapassagem de quotas na ordem de 20 % até além de 30 % bem como de redução entre 15 % a 50 %). Porém, no cômputo global, (particularmente tomando em conta os referidos documentos) fica a impressão de que as quotas nacionais não têm apenas um significado marginal na preparação dos concursos para prestação de serviços, mas antes uma importância considerável.

32. 2. Em primeiro lugar, o recorrente critica este regime de quotas, como o Tribunal sabe, com fundamento de que *não estaria em sintonia com a segunda e terceira convenções de Lomé*. Em nenhuma parte das convenções estaria previsto tal critério para a celebração de contratos de prestação de serviços e de qualquer forma isso não seria dedutível das convenções. Mais exactamente, devia ser antes assumido que os critérios de selecção, relevantes para a elaboração da lista limitada, estão exaustivamente expostos no artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II e no artigo 211.° de Lomé III, de forma que não fica qualquer espaço para critérios adicionais do tipo do que agora está em causa. Nomeadamente seria importante reconhecer que é característico para estas convenções — como se pode deduzir de algumas disposições e da economia geral do sistema — o princípio da igualdade de tratamento e que as excepções admitidas a este princípio são expressamente indicadas. Deve ser muito particularmente reconhecido, igualmente, que a observância do regime de quotas nacionais não estaria em sintonia com o objectivo essencial das convenções, no sentido de garantir a ajuda mais eficiente, pois poderia facilmente conduzir a que, do grupo de empresas que preenchem as condições previstas pelo artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II e do artigo 211.° de Lomé III, em virtude da sua nacionalidade, fossem eliminadas aquelas das quais — à luz de uma análise mais rigorosa — é de esperar a ajuda mais eficaz.

33. A Comissão (e também o Governo italiano que a apoia) tem, ao contrário, defendido no essencial o ponto de vista de que não seria adequado recorrer a disposições gerais da convenção que o Reino Unido invoca em especial. O artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II e o artigo 211.° de Lomé III devem ser considerados, na verdade, como normas especiais para os contratos de prestação de serviços que, em virtude da sua natureza particular, não podem ser tratados de acordo com o regime geral. Porém destas disposições seria de extrair apenas a exigência de, no momento da primeira escolha de consultores a considerar, respeitar a existência das condições ali referidas, e deve assentar-se em que a redução do grupo, a efectuar depois disso para efeitos do estabelecimento da lista limitada, cabe no poder discricionário da Comissão. Com certeza não seria possível, em todo o caso, chegar à lista limitada apenas com auxílio dos critérios expressamente previstos e se a Comissão, no âmbito da margem de discricionaridade, que sem dúvida lhe cabe, atende também à nacionalidade dos concorrentes, então deve reconhecer-se que isto serve o objectivo de atingir uma configuração satisfatória das relações entre todos os Estados-membros e os Estados ACP.

34. Na apreciação deste debate, certamente complicado, ficou-me finalmente a impressão — que passo a comunicar ao Tribunal — de que os argumentos de mais peso foram apresentados pelos dois reinos intervenientes no processo.

35. a) Antes de mais, permita-se-me dizer que o *princípio dominante* do título VII de Lomé II e do título III de Lomé III relativos à cooperação financeira e técnica, é o princípio da igualdade das empresas abrangidas ou — se se quiser — da exclusão de quaisquer discriminações.

36. Neste contexto pode remeter-se para:

— o n.° 4 do artigo 108.° de Lomé II [a ele corresponde a alínea d) do n.° 3 do artigo 192.° de Lomé III] segundo o qual é da responsabilidade conjunta dos

Estados ACP e da *Comunidade* tomar as medidas de execução destinadas a *assegurar a igualdade de condições* nos concursos e nos contratos;

— n.° 2 do artigo 121.° de Lomé II (corresponde-lhe o n.° 2 do artigo 226.°, n.° 2 de Lomé III) segundo o qual o ordenador principal (isto é, o director-geral da direcção-geral do qual emanam as instruções) vela por que seja assegurada a igualdade de condições na participação nos concurso e por que sejam eliminadas as discriminações nos respectivos processos;

