

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

20 de Setembro de 2011 *

No processo T-461/08,

Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, com sede em Atenas (Grécia), representada por N. Korogiannakis e P. Katsimani, advogados,

recorrente,

contra

Banco Europeu de Investimento (BEI), representado por C. Gómez de la Cruz e T. Pietilä, na qualidade de agentes, assistidos por J. Stuyck, advogado,

recorrido,

que tem por objecto, por um lado, um pedido de anulação da decisão do BEI de 31 de Janeiro de 2008 de não escolher a proposta submetida pela recorrente no quadro de um concurso para a prestação de serviços destinados a fornecer assistência à manutenção, ao apoio e ao desenvolvimento de um sistema informático e de adjudicar

* Língua do processo: inglês.

o contrato a outro concorrente, interposto com fundamento nos artigos 225.^º CE e 230.^º CE, e, por outro lado, um pedido de indemnização, apresentado com fundamento nos artigos 225.^º CE, 235.^º CE e 288.^º CE,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção),

composto por: I. Pelikánová (relatora), presidente, K. Jürimäe e M. van der Woude, juízes,

secretário: N. Rosner, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 17 de Novembro de 2010,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

¹ A recorrente, Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, é uma sociedade de direito grego, que opera no domínio da tecnologia da informação e das comunicações.

- 2 Por um anúncio de concurso de 13 de Setembro de 2007, publicado no Suplemento ao *Jornal Oficial da União Europeia* (JO S 176) sob a referência 2007/S 176-215155, o Banco Europeu de Investimento (BEI) lançou um concurso para a prestação de serviços destinados a fornecer uma «[a]ssistência a nível da manutenção, do apoio e do desenvolvimento do sistema “Loans Front Office” (Serapis)». Segundo a descrição que figura no anúncio de concurso e no caderno de encargos relativo ao referido concurso, o «Système efficace et rapide d'accès aux prêts et aux informations de support» (Serapis) é o instrumento de trabalho com base na «web» do «Front Office» do BEI no domínio dos empréstimos. Está concebido para funcionar como um portal centralizador de gestão de informação para os serviços competentes do BEI, que incluem as Direcções «Financiamentos na Europa», «Financiamentos fora da Europa», «Gestão de Riscos» e «Projectos» bem como o Serviço Jurídico. Apoia o processo interno das operações de empréstimo, desde a criação de uma operação, passando pela respectiva avaliação (validação), até à apresentação da «Note Conjointe» (assinatura), que dá então início ao processo previsto no quadro da parte da aplicação Informática do BEI, denominada «Force prêts», que permite às pessoas responsáveis pelo referido sistema administrá-lo e geri-lo (*Back Office*).
- 3 O anúncio de concurso previa a celebração de um acordo-quadro com uma duração de quatro anos com o proponente escolhido e a adjudicação a este último de contratos com base no acordo-quadro e correspondentes a encomendas específicas para projectos precisos. O anúncio de concurso e o caderno de encargos precisavam que o contrato seria adjudicado ao proponente que apresentasse a proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os critérios de adjudicação enunciados no caderno de encargos. Este último indicava a ponderação relativa dos critérios de adjudicação, ou seja, 75% dos pontos para os critérios técnicos, dos quais 15% dos pontos para o critério intitulado «Processo de gestão da qualidade», 45% dos pontos para o critério intitulado «Nível de conformidade das competências e qualificações do pessoal proposto» e 15% dos pontos para o critério intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», e 25% dos pontos para o critério financeiro.

- ⁴ Por carta de 31 de Outubro de 2007, o BEI comunicou a todas as pessoas que apresentaram pedidos de clarificação relativos ao concurso uma lista de «Perguntas e respostas» relativas ao concurso em causa.
- ⁵ Em 9 de Novembro de 2007, data-limite fixada para a recepção das propostas (ponto IV.3.5 do anúncio de concurso), a recorrente apresentou uma proposta.
- ⁶ No total, o BEI recebeu sete propostas, as quais foram examinadas pelo comité de avaliação. No decurso das duas primeiras etapas do processo, ou seja, a fase de exclusão (ponto 6.1 do caderno de encargos) e a fase de selecção (ponto 6.2 do caderno de encargos), todos os proponentes foram admitidos. No decurso da última etapa, a fase de avaliação comparativa das propostas e de adjudicação do contrato (ponto 7 do caderno de encargos), para a qual estava previsto, num primeiro momento, examinar as propostas dos proponentes admitidos unicamente à luz dos critérios técnicos e afastar as propostas que não obtivessem os mínimos definidos pelo caderno de encargos e, num segundo momento, examinar as propostas que não tivessem sido afastadas em sede de avaliação técnica à luz do critério financeiro, só cinco propostas, entre as quais a da recorrente, foram examinadas à luz do referido critério, dado que as outras duas não tinham alcançado os limites mínimos definidos no caderno de encargos por ocasião da avaliação técnica. Na sequência da avaliação comparativa das propostas, o comité de avaliação atribuiu a melhor nota global à proposta da Sybase BVBA (a seguir «proponente escolhido»), tendo a proposta da recorrente sido classificada em segundo lugar. Atendendo à avaliação efectuada pelo comité de avaliação, o BEI tomou a decisão, em 31 de Janeiro de 2008, de não escolher a proposta submetida pela recorrente e de adjudicar o contrato ao proponente escolhido (a seguir, «decisão impugnada»), depois de ter discutido certos elementos da sua proposta com este último por ocasião de uma reunião em 29 de Janeiro de 2008.
- ⁷ Em 18 de Fevereiro de 2008, o BEI enviou cartas a todos os proponentes, com exceção da recorrente, para os informar de que o contrato tinha sido adjudicado ao proponente escolhido.

- 8 Em 12 e 17 de Junho de 2008, o acordo-quadro foi assinado, respectivamente, pelo BEI e pelo proponente escolhido e começou a produzir efeitos em 16 de Junho de 2008.
- 9 Por carta de 31 de Julho de 2008, após ter tomado conhecimento do anúncio de adjudicação de contrato publicado no Suplemento ao *Jornal Oficial* (JO S 144) sob a referência 2008/S 144-192307, a recorrente queixou-se ao BEI da inobservância do caderno de encargos e do direito aplicável aos procedimentos de concurso, na medida em que não tinha sido informada, em tempo útil, da decisão impugnada. Convidou o BEI a suspender o procedimento de adjudicação e a assinatura do acordo-quadro ou, eventualmente, a anular este último. Além disso, pediu informações relativas ao procedimento de concurso, designadamente os nomes do proponente escolhido, dos parceiros do agrupamento que este teria constituído para responder ao concurso e dos seus subcontratantes, as notas atribuídas, relativamente a cada um dos critérios de adjudicação, à sua proposta e à do proponente escolhido, os elementos de comparação entre a sua proposta e a do proponente escolhido, designadamente no plano financeiro, bem como uma cópia pormenorizada dos relatórios do comité de avaliação relativos à sua proposta e à do proponente escolhido.
- 10 Por carta de 1 de Agosto de 2008, o BEI deu à recorrente indicações sobre a ponderação relativa dos critérios de adjudicação. Indicou igualmente que o contrato tinha sido adjudicado ao proponente escolhido e, relativamente a cada um dos critérios de adjudicação, apresentou a distribuição dos pontos atribuídos à proposta da recorrente e dos atribuídos à proposta do proponente escolhido. Indicou que a proposta da recorrente tinha recebido 22,03 pontos (em 35 pontos disponíveis), ao passo que a proposta do proponente escolhido tinha recebido 29,36 (em 35 pontos disponíveis).
- 11 No mesmo dia, considerando ter recebido apenas uma pequena parte das informações solicitadas, a recorrente enviou nova carta ao BEI, pedindo-lhe que respondesse a todas as questões suscitadas na sua carta de 31 de Julho, que lhe fornecesse a fundamentação da decisão impugnada e que lhe indicasse se o acordo-quadro já tinha sido assinado com o proponente escolhido. Caso contrário, a recorrente pedia ao BEI que suspendesse a assinatura do referido contrato na pendência do exame pormenorizado do seu recurso.

- 12 Em 6 de Agosto de 2008, o BEI acusou a recepção da carta da recorrente. Por carta de 14 de Agosto de 2008, admitiu ter cometido um «erro administrativo» ao não ter informado a recorrente, por carta oficial, dos resultados da avaliação comparativa das propostas, pelo que pedia desculpa. Acrescentou que o procedimento de concurso era globalmente válido e que o erro administrativo cometido não constituía uma irregularidade substancial que justificasse a suspensão ou a anulação do acordo-quadro concluído com o proponente escolhido.
- 13 Em 1 de Setembro de 2008, a recorrente enviou uma nova carta ao BEI, na qual apontava certas irregularidades de que, em sua opinião, padecia o procedimento de concurso. Segundo a recorrente, o BEI confundiu os critérios de selecção dos proponentes e os critérios de adjudicação do contrato. Além disso, utilizou critérios de adjudicação discriminatórios ou imprecisos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbiam de informar os proponentes, em tempo útil, da decisão de adjudicação do contrato e de lhes dar um período de *status quo* para garantir o seu direito de recurso, não seguiu um procedimento suficientemente transparente, violou o princípio da igualdade de tratamento, não fundamentou a decisão impugnada e utilizou uma fórmula por ocasião da avaliação comparativa das propostas que teve por efeito neutralizar o princípio da «proposta economicamente mais vantajosa», privilegiando as propostas que previam o preço mais elevado.
- 14 Em 10 de Setembro de 2008, o BEI acusou a recepção da carta da recorrente de 1 de Setembro de 2008 e informou-a de que a mesma tinha sido transmitida, para análise, ao serviço das reclamações e que lhe seria dada resposta, o mais tardar, em 27 de Outubro de 2008.
- 15 Em 27 de Outubro de 2008, o BEI enviou uma carta à recorrente informando-a de que não daria sequência à sua reclamação, uma vez que a recorrente tinha, em 6 de Outubro de 2008, desencadeado um processo no Tribunal Geral.

Tramitação processual e pedidos das partes

- ¹⁶ Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 6 de Outubro de 2008, a re-corrente interpôs o presente recurso.
- ¹⁷ Em 30 de Janeiro de 2009, o BEI apresentou a sua contestação.
- ¹⁸ A réplica e a tréplica foram apresentadas, respectivamente, em 15 de Abril e em 15 de Junho de 2009.
- ¹⁹ Sob proposta do juiz-relator, o Tribunal Geral (Segunda Secção), no quadro das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do seu Regulamento de Processo, convidou o BEI a responder à questão de saber qual era a autoridade que, na sua orgânica interna, tinha adoptado a decisão impugnada e a fornecer-lhe esta última ou qualquer outro documento equivalente.
- ²⁰ O BEI satisfez este pedido dentro do prazo estabelecido. Por carta apresentada em 15 de Dezembro de 2009, indicou que, em conformidade com as suas regras internas e com as práticas existentes na época dos factos, a decisão impugnada tinha sido adoptada pelo director do departamento das tecnologias da informação, posteriormente integrado na direcção-geral de estratégia, antes de ser confirmada pelo presidente do BEI, previamente à assinatura do acordo-quadro com o proponente escolhido. Além disso, apresentou uma «nota interna» de 31 de Janeiro de 2008, com a referência SCC/IT/FLA/2008-015/kr (a seguir «nota de 31 de Janeiro de 2008»), contendo a decisão do referido director de adjudicar o contrato ao proponente escolhido, bem como a folha de avaliação consolidada do comité de avaliação, que figurava em anexo à referida nota.

- 21 Por carta apresentada em 8 de Janeiro de 2010, a recorrente deu a conhecer as suas observações sobre a nota de 31 de Janeiro de 2008. Atendendo às informações contidas na referida nota, suscitou um novo fundamento.
- 22 Por carta apresentada em 26 de Janeiro de 2010, o BEI deu a conhecer as suas observações sobre o novo fundamento suscitado pela recorrente na carta apresentada em 8 de Janeiro de 2010.
- 23 Tendo a composição das secções do Tribunal Geral sido alterada, o juiz-relator foi afectado à Quarta Secção, à qual o presente processo foi, por conseguinte atribuído.
- 24 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Quarta Secção) decidiu dar início à fase oral.
- 25 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas colocadas pelo Tribunal na audiência de 17 de Novembro de 2010.
- 26 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- anular a decisão impugnada;
 - condenar o BEI a indemnizá-la pelo prejuízo que sofreu no quadro do procedimento de concurso, em razão do carácter ilegal da decisão impugnada, cujo montante avalia em 1 940 000 euros;

- condenar o BEI nas despesas, mesmo que seja negado provimento ao recurso.

²⁷ O BEI conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

- julgar o pedido de anulação improcedente;
- declarar o pedido de indemnização inadmissível ou, subsidiariamente, improcedente;
- condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

1. Quanto à admissibilidade do recurso

²⁸ A título liminar, importa sublinhar que, no que respeita especificamente à questão da aplicabilidade no tempo das regras que estabelecem os requisitos de admissibilidade de um recurso, resulta de jurisprudência assente que, por um lado, em conformidade com o adágio *tempus regit actum*, a questão da admissibilidade de um recurso deve ser decidida com base nas regras em vigor na data em que o recurso foi interposto (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Maio de 1973, Campogrande/Comissão, 60/72, Colect., p. 489, n.º 4; v. igualmente, neste sentido e por analogia, despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 22 de Fevereiro de 2008, Kozlowski, C-66/08, não

publicado na Colectânea, n.º 7) e que, por outro lado, os requisitos de admissibilidade do recurso são apreciados no momento em que a petição é apresentada (acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Abril de 2002, Espanha/Conselho, C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 e C-22/01, Colect., p. I-3439, n.º 23; acórdãos do Tribunal Geral de 21 de Março de 2002, Shaw e Falla/Comissão, T-131/99, Colect., p. II-2023, n.º 29, e de 9 de Julho de 2008, Alitalia/Comissão, T-301/01, Colect., p. II-1753, n.º 37).

- ²⁹ Dado que o presente recurso foi interposto em 6 de Outubro de 2008, as questões sobre a sua admissibilidade devem ser apreciadas à luz das disposições em vigor nessa data, isto é, as disposições do Tratado CE, e não das novas disposições, correspondentes, do Tratado FUE, que entraram em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

Quanto à competência do Tribunal Geral

Argumentos das partes

- ³⁰ A recorrente alega que o pedido de anulação da decisão impugnada, apresentado com fundamento no artigo 230.º CE, é admissível. Afirma que o Protocolo relativo aos estatutos do BEI, anexo ao Tratado CE (a seguir «estatutos») não prevê um mecanismo completo de fiscalização da legalidade dos actos do BEI. Isso não significa porém que tal fiscalização seja impossível. No acórdão de 23 de Abril de 1986, Os Verdes/Parlamento Europeu (294/83, Colect., p. 1339, n.ºs 23 a 25), o Tribunal de Justiça declarou que, dado que a Comunidades Europeia é uma comunidade de direito, os actos de todos os seus órgãos devem ser susceptíveis de fiscalização jurisdicional quando produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros. Atendendo ao Tratado CE e aos seus estatutos, a recorrente considera que o BEI é um órgão, ou mesmo uma instituição, da Comunidade e que os seus actos, quando produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros, devem estar submetidos a uma fiscalização da legalidade exercida pelo Tri-

bunal de Justiça. O facto de os actos do BEI não serem expressamente mencionados no artigo 230.º CE não constitui um obstáculo a este respeito. Considera ainda que o Tribunal de Justiça definiu um duplo critério para concluir pela aplicação do artigo 230.º CE aos actos das autoridades e das agências comunitárias, que assenta na resposta à questão de saber se a autoridade em causa é ou não citada no artigo 230.º CE e se os seus actos estão sujeitos ou não a uma fiscalização jurisdicional suficiente.

³¹ O BEI considera igualmente que o pedido de anulação da recorrente é admissível. Convida o Tribunal Geral a estabelecer claramente a sua competência para conhecer de um pedido de anulação de uma das suas decisões que rejeita uma proposta submetida por uma pessoa e que adjudica o contrato público em causa a outra pessoa, bem como para conhecer do pedido de indemnização do prejuízo pretensamente sofrido em razão dessa decisão, na medida em que, no Luxemburgo, o Tribunal administratif afirmou erradamente a sua própria competência na matéria, por sentença de 26 de Setembro de 2007 (n.º 22447 do registo daquele tribunal), confirmado, em sede de recurso, por acórdão da Cour administrative de 21 de Fevereiro de 2008 (n.º 23620C do registo deste último). Com efeito, no seu acórdão de 2 de Dezembro de 1992, SGEEM e Etroy/BEI (C-370/89, Colect., p. I-6211), o Tribunal de Justiça declarou-se competente para conhecer de uma acção de indemnização intentada por uma sociedade, fundada na pretensa ilegalidade da decisão do BEI de não lhe adjudicar um contrato de empreitada de obras públicas. Além disso, no seu acórdão de 8 de Outubro de 2008, Sogelma/AER (T-411/06, Colect., p. II-2771, n.ºs 42 e 43), o Tribunal Geral declarou, em aplicação da jurisprudência Os Verdes/Parlamento Europeu (v. n.º 30, *supra*), que as decisões tomadas por um órgão comunitário, naquele caso a Agência Europeia de Reconstrução (AER), no quadro de um procedimento de concurso, quando produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros, constituem actos impugnáveis perante o Tribunal Geral. O BEI entende portanto que, na sua qualidade de órgão administrativo comunitário, deve ser tratado da mesma maneira, quando adopta decisões que produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros no quadro dos seus procedimentos de concurso ou do tratamento dos pedidos de acesso aos seus documentos. Em contrapartida, o BEI sustenta que as suas decisões no âmbito das suas actividades de empréstimos, ou seja, quando intervém nos contratos financeiros, do mesmo modo que qualquer outro organismo bancário, não estão sujeitas à fisca-

lização do Tribunal Geral (despacho do Tribunal Geral de 26 de Novembro de 1993, Tête e o./BEI, T-460/93, Colect., p. II-1257, n.º 20).

Apreciação do Tribunal Geral

- ³² As partes no presente litígio estão de acordo em considerar, no caso em apreço, que o Tribunal Geral é competente para conhecer do presente pedido de anulação. Todavia, dado que a competência do Tribunal Geral é uma questão de ordem pública, pode ser examinada oficiosamente por este (v. acórdão do Tribunal Geral de 15 de Março de 2005, GEF/Comissão, T-29/02, Colect., p. II-835, n.os 72 a 74, e jurisprudência referida; v. igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1979, Simmenthal/Comissão, 92/78, Colect., p. 407, n.os 21 e 22). Por conseguinte, o Tribunal Geral não está vinculado pela posição das partes relativamente à sua competência para conhecer do presente recurso, incumbindo-lhe examinar se não deverá, ouvidas as partes, suscitar oficiosamente a questão da sua incompetência para conhecer, total ou parcialmente, do referido recurso. Isso afigura-se tanto mais justificado, nas circunstâncias do caso vertente, quanto um juiz nacional afirmou a sua própria competência para conhecer da legalidade de uma decisão do BEI que rejeita uma proposta submetida por uma pessoa e que adjudica a outra pessoa o contrato público em causa, celebrado pelo BEI por sua própria conta.
- ³³ Nos termos dos artigos 5.º CE, 10.º CE, 297.º CE e do artigo 307.º, primeiro parágrafo, CE, bem como do Tratado UE, em especial do artigo 5.º UE, o Tribunal de Justiça exerce as suas atribuições nas condições e com os fins previstos pelas disposições dos Tratados CE e UE. As competências do Tribunal Geral são as enumeradas nos artigos 225.º CE e 140.º-A EA, tal como precisadas pelo artigo 51.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

- 34 A questão da competência do Tribunal Geral para conhecer de um recurso que connaît simultaneamente um pedido de anulação de um ato do BEI lesivo dos interesses de um terceiro e um pedido de indemnização do prejuízo resultante, para o referido terceiro, do comportamento ilegal do BEI deve ser decidida à luz dos estatutos, na sua versão aplicável no momento dos factos, em especial do seu artigo 29.º, primeiro parágrafo, bem como do artigo 225.º, n.º 1, CE, do artigo 235.º CE, do artigo 237.º CE e do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, assim como, sendo caso disso, do artigo 230.º CE.
- 35 O artigo 29.º, primeiro parágrafo, dos estatutos prevê que «[o]s litígios entre o Banco, por um lado, e os seus credores, devedores ou quaisquer terceiros, por outro, serão resolvidos pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes, sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça». Por outro lado, o Tribunal de Justiça reconheceu que tanto o Tratado CE como o referido artigo não obstavam à competência do Tribunal de Justiça para conhecer dos litígios relativos ao BEI, acrescentando que esta última disposição reservava expressamente as competências que lhe eram atribuídas pelo Tratado CE (v., neste sentido, acórdão SGEEM e Etroy/BEI, n.º 31, *supra*, n.os 17 e 18).
- 36 O presente litígio opõe o BEI a uma sociedade de direito grego não submetida à sua fiscalização e que, portanto, deve ser considerada um terceiro, na acepção do artigo 29.º, primeiro parágrafo, dos estatutos. Em conformidade com a redacção desta última disposição, a questão de saber se um litígio como o presente é da competência do Tribunal de Justiça ou dos órgãos jurisdicionais nacionais e, eventualmente, se é da competência do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Geral impõe que se faça uma referência às disposições do Tratado CE.
- 37 No que respeita, por um lado, ao pedido de anulação da decisão impugnada, é, em primeiro lugar e na medida em que se trata de uma disposição especial, da interpretação do artigo 237.º CE, lido em conjugação com o artigo 225.º, n.º 1, CE, que depende a questão de saber se o Tribunal Geral é competente para dele conhecer.

³⁸ O artigo 237.º CE enuncia o seguinte:

«Nos limites a seguir indicados, o Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos litígios respeitantes:

- a) À execução das obrigações dos Estados-Membros, decorrentes dos [estatutos]. O Conselho de Administração do [BEI] dispõe, para o efeito, dos poderes atribuídos à Comissão no artigo 226.º [CE, relativo ao incumprimento, por parte de um Estado-Membro, de uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CE];
- b) Às deliberações do Conselho de Governadores do [BEI]. Qualquer Estado-Membro, a Comissão e o Conselho de Administração do [BEI] podem interpor recurso nesta matéria, nos termos do artigo 230.º [CE];
- c) Às deliberações do Conselho de Administração do [BEI]. Os recursos destas deliberações só podem ser interpostos, nos termos do artigo 230.º [CE], pelos Estados-Membros ou pela Comissão e apenas por violação das formalidades previstas nos n.^{os} 2 e 5 a 7, inclusive, do artigo 21.º dos [estatutos];

[...]»

³⁹ Resulta, além disso, do artigo 225.º, n.^º 1, CE que só o Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos recursos referidos no artigo 237.º CE.

- 40 A fim de verificar se a decisão impugnada se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 237.º CE, importa recordar a competência dos diferentes órgãos do BEI.
- 41 Nos termos do artigo 8.º dos estatutos, o BEI é administrado e gerido por um Conselho de Governadores, um Conselho de Administração e um Comité Executivo.
- 42 Em conformidade com o artigo 9.º dos estatutos, o Conselho de Governadores adopta as directivas gerais relativas à política de crédito do BEI e, em especial, decide o aumento do capital subscrito, aprova o relatório anual elaborado pelo Conselho de Administração bem como o balanço anual e a conta de ganhos e perdas e aprova o regulamento interno do BEI, pelo que tem competência exclusiva para organizar o funcionamento interno dos serviços no interesse de uma boa administração (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2003, Comissão/BEI, C-15/00, Colect., p. I-7281, n.ºs 67 e seguintes). Nos termos do artigo 11.º dos estatutos, o Conselho de Administração tem competência para decidir da concessão de financiamentos, designadamente sob a forma de créditos e de garantias e da contracção de empréstimos, fixa as taxas de juro dos empréstimos concedidos, bem como as comissões e outros encargos, fiscaliza a boa administração do BEI e assegura a conformidade da gestão do Banco com o Tratado CE, com os estatutos e com as directivas gerais estabelecidas pelo Conselho de Governadores. Segundo o artigo 11.º, n.º 2, sétimo parágrafo, dos estatutos, o presidente do BEI ou, na falta deste, um dos vice-presidentes do Comité Executivo preside às reuniões do Conselho de Administração, sem direito a voto. Nos termos do artigo 13.º dos estatutos, o Comité Executivo é o órgão executivo colegial e permanente do BEI. Sob a autoridade do presidente e sob a fiscalização do Conselho de Administração, assegura a gestão dos assuntos correntes do BEI e prepara as decisões do Conselho de Administração, cuja execução deve em seguida assegurar. O presidente do BEI preside às reuniões do Comité Executivo. Os membros do Comité Executivo são responsáveis unicamente perante o BEI. São nomeados pelo Conselho de Governadores, sob proposta do Conselho de Administração, por um período de seis anos, renovável.

- ⁴³ Resulta da resposta do BEI à questão submetida pelo Tribunal, bem como da nota de 31 de Janeiro de 2008, que a decisão impugnada foi tomada pelo director do departamento das tecnologias da informação, posteriormente integrado na direcção-geral de estratégia do BEI. Segundo este último, tal decisão foi em seguida confirmada pelo presidente do BEI, antes da assinatura do acordo-quadro com o proponente escolhido, em 12 e 17 de Junho de 2008 (v. n.º 20, *supra*). Embora nenhuma prova da confirmação da decisão impugnada pelo presidente do BEI figure nos autos, tal confirmação deve presumir-se constituir um facto assente, para efeitos do presente processo, uma vez que não é contestada pela recorrente. Se a decisão impugnada foi assim adoptada «sob a autoridade» do presidente do BEI, pode concluir-se que esta se enquadrava na «gestão dos assuntos correntes» do BEI na acepção do artigo 13.º, n.º 3, dos estatutos e, portanto, na esfera de competência do Comité Executivo (v., neste sentido, acórdão Comissão/BEI, n.º 42, *supra*, n.º 66), o qual tem precisamente por missão assegurar a gestão dos assuntos correntes do BEI, sob a autoridade do seu presidente. Com efeito, nenhum indício permite no caso vertente duvidar de que a adjudicação de um contrato público celebrado por sua própria conta se enquadre na «gestão dos assuntos correntes» do BEI.
- ⁴⁴ Assim, há que considerar que a decisão impugnada não se enquadrava na esfera de competência do Conselho de Governadores nem na do Conselho de Administração, que não pode, por conseguinte, ser imputada a um nem a outro destes órgãos do BEI e que, portanto, não está abrangida pelas disposições especiais do artigo 237.º CE.
- ⁴⁵ Resta assim examinar a questão de saber se o Tribunal pode conhecer de um recurso de anulação de um ato definitivo do BEI, que produz efeitos jurídicos em relação a um terceiro, com fundamento nos artigos 225.º CE e 230.º CE.
- ⁴⁶ Importa, em primeiro lugar, recordar que a Comunidade é uma comunidade de direito no sentido de que nem os seus Estados-Membros nem as suas instituições escapam ao controlo da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que

é o Tratado CE, e que este estabeleceu um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições (v. acórdão Comissão/BEI, n.º 42, *supra*, n.º 75, e jurisprudência referida). Isto está igualmente em conformidade com o objectivo prosseguido pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de Dezembro de 2000 (JO C 364, p. 1, a seguir «Carta»), a qual, embora não dotada de força jurídica vinculativa antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de Dezembro de 2009, demonstra a importância, na ordem jurídica comunitária, dos direitos que enuncia (acórdão do Tribunal Geral de 15 de Janeiro de 2003, Philip Morris International e o./Comissão, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 e T-272/01, Colect., p. II-1, n.º 122). Ao abrigo deste último artigo, toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção efectiva e a um tribunal imparcial. Embora não seja uma instituição da União, o BEI não deixa de constituir um organismo comunitário instituído e dotado de personalidade jurídica pelo Tratado CE, estando portanto, a este título, sujeito ao controlo do Tribunal de Justiça, designadamente nos termos previstos do artigo 237.º, alínea b), CE (v. acórdão Comissão/BEI, n.º 42, *supra*, n.º 75, e jurisprudência referida).

⁴⁷ Em segundo lugar, há que ter em conta que o artigo 237.º CE contém uma disposição especial que apenas é aplicável a certos litígios do BEI e que, por conseguinte, tem um alcance limitado e complementar em relação a outros artigos do Tratado CE, como o artigo 236.º CE (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1976, Mills/BEI, 110/75, Colect., p. 955, n.os 16 e 17, e SGEM Etroy/BEI, n.º 31, *supra*, n.º 17). Além disso, há que salientar que o artigo 237.º CE e o artigo 29.º, primeiro parágrafo, dos estatutos devem ser entendidos à luz do artigo 267.º CE, que prevê que o BEI «tem por missão contribuir, recorrendo ao mercado de capitais e utilizando os seus próprios recursos, para o desenvolvimento equilibrado e harmonioso do mercado comum no interesse da Comunidade» e que «facilita, mediante a concessão de empréstimos e de garantias, sem prosseguir qualquer fim lucrativo, o financiamento dos [...] projectos, em todos os sectores da economia», bem como das disposições dos estatutos citadas no n.º 37, *supra*, das quais resulta que a principal missão do Comité Executivo é preparar e dar execução às decisões em matéria de empréstimos e de garantias ou de conclusão de empréstimos adoptadas pelo Conselho de Administração em conformidade com as linhas gerais aprovadas pelo Conselho de Governadores (v., neste sentido e por analogia, conclusões do advogado-geral F.G. Jacobs no processo

Comissão/BEI, n.º 42, *supra*, Colect., p. I-7290, n.ºs 75 a 78). Embora as disposições dos estatutos não excluam inteiramente a possibilidade de o Comité Executivo tomar, no quadro da gestão dos assuntos correntes do BEI, decisões que produzam efeitos jurídicos em relação a terceiros, delas resulta no entanto claramente que tais decisões são adoptadas ou devem normalmente ser adoptadas pelo Conselho de Governadores ou pelo Conselho de Administração.

⁴⁸ A falta de referência ao Comité Executivo no texto do artigo 237.º CE é o reflexo desta repartição de competências no BEI. Na medida em que é suposto, regra geral, que o Comité Executivo prepare, e não adopte, as decisões destinadas a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, na acepção do artigo 29.º, primeiro parágrafo, dos estatutos, os redactores do Tratado CE não consideraram que uma fiscalização jurisdicional dos seus actos fosse necessária. Podemos aqui estabelecer um paralelo com o artigo 230.º CE, que prevê que os actos definitivos e que produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros adoptados pelas instituições e pelo BCE são impugnáveis, ao passo que as medidas que apenas servem para preparar a adopção de tais actos não o são. Neste sentido, no n.º 18 do despacho Tête e o./BEI, n.º 31, *supra*, o Tribunal salientou que «o BEI manteve a sua missão original, que é de conceder empréstimos e garantias (v. os artigos 129.º e 130.º [CEE] e os artigos 198.º-D e 198.º-E [CE])», e que, «[e]m relação a terceiros que não beneficiem nem dos empréstimos nem das garantias do BEI, este não adopta por isso decisões que produzam efeitos jurídicos». Este raciocínio não pode porém ser válido num caso em que, como no caso vertente, ficou demonstrado que o Comité Executivo adoptou uma decisão que produz efeitos jurídicos definitivos em relação a um terceiro. Numa comunidade de direito como a Comunidade, tal decisão deve poder ser impugnada pelo interessado.

⁴⁹ Nesta medida, há que considerar que a disposição geral que constitui o artigo 230.º CE é completada pela disposição especial contida no artigo 237.º CE, que tem um alcance limitado e não abrange os actos que produzem efeitos jurídicos definitivos em relação

aos terceiros que o Comité Executivo deve tomar no quadro da gestão dos assuntos correntes do BEI, em conformidade com o artigo 13.º, n.º 3, dos estatutos, como a decisão impugnada ou uma decisão de recusa de acesso a documentos administrativos do BEI.

50 Em terceiro lugar, seria inaceitável que o BEI pudesse, organizando astuciosamente o seu processo decisório interno, subtrair-se à fiscalização jurisdicional imposta pelo Tratado CE no que respeita aos actos das instituições ou de qualquer organismo comunitário que, como o BEI, foi instituído e dotado de personalidade jurídica pelo Tratado CE (v., neste sentido e por analogia, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Comissão/BEI, n.º 47, *supra*, n.º 71). Os actos formalmente adoptados no âmbito do BEI por órgãos diferentes dos mencionados no artigo 237.º, alíneas b) e c), CE, ou seja, órgãos diferentes do Conselho de Governadores ou do Conselho de Administração, devem portanto ser susceptíveis de fiscalização jurisdicional se forem definitivos e produzirem efeitos jurídicos em relação a terceiros. Ora, por força dos artigos 225.º CE, 230.º CE e 237.º CE, foi atribuída ao Tribunal de Justiça e, no caso vertente, ao Tribunal Geral competência para fiscalizar a legalidade de qualquer decisão administrativa do BEI, ou seja, qualquer ato unilateral adoptado pelo BEI que produz efeitos jurídicos definitivos em relação a terceiros.

51 Em quarto lugar, há que assegurar que a autonomia funcional e institucional do BEI e a sua reputação enquanto organismo independente nos mercados financeiros, tal como organizadas pelo Tratado CE não sejam postas em causa (acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de Março de 1988, Comissão/BEI, 85/86, Colect., p. 1281, n.os 27 a 30, e de 10 de Julho de 2003, Comissão/BEI, n.º 42, *supra*, n.os 101 e seguintes). Ora, a adopção da decisão impugnada está ligada ao exercício pelo BEI de actividades que fazem parte da administração comunitária e que, mais concretamente, se enquadram no âmbito da intervenção desta administração enquanto entidade adjudicante e não no exercício pelo BEI das suas actividades ou das suas operações no domínio financeiro ou nos mercados financeiros. Por conseguinte, a fiscalização da legalidade que o Tribunal Geral pode ser chamado a exercer com fundamento no artigo 225.º, n.º 1, CE e no artigo 230.º CE, embora seja *a priori* mais ampla do que a exercida pelo Tribunal de Justiça sobre as deliberações do Conselho de Administração do BEI com fundamento no artigo 237.º, alínea c), CE, não pode todavia ser encarada como susceptível

de pôr em causa a autonomia funcional e institucional de que dispõe o BEI com vista à concessão de empréstimos e de garantias e ao financiamento destes, designadamente recorrendo aos mercados de capitais, ou de afectar a reputação do BEI ou a sua credibilidade enquanto organismo independente nos mercados financeiros. De resto, importa salientar que o próprio BEI sustenta que o Tribunal Geral é competente para conhecer do presente pedido de anulação com fundamento no artigo 225.º, n.º 1, CE e no artigo 230.º CE. Por conseguinte, não considera que a fiscalização da legalidade que o Tribunal exerce em tal contexto possa pôr em causa a autonomia funcional e institucional de que dispõe, ao abrigo do Tratado CE e dos seus estatutos.

- ⁵² Assim, a necessidade de uma fiscalização completa da legalidade dos actos comunitários exige que o artigo 225.º, n.º 1, CE e o artigo 230.º CE sejam interpretados no sentido de que não excluem a competência do Tribunal Geral para conhecer de um recurso de anulação de um ato, que faz parte da gestão dos assuntos correntes do BEI por parte do Comité Executivo, que produz efeitos jurídicos definitivos em relação a um terceiro.
- ⁵³ No que respeita, por outro lado, ao presente pedido de indemnização, cabe observar que o princípio da competência do juiz da União e, neste caso, do Tribunal Geral para conhecer de uma acção fundada em responsabilidade extracontratual, intentada contra o BEI, fica especificamente resolvido através dos textos legais. Na falta de disposições específicas, é portanto da interpretação do artigo 225.º, n.º 1, CE, do artigo 235.º CE e do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE que depende a questão de saber se o Tribunal de Justiça e, neste caso, o Tribunal Geral são competentes para conhecer do presente pedido de indemnização apresentado contra o BEI.
- ⁵⁴ Importa, em primeiro lugar, assinalar que o Tribunal de Justiça já se declarou competente para conhecer de uma acção de indemnização intentada contra o BEI, com fundamento no artigo 178.º CEE e no artigo 215.º, segundo parágrafo, CEE (actuais

artigo 235.º CE e artigo 288.º, segundo parágrafo, CE). Justificou a sua competência com o facto de o ato pretensamente ilegal resultar da execução de um contrato de financiamento concluído pelo BEI enquanto mandatário da Comunidade e por conta desta última, no exercício de competências que certas disposições lhe atribuem em matéria de concessão e de gestão dos capitais de riscos financiados pelo orçamento comunitário, de o próprio BEI ser um organismo que se enquadrava, ao abrigo do Tratado CE, no quadro comunitário e de os actos e omissões do BEI na execução de tal contrato de financiamento serem imputáveis à Comunidade (v., neste sentido, acórdãos de 2 de Dezembro de 1992, SGEEM e Etroy/BEI, n.º 31, *supra*, n.ºs 4 e 12 a 15, e de 25 de Maio de 1993, SGEEM e Etroy/BEI, C-370/89, Colect., p. I-2583, n.º 24). Neste contexto, o Tribunal de Justiça observou que «a expressão “instituição”, usada no segundo parágrafo do artigo 215.º do Tratado, não dev[e] ser entendida no sentido de que apenas contempla as instituições da Comunidade enumeradas no artigo 4.º, n.º 1, do Tratado [CEE], mas de que abrange igualmente, para efeitos do sistema de responsabilidade extracontratual estabelecido pelo Tratado, os organismos comunitários como o [BEI]» (acórdão de 2 de Dezembro de 1992, SGEEM e Etroy/BEI, n.º 31, *supra*, n.º 16).

⁵⁵ Em segundo lugar, há que ter em conta que, embora, no sistema dos meios de recurso instituído pelo Tratado CE, a acção de indemnização constitua um meio de recurso autónomo em relação ao recurso de anulação, não deixa de ser verdade que existe, no caso vertente, um nexo directo entre o pedido de indemnização e o pedido de anulação da decisão impugnada, na medida em que, na petição, é indicado que «o [...] pedido de indemnização, apresentado em aplicação dos artigos 235.º e 288.º CE, se baseia no carácter ilegal da decisão recorrida», de modo que o pedido de indemnização é acessório em relação ao pedido de anulação. Mais: resulta da petição que no pedido de indemnização é requerido o pagamento de uma importância cujo montante corresponde exactamente ao «montante do resultado bruto que se calcula que a recorrente teria recebido [...] se o contrato lhe tivesse sido atribuído», ou seja, os direitos de que a recorrente considera ter sido privada devido à decisão impugnada. O pedido de indemnização tem portanto por objectivo, na realidade, a revogação dos efeitos jurídicos produzidos pela decisão impugnada relativamente à recorrente e teria assim por efeito, se fosse acolhido, eliminar os referidos efeitos jurídicos.

- ⁵⁶ Segundo jurisprudência assente (acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 1986, Krohn Import-Export/Comissão, 175/84, Colect., p. 753, n.^{os} 32 e 33; acórdãos do Tribunal Geral de 15 de Março de 1995, Cobrecaf e o./Comissão, T-514/93, Colect., p. II-621, n.^o 59, e de 17 de Outubro de 2002, Astipesca/Comissão, T-180/00, Colect., p. II-3985, n.^o 139), há que ter em conta o «nexo directo» ou a «complementaridade» existente, no caso vertente, entre o recurso de anulação e o pedido de indemnização bem como o carácter acessório do segundo em relação ao primeiro na fase da apreciação da admissibilidade de ambos, a fim de evitar que o desfecho do pedido de indemnização seja artificialmente dissociado do do recurso de anulação, do qual mais não é, porém, do que o acessório ou o complemento.
- ⁵⁷ Em terceiro lugar, importa sublinhar que, na medida em que os prejuízos eventualmente causados pelo BEI à recorrente tenham origem no exercício pelo BEI de actividades que se enquadram na execução das missões da administração comunitária e que fazem parte, mais concretamente, da intervenção dessa administração enquanto entidade adjudicante e que os referidos prejuízos não resultam portanto do exercício, pelo BEI, das suas actividades ou das suas operações no domínio financeiro ou nos mercados financeiros, a fiscalização que incumbiria ao Tribunal Geral com fundamento no artigo 225.^º, n.^º 1, CE, no artigo 235.^º CE e no artigo 288.^º, segundo parágrafo, CE não pode ser encarado como susceptível de pôr em causa a autonomia funcional e institucional do BEI e de lesar a reputação deste último enquanto organismo independente nos mercados financeiros. De resto, o próprio BEI sustenta que o Tribunal Geral é competente para conhecer do presente pedido de indemnização, com fundamento no artigo 225.^º, n.^º 1, CE, no artigo 235.^º CE e no artigo 288.^º CE e não alegou que tal fiscalização poderia ter por efeito pôr em causa a sua autonomia funcional e institucional.
- ⁵⁸ O Tribunal Geral é portanto competente para conhecer igualmente do pedido de indemnização apresentado contra o BEI, com fundamento no artigo 225.^º, n.^º 1, CE, no artigo 235.^º CE e no artigo 288.^º, segundo parágrafo, CE, quando tal pedido apresente

carácter acessório em relação a um pedido de anulação de um ato do BEI que produza efeitos jurídicos definitivos em relação a terceiros, que seja ele próprio admissível.

- 59 Daqui resulta que o Tribunal Geral é competente para conhecer da globalidade do presente recurso.

Quanto ao interesse da recorrente em pedir a anulação da decisão impugnada

Argumentos das partes

- 60 Interrogado sobre esta questão na audiência, o BEI confirmou que a decisão impugnada tinha sido executada, uma vez que o contrato-quadro tinha sido celebrado com o proponente escolhido e, em parte, executado. Por conseguinte, considerou que já não poderia tirar nenhuma consequência de uma eventual anulação da decisão impugnada, como a reabertura do procedimento de concurso. Todavia, indicou igualmente que não mencionava contestar a admissibilidade do presente recurso por falta de interesse da recorrente em requerer a anulação da decisão impugnada. Indicou, além disso, que, embora a reposição adequada da situação do proponente preterido que interpôs o recurso pudesse teoricamente ser encarada sob a forma de pagamento de uma indemnização, as condições para o pagamento de tal indemnização não estavam reunidas no caso vertente, uma vez que a recorrente não sofreu um prejuízo real com a decisão impugnada.

- 61 Na audiência, a recorrente sustentou que tinha obtido várias anulações, parciais ou totais, de decisões de adjudicação, não tendo as instituições que adoptaram essas decisões reagido de maneira satisfatória a essas anulações. Além disso, indicou ter um

duplo interesse em requerer a anulação da decisão impugnada. Por um lado, na medida em que participa em procedimentos de concurso público, declarou ter interesse em que essas ilegalidades de que padecia a decisão impugnada fossem declaradas a fim de impedir que tais ilegalidades se reproduzissem. Por outro lado, afirmou ter interesse em obter a declaração das referidas ilegalidades a fim de obter uma indemnização.

Apreciação do Tribunal Geral

⁶² Segundo jurisprudência assente, um recurso de anulação interposto por uma pessoa singular ou colectiva só é admissível na medida em que essa pessoa tenha um interesse na anulação do ato recorrido (acórdão do Tribunal Geral de 10 de Dezembro de 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comissão, T-195/08, Colect., p. II-4439, n.º 33). Uma vez que os requisitos de admissibilidade de um recurso, designadamente a falta de interesse em agir, fazem parte dos fundamentos de inadmissibilidade de ordem pública, cabe ao Tribunal verificar oficiosamente se os recorrentes têm interesse na anulação da decisão impugnada (v. despacho do Tribunal Geral de 10 de Março de 2005, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia/Comissão, T-228/00, Colect., p. II-787, n.º 22, e jurisprudência referida). Esta jurisprudência é aplicável, por analogia, aos pedidos de anulação formulados no quadro de um recurso que contenha, acessoriamente, um pedido de indemnização.

⁶³ No caso vertente, há que verificar oficiosamente se uma eventual anulação da decisão impugnada é susceptível de dar uma vantagem à recorrente, numa situação em que o procedimento de concurso não poderia ser reaberto e, nas circunstâncias presentes,

é ponto assente entre as partes que a assinatura do contrato e a sua execução parcial fizeram perder à recorrente a hipótese de poder celebrar o contrato em causa com o BEI.

- ⁶⁴ Resulta da jurisprudência que, mesmo na hipótese de ter já sido plenamente executada uma decisão de adjudicação a favor de outros concorrentes, um proponente mantém interesse em obter a anulação dessa decisão, quer para obter da entidade adjudicante a reposição da sua situação de forma adequada, quer para levar a entidade adjudicante a introduzir, para o futuro, as modificações adequadas nos procedimentos de concurso, no caso de ser reconhecido que estes são contrários a determinadas exigências jurídicas (v., neste sentido, acórdão Simmenthal/Comissão, n.º 32, *supra*, n.º 32, e acórdão do Tribunal Geral de 14 de Outubro de 1999, CAS Succhi di Frutta/Comissão, T-191/96 e T-106/97, Colect., p. II-3181, n.º 63).
- ⁶⁵ Com efeito, o facto de o contrato que consubstancia a execução de um contrato público ter sido assinado, ou mesmo executado, antes de ser tomada a decisão que põe termo ao recurso no processo principal, interposto por um proponente preterido contra a decisão de adjudicação do referido contrato, e de a entidade adjudicante estar contratualmente vinculada ao adjudicatário não obsta à obrigação que, se o recurso no processo principal for acolhido, incumbe à entidade adjudicante, por força do artigo 233.º CE, de adoptar as medidas necessárias para assegurar uma protecção adequada dos interesses do proponente preterido (v., neste sentido, despacho do presidente do Tribunal Geral de 10 de Novembro de 2004, European Dynamics/Comissão, T-303/04 R, Colect., p. II-3889, n.º 83).
- ⁶⁶ Quando, na sequência do recurso de um proponente preterido num contrato público, a decisão de adjudicação é anulada, mas a entidade adjudicante já não pode reabrir o procedimento de concurso relativo ao contrato público em causa, os interesses deste proponente podem ser salvaguardados, por exemplo, através de uma compensação pecuniária correspondente à perda da possibilidade de obter a adjudicação do contrato ou, se se puder provar sem margem para dúvidas que o contrato deveria ter sido

adjudicado ao proponente, ao lucro cessante (v., neste sentido, despachos do presidente do Tribunal Geral de 2 de Maio de 1994, Candiote/Conselho, T-108/94 R, Colect., p. II-249, n.º 27; de 20 de Julho de 2000, Esedra/Comissão, T-169/00 R, Colect., p. II-2951, n.º 51, e European Dynamics/Comissão, n.º 65, *supra*, n.º 83). Com efeito, resulta da jurisprudência mais recente que pode ser atribuído um valor económico à perda da possibilidade de obter a adjudicação de um contrato público, sofrida por um proponente preferido por efeito de uma decisão ilegal (v., neste sentido, despachos do presidente do Tribunal Geral de 25 de Abril de 2008, Vakakis/Comissão, T-41/08 R, não publicado na Colectânea, n.ºs 66 e 67, e jurisprudência referida, e de 20 de Janeiro de 2010, Agriconsulting Europe/Comissão, T-443/09 R, não publicado na Colectânea, n.ºs 32 a 34, e jurisprudência referida).

⁶⁷ No presente caso, a recorrente tem interesse em pedir a anulação da decisão impugnada a fim de obter, em aplicação da obrigação que decorre do artigo 233.º, primeiro parágrafo, CE, a reposição adequada da sua situação pelo BEI que poderá, se for caso disso, assumir a forma de uma compensação pecuniária correspondente à perda da possibilidade de obter a adjudicação do contrato. Embora a recorrente tenha apresentado um pedido de indemnização que poderia estar na origem do pagamento de uma importância em dinheiro, sob a forma de indemnização, importa salientar que tal pedido não visa a perda da possibilidade de obter a adjudicação do contrato, mas o lucro cessante correspondente ao benefício que teria obtido se tivesse executado o contrato (v. n.º 210, *infra*). Daqui decorre que este pedido de indemnização poderia ser indeferido sem que isso pudesse em causa a possibilidade de a recorrente obter, eventualmente, uma compensação pecuniária pela perda da oportunidade de obter a adjudicação do contrato, em execução da referida reposição adequada da sua situação anterior, em conformidade com o artigo 266.º, segundo parágrafo, TFUE.

⁶⁸ Resulta do que precede que o pedido de anulação pode, graças ao resultado que obter, proporcionar à recorrente um benefício, de modo que esta última tem interesse em requerer a anulação da decisão impugnada.

Quanto à não contestação da fórmula utilizada na avaliação comparativa das propostas no procedimento de concurso

Argumentos das partes

- ⁶⁹ O BEI sustenta que a contestação da recorrente no que respeita à fórmula utilizada na avaliação comparativa das propostas é inadmissível, na medida em que não foi feita em tempo útil, ou seja, antes da data-limite para a apresentação das propostas.
- ⁷⁰ A recorrente conclui pedindo que a inadmissibilidade invocada pelo BEI seja julgada improcedente.

Apreciação do Tribunal Geral

- ⁷¹ O presente fundamento de inadmissibilidade visa, na prática, o terceiro e quarto fundamentos do pedido de anulação, através dos quais a recorrente contesta a legalidade do critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», bem como o quinto fundamento do pedido de anulação, através do qual a recorrente contesta a legalidade das ponderações relativas dos critérios de adjudicação, ou seja, 75% dos pontos para os critérios técnicos e 25% dos pontos para o critério financeiro.
- ⁷² É certo que, ao contestar a legalidade da fórmula utilizada na avaliação comparativa das propostas, a recorrente contesta incidentalmente a legalidade do caderno de encargos. Assim, a questão que se coloca, no caso vertente, consiste em saber se um

documento de abertura à concorrência, como um caderno de encargos, é um ato suscetível de recurso directo ao abrigo do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE e se, por conseguinte, a recorrente devia ter reagido, com base nessa disposição e no prazo de dois meses fixado pelo seu quinto parágrafo, contra o caderno de encargos.

⁷³ O caderno de encargos não pode ser considerado um ato que diz respeito individualmente a cada proponente. Com efeito, o caderno de encargos, à semelhança de todos os documentos parte do procedimento de abertura à concorrência emitidos pela entidade adjudicante, aplica-se a situações objectivamente determinadas e produz efeitos jurídicos para categorias de pessoas consideradas de forma geral e abstracta. Por conseguinte, é um documento de carácter geral e não se pode considerar que a sua notificação individual aos proponentes pela entidade adjudicante permite individualizar, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, cada um desses proponentes em relação a quaisquer outras pessoas, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE (acórdão do Tribunal Geral de 21 de Maio de 2008, Belfass/Conselho, T-495/04, Colect., p. II-781, n.º 36 a 42).

⁷⁴ No caso vertente, a decisão impugnada era portanto o primeiro ato impugnável pela recorrente e, consequentemente, o primeiro ato que autorizava esta a contestar incidentalmente a legalidade da fórmula utilizada na avaliação comparativa das propostas adoptada pelo BEI no caderno de encargos.

⁷⁵ É portanto erradamente que o BEI invoca o carácter pretensamente tardio da contestação pela recorrente no quadro do presente recurso e, incidentalmente, da legalidade da fórmula utilizada na avaliação comparativa das propostas adoptada pelo BEI no caderno de encargos.

⁷⁶ Por conseguinte, há que declarar que o terceiro, quarto e quinto fundamentos do pedido de anulação são admissíveis, devendo portanto ser negado provimento ao fundamento de inadmissibilidade suscitado pelo BEI.

Quanto à falta de clareza do pedido de indemnização

Argumentos das partes

- ⁷⁷ O BEI alega que, em conformidade com as exigências do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo, o pedido de indemnização é inadmissível, uma vez que os três requisitos previstos no artigo 288.º, n.º 2, CE para desencadear a responsabilidade extracontratual da Comunidade não são mencionados na petição e que a recorrente não afirma que os referidos requisitos estejam preenchidos. Em sua opinião, a petição é imprecisa quanto às ilegalidades de que padece o procedimento de concurso, quanto à existência de um nexo de causalidade entre as referidas ilegalidades e o prejuízo alegado pela recorrente e quanto à natureza e ao montante exacto da indemnização requerida. Por conseguinte, tendo em conta a jurisprudência aplicável (acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conselho, 5/71, Colect., p. 975, e acórdão do Tribunal Geral de 23 de Setembro de 1994, An Taisce e WWF UK/Comissão, T-461/93, Colect., p. II-733, n.os 42 e 43), tal pedido deveria ser julgado inadmissível.
- ⁷⁸ A recorrente considera, em substância, que o artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo não foi violado e que foram mencionados na petição elementos que permitem identificar os três requisitos que permitem desencadear a responsabilidade extracontratual da Comunidade, referidos no artigo 288.º, n.º 2, CE.

Apreciação do Tribunal Geral

- ⁷⁹ Deve recordar-se que, por força do disposto no artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo, qualquer petição

deve indicar o objecto do litígio e incluir uma exposição sumária dos fundamentos invocados. Essa indicação deve ser suficientemente clara e precisa para permitir ao recorrido preparar a sua defesa e ao Tribunal decidir o recurso, se for o caso, sem outras informações. A fim de garantir a segurança jurídica e uma boa administração da justiça, é necessário, para que uma accção seja admissível, que os elementos essenciais de facto e de direito em que esta se baseia resultem, pelo menos sumariamente, mas de modo coerente e comprehensível, do texto da própria petição (v. acórdão do Tribunal Geral de 3 de Fevereiro de 2005, Chiquita Brands e o./Comissão, T-19/01, Colect., p. II-315, n.º 64 e jurisprudência referida).

⁸⁰ Para preencher estas condições, uma petição destinada a obter a reparação de prejuízos causados por uma instituição ou qualquer outro órgão ou organismo comunitário deve conter os elementos que permitem identificar o comportamento que o demandante censura a essa instituição, a esse órgão ou a esse organismo, as razões por que considera que existe um nexo de causalidade entre o comportamento e o prejuízo que alega ter sofrido e o carácter e a extensão deste prejuízo (v. acórdãos do Tribunal Geral de 18 de Setembro de 1996, Asia Motor France e o./Comissão, T-387/94, Colect., p. II-961, n.º 107; de 10 de Julho de 1997, Guérin automobiles/Comissão, T-38/96, Colect., p. II-1223, n.º 42 e Chiquita Brands e o./Comissão, n.º 79, *supra*, n.º 65, e jurisprudência referida).

⁸¹ Resulta da petição que «o [...] pedido de indemnização, apresentado em aplicação dos artigos 235.º e 288.º CE, tem como fundamento o carácter ilegal da decisão impugnada, [...] que é objecto do presente recurso». Daqui resulta que este pedido se baseia claramente nas ilegalidades invocadas no pedido de anulação. Resulta, além disso, da petição que «a recorrente pede o pagamento de uma indemnização ao BEI num montante equivalente a 50% de 3,88 milhões de euros, ou seja, 1,94 milhões de euros, montante que a recorrente calcula seria o resultado bruto que teria recebido no quadro do processo de contrato público se este lhe tivesse sido adjudicado». Assim, a petição contém elementos que permitem identificar o carácter e a extensão do prejuízo invocado. Por outro lado, na petição, a recorrente fornece explicações sobre o modo como este montante foi calculado. Por conseguinte, embora a recorrente

não dedique uma parte específica da petição à questão do nexo de causalidade entre a ilegalidade e os prejuízos que invoca, a petição contém os elementos que permitem identificar as razões pelas quais a recorrente considera que existe um nexo de causalidade entre este comportamento e o prejuízo que afirma ter sofrido, isto é, no caso vertente, que o nexo de causalidade resulta, em seu entender, do facto da decisão impugnada a ter impedido de obter a adjudicação do contrato e de celebrar com o BEI um acordo-quadro sobre a execução desse contrato.

- 82 Nestas circunstâncias, há que declarar que o pedido de indemnização é admissível e que rejeitar o fundamento de inadmissibilidade suscitado pelo BEI.

2. Quanto ao mérito

Quanto ao direito aplicável

Argumentos das partes

- 83 A recorrente considera que, na qualidade de entidade adjudicante, o BEI deve actuar em conformidade com as disposições do «Guia relativo à celebração de contratos — Guia relativo à celebração de contratos de serviços, de fornecimentos e de obras pelo [BEI] por sua própria conta», na versão em vigor no momento dos factos (a seguir «Guia»), e respeitar os princípios gerais e o direito aplicáveis aos procedimentos de concurso. Além disso, mesmo que a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de ad-

judicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114) não se aplicasse, enquanto tal, aos procedimentos de concurso do BEI, resulta da introdução do Guia que a referida directiva constitui uma referência adequada para apreciar as disposições do Guia, que se inspiram nessa directiva. Por outro lado, o Tribunal Geral já aceitou fiscalizar a legalidade de uma decisão da Comissão relativa à adjudicação de um contrato público à luz das disposições da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), conforme alterada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1997 que altera as Directivas 93/36/CEE e 93/37/CEE, relativas à coordenação dos processos de adjudicação respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas (JO L 328, p. 1) (acórdão do Tribunal Geral de 12 de Março de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comissão, T-345/03, Colect., p. II-341, n.º 206).

⁸⁴ O BEI objecta que a Directiva 2004/18 não lhe é aplicável e acrescenta que a jurisprudência aplicável aos procedimentos de concurso apenas lhe diz respeito na medida em que interpreta disposições que lhe são aplicáveis. Considera que resulta da jurisprudência (acórdãos do Tribunal Geral Sogelma/AER, n.º 31 *supra*, n.º 115, e de 10 de Setembro de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comissão, T-59/05, não publicado na Colectânea, n.ºs 46 e 47) que a Directiva 2004/18, tal como a Directiva 92/50, que aquela revoga e substitui, não são aplicáveis aos contratos públicos celebrados, por sua própria conta, por uma instituição, um órgão ou um organismo comunitário, salvo quando as disposições aplicáveis a estes últimos para elas remetam expressamente.

Apreciação do Tribunal Geral

⁸⁵ Os argumentos das partes suscitam a questão de saber quais são as regras que regulam a celebração dos contratos de obras públicas, de fornecimentos ou de serviços que o BEI celebra por sua própria conta, a título oneroso e utilizando os seus recursos próprios.

- 86 O BEI tem autonomia financeira na medida em que funciona, em conformidade com o artigo 267.º CE, «recorrendo ao mercado de capitais e utilizando os seus próprios recursos» (v., neste sentido, acórdão de 10 de Julho de 2003, Comissão/BEI, n.º 42, *supra*, n.ºs 101 e 128) e não graças ao orçamento comunitário, embora deva gerir fundos provenientes desse orçamento, enquanto mandatário da Comunidade e por conta desta, e que, portanto, uma parte das suas actividades é realizada a partir dos fundos comunitárias. No caso vertente, porém, o recurso é relativo a um procedimento de concurso financiado pelos recursos próprios do BEI.
- 87 Tal procedimento não está sujeito às disposições do título IV da segunda parte do Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias (JO L 248, p. 1), conforme alterado (a seguir «regulamento financeiro»), nem, *a fortiori*, às disposições do título III da segunda parte do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2342/2002 da Comissão, de 23 de Dezembro de 2002, que estabelece as normas de execução do Regulamento n.º 1605/2002 (JO L 357, p. 1) conforme alterado (a seguir «normas de execução»). Com efeito, estas disposições apenas são aplicáveis ao «orçamento geral das Comunidades Europeias» e, como resulta do artigo 88.º, n.º 1, do regulamento financeiro, os contratos públicos que estão sujeitos a tais disposições são apenas os contratos que são financiados, no todo ou em parte, pelo referido orçamento geral (acórdão do Tribunal Geral de 8 de Maio de 2007, Citymo/Comissão, T-271/04, Colect., p. II-1375, n.º 121).
- 88 Isto não invalida que os procedimentos de adjudicação de contratos públicos do BEI tenham de se conformar com as regras fundamentais do Tratado CE e com os princípios gerais do direito, no que respeita designadamente à livre circulação de mercadorias (artigo 28.º CE), ao direito de estabelecimento (artigo 43.º CE), à livre prestação de serviços (artigo 49.º CE), à não discriminação e à igualdade de tratamento, à transparência e à proporcionalidade. Com efeito, resulta de jurisprudência bem assente, no que respeita aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos comunitá-

rios, que a entidade adjudicante está sujeita às regras fundamentais do Tratado CE, aos princípios gerais do direito bem como aos objectivos da Carta.

- ⁸⁹ Além disso, embora as directivas referentes à adjudicação dos contratos públicos de obras, de fornecimentos e de serviços apenas regulem os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes dos Estados-Membros e não sejam directamente aplicáveis aos contratos públicos celebrados pela administração comunitária, as regras ou princípios estabelecidos ou resultantes destas directivas podem ser invocados contra a referida administração quando sejam eles próprios apenas a expressão específica de regras fundamentais do Tratado CE e de princípios gerais do direito que se impõem directamente à administração comunitária (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 2003, Rinke, C-25/02, Colect., p. I-8349, n.^{os} 25 a 28). Com efeito, numa comunidade de direito, a aplicação uniforme do direito é uma exigência fundamental (acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Dezembro de 2005, ABNA e o., C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, Colect., p. I-10423, n.^o 104) e qualquer sujeito de direito está subordinado ao princípio do respeito da legalidade. Assim, as instituições são obrigadas a respeitar as regras do Tratado CE e os princípios gerais do direito que lhes são aplicáveis, da mesma maneira que qualquer outro sujeito de direito (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão, C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.^{os} 18 a 21, e acórdão Antwerpse Bouwwerken/Comissão, n.^o 62, *supra*, n.^o 55). Por outro lado, as regras ou princípios estabelecidos ou resultantes destas directivas podem ser invocados contra a administração comunitária quando, no exercício da sua autonomia funcional e institucional, e nos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo Tratado CE, esta tenha adoptado um ato que remete expressamente, para regular os contratos públicos que celebra por sua própria conta, para certas regras ou certos princípios estabelecidos nas directivas e por efeito do qual as referidas regras e os referidos princípios se devem aplicar, em conformidade com o princípio *patere legem quam ipse fecisti* (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1985, Salerno e o./Comissão e Conselho, 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 e 10/84, Recueil, p. 2523, n.^{os} 52, 56 e 57, e de 29 de Abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Colect., p. I-3801, n.^{os} 113 a 115). Quando o ato em causa exige uma interpretação, há que interpretá-lo, na medida do possível, no sentido da aplicação uniforme do direito comunitário e da sua conformidade com as disposições do Tratado CE e os princípios

gerais do direito (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Rauh, C-314/89, Colect., p. I-1647, n.º 17, e jurisprudência referida, e de 29 de Junho de 1995, Espanha/Comissão, C-135/93, Colect., p. I-1651, n.º 37).

- ⁹⁰ Resulta do Guia que foi para «respeitar os princípios fundamentais da UE relativos à adjudicação dos contratos públicos, designadamente os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparéncia», que o BEI decidiu instituir procedimentos de concurso susceptíveis de permitir «organizar a concorrência de proponentes qualificados e proceder a uma selecção baseada em considerações de custos e de qualidade». Para tanto, o BEI considerou que, «[e]mbora a Directiva [2004/18] não se aplique[sse], enquanto tal, ao BEI, constitu[ía] uma referência apropriada para o estabelecimento dos procedimentos do [BEI]». O ponto 2.1 do Guia enuncia designadamente que «[o] [BEI] aplica os procedimentos descritos na Directiva [2004/18] quando atribui contratos que não estão excluídos do âmbito de aplicação da Directiva [2004/18] em conformidade com as suas disposições e cujo valor total previsto, antes de imposto sobre o valor acrescentado (IVA) seja igual ou superior aos seguintes patamares: a) 206 000 EUR para os contratos de serviços [...]. No Guia, fazem-se, de resto, diversas remissões para as disposições da Directiva 2004/18.
- ⁹¹ Os pontos 2.4 e 2.5 do Guia descrevem em pormenor as diferentes etapas do procedimento de concurso referido no ponto 2.2.1 do mesmo Guia.
- ⁹² O Guia estabelece, a este respeito, regras de alcance geral que produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros, designadamente os que decidem apresentar propostas no âmbito de um concurso público financiado, no todo ou em parte, pelos recursos próprios do BEI, e vincula juridicamente o BEI quando este decide celebrar um contrato público por sua própria conta (v., neste sentido e por analogia, acórdão Citymo/Comissão, n.º 87, *supra*, n.º 122).

- 93 Resulta das considerações que precedem que, quando o BEI intervém recorrendo ao mercado de capitais e aos seus recursos próprios, designadamente quando celebra contratos públicos por sua própria conta, está submetido tanto aos princípios enunciados no n.º 88, *supra*, como às disposições do Guia, especialmente as citadas no n.º 91, *supra*, conforme interpretadas à luz dos princípios que as referidas disposições destinam a pôr em prática e, sendo caso disso, às disposições da Directiva 2004/18 para as quais as primeiras remetem.

Quanto ao pedido de anulação

- 94 Em apoio do seu pedido de anulação, a recorrente invoca cinco fundamentos. O primeiro fundamento é relativo, em substância, a uma violação do ponto 2.5.2 do Guia, dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento bem como do direito a um recurso efectivo. O segundo fundamento é relativo, em substância, a uma violação dos princípios da transparência e da boa administração, do dever de fundamentar as decisões que lesam interesses bem como do direito a um recurso efectivo. O terceiro fundamento é relativo, em substância, à violação do princípio da proporcionalidade e da obrigação de escolher critérios de adjudicação que permitam uma avaliação comparativa objectiva das propostas. O quarto fundamento é relativo à violação do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de utilizar, para proceder à avaliação comparativa das propostas, critérios de adjudicação que não se confundam com os critérios de selecção dos proponentes. O quinto fundamento é relativo à violação do direito aplicável aos procedimentos de concurso, em consequência da qual as ponderações relativas dos critérios de adjudicação conduziram à neutralização ou à minimização do «efeito preço» na decisão impugnada.

- 95 Por carta apresentada em 8 de Janeiro de 2010 (v. n.º 21, *supra*), a recorrente suscitou um sexto fundamento de anulação da decisão impugnada, relativo à violação do artigo 99.º do regulamento financeiro e do artigo 148.º, n.os 1 e 2, das normas de execução, que proíbem quaisquer discussões entre a entidade adjudicante e os candidatos ou

os proponentes susceptíveis de conduzir à alteração das condições do concurso ou dos termos da proposta, bem como dos princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da não discriminação, consagrados no artigo 89.º do regulamento financeiro, lido em conjugação com o seu considerando 18.

- ⁹⁶ Antes de mais, há que examinar conjuntamente o primeiro e segundo fundamentos do recurso, na medida em que coincidem parcialmente. Em seguida, há que responder conjuntamente ao terceiro e quarto fundamentos, que se afiguram complementares. Finalmente, e por razões de oportunidade, há que prosseguir analisando o sexto fundamento antes de examinar o quinto fundamento.

Quanto ao primeiro e segundo fundamentos

— Argumentos das partes

- ⁹⁷ No seu primeiro e segundo fundamentos, a recorrente alega que o BEI violou o ponto 2.5.2 do Guia, os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da boa administração, o seu direito a um recurso efectivo bem como o dever de fundamentar as decisões que lesam interesses. Em primeiro lugar, o BEI deveria ter-lhe notificado, assim que possível e por escrito, a decisão impugnada e ter transmitido, por sua própria iniciativa, as mesmas informações a todos os proponentes, sem excepção, dando-lhes o tempo necessário para o exercício dos seus direitos legítimos. Em seguida, o BEI deveria ter-lhe comunicado, quinze dias após o seu pedido, o nome do proponente escolhido bem como os motivos que levaram à rejeição da sua própria proposta e fundamentado a decisão impugnada a seu respeito, fornecendo-lhe elementos de comparação, contidos no relatório de avaliação, entre as características e

as vantagens da sua própria proposta e da proposta do proponente escolhido. Finalmente, o BEI deveria, pelo menos, ter-lhe comunicado os motivos da decisão impugnada antes da interposição do presente recurso, a fim de garantir o seu direito a um recurso efectivo.

- ⁹⁸ O BEI conclui pedindo que o primeiro fundamento seja julgado improcedente. Em sua opinião, a publicação do anúncio de adjudicação do contrato no *Jornal Oficial* era um meio oficialmente admitido na ordem jurídica comunitária para comunicar a decisão impugnada à recorrente. O facto de não ter notificado individualmente a decisão impugnada à recorrente deveu-se a um erro administrativo cometido pelos seus serviços. No entanto, afirma que estes últimos responderam sem demora, em 1 de Agosto de 2008, ao pedido de explicações da recorrente de 31 de Julho de 2008. De qualquer forma, e em conformidade com a jurisprudência, considera que a alegação relativa à falta de informação não pode proceder dado que a recorrente dispunha, no dia da interposição do presente recurso, ou seja, em 6 de Outubro de 2008, da fundamentação da decisão impugnada. Do mesmo modo, entende que não pode ser declarada uma violação do princípio da igualdade de tratamento uma vez que a ilegalidade invocada não teria tido influência na decisão impugnada, tendo em conta que, à luz dos critérios de adjudicação, o comité de avaliação teria claramente considerado que a proposta do proponente escolhido era bem melhor do que a da recorrente.
- ⁹⁹ Por outro lado, o BEI conclui pedindo que o segundo fundamento seja julgado improcedente. Considera que fundamentou suficientemente a decisão impugnada e que seguiu um procedimento conforme com as disposições do Guia e com a jurisprudência aplicável aos procedimentos de concurso. Segundo a jurisprudência e o ponto 2.5.2 do Guia, a recorrente recebeu, por carta de 1 de Agosto de 2008, uma explicação fundamentada sobre as características e as vantagens relativas da proposta escolhida bem como o nome do adjudicatário, de modo que a decisão impugnada contém uma fundamentação suficiente para permitir à recorrente fazer valer os seus direitos e ao Tribunal exercer a sua fiscalização, tendo em conta as circunstâncias especiais do caso. Segundo o BEI, resulta claramente da referida carta que, em relação a cada um dos critérios de adjudicação, com excepção do critério financeiro, a proposta do

proponente escolhido obteve uma nota duas vezes mais elevada do que a proposta da recorrente. Mesmo tendo a recorrente obtido uma nota melhor do que a do proponente escolhido no que respeita ao critério financeiro, isso não foi determinante, dado que a ponderação relativa deste último critério era de 25% dos pontos da nota global.

— Apreciação do Tribunal Geral

¹⁰⁰ Quando a administração comunitária dispõe de um amplo poder de apreciação, o respeito das garantias conferidas pela ordem jurídica comunitária nos processos administrativos assume uma importância fundamental. Entre estas garantias figura, designadamente, a obrigação da referida administração de fundamentar de modo suficiente as suas decisões. Só desta forma o juiz está em condições de verificar se estão reunidos os elementos de facto e de direito dos quais depende o exercício do seu poder de apreciação (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Colect., p. I-5469, n.º 14, e acórdão do Tribunal Geral de 5 de Março de 2002, Le Canne/Comissão, T-241/00, Colect., p. II-1251, n.º 53). Ora, resulta de jurisprudência constante que esta administração dispõe de um amplo poder de apreciação quanto aos elementos a ter em consideração para a tomada de uma decisão de adjudicar um contrato com base em concurso (acórdãos do Tribunal Geral de 27 de Setembro de 2002, Tideland Signal/Comissão, T-211/02, Colect., p. II-3781, n.º 33, e de 6 de Julho de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissão, T-148/04, Colect., p. II-2627, n.º 47; v. também, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1978, Agence européenne d'intérim/Comissão, 56/77, Recueil, p. 2215, n.º 20, Colect., p. 761).

¹⁰¹ Importa analisar, em primeiro lugar, as alegações da recorrente relativas à violação das disposições do ponto 2.5.2 do Guia, uma vez que o BEI não a informou, atempadamente, da adopção da decisão impugnada.

- ¹⁰² Resulta do ponto 2.5.2 do Guia, relativo aos «[c]ontactos entre o [BEI] e os candidatos e os proponentes», que «[o] [BEI] informa atempadamente todas as partes interessadas da decisão tomada no âmbito do processo de adjudicação de contrato».
- ¹⁰³ O BEI reconheceu, no Tribunal Geral e na sua carta à recorrente de 14 de Agosto de 2008, que «a [r]ecorrente não tinha recebido qualquer carta oficial em tempo útil, informando do resultado do procedimento de concurso», e explicou que, «após uma investigação aprofundada [na sequência d]a reclamação da recorrente, tinha descoberto que essa omissão era imputável a um erro administrativo». Além disso, o BEI admitiu que todos os proponentes, «à excepção, lamentavelmente, da [r]ecorrente», tinham sido informados da adopção da decisão impugnada por carta de 18 de Fevereiro de 2008. Não se contesta que a recorrente só teve conhecimento da existência da decisão impugnada através da publicação do anúncio de adjudicação no Suplemento ao *Jornal Oficial*, em 26 de Julho de 2008, ou seja, mais de um mês após a assinatura do acordo-quadro, em 12 e 17 de Junho de 2008, e do início da produção de efeitos, em 16 de Junho de 2008.
- ¹⁰⁴ No caso em apreço, o BEI violou portanto as disposições do ponto 2.5.2 do Guia, uma vez que não informou a recorrente, atempadamente, da adopção da decisão impugnada.
- ¹⁰⁵ Importa analisar, em segundo lugar, as alegações da recorrente relativas à violação das disposições do ponto 2.5.2 do Guia e do dever de fundamentar as decisões que causam prejuízo, resultante do facto de o BEI não lhe ter fornecido as características e as vantagens relativas da proposta escolhida e o nome do adjudicatário, n.^{os} 15 dias seguintes à recepção do seu pedido escrito ou, o mais tardar, antes da interposição do seu recurso.
- ¹⁰⁶ O ponto 2.5.2 do Guia dispõe, nomeadamente, que «[a] pedido da parte interessada, o [BEI] comunica, n.^{os} 15 dias seguintes à recepção do pedido escrito: [...] a todos os proponentes que apresentaram uma proposta admissível, as características e as vantagens relativas da proposta escolhida e o nome do adjudicatário ou das partes no acordo-quadro [...].».

- 107 Este modo de proceder é conforme à finalidade do dever de fundamentação inscrito no artigo 253.º CE, segundo o qual a fundamentação de uma decisão que causa prejuízo deve ser susceptível de permitir ao juiz exercer o seu controlo de legalidade e ao interessado conhecer as justificações da medida tomada, a fim de poder defender os seus direitos e verificar se a decisão é ou não razoável (v., por analogia, acórdãos do Tribunal Geral de 24 de Janeiro de 1992, La Cinq/Comissão, T-44/90, Colect., p. II-1, n.º 42, e jurisprudência referida; de 8 de Maio de 1996, Adia Interim/Comissão, T-19/95, Colect., p. II-321, n.º 32, e de 12 de Julho de 2007, Evropaïki Dynamiki/Comissão, T-250/05, não publicado na Colectânea, n.ºs 68 e 69). No contexto dos procedimentos de concurso, o facto de os proponentes interessados só receberem uma decisão fundamentada em resposta a um pedido expresso da sua parte não restringe de modo algum a possibilidade de que dispõem de invocarem os seus direitos perante o Tribunal. Com efeito, o prazo de recurso previsto no artigo 230.º, quinto parágrafo, CE, começa apenas a correr no momento da notificação da decisão fundamentada, na condição de o proponente ter apresentado o seu pedido de obter uma decisão fundamentada num prazo razoável depois de ter conhecimento da recusa da sua proposta (v. acórdão Adia Interim/Comissão, já referido, n.º 33, e jurisprudência referida).
- 108 Tendo em conta o amplo poder de apreciação de que dispõe no âmbito dos procedimentos de concurso, a entidade adjudicante tem de fornecer uma fundamentação suficiente aos proponentes preteridos que o solicitarem, o que implica que zele cuidadosamente por reflectir, nos fundamentos que comunica, todos os elementos em que se baseia a sua decisão (v., neste sentido, acórdão de 10 de Setembro de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comissão, n.º 84 *supra*, n.º 134).
- 109 O respeito do dever de fundamentação dever ser apreciado em função dos elementos de informação de que a recorrente dispõe no momento da interposição do seu recurso (acórdãos do Tribunal Geral de 25 de Fevereiro de 2003, Strabag Benelux/Conselho, T-183/00, Colect., p. II-135, n.º 58, e Renco/Conselho, T-4/01, Colect., p. II-171, n.º 96). Em contrapartida, é de jurisprudência constante que a fundamentação não pode ser explicitada, pela primeira vez e *a posteriori*, perante o tribunal comunitário, salvo circunstâncias excepcionais (v. acórdão do Tribunal Geral de 20 de Maio de 2009, VIP Car Solutions/Parlamento, T-89/07, Colect., p. II-1403, n.º 76, e jurisprudência referida).

- 110 Não é contestado que, por carta de 31 de Julho de 2008, a recorrente apresentou um pedido destinado a conhecer as características e as vantagens relativas da proposta escolhida e o nome do adjudicatário. O BEI defende que respondeu a este pedido com a sua carta de 1 de Agosto de 2008. Embora, na sequência desta carta, a recorrente, por carta de 1 de Agosto de 2008, tenha pedido novamente esclarecimentos, o BEI respondeu-lhe, na sua carta de 14 de Agosto de 2008, que já lhe tinha fornecido a resposta mais completa possível e convidou-a a reportar-se à decisão de adjudicação publicada no *Jornal Oficial*. Não resulta dos autos nem dos argumentos das partes que os fundamentos da decisão impugnada tenham sido comunicados à recorrente, pelo BEI, por outros meios que não os já referidos antes da interposição do presente recurso.
- 111 De onde resulta que a fundamentação da decisão impugnada dada à recorrente, pelo BEI, antes da interposição do seu recurso e em resposta ao seu pedido de 31 de Julho de 2008, deve ser encontrada no teor da carta do BEI de 1 de Agosto de 2008, no seu contexto e nas regras jurídicas que regem a matéria em causa, tendo esta decisão sido enviada num prazo de quinze dias após a projectos do pedido da recorrente.
- 112 Resulta da carta de 1 de Agosto de 2008 que o BEI comunicou à recorrente o nome do proponente escolhido, as ponderações relativas dos critérios de adjudicação e a distribuição dos pontos atribuídos respectivamente à proposta da recorrente e à do proponente escolhido após a avaliação comparativa das propostas. Na referida carta, era indicado que a proposta da recorrente tinha recebido 22,03 pontos (em 35 pontos disponíveis), distribuídos da seguinte forma: 8,75 pontos (em 8,75 pontos disponíveis) para o critério financeiro, 2,85 pontos (em 5,25 pontos disponíveis) para o critério técnico intitulado «Processo de gestão da qualidade», 7,43 pontos (em 15,75 pontos disponíveis) para o critério técnico intitulado «Nível de conformidade das competências e qualificações do pessoal proposto» e 3 pontos (em 5,25 pontos disponíveis) para o critério técnico intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», enquanto a proposta do proponente escolhido tinha recebido 29,36 pontos (em 35 pontos disponíveis), distribuídos da seguinte forma: 5,29 pontos (em 8,75 pontos disponíveis) para o critério financeiro, 4,12 pontos

(em 5,25 pontos disponíveis) para o critério técnico intitulado «Processo de gestão da qualidade», 15,3 pontos (em 15,75 pontos disponíveis) para o critério técnico intitulado «Nível de conformidade das competências e qualificações do pessoal proposto» e 4,12 pontos (em 5,25 pontos disponíveis) para o critério técnico intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios».

¹¹³ As informações fornecidas pelo BEI, sob a forma de classificação quantificada, permitiam à recorrente comparar directamente, para cada critério de adjudicação, os pontos obtidos pela sua proposta com os obtidos pela proposta do proponente escolhido, não se tendo limitado o BEI a comunicar à recorrente a classificação global obtida por cada uma das propostas em causa. Em particular, estas informações permitiam à recorrente identificar imediatamente as razões precisas pelas quais a sua proposta não tinha sido escolhida, ou seja, que após a avaliação comparativa das propostas, a classificação global obtida pela sua proposta era inferior à obtida pela proposta do proponente escolhido, uma vez que, embora tivesse obtido a melhor classificação quanto ao critério financeiro, isso não tinha bastado, tendo em conta as ponderações relativas dos critérios de adjudicação utilizadas pelo BEI, para contrabalançar as classificações obtidas pela sua proposta para cada um dos três critérios técnicos de adjudicação, que eram inferiores às obtidas pela proposta do proponente escolhido.

¹¹⁴ Ora, tratando-se de um procedimento de concurso no âmbito do qual a recorrente era a menos dispendiosa, no sentido de que tinha apresentado a proposta menos elevada de todas as propostas em comparação, tendo visto a sua proposta ser rejeitada apenas devido ao facto de o valor técnico da referida proposta ter sido julgado relativamente inferior ao da proposta do proponente escolhido, há que observar que esta fundamentação, embora constituísse um início de explicação, não podia porém considerar-se suficiente à luz da exigência segundo a qual a fundamentação deve demonstrar, de forma clara e inequívoca, o raciocínio do autor do ato (v., neste sentido, acórdão VIP Car Solutions/Parlamento, n.º 109, *supra*, n.ºs 75 e 76). Com efeito, a carta de 1 de Agosto de 2008 não contém informações sobre as razões que, segundo o BEI, justificaram as classificações atribuídas pelos critérios técnicos respectivamente à proposta da recorrente e à do proponente escolhido. Além disso, as referidas classi-

ficações contidas nesta carta não foram completadas por comentários gerais que fornecessem esclarecimentos sobre as razões que levaram o BEI a atribuir mais pontos à proposta do proponente escolhido do que à da recorrente, para cada um dos critérios técnicos, que permitissem considerar a fundamentação da decisão impugnada insuficiente (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal Geral de 10 de Setembro de 2008, *Evropaïki Dynamiki/Comissão*, n.º 84, *supra*, n.º 129, e de 9 de Setembro de 2009, *Brink's Security Luxembourg/Comissão*, T-437/05, *Colect.*, p. II-3233, n.º 169).

- ¹¹⁵ Na verdade, o BEI explicou, no decurso da instância, as razões que o levaram a adoptar a decisão impugnada e, nomeadamente, o facto de, relativamente ao critério técnico intitulado «Nível de conformidade das competências e qualificações do pessoal proposto» e ao critério técnico intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», «o problema principal [ter sido] a experiência (ou antes a falta de experiência) dos consultores da [r]ecorrente no sector bancário/financeiro» e que, relativamente ao critério técnico intitulado «Processo de gestão da qualidade», a proposta do proponente escolhido «era mais concreta» do que a da recorrente, que «parecia abranger todos os aspectos exigidos, mas [...] era descrita em termos muito gerais e complexos». Tal não pode, todavia, compensar a insuficiência da fundamentação inicial da decisão impugnada. Efectivamente, o BEI não alegou nenhuma circunstância excepcional que justificasse o facto de não ter fornecido uma fundamentação suficiente à recorrente nos quinze dias seguintes à recepção do seu pedido e, de qualquer modo, antes da interposição do seu recurso.
- ¹¹⁶ Resulta do exposto que a decisão impugnada está viciada por uma insuficiência de fundamentação e que, logo, viola as disposições do ponto 2.5.2 do Guia e, em termos mais gerais, o dever de fundamentação inscrito no artigo 253.º CE.
- ¹¹⁷ Importa analisar, em terceiro lugar, as alegações da recorrente relativas à violação do direito a um recurso efectivo e à violação dos princípios da igualdade de tratamento, da transparéncia e da boa administração.

- 118 Quanto, antes de mais, à alegada violação do princípio do direito a um recurso efectivo, há que recordar que o acesso à tutela jurisdicional é um dos elementos constitutivos de uma comunidade de direito e que o mesmo é garantido na ordem jurídica fundada no Tratado CE pelo facto de este estabelecer um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições (acórdão Os Verdes/Parlamento, n.º 30, *supra*, n.º 23). Além disso, o Tribunal de Justiça considera que as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e os artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, são a base do direito a um recurso efectivo para o órgão jurisdicional competente (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651, n.º 18, e de 9 de Fevereiro de 2006, Sfakianakis, C-23/04 a C-25/04, Colect., p. I-1265, n.º 28; acórdão Philip Morris International/Comissão, n.º 46, *supra*, n.º 121). Por fim, o direito a um recurso efectivo de qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidas pelo direito comunitário tenham sido violados foi, além disso, proclamado pelo artigo 47.º da Carta.
- 119 Por outro lado, no âmbito dos procedimentos de concurso, importa proteger os proponentes contra a arbitrariedade da entidade adjudicante, garantindo-lhes que as decisões ilegais tomadas por esta última possam ser objecto de recursos eficazes e tão rápidos quanto possível (v., neste sentido e por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Dezembro de 2009, Comissão/Irlanda, C-455/08, não publicado na Colectânea, n.º 26).
- 120 Uma protecção jurídica completa dos proponentes contra a arbitrariedade da entidade adjudicante implica, portanto, antes de mais, o dever de informar todos os proponentes da decisão de adjudicação do contrato antes da sua celebração, para que estes disponham de uma real possibilidade de interpor um recurso tendo por objecto a anulação dessa decisão, quando as respectivas condições estiverem reunidas.
- 121 Esta tutela jurídica completa exige, também, a previsão da possibilidade de o proponente afastado analisar, em tempo útil, a questão da validade da decisão de adjudicação, o que implica que deve decorrer um prazo razoável entre o momento da

comunicação da decisão aos proponentes afastados e a assinatura do contrato, para designadamente permitir a estes últimos apresentarem um pedido de medidas provisórias nos termos das disposições conjugadas dos artigos 242.º CE e 243.º CE e do artigo 225.º, n.º 1, CE, destinado a que o juiz das medidas provisórias ordene a suspensão da execução da decisão impugnada até que o juiz que conhece do mérito se pronuncie sobre o seu recurso principal de anulação desta decisão (v., neste sentido e por analogia, acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 2004, Comissão/Austrália, C-212/02, não publicado na Colectânea, n.ºs 21 e 23, e jurisprudência referida, e Comissão/Irlanda, n.º 119, *supra*, n.ºs 27 e 28, e jurisprudência referida). Efectivamente, o direito a uma protecção jurisdicional completa e efectiva implica que possa ser garantida a protecção provisória dos particulares, se a mesma for necessária à plena eficácia da futura decisão definitiva, a fim de evitar uma lacuna na protecção jurídica garantida pelos órgãos jurisdicionais competentes (v. despachos do Presidente do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 1996, Alemanha/Comissão, C-399/95 R, Colect., p. I-2441, n.º 46, e jurisprudência referida, e de 23 de Fevereiro de 2001, Áustria/Conselho, C-445/00 R, Colect., p. I-1461, n.º 111, e jurisprudência referida).

¹²² Por fim, para que a exigência de uma protecção jurisdicional efectiva seja preservada, é necessário que a entidade adjudicante respeite o dever de fundamentação que lhe incumbe (v. n.º 108, *supra*), fornecendo uma fundamentação suficiente a qualquer proponente preterido que a peça, a fim de que este último possa utilizar este direito nas melhores condições possíveis e lhe seja reconhecida a faculdade de decidir, com pleno conhecimento de causa, se é útil para si recorrer ao juiz competente. Com efeito, a fundamentação da decisão impugnada é uma formalidade substancial destinada nomeadamente a garantir o direito da pessoa, a quem o ato prejudicou, a um recurso efectivo (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 1975, Rutili, 36/75, Colect., p. 415, n.ºs 37 a 39, e de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o., 222/86, Colect., p. 4097, n.ºs 15 e 16).

¹²³ No caso em apreço, o procedimento de concurso não cumpriu estas exigências. Efectivamente, por um lado, a decisão impugnada não foi notificada à recorrente, que dela teve conhecimento depois de esta ter, em princípio, esgotado os seus efeitos com a assinatura e a entrada em vigor do acordo-quadro. Embora o BEI tenha defendido, na audiência, que a recorrente podia ainda apresentar um pedido de suspensão de

execução da decisão impugnada após a assinatura do acordo-quadro, não respondeu aos argumentos da recorrente, também apresentados na audiência, segundo os quais tal pedido já não podia produzir qualquer efeito útil depois de o acordo-quadro ter sido assinado e ter começado a ser executado. Além disso, importa ter em conta que o próprio BEI reconheceu que a execução da decisão impugnada, materializada pela assinatura e posterior execução do contrato-quadro, obstava a que pudesse retirar todas as consequências ligadas a uma eventual anulação da decisão impugnada, nomeadamente a reabertura do procedimento de concurso (v. n.º 60, *supra*). Assim, no caso em apreço, a possibilidade de a recorrente apresentar tal pedido de suspensão, antes mesmo da assinatura e entrada em vigor do acordo-quadro, era necessária para dar um carácter efectivo aos seu recurso principal, que se destinava à fiscalização da imparcialidade do procedimento de concurso e à preservação das suas hipóteses de celebrar o contrato com o BEI, no fim do referido processo. Por outro lado, como foi já observado (v. n.º 116, *supra*), o BEI não forneceu à recorrente uma fundamentação suficiente da decisão impugnada antes da interposição do seu recurso principal que se destina, nomeadamente, à anulação dessa decisão.

¹²⁴ De onde resulta que o BEI, no caso em apreço, violou o direito da recorrente a um recurso efectivo.

¹²⁵ Quanto, em seguida, à alegada violação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparéncia, resulta de jurisprudência bem assente, no que respeita aos procedimentos de concurso, que a entidade adjudicante tem de respeitar o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, que não é mais do que a expressão específica do princípio da igualdade de tratamento (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Outubro de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Colect., p. I-8585, n.ºs 46 e 48, e jurisprudência referida). Segundo jurisprudência constante, a entidade adjudicante tem de respeitar, em cada fase do procedimento de concurso, o princípio da igualdade de tratamento dos candidatos (acórdão Comissão/CAS *Succhi di Fruta*, n.º 89, *supra*, n.º 108 e acórdão do Tribunal Geral de 17 de Dezembro de 1998, *Embassy Limousines*

& Servissses/Parlamento, T-203/96, Colect., p. II-4239, n.º 85) e, consequentemente, a igualdade das oportunidades de todos os proponentes (acórdão do Tribunal Geral de 12 de Julho de 2007, Evropaïki Dynamiki/Comissão, n.º 107, *supra*, n.º 45). Segundo a jurisprudência, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade implicam, além disso, uma obrigação de transparéncia que consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência do contrato, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação (acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., P. I-10745, n.º 62, e Parking Brixen, já referido, n.º 49).

¹²⁶ No caso em apreço, não é contestado que o BEI comunicou imediatamente a decisão impugnada aos outros proponentes preteridos, e isto muito tempo antes da assinatura do acordo-quadro, dando-lhes a possibilidade, de que ilegalmente privou a recorrente (v. n.º 123, *supra*), de apresentarem ao juiz das medidas provisórias um pedido de suspensão da execução da decisão impugnada até à assinatura do acordo-quadro a fim de preservar o carácter efectivo de um recurso principal destinado ao controlo da imparcialidade do procedimento de concurso.

¹²⁷ De onde resulta que o BEI, no caso em apreço, violou os princípios da igualdade de tratamento e da transparéncia, prejudicando o direito da recorrente a um recurso efectivo da decisão impugnada, tendo os outros proponentes preteridos beneficiado desse direito.

¹²⁸ Quanto, por fim, à alegada violação do princípio da boa administração, resulta da jurisprudência que este princípio pode constituir uma regra de direito tendo por objecto conferir direitos aos particulares, quando constitui a expressão de direitos específicos (acórdão do Tribunal Geral de 13 de Novembro de 2008, SPM/Conselho e Comissão, T-128/05, não publicado na Colectânea, n.º 127).

- 129 Uma vez que resulta dos desenvolvimentos expostos que o BEI violou os direitos protegidos da recorrente ao não lhe comunicar, atempadamente, a decisão impugnada e ao não lhe comunicar, nos quinze dias seguintes à recepção do seu pedido e antes da interposição do recurso, uma fundamentação suficiente desta última decisão, violou também o princípio da boa administração, ao prejudicar o direito da recorrente a um recurso efectivo da decisão impugnada.
- 130 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, podem ser consideradas essenciais as formalidades concebidas para rodear as medidas de todas as garantias de circunspeção e de prudência (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1955, Países Baixos/Alta Autoridade, 6/54, Recueil, p. 201, 220, Colectânea de Jurisprudência 1954-1961, p. 19). No âmbito da adjudicação de um contrato, o direito de um proponente preterido a um recurso efectivo da decisão que adjudica o contrato a outro proponente, assim como o dever correlativo que incumbe à entidade adjudicante de lhe comunicar, a pedido, os fundamentos da sua decisão, devem ser considerados formalidades essenciais, na acepção da referida jurisprudência, na medida em que rodeiam a elaboração da decisão de atribuição de garantias que permitem o exercício de um controlo efectivo sobre a imparcialidade do procedimento de concurso que levou a essa decisão.
- 131 Em conformidade com a jurisprudência relativa à violação de uma formalidade essencial, importa observar que o desrespeito pelo BEI das formalidades essenciais que rodeiam a decisão impugnada deve acarretar a sua anulação (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Março de 1995, Parlamento/Conselho, C-65/93, Colect., p. I-643, n.º 21).
- 132 À luz das considerações que precedem, há que dar provimento aos primeiro e segundo fundamentos do recurso.

Quanto ao terceiro e quarto fundamentos

— Argumentos das partes

¹³³ Através do seu terceiro fundamento, a recorrente sustenta que, ao utilizar um critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», o BEI violou o princípio da proporcionalidade e o dever de escolher critérios de adjudicação que permitam uma avaliação comparativa objectiva das propostas. O referido critério de adjudicação impediu os proponentes de exercerem o seu direito legítimo de recorrer a subcontratantes. Além disso, este critério foi formulado de um modo demasiado impreciso para permitir aos proponentes conhecerem a capacidade óptima que deveriam oferecer para obter a classificação máxima. Na lista de «Perguntas e respostas», a questão sobre o nível máximo de «capacidade para fornecer uma equipa» e a resposta do BEI a esta questão, segundo a qual «não t[inha] determinado um número óptimo», demonstra que os proponentes não podiam saber e não sabiam o que deviam ou podiam fazer para apresentar a melhor proposta relativamente a este critério, e que esse «número óptimo» tinha sido determinado pelo comité de avaliação na fase da avaliação comparativa das propostas. Tal procedimento teve por efeito falsear a concorrência entre os proponentes em benefício do proponente escolhido, ou seja, o actual adjudicatário, que detinha as ferramentas informáticas específicas utilizadas pelo BEI, ou proponentes que tinham as capacidades suficientes para não recorrer a uma equipa de peritos externos mobilizáveis em caso de adjudicação do contrato. Contrariamente ao que defende o BEI, as ferramentas informáticas específicas detidas pelo proponente escolhido não estão especialmente disseminadas, uma vez que a sua quota de mercado é de apenas 3% e que estão tendencialmente em declínio. Por outro lado, a recorrente afirma que dispunha de vários peritos que respondiam às necessidades do BEI, como este último reconheceu e como demonstrava um quadro inserido na réplica. Convida também o BEI a revelar os *curricula vitae* anónimos do pessoal enviados pelo proponente esco-

lhido a fim de que as qualificações desse pessoal possam ser comparadas às dos seus próprios peritos.

¹³⁴ O BEI pede que se declare a improcedência do terceiro fundamento. Os pontos 6.4 e 6.5 do caderno de encargos estipularam claramente que a subcontratação e os grupos de proponentes estavam autorizados, o que incluía o recurso a peritos independentes. Tal foi ainda confirmado na lista de «Perguntas e respostas», onde era preciso dizer que os recursos dos subcontratantes eram equiparados a recursos próprios do proponente em causa para efeitos do procedimento de concurso. A única condição colocada no ponto 1.3 do caderno de encargos foi a de que os proponentes provassem a sua vontade de recrutar uma equipa que dispusesse de competências adequadas. Além disso, o proponente escolhido não foi o único a poder responder ao critério técnico intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» recorrendo ao seu «próprio pessoal», na medida em que não tinha a totalidade das ferramentas informáticas utilizadas no âmbito da aplicação informática em causa. A linguagem de programação desta aplicação, ou seja, a linguagem «Java», e as ferramentas desenvolvidas pelo proponente escolhido, entre os quais o software «Sybase server suite» e o sistema de gestão de base de dados, são conhecidos no mercado e muitas pessoas são competentes na matéria. Isso é demonstrado pelos *curricula vitae* fornecidos pela recorrente, nomeadamente por um *curriculum vitae* que demonstra uma experiência relativa a todo o software «Sybase server suite» e um grande conhecimento da linguagem «Java». Por outro lado, a própria recorrente se contradisse nos seus argumentos ou através dos documentos que apresentou.

¹³⁵ Com o quarto fundamento, a recorrente considera que, ao utilizar o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», o BEI violou o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de só utilizar, para efeitos da avaliação comparativa das propostas na fase de adjudicação do contrato, critérios que não resultassem da fase de selecção dos proponentes. O referido critério, como reconheceu o BEI no n.º 89 da contestação, teve apenas por finalidade verificar a «capacidade dos efectivos dos proponentes» através do estudo

do seu *curriculum vitae* e foi já utilizado, com conhecimento de causa, na fase de selecção dos proponentes. Não podia, portanto, ser utilizado na fase de avaliação comparativa das propostas e de adjudicação do contrato, devido à regra segundo a qual os processos de selecção dos proponentes e de adjudicação do contrato devem estar claramente separados. Além disso, o BEI violou o princípio da igualdade de tratamento na medida em que, com a dupla aplicação deste critério, favoreceu o proponente escolhido, que era o que estava em melhor posição de «fornecer uma equipa», uma vez que era também o adjudicatário tradicional que detinha as ferramentas informáticas específicas utilizadas pelo BEI e que dispunha potencialmente de mais peritos à sua disposição.

¹³⁶ O BEI pede que se declare a improcedência do quarto fundamento. Recorda o amplo poder de apreciação de que dispunha na fase da selecção dos critérios de adjudicação do contrato. Os critérios de selecção dos proponentes, segundo os quais estes últimos deviam dispor de pelo menos quinze trabalhadores há pelo menos dois anos no seu departamento informático e de três referências verificáveis, não podem ser confundidos com o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», correspondendo estes critérios a pontos distintos no caderno de encargos. O critério mencionado no ponto 6.2.2 do caderno de encargos, em conformidade com o ponto 2.5.1.1 do Guia, enquanto critério de selecção dos proponentes, destinava-se a verificar se estes últimos tinham as condições mínimas exigidas em termos de pessoal e de capacidade do seu serviço informático, ao passo que o critério mencionado no ponto 7.1.1 do caderno de encargos, em conformidade com o ponto 2.5.1.2 do Guia, enquanto critério de adjudicação do contrato, se destinava a avaliar as competências e a experiência pertinente dos trabalhadores indicados pelos proponentes tendo em conta os seus *curricula vitae* e os quadros de competências enviados, assim como a capacidade dos proponentes responderem às necessidades específicas do contrato. O BEI defende também que a recorrente está de má-fé quando alega que ele reconheceu que os seus actos tinham sido contrários ao direito aplicável aos procedimentos de concurso.

— Apreciação do Tribunal Geral

- ¹³⁷ O BEI, assim como dispõe de um amplo poder de apreciação quanto aos elementos a ter em consideração para adoptar a decisão de adjudicar um contrato público mediante concurso, goza de um amplo poder de apreciação para determinar tanto o conteúdo como a execução das normas aplicáveis à adjudicação, por sua própria conta, de um contrato público por concurso (v. neste sentido e por analogia, acórdão do Tribunal Geral de 14 de Fevereiro de 2006, TEA-CEGOS e o./Comissão, T-376/05 e T-383/05, Colect., p. II-205, n.^{os} 50 e 51). A faculdade dada ao BEI de escolher livremente os critérios de adjudicação com base nos quais pretende adjudicar os contratos que celebra, por sua própria conta, permite-lhe ter em consideração a natureza, o objecto e as especificidades próprias de cada contrato.
- ¹³⁸ Importa, entretanto, ter em conta as disposições do Guia. No ponto 2.5 deste último, são enunciadas as regras aplicáveis ao «[d]esenrolar do processo». Em particular, o ponto 2.5.1 trata da «[v]erificação da aptidão e [da] escolha dos participantes» e da «adjudicação dos contratos». Resulta, nomeadamente, deste último ponto que «[a] adjudicação dos contratos do [BEI] se faz com base nos critérios de selecção e de adjudicação enunciados no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, após verificação da elegibilidade dos operadores económicos para participarem no processo».
- ¹³⁹ Nos termos do ponto 2.5.1.1, relativo aos «[c]ritérios de selecção», «[o] objectivo destes critérios é determinar se um operador se encontra na situação económica e financeira e apresenta as capacidades técnicas e profissionais necessárias para executar o contrato». É, além disso, previsto que «[o] [BEI] fixa estes critérios em conformidade com os artigos 47.^º e 48.^º da Directiva [2004/18], tendo em consideração, sendo caso disso, as disposições dos artigos 49.^º e 50.^º». É ainda precisado que «o [BEI] pode fixar níveis mínimos de capacidade abaixo dos quais os proponentes ou os candidatos serão excluídos do processo» e que «[e]stes limites são precisados no anúncio de concurso».

- 140 O ponto 2.5.1.2 do Guia, relativo aos «[c]ritérios de adjudicação do contrato», prevê nomeadamente o seguinte:

«O objectivo do[s] critérios [de adjudicação