

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 30 de Janeiro de 1997 \*

1. Com o presente recurso, a Geotronics SA (a seguir «Geotronics» ou «recorrente») pede ao Tribunal de Justiça a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 1995 <sup>1</sup>. Nesse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento a um recurso da Geotronics que tinha por objecto, por um lado, a anulação da decisão de 10 de Março de 1994, em que a Comissão rejeitou uma proposta da recorrente no âmbito de um concurso financiado pelo programa PHARE, e, por outro lado, a indemnização do prejuízo pretensamente sofrido pela recorrente devido à decisão.

Mais precisamente, o Tribunal de Primeira Instância julgou inadmissíveis os pedidos da Geotronics para anulação da decisão controvertida, e improcedente o pedido de indemnização. No presente recurso, a recorrente contesta a declaração de inadmissibilidade do seu recurso de anulação e, subsidiariamente, renova os pedidos de indemnização pela Comissão.

Matéria de facto

2. Em 9 de Julho de 1993, a Comissão, «em nome do Governo romeno», e o Ministério

da Agricultura e da Indústria Alimentar romeno lançaram conjuntamente, no âmbito do programa PHARE <sup>2</sup>, um concurso limitado para o fornecimento ao referido ministério de taquómetros electrónicos a utilizar no âmbito do programa de reforma agrária na Roménia. A gestão do concurso foi confiada, a nível nacional, à «EC/PHARE Programme Management Unit Bucharest» (a seguir «PMU-Bucharest»).

Nos termos do anúncio do concurso, o equipamento a fornecer devia ser originário dos Estados-Membros da Comunidade Europeia ou de um dos Estados beneficiários do programa PHARE <sup>3</sup>.

\* Língua original: italiano.

1 — Geotronics/Comissão (I-185/94, Colect., p. II-2795).

2 — O programa PHARE, baseado no Regulamento (CEE) n.º 3906 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1989 (JO L 375, p. 11, a seguir «regulamento de base»), canaliza os auxílios económicos que a Comunidade Europeia presta aos países da Europa Central e Oriental para o financiamento dos processos de reforma económica e social. Inicialmente limitado à República da Hungria e à República Popular da Polónia, o programa foi posteriormente alargado a outros países da Europa Central e Oriental pelos Regulamentos (CEE) n.º 2698/90 do Conselho, de 17 de Setembro de 1990 (JO L 257, p. 1), n.º 3800/91 do Conselho, de 23 de Dezembro de 1991 (JO L 357, p. 10), e n.º 2334/92 do Conselho, de 7 de Agosto de 1992 (JO L 227, p. 1).

3 — V. ponto 1 do anúncio do concurso («Instruções aos participantes»), alínea A).

3. Em 16 de Julho de 1993, a recorrente, uma sociedade francesa propriedade a 100% da sociedade de direito sueco Geotronics AB, apresentou uma proposta de fornecimento de aparelhos do tipo solicitado. Em 18 de Outubro de 1993, a PMU-Bucharest comunicou à Geotronics que a sua proposta tinha obtido parecer favorável e que o contrato de fornecimento seria apresentado à entidade adjudicante para aprovação.

Por ofício telecopiado de 10 de Março de 1994, a Comissão informou a recorrente de que rejeitara a sua proposta devido à origem dos produtos, que afinal eram provenientes da Suécia. No dia seguinte, a Comissão comunicou à PMU-Bucharest que, de entre as propostas recebidas, apenas a que fora apresentada por uma empresa alemã (concorrente da Geotronics) preenchia os requisitos fixados pelo anúncio do concurso e convidou as autoridades romenas a entrar em contacto com essa empresa para adjudicar o contrato de fornecimento.

Em 19 de Novembro de 1993, a Comissão informou a recorrente de que tinha dúvidas sobre a origem dos aparelhos propostos e pediu informações adicionais a esse respeito. A Geotronics respondeu, por carta de 14 de Dezembro de 1993, declarando que os taqueómetros em questão eram fabricados no Reino Unido.

5. A PMU-Bucharest celebrou o contrato com essa empresa, informando disso a Comissão e a Geotronics em 17 de Maio de 1994. Informou ainda a Geotronics de que não podia adjudicar-lhe o contrato porque a sua proposta não preenchia os requisitos fixados no anúncio do concurso.

4. Em 2 de Março de 1994, a recorrente avisou a Comissão de que tivera conhecimento de que a sua proposta iria ser recusada por o equipamento proposto ser de origem sueca. A recorrente propôs contudo à Comissão que reabrisse o concurso, considerando que a entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 1994, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «acordo EEE») <sup>4</sup> modificara a situação quanto aos critérios do anúncio relativos à origem das mercadorias, equiparando substancialmente, também para efeitos do concurso, as mercadorias provenientes dos Estados partes no acordo EEE às mercadorias originárias dos Estados-Membros da Comunidade.

Entretanto, em 29 de Abril de 1994, a Geotronics interpôs recurso no Tribunal de Primeira Instância, pedindo a anulação da decisão da Comissão de 10 de Março de 1994 e uma indemnização pelo prejuízo que lhe foi causado devido ao comportamento da própria Comissão.

#### O acórdão do Tribunal de Primeira Instância

6. No acórdão que é objecto do presente recurso, o Tribunal de Primeira Instância, como já se referiu, negou provimento ao recurso da Geotronics, julgando-o inadmissível e parcialmente improcedente.

<sup>4</sup> — JO 1994, L 1, p. 3.

Em primeiro lugar, considerando que o ofício da Comissão de 10 de Março de 1994 não constituía um acto susceptível de produzir efeitos jurídicos vinculativos na esfera da recorrente, o Tribunal de Primeira Instância julgou inadmissível o pedido da sua anulação.

7. Para chegar a essa conclusão, o Tribunal de Primeira Instância recordou antes de mais que o programa PHARE é financiado pelo orçamento geral da União Europeia e que os respectivos contratos são adjudicados em conformidade com o Regulamento Financeiro de 21 de Dezembro de 1977<sup>5</sup>. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância descreveu as competências confiadas respectivamente à Comissão e aos Estados beneficiários das ajudas pelas disposições do referido regulamento, na versão alterada pelo Regulamento (CEE) n.º 610/90<sup>6</sup>. Nos termos destas disposições, enquanto a Comissão, na qualidade de gestora das ajudas, concede os créditos e garante o respeito das condições de igualdade e de economia na realização do concurso, o poder de adjudicar o contrato é da competência do Estado beneficiário do programa PHARE. Com efeito, é ao Estado que compete lançar os concursos, receber as propostas, presidir à abertura das mesmas, fixar os resultados e, sobretudo, assinar os contratos de fornecimento, os aditamentos e os orçamentos. A esse propósito, o Tribunal de Primeira Instância salienta que, como a própria recorrente admitiu na audiência, o Governo romeno teria a liberdade, não obstante a recusa da Comissão de conce-

der à sua proposta o benefício da ajuda comunitária, de lhe adjudicar o contrato em questão<sup>7</sup>.

Perante estes elementos, segundo o Tribunal de Primeira Instância, os concursos financiados pelo programa PHARE são considerados concursos nacionais que vinculam exclusivamente o Estado beneficiário e o operador económico, não se criando nenhuma relação jurídica entre os concorrentes e a Comissão. Esta limita-se a tomar, em nome da Comunidade, as decisões de financiamento, que, em princípio, poderiam não influir na escolha do contratante<sup>8</sup>. Em apoio desta conclusão, o Tribunal de Primeira Instância recorda, por analogia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de adjudicação dos concursos financiados pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento (a seguir «FED»)<sup>9</sup>.

8. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se sobre o pedido de

7 — Acórdão Geotronics/Comissão, n.º 27 a 30.

8 — Acórdão Geotronics/Comissão n.º 31 e 32.

9 — Acórdãos de 10 de Julho de 1984, STS/Comissão (126/83, Recueil, p. 2769, n.º 18 e 19); de 10 de Julho de 1985, CMC/Comissão (118/83, Recueil, p. 2325, n.º 28 e 29); de 14 de Janeiro de 1993, Italsolar/Comissão (C-257/90, Colect., p. I-9, n.º 22 e 26); e de 29 de Abril de 1993, Porafrique Burkinabe/Comissão (C-182/91, Colect., p. I-2161, n.º 23 e 24). Nestes acórdãos, o Tribunal de Justiça esclareceu que os concursos financiados pelo FED em conformidade com a Convenção entre os Estados de África, Caríbas e Pacífico e as Comunidades Europeias (ACP-CEE), nas versões respectivamente aplicáveis (segunda, terceira e primeira), são concursos nacionais que só aos representantes dos Estados beneficiários compete estipular, destinando-se as intervenções da Comissão unicamente a determinar se estão reunidos os pressupostos para o financiamento comunitário. E, na prática, o Tribunal de Justiça julgou inadmissíveis os recursos de anulação dos actos adoptados pela Comissão na realização dos respectivos concursos.

5 — Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral (JO L 356, p. 1; EE 01 F2 p. 90).

6 — Designadamente, as disposições contidas no título IX, relativo às ajudas externas, do Regulamento n.º 610/90 do Conselho, de 13 de Março de 1990 (JO L 70, p. 1) e, em especial, os seus artigos 107.º, 108.º, n.º 2, e 109.º, n.º 3.

indemnização dos prejuízos que a recorrente afirmou ter sofrido devido ao facto de o acordo EEE não ter sido aplicado ao caso, julgando-o improcedente por não existir qualquer comportamento ilícito da Comissão em todo o processo.

operador económico e o Estado romeno, que não é parte no acordo EEE <sup>12</sup>.

### O recurso

A esse respeito, o Tribunal de Primeira Instância recordou que o acordo EEE apenas produz efeitos a partir da sua entrada em vigor, isto é, desde 1 de Janeiro de 1994, enquanto o quadro jurídico do procedimento de adjudicação do concurso em questão, designadamente no que respeita à condição relativa à origem dos produtos em causa, já estava fixado no anúncio do concurso limitado publicado pela Comissão em nome do Governo romeno em 9 de Julho de 1993 <sup>10</sup>. Foi com razão que a Comissão, ao adoptar a decisão controvertida, se baseou nas condições gerais por si definidas no concurso limitado de 9 de Julho de 1993. Em definitivo, a entrada em vigor do acordo EEE não era susceptível de conferir à recorrente direitos que ela não podia invocar no momento da publicação das condições gerais do concurso <sup>11</sup>.

9. Finalmente, segundo o Tribunal de Primeira Instância, o acordo EEE não podia aplicar-se naquele caso: com efeito, o contrato para cuja celebração o concurso fora lançado vinculava, como se viu, apenas o

10. No presente processo, como já foi referido, a Geotronics interpõe recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, pedindo ao Tribunal de Justiça a anulação do mesmo, bem como da decisão contida no ofício de 10 de Março de 1994.

O recurso tem como fundamento o erro de direito que o Tribunal de Primeira Instância teria cometido ao julgar inadmissíveis os pedidos de anulação do ofício de 10 de Março de 1994. A recorrente alega, em especial, que esse ofício era uma verdadeira decisão na acepção do artigo 173.º do Tratado, que produziu efeitos jurídicos vinculativos para o destinatário e era, portanto, susceptível de recurso jurisdicional. A recorrente sustenta que a Comissão desempenha em concreto um papel significativo e determinante no desenrolar do processo de adjudicação dos concursos relevantes para o programa PHARE, independentemente da circunstância de os contratos serem depois formalmente assinados pelo representante do Estado beneficiário da ajuda. A recorrente salienta o carácter meramente teórico da possibilidade, referida pelo Tribunal de Primeira Instância, de o Estado beneficiário celebrar

10 — Acórdão Geotronics/Comissão, n.ºs 48 e 49.

11 — Acórdão Geotronics/Comissão, n.ºs 53 e 54.

12 — Acórdão Geotronics/Comissão, n.º 55.

um contrato de fornecimento com um concorrente excluído do benefício do financiamento comunitário.

11. Quanto ao mérito, a recorrente repete substancialmente os argumentos aduzidos no Tribunal de Primeira Instância. Antes de mais, insiste em que o acordo EEE é aplicável sem excepções desde 1 de Janeiro de 1994 e, portanto, antes do ofício de 10 de Março de 1994. Segundo a recorrente, portanto, o anúncio do concurso publicado em 9 de Julho de 1993 continha, a partir de 1 de Janeiro de 1994, uma discriminação, que já não era permitida, em detrimento dos Estados partes no acordo EEE, que, por consequência, por força do artigo 4.º do mesmo acordo, deveria ser eliminada.

De qualquer modo, segundo a Geotronics, o acordo EEE deveria ser aplicável retroactivamente naquele caso, porque o quadro jurídico do anúncio do concurso, apesar de ter sido definido antes da entrada em vigor do acordo, se destinava a produzir efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1994.

12. Subsidiariamente, na hipótese de se confirmar a inadmissibilidade do recurso de anulação, a recorrente renova o seu pedido de indemnização invocando, nos termos do artigo 215.º, segundo parágrafo, do Tratado, a responsabilidade extracontratual da Comissão, por não ter aplicado o acordo EEE ao procedimento que é objecto de recurso. A recorrente pede que lhe seja reconhecido o direito a uma indemnização de 500 400 ecus

(acrescida de juros à taxa legal), a título de ressarcimento pelos prejuízos sofridos.

#### Quanto ao fundamento relativo à admissibilidade

13. Como já se referiu, o Tribunal de Primeira Instância baseou a inadmissibilidade do recurso de anulação na inexistência, naquele caso, de um acto da Comissão susceptível de produzir efeitos jurídicos vinculativos em relação à recorrente. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, com efeito, «... os contratos financiados pelo programa PHARE devem ser considerados contratos nacionais que vinculam exclusivamente o Estado beneficiário e o operador económico», e «a preparação, a negociação e a celebração dos contratos apenas se fazem entre estes dois parceiros»; embora «não se [crie] nenhuma relação jurídica entre os concorrentes e a Comissão, uma vez que esta última se limita a tomar as decisões de financiamento em nome da Comunidade e os seus actos não podem ter como efeito substituir, em relação a eles, a decisão do Estado beneficiário do programa PHARE por uma decisão comunitária». Daí resultaria que «não existe, nesta matéria, um acto relativo aos concorrentes, emanado da Comissão e susceptível de ser objecto de recurso nos termos do artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado CE»<sup>13</sup>.

13 — Acórdão Geotronics/Comissão, n.ºs 31 e 32.

Em definitivo, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se na repartição de competências entre a Comissão e os Estados beneficiários do programa PHARE resultante das disposições aplicáveis e, tendo em conta as analogias existentes com o procedimento de adjudicação dos concursos financiados pelo FED, aplicou àquele caso (transpondo-a, precisamente, «por analogia») a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria. Como já se disse, segundo essa jurisprudência, é quase automática a inadmissibilidade dos recursos de anulação, interpostos por concorrentes excluídos, dos actos adoptados pela Comissão no âmbito da realização de concursos ao abrigo da Convenção de Lomé<sup>14</sup>.

esse acto reúne todas as condições exigidas pelo artigo 173.º para ser um acto impugnável, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

15. O artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado, recorde-o antes de mais, atribui a qualquer pessoa singular ou colectiva o direito de interpor recurso jurisdicional das decisões adoptadas, em relação a si, pelas instituições comunitárias.

14. Direi desde já que não concordo com a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância quanto a este ponto. Entendo, com efeito, que as particularidades daquele caso permitem abstrair da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de concursos financiados pelo FED, independentemente de qualquer crítica a essa jurisprudência.

Relativamente à questão específica da natureza do acto impugnável, o Tribunal de Justiça esclareceu por várias vezes que o que importa para os efeitos da admissibilidade da fiscalização jurisdicional não é a forma como o acto se apresenta exteriormente, mas a sua substância. Em especial, são impugnáveis, nos termos do artigo 173.º do Tratado, quaisquer actos destinados a produzir efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, alterando de modo claro a sua situação jurídica<sup>15</sup>.

Vendo bem, não me parece haver razão para o acto impugnado no presente processo escapar à fiscalização de legalidade instituída pelo Tratado, tendo em consideração não só a sua formulação literal, o seu conteúdo, os efeitos jurídicos que produziu em relação à recorrente, mas também o contexto jurídico e factual em que foi adoptado. Como veremos a seguir, da sua análise resulta, com efeito, que

16. Como resulta claramente dos autos, o acto cuja anulação a Geotronics pediu ao Tribunal de Primeira Instância é o ofício em que a Comissão a informou da rejeição da sua proposta, pelo motivo de os equipamentos

14 — Sobre a jurisprudência referida pelo Tribunal de Primeira Instância, v. *supra*, n.º 7 das presentes conclusões e nota 9.

15 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão (60/81, Recueil, p. 2639, n.ºs 8 e 9). Mas v. também um dos mais recentes acórdãos, de 23 de Novembro de 1995, Nutral/Comissão (C-476/93 R, Collect., p. I-4125, n.º 28).

propostos, de origem sueca, não preenchem os requisitos constantes do anúncio do concurso. O recurso baseava-se, segundo a recorrente, no facto de a Comissão ter decidido a sua exclusão em violação do direito comunitário, em especial do princípio da igualdade de tratamento entre produtos originários dos países da CEE e dos países da EFTA, aplicável desde a entrada em vigor do acordo EEE.

17. O ofício em questão fazia referência aos contactos havidos entre a Comissão e a Geotronics sobre a questão específica da origem dos produtos propostos, e ao facto de não só a análise da documentação fornecida pela recorrente, mas também os elementos que vieram a lume durante uma reunião realizada em Bruxelas entre os representantes de ambas as partes, terem demonstrado que os produtos propostos pela Geotronics eram, na realidade, de origem sueca. A Comissão declarou, portanto, que tinha de rejeitar a proposta da recorrente e que não podia aprovar a adjudicação do contrato (anteriormente proposta pela PMU-Bucharest) a esta última.

No mesmo ofício, aliás, a Comissão comunicou à Geotronics que não tencionava lançar novo concurso, dado que outra empresa tinha apresentado uma proposta que a própria Comissão considerava aceitável tanto do ponto de vista técnico como económico, e que preenchia os requisitos fixados no anúncio.

18. Nessas condições, não vejo como se possa negar que o ofício em questão constituiu um acto impugnável. Essa medida, adoptada expressamente apenas em relação à recorrente, implicou indiscutivelmente *por si* efeitos jurídicos vinculativos e definitivos para esta última, ou seja, a sua exclusão da participação no concurso em questão, ou melhor, naquele caso (isto é, havendo só duas propostas) a adjudicação automática do contrato ao outro concorrente. A situação jurídica da recorrente foi, portanto, alterada, com toda a evidência, do «modo claro» exigido pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.

De nada vale sustentar, a este respeito, que as autoridades nacionais teriam legitimidade, num caso deste tipo, para celebrar o contrato com o concorrente, mesmo tendo este último sido excluído do benefício do financiamento comunitário. Essa hipótese, de facto, é tão académica que não merece mais comentários.

19. Por outro lado, o que poderia objectar-se (e é este o argumento que parece mais relevante na fundamentação do acórdão impugnado) é que a Comissão, não sendo parte no contrato, não tem qualquer responsabilidade na celebração do contrato entre o Estado beneficiário e o contraente escolhido, e que a sua autonomia decisória permanece circunscrita aos limites das decisões relativas à admissibilidade do financiamento comunitário.

Este raciocínio, feito pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça no acórdão STS<sup>16</sup>, não pode todavia ser transposto *sic et simpliciter* ao caso presente. Naquele processo, de facto, o acto impugnado pela STS (empresa que tinha participado sem êxito num concurso financiado pelo FED) no seu recurso, que o Tribunal de Justiça julgou inadmissível, era o simples «visto» com que o delegado local da Comissão tinha aprovado os contratos *já adjudicados, negociados e assinados* entre as autoridades nacionais competentes e uma empresa diferente da recorrente. É manifesta a diferença substancial em relação ao caso ora em análise.

Ora, a circunstância de o Tribunal de Justiça, na fundamentação desse acórdão, não ter decidido retomar semelhante distinção e ter, em seguida, julgado inadmissíveis todos os recursos de anulação interpostos por concorrentes excluídos também no âmbito de hipóteses diferentes, não é de molde, em minha opinião, a alterar os termos do problema; e isto independentemente de quaisquer considerações sobre a jurisprudência que se formou nesta matéria<sup>19</sup>.

20. O próprio advogado-geral VerLoren van Themaat, ao sugerir ao Tribunal de Justiça que julgasse inadmissível o recurso da STS, precisou que essa solução se impunha naquele caso, não tanto porque o acto impugnado não produziu efeitos jurídicos para a recorrente, mas porque, sendo destinado à autoridade nacional adjudicante, não dizia directa e individualmente respeito à recorrente<sup>17</sup>. O advogado-geral não excluía, todavia, que outras soluções pudessem revelar-se mais oportunas em relação a casos diferentes e sublinhava a necessidade de apreciar cada caso com base nas suas particularidades<sup>18</sup>.

21. No presente caso, a recorrente impugnou sem dúvida uma decisão adoptada *em relação a ela* pela Comissão *no exercício das suas competências específicas*: ou seja, a decisão através da qual a Comissão informou a recorrente de que tinha concluído (*autonomamente*, com base em verificações organizadas, e em apreciações efectuadas, por iniciativa própria) que a sua proposta não preenchia os requisitos fixados no anúncio do concurso para obter o financiamento comunitário (e quais as consequências dessa apreciação). A recorrente impugnou essa decisão, como se viu, sustentando que fora adoptada em violação do princípio da igualdade de tratamento contido no acordo EEE.

16 — Referido na nota 9.

17 — Conclusões de 22 de Maio de 1984 (Recueil, p. 2781, n.º 4.2), em que se lê que «qualquer Estado-Membro pode, em todo o caso, interpor... recurso» do acto que tem por efeito excluir a empresa do financiamento comunitário.

18 — O advogado-geral VerLoren van Themaat observou a este respeito que, em relação a eventuais actos da Comissão de aprovação das *propostas* de adjudicação (adoptados, portanto, *antes* da escolha definitiva), «podemos perguntar se não seria desejável permitir interpor recurso para este Tribunal» (conclusões referidas, n.º 4.2). Observe-se que, naquela altura, se encontrava pendente o processo CMC/Comissão (referido na nota 9), sobre o qual o advogado-geral insistia em não querer tomar posição, tendo em consideração as diferenças de contexto factual.

19 — É sabido que a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de concursos financiados pelo FED não esteve, de facto, isenta de críticas. A doutrina dominante concorda em sustentar, a esse respeito, que essa jurisprudência tem grandes lacunas do ponto de vista da protecção jurisdiccional concreta dos sujeitos interessados. V., neste sentido, por exemplo: Brown — «Remedies of unsuccessful tenderers for E. D. F.-financed contracts», in *European Law Review*, 1985, pp. 421 e segs.; Bertolini — «Osservazioni a Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 1984, in causa 126/83», in *Foro Italiano*, 1988, col. 266 e segs.; e Kalugina — «Les voies de recours des entrepreneurs dans les marchés publics financés par le F. E. D.», in *Droit et pratique du commerce international*, 1988, pp. 511 e segs.

Perante estes elementos, não vejo a que outro órgão jurisdicional a recorrente poderia ter pedido a fiscalização do acto controvertido, sem ser ao órgão jurisdicional comunitário<sup>20</sup>.

22. A este respeito, a Comissão sustentou na audiência que, num caso deste tipo, o único recurso de que o concorrente dispõe é o de fazer valer os seus direitos nos órgãos jurisdicionais competentes do Estado beneficiário.

É evidente, todavia, que esse recurso não só estaria, em princípio, afastado, mas não poderia surtir qualquer efeito útil, tratando-se da fiscalização da legalidade de um acto que, em todos os sentidos e para todos os efeitos, é um acto comunitário. O recurso nacional poderia de facto ter por objecto, eventualmente, só os actos da competência das autoridades nacionais, como a adjudicação definitiva do concurso a outra empresa ou o respectivo contrato.

23. A decisão em que a Comissão determina que o concorrente não tem direito ao financiamento comunitário, decisão destinada a intervir (como de facto interveio) antes da adjudicação do concurso, é uma decisão

20 — No âmbito dos contratos financiados pelo programa PHARE, de facto, o concorrente excluído não tem sequer o direito de recorrer a um processo de arbitragem adequado, como o previsto na Convenção de Lomé e repetidamente indicado pela Comissão como recurso viável para os participantes excluídos dos concursos públicos financiados pelo FED. Note-se a este respeito que, estando esse procedimento de arbitragem expressamente limitado a regular as relações entre o Estado beneficiário e a empresa contraente, é contudo controversa a sua aplicação em relação à fase de adjudicação do concurso.

autónoma da Comissão que se inclui nas suas competências específicas e em cuja adopção não participam as autoridades do Estado beneficiário.

Contra tal decisão, susceptível de produzir efeitos jurídicos vinculativos e definitivos para o seu destinatário, deve poder admitir-se a possibilidade de recurso de anulação por violação do direito comunitário. Sustentar o contrário equivale, em minha opinião, a um entrenchamento atrás do débil escudo das autoridades e dos órgãos jurisdicionais nacionais, para privar a recorrente do seu direito à tutela jurisdicional. Isto representa, com toda a evidência, uma violação inadmissível das mais elementares regras em que se baseia a «Comunidade de direito» que os Tratados pretenderam instituir e em cujos valores o nosso Tribunal de Justiça se inspira desde sempre<sup>21</sup>.

21 — Vendo bem, foi a mesma lógica que esteve na base do despacho do Tribunal de Justiça de 5 de Agosto de 1983, CMC/Comissão (118/83 R, Recueil, p. 2583), proferido em resposta ao pedido de medidas provisórias apresentado pela recorrente (CMC) e em que se pretendia a suspensão, até à decisão definitiva do Tribunal de Justiça no processo principal, das decisões da Comissão que tinham tido o efeito de excluir a recorrente de um concurso na Etiópia. Nesse despacho, o presidente (em funções) Pescatore, pronunciando-se pela primeira vez sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar este tipo de litígios (competência essa contestada pela Comissão), declarou: «Não se pode considerar que, pelo facto de participar num concurso organizado ao abrigo da convenção por um Estado ACP, com a cooperação estreita das instituições da Comunidade... uma empresa da Comunidade se tenha colocado, a priori, fora da protecção jurisdicional que lhe é garantida pelas disposições do Tratado CEE»; e ainda: «... embora pareça indubitável que o contrato celebrado entre as autoridades do Estado ACP e o adjudicatário não está sujeito à competência do Tribunal de Justiça, não pode excluir-se a possibilidade de fiscalização jurisdicional exercida por força do Tratado CEE sobre os actos praticados pela Comissão no contexto do procedimento de adjudicação instituído pela convenção»; em conclusão, relativamente à questão da admissibilidade do recurso em causa: «... não é de excluir que uma análise aprofundada revele a existência de um acto da Comissão destacável do seu contexto e eventualmente susceptível de ser objecto de um pedido de anulação» (n.<sup>os</sup> 41, 44 e 47).

24. Resumindo, entendo que, no âmbito de um concurso financiado pelo programa PHARE, o concorrente excluído do benefício do financiamento comunitário deve ter a faculdade, em qualquer caso, de recorrer para o Tribunal de Justiça quando estejam reunidos os outros pressupostos do artigo 173.º do Tratado, para impugnar a procedência da decisão adoptada nesse sentido pela Comissão, que actua no exercício da sua competência. Contudo, não deixa de ser viável a impugnação da adjudicação do concurso (ou de outro acto que emane da autoridade nacional) perante o órgão jurisdicional competente do Estado beneficiário do programa PHARE.

No presente caso, em definitivo, entendo que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância deve ser anulado na parte em que julgou inadmissíveis os pedidos da Geotronics para anulação do ofício da Comissão de 10 de Março de 1994. Mas entendo que o Tribunal de Justiça pode pronunciar-se sobre o mérito desses pedidos, se não resta nenhuma averiguação a fazer quanto à matéria de facto.

#### Quanto ao mérito

25. O recurso de anulação interposto pela Geotronics, apesar de admissível, é improcedente. O acordo EEE, de facto, não era aplicável àquele caso *ratione temporis*, *ratione personae* e *ratione materiae*.

Antes de mais, as condições de realização do concurso em questão foram definitivamente fixadas no anúncio publicado em 9 de Julho

de 1993 e não há motivo para entender que tenham imediatamente sido alteradas implicitamente devido à entrada em vigor do acordo EEE. A aplicação retroactiva desse acordo ao caso presente, além de não ter fundamento legal, colidiria com as exigências de segurança jurídica.

Em segundo lugar, como observou com razão o Tribunal de Primeira Instância, o acordo EEE só é aplicável aos Estados que dele são partes e, portanto, não é aplicável à Roménia.

Finalmente, o acordo EEE, na sua versão actual, não abrange a matéria das ajudas externas, que inclui os fundos utilizados para a realização do programa PHARE. Além disso, é manifesto que essas ajudas são financiadas pelo orçamento geral das Comunidades, para o qual contribuem apenas os Estados-Membros da União.

#### Quanto ao pedido de indemnização

26. A inaplicabilidade do acordo EEE ao presente caso, que acabei de verificar, afasta quaisquer dúvidas quanto à eventual responsabilidade da Comissão nos termos do artigo 215.º, segundo parágrafo, do Tratado, e confirma a improcedência dos pedidos de indemnização apresentados pela recorrente e já rejeitados pelo Tribunal de Primeira Instância.

27. À luz das observações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«— anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 1995, no processo T-185/94, na parte em que julgou inadmissível o recurso da Geotronics para anulação do ofício da Comissão de 10 de Março de 1994, e julgue esse recurso admissível;

— negue provimento ao recurso por improcedente;

— negue provimento ao pedido de indemnização dos prejuízos que a recorrente afirma ter sofrido devido à decisão impugnada».