— o artigo 125.° de Lomé II (a ele corresponde o artigo 232.° de Lomé III), segundo o qual para as intervenções cujo financiamento é assegurado pela Comunidade, a participação nos concursos e contratos está aberta, em igualdade de condições, a todas as pessoas singulares e sociedades abrangidas pelo âmbito de aplicação do Tratado;

— o artigo 126.° de Lomé II (corresponde-lhe o artigo 233.° de Lomé III), onde se dispõe que os Estados ACP e a Comissão tomam as medidas apropriadas para assegurar em igualdade de condições, uma participação tão alargada quanto possível nos concursos e contratos de obras e fornecimentos e para eliminar qualquer prática discriminatória.

37. O peso do princípio que aí se exprime é relativizado apenas secundariamente pelo reconhecimento de que as disposições indicadas em último lugar se relacionam exclusivamente com contratos de empreitada e de fornecimentos (que não vêm ao caso no presente processo mas que de qualquer forma — como ouvimos — constituem 80 % das prestações do fundo de desenvolvimento), e que, no artigo 121.° de Lomé II (respectivamente no artigo 226.° de Lomé III) se fala simplesmente de concursos, enquanto nos artigos 25.° do anexo XIV de Lomé II e 211.° de Lomé III, artigos que interessam aqui em particular, trata-se apenas de concursos limitados, pois aquela disposição não exclui de forma alguma a aplicação do critério relativo à não discriminação. De qualquer forma não pode negar-se validade geral aos artigos 108.° e 125.° de Lomé II (ou consequentemente aos artigos 192.° e 232.° de Lomé III) e não pode pretender-se nomeadamente, que a finalidade do artigo 125.° (e 232.°) será exclusivamente delimitar um espaço geográfico em relação às entidades que poderão participar e apontar para a exigência do princípio da igualdade de tratamento entre as empresas da Comunidade e as dos Estados ACP.

38. b) Além disso, não há necessidade de quaisquer longas explicações para afirmar que a decisiva tomada em consideração da *nacionalidade* da empresa considerada, tal como resulta do regime de quotas, significa uma *desigualdade de tratamento* na acepção das referidas disposições. Da perspectiva do direito comunitário é manifesto que a sede da empresa, no âmbito das ajudas ao desenvolvimento, constitui um critério irrelevante e que devem ser considerados como critérios mais admissíveis, em primeiro lugar, aqueles que caracterizam as empresas participantes quanto à sua actividade. Por outro lado, neste aspecto, podia apontar-se para o facto de, em conformidade com a prática da Comissão, de tomar em consideração de novo as empresas, que seriam excluídas por se ter atingido a quota nacional, quando disponham de uma qualificação muito específica. Isto significa, simplesmente, que tais empresas têm de satisfazer mais elevadas exigên-

cias (elas devem ser «melhores»), e que, portanto, em virtude do critério da nacionalidade, que impõe em relação a elas condições mais rigorosas, são objecto de tratamento desigual.

39. c) Além disso, há que concordar com o recorrente ao afirmar que apenas são admitidas *derrogações* ao princípio indicado quando resultem claramente do texto ou do regime da convenção, justamente porque se trata de um texto que também foi aceite pela Comunidade como tal e no qual foram conferidos à Comissão, portanto a uma instituição comunitária, importantes poderes de gestão. Se os Estados-membros igualmente partes — pode assim dizer-se — tivessem atribuído valor ao critério da nacionalidade das empresas consideradas então teriam, de certo, atendido a este factor, importante do seu ponto de vista, o qual não pode ter qualquer importância para a Comunidade enquanto tal. Neste contexto é, sem dúvida de certo interesse — e por isso foi igualmente referido — que, em matéria de direitos estatutários dos funcionários da Comunidade se considere expressamente necessário fazer referência à possibilidade de tomar em consideração a nacionalidade (que, em princípio, de acordo com o artigo 7.° do estatuto dos funcionários tem de ser considerada como um elemento estranho), e mais nomeadamente no artigo 27.° onde se diz que o recrutamento dos funcionários deve ser feito numa base geográfica tão alargada quanto possível dentre os nacionais dos Estados-membros das Comunidades. Aqui, além disso, é de interesse que, quanto a este ponto, de acordo com a jurisprudência, sejam colocadas rigorosas exigências, tendo sido incessantemente acentuado que, apenas no caso de reconhecimento de qualificações *equivalentes*, possa ser decisiva a nacionalidade do Estado para, em última instância, garantir o equilíbrio geográfico [21].

40. Quanto ao texto das convenções de Lomé, é, porém, manifesto que, nenhuma das suas disposições prevê o processo de actuação segundo o critério da nacionalidade escolhido pela Comissão. Existem, pelo contrário, disposições especiais, que prevêem uma derrogação ao princípio de igualdade, a favor dos Estados ACP como, por exemplo, nos artigos 130.° e 140.° de Lomé II e nos artigos 209.° e 236.° de Lomé III. Também aqui não pode certamente operar-se com a ideia, e tentar justificar as quotas nacionais com recurso ao espírito das convenções no sentido de que o seu objectivo seria o de criar, o mais rapidamente possível, intensas relações entre todos os Estados-membros e todos os Estados ACP. Com efeito, se isto não tem obviamente qualquer significado para os contratos de empreitada e de fornecimento, que são de longe a maior percentagem na ajuda ao desenvolvimento, não se compreende muito bem a razão pela qual essa ideia devia ter peso dominante nos contratos de prestação de serviços.

41. A isto também não pode objectar-se que os contratos de consulta teriam um peso que excede de longe a sua percentagem em termos de valor real pois serão muitas vezes preparatórios de posteriores contratos de empreitada ou de fornecimento.

42. Precisamente, se isto é correcto, poderia talvez justificar-se uma referência clara a uma proporção em função da nacionali-

21 — Ver acórdão de 4 de Março de 1964 no processo 15/63, Claude Lassalle/Parlamento Europeu, Recueil, p. 57; acórdão de 6 de Maio de 1969 no processo 17/68, Andreas Reinarz/Comissão, Recueil, p. 61; acórdão de 21 de Abril de 1983 no processo 282/81, Ragusa/Comissão, Recueil, p. 1245; e acórdão de 30 de Junho de 1983 no processo 85/82, Schloh/Conselho, Recueil, p. 2105.

dade, se neste sentido tivesse apontado a vontade expressa dos Estados-membros. Porém, não pode justificar-se desta forma que esse critério, que contraria a tendência fundamental das restantes disposições da convenção, seja, pela via da interpretação, inserido numa disposição que estabelece critérios qualificativos objectivos.

43. d) Se, por outro lado, se deve aceitar a opinião da Comissão no sentido de que as disposições contidas no artigo 25.° do anexo XIV de Lomé II e no artigo 211.° de Lomé III constituem, de certo modo, *leges speciales* para contratos de prestação de serviços (porque dizem respeito a prestações de natureza específica, em relação às quais uma comparação da qualidade objectiva, do tipo dos concursos gerais, choca com grandes dificuldades e nas quais, também por razões atinentes aos custos — frequentemente, estão em jogo somas menos elevadas — deve atender-se a uma limitação do grupo dos concorrentes), isto não significa forçosamente que, neste caso, a nacionalidade do concorrente possa ter sido transformada em elemento determinante. Não me parece convincente, interpretar as duas disposições indicadas de tal forma que se devam escolher numa *primeira fase* candidatos que correspondem aos critérios referidos e, depois disso, possa ser organizada uma lista limitada a partir desse grupo fazendo uso do poder discricionário (no qual quotas nacionais possam desempenhar igualmente um papel). Se, numa área tão detalhadamente regulamentada (recordo, sobretudo, os artigos 211.° e 209.° de Lomé III), se devesse considerar como excepcional prever uma margem de discricionaridade tão ampla para a escolha decisiva, podia, por outro lado, dizer-se que, de acordo com o teor literal das mencionadas disposições, parece igualmente defensável a interpretação no sentido de que seriam também determinantes para o estabelecimento da lista limitada, em primeiro lugar, os critérios expressamente referidos (tal como — no artigo 25.° do anexo XIV da Convenção de Lomé II —, sem dúvida, o preço uma vez que, em relação a um projecto concreto, isso não tem a ver possivelmente com o concorrente mais altamente qualificado, e por isso com o candidato mais caro, mas com a prestação mais vantajosa, em termos de custos). Não é, em todo o caso, evidente que, na prática seja impossível à Comissão constituir um grupo mais restrito, em primeiro lugar, com o auxílio dos critérios referidos nas disposições citadas, tendo sido ainda declarado pela própria Comissão no processo — e isto tendo em conta uma crítica análoga contida no relatório do Tribunal de Contas — que o método de apreciação das empresas tidas em consideração tenha sido, entretanto corrigido e, quanto a isto, teriam particular valor os relatórios regulares, arquivados em computador, sobre serviços já prestados.

44. Se se pretende, porém, reconhecer a existência de uma certa margem de discricionaridade em relação ao estabelecimento das listas limitadas (contra isto dificilmente se poderá argumentar), então permanece, certamente, o reconhecimento de que, no seu âmbito, não podem desempenhar um papel *dominante* quotas nacionais, porque desta forma poderia correr risco um princípio fundamental que caracteriza as ajudas ao desenvolvimento — garantir a ajuda *mais eficaz* — como se pode deduzir de uma série de disposições, referidas pelo recorrente, constantes das duas convenções em causa. De facto é, sem mais, imaginável que, num caso concreto, precisamente entre os concorrentes excluídos em função da sua nacionalidade, à luz de uma observação mais atenta, se encontrem aqueles que podem prestar o serviço de carácter técnico mais eficaz — o que a Comissão, pelo vistos, não se dá ao trabalho de averiguar, em regra geral. De qualquer forma, o elemento da nacionalidade pode desempenhar, portanto, um papel totalmente subordinado no âmbito da margem de discricionaridade admitido (semelhante àquele que existe em matéria de estatutos dos funcionários, isto é, quando se apresenta uma equivalência das qualificações entre os candidatos) e pode reconhecer-se-lhe, precisamente, uma certa utilidade na medida em que contribui para evitar uma

flagrante unilateralidade no desenvolvimento das relações entre um Estado-membro e alguns Estados ACP, o que não corresponde certamente ao espírito da convenção.

45. e) Por fim, é também evidente, para mim, que a referência da Comissão à *prática de outras organizações que actuam no âmbito da ajuda ao desenvolvimento* (Banco Mundial, Banco Americano para o Desenvolvimento, Banco Africano para o Desenvolvimento, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) não tem nada de vinculativo.

46. De acordo com o que foi exposto tem-se a impressão de que, neste contexto, as quotas nacionais não desempenham um papel, no sentido para que aponta a prática da Comissão, mas sim exclusivamente no desejo de providenciar no sentido de uma repartição dos contratos de prestação de serviços numa base geográfica tão alargada quanto possível. Quanto a isto deveria dizer-se que não se podem transpor, sem mais, práticas de organizações internacionais clássicas para a cooperação, configurada de forma totalmente diferente a nível de qualidade, no âmbito das convenções aqui em causa, nas quais a Comunidade, como tal, é parte (o que implica uma tomada em consideração específica dos interesses dos seus operadores económicos), e das quais se podem deduzir, além disso, inequívocos princípios de direito substantivos quanto ao tratamento a dar aos candidatos a contratos de prestação de serviços.

47. f) Em relação ao primeiro fundamento do recurso, deve reconhecer-se, portanto, que o sistema de quotas, para cujo restabelecimento integral foi adoptada uma decisão, em Março de 1986 pelo serviço responsável da Comissão, tendo em conta a sua configuração, tal como nos foi descrita no processo, deve considerar-se incompatível com as convenções de Lomé II e de Lomé III e que, sendo assim, é de julgar procedente o pedido de anulação.

48. Isto deveria ser feito, sem dúvida — como foi sugerido pelo próprio recorrente e como é possível à luz do artigo 174.° do Tratado CEE — com a limitação de que, por razões de segurança jurídica, os contratos já celebrados não serão com isso afectados.

49. *3.* Depois disto é, por assim dizer, inútil, abordar ainda os *dois outros fundamentos do recurso*, ou seja o pretenso desrespeito do *artigo 7.° do Tratado CEE* (em consequência do qual é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade) e a pretensa violação do objectivo definido *na alínea f) do artigo 3.°* do Tratado CEE (o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum). No interesse de uma análise suficientemente exaustiva desejo, no entanto, fazer alguns breves comentários quanto a estes pontos.

a) *Quanto ao artigo 7.° do Tratado*

50. Quanto a isto o recorrente referiu que os acordos celebrados pela Comunidade — tais como Lomé II e III — deveriam ser compatíveis com o Tratado, tal como se deixa depreender do artigo 228.° do Tratado CEE. Considerou, também, que actos da Comissão, que sejam adoptados no quadro de tais acordos, cabiam ao âmbito de aplicação do Tratado; em relação a eles vale portanto a proibição contida no artigo 7.° e de acordo com isso estaria fora de hipótese atribuir significado decisivo, à localização da sede de uma empresa.

51. Sem mais, deverá admitir-se que isto, à primeira vista, afigura-se totalmente convincente. Dificilmente se pode alegar em contrário que o sistema de quotas toma em consideração a diferente situação dos países membros tal como resulta da diferença de contribuições financeiras para o fundo de desenvolvimento (pelo qual são financiados os contratos de prestação de serviços) e deve ser considerado, deste ponto de vista, como materialmente justificado. A favor disto nada poderá certamente extrair-se do parecer 1/78 [22] referido pela Comissão. Pois, se nele se afirmou, quanto à possibilidade de um financiamento a cargo dos Estados-membros — na altura ainda não assente — que os Estados-membros deverão participar num processo de decisão relativo ao mecanismo de compensação, então, tal manifestamente importava apenas para a questão de saber se a Comunidade devia ser considerada como exclusivamente competente para a celebração do acordo; em contrapartida, não pode daí derivar-se o princípio de que uma determinada forma de financiamento autorizaria derrogações aos princípios fundamentais do direito comunitário.

52. Além disso, podia, neste contexto, apontar-se para o facto de, no fundo, também as contribuições financeiras dos Estados-membros para a Comunidade serem justamente calculadas de forma diferente, e isto, não obstante, a Comunidade ser dominada pelo princípio contido no artigo 7.°

53. Porém, foi levantada, com razão, a questão de saber se se pode realmente dizer que os actos da Comissão ocorridos na preparação de contratos de prestação de serviços a celebrar no quadro da cooperação técnica com os Estados ACP caem, em toda a sua extensão, no âmbito de aplicação do Tratado e se, por isso, estão sujeitos, totalmente, à proibição contida no artigo 7.° Na verdade, não se ignora que estamos face a acordos mistos, subscritos igualmente pelos Estados-membros e o facto de neles serem concedidos poderes à Comissão, não significa necessariamente que devam ser exclusivamente assumidos em nome da Comunidade, uma vez que se verifica (por exemplo, no artigo 11.° do Acordo Interno de Financiamento de 1979) que a Comissão intervém igualmente na gestão em representação do conjunto das partes no Tratado.

54. São, além disso, impressivos, os ensinamentos a extrair da jurisprudência referida pela Comissão para uma aplicação não integral do princípio da igualdade e para as derrogações a ele admissíveis. Aqui estou a pensar, em primeiro lugar nos dois acórdãos relativos à política comercial. Assim, no acórdão no processo 41/76 [23] era declarado como admissível uma limitação da livre circulação comercial entre os Estados da Comunidade em relação a mercadorias de países terceiros que não tenham entrado em livre prática num Estado-membro, de acordo com o artigo 115.° do Tratado CEE tendo em consideração que não estava ainda completamente realizada uma política comercial comum. Analogamente foi decidido no acórdão no processo 242/84 [24] (tratava-se aqui de um regime comum de importação com quantidades máximas que eram atribuídas aos Estados-membros em função das necessidades de abastecimento). Também aqui, em virtude de a política comercial comum não ter sido ainda objecto de realização integral, foram declaradas como justificadas medidas restritivas em relação a mercadorias que se encontravam em livre prática num Estado-membro. Estou também a pensar no acórdão no processo 153/73 [25], que no âmbito da política agrícola comum (em relação à qual, de acordo com o artigo 40.° do Tratado CEE, está estabelecida uma específica proibição de discriminação) consi-

22 — Parecer do Tribunal de 4 de Outubro de 1979 no processo 1/78 apresentado com fundamento no segundo parágrafo do n.° 1 do artigo 228.° do Tratado CEE relativo ao «Acordo International sobre a Borracha Natural», Recueil 1979, p. 2871.

23 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1976 no processo 41/76, Donckerwolcke/Procureur de la République e outros, Recueil, p. 1921.

24 — Acórdão de 5 de Março de 1986 no processo 242/84, Tezi BV/Minister van Economische Zaken, Colect., p. 935.

25 — Acórdão de 21 de Julho de 1974 no processo 153/73, Holtz & Willemsen GmbH/Conselho, Recueil, p. 675.

derou justificada uma medida especial em relação a um Estado-membro (ajuda às colzas produzidas em Itália) com o fundamento de que a organização comum de mercado existente na altura, ainda não tinha atingido completamente os objectivos apontados no artigo 39.° e apresentava lacunas. Se, face a esta jurisprudência, e tendo em consideração que também a política de ajuda ao desenvolvimento ainda não está completamente dependente da Comunidade, se defende a opinião de que, neste âmbito, o princípio da não discriminação contido no artigo 7.° ainda não poderá ser aplicado com todo o rigor, deve sem dúvida admitir-se que esta posição tem algo, de facto, a seu favor.

55. De qualquer modo, não pode seriamente a isto opor-se a ideia de que, no âmbito da política comercial comum, o artigo 115.° do Tratado prevê expressamente derrogações. Uma tal disposição expressa falta igualmente na área da agricultura (o que não excluiu uma derrogação ao artigo 40.°), e quanto às convenções agora em causa, deve reconhecer-se que concedem à Comissão um certo poder discricionário para a preparação dos concursos para contratos de prestação de serviços.

56. Contra o raciocínio exposto pela Comissão tão pouco se pode extrair algo do acórdão no processo 126/82 [26]. Pois se aí se encontram determinadas afirmações (negativas, ao fim e ao cabo), sobre o artigo 7.° do Tratado CEE, não poderá simplesmente concluir-se daí que o Tribunal — quando a política comum de transportes era ainda lacunosa — tenha admitido a aplicação integral, nesta matéria, do princípo da não discriminação.

26 — Acórdão de 25 de Janeiro de 1983 no processo 126/82, D. J. Smit Transport BV/Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, Recueil, p. 73.

57. Portanto — limito-me por agora a isto, sem extensos aprofundamentos da problemática — deve considerar-se pelo menos como extraordinariamente questionável a questão de saber se poderá criticar-se o sistema de quotas praticado pela Comissão com fundamento, também, no artigo 7.° do Tratado CEE.

b) *Quanto à alínea f) do artigo 3.° do Tratado CEE*

58. Na medida em que, por outro lado, o recorrente remete para o facto de a Comissão ser obrigada a, no exercício das suas competências previstas nos acordos, respeitar o objectivo delineado na *alínea f) do artigo 3.°* do Tratado CEE e na medida em que penso que este objectivo não foi conseguido ao tomar em consideração as quotas nacionais, que, em certas circunstâncias, conduzem a que uma empresa consiga ser incluída na lista limitada apenas por razões de nacionalidade, tenho igualmente dúvidas se esse argumento (falseamento do jogo da concorrência) constitui, realmente, um fundamento de anulação.

59. Neste contexto, em minha opinião, tem de ficar fora de consideração certamente a circunstância de se chegar a uma *limitação do grupo* das pessoas que entram em linha de conta para os concursos para prestação de serviços e desta forma a concorrência continua sempre limitada a poucos interessados. Isto está expressamente previsto nas convenções, e poder-se-á, também, dizer que tal se verifica no interesse de uma ajuda ao desenvolvimento (porque desta forma são designadas empresas seriamente interessadas para prestações que, aliás, tendo em

conta a sua natureza, dificilmente se prestam para concursos gerais e porque desta forma, igualmente, os custos podem ser mantidos a nível inferior aos dos concursos gerais, nos quais teriam de participar sempre numerosos candidatos). Do mesmo modo já não terá importância o facto de ocasionalmente apenas *um* concorrente constar da lista limitada pois resulta de uma nota de 17 de Setembro de 1984 (anexo II às respostas aos quesitos do Tribunal) que isso aconteceu apenas em contratos de prestação de serviços de importância reduzida e que quanto a eles as quotas nacionais não têm igualmente qualquer relevo.

60. Se no presente contexto, por outro lado, não pode aceitar-se a opinião de que o objectivo da alínea k) do artigo 3.° tem prioridade face ao da alínea f) (sobretudo na medida em que se trate de, com a ajuda das quotas nacionais, procurar um desenvolvimento tão equilibrado quanto possível das relações dos Estados-membros com os Estados ACP — já antes expus o necessário quanto a este ponto) deve, porém, ser considerado como improvável que a forma de escolha descrita — segundo a qual eventualmente não constem da lista concorrentes que realmente o mereciam e outros sejam considerados meramente em função da nacionalidade — tem realmente efeitos que se repercutem nas situações dentro da *Comunidade* (trata-se de prestações de serviços a efectuar fora), de tal forma que, tendo em conta critérios extraídos das disposições concretas em matéria de concorrência — deve falar-se de alterações significativas na situação de concorrência dentro da Comunidade. Então poderá admitir-se que o fenómeno do favorecimento de empresas, em si, não merecedoras de participar no concurso, não constitui a regra corrente. Por outro lado, não foi demonstrado que a não consideração de uma empresa, em si mesma digna de participar, por razões da nacionalidade, seja susceptível de lesar a situação de concorrência, *no mercado comum*, como é igualmente de admitir que, para a maioria das empresas, que são tomadas em linha de conta, contratos de prestação de serviços com os Estados ACP constituem apenas uma fracção da sua actividade comercial. Tendo isto em consideração mal poderá entender-se como a concorrência entre os estados, em matéria de prestação de serviços seja sensivelmente afectada pelo regime de quotas criticado.

61. Aliás o recorrente deve admitir que a jurisprudência, por ele invocada no presente contexto, dificilmente traz algo de decisivo a seu favor. Assim, acontece com o acórdão nos processos apensos 6 e 7/73 [27], nos quais se tratava do problema de uma empresa em posição dominante tentar eliminar uma concorrente e, por isso, se levantava a questão dos efeitos de um comportamento na estrutura da concorrência no mercado comum. Isto vale igualmente para o acórdão no processo 249/85 [28]. Se nele se diz que as instituições comunitárias devem ter em conta as exigências da lealdade no tráfico comercial não vemos bem como esse princípio poderia ser seriamente comprometido pelo regime de quotas.

62. A hipótese de que a alínea f) do artigo 3.° do Tratado CEE poderia fornecer um outro fundamento de anulação não é, portanto, igualmente aceitável.

27 — Acórdão de 6 de Março de 1974 nos processos apensos 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico SpA. e outros/Comissão, Recueil, p. 223.

28 — Acórdão de 21 de Maio de 1987 no processo 249/85, Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG/Bundesantalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Colect., p 2345.

C — Conclusão

Resumindo.

63. Em minha opinião o recurso interposto pelo Reino Unido deve ser considerado admissível e parece-me, igualmente, bem fundado. Consequentemente deve ser anulada a decisão de Março de 1986 relativa ao restabelecimento do regime integral de quotas na fase preparatória dos contratos de prestação de serviços de acordo com as convenções Lomé II e Lomé III com a reserva de que os contratos já celebrados não devem ser prejudicados por tal anulação.

64. No caso de decisão neste sentido, a Comissão, recorrida, deverá ser condenada naquelas despesas que o recorrente e o interveniente, que o apoiou, efectuaram para efeitos do processo; o interveniente que apoiou a Comissão deverá, porém, suportar as suas próprias despesas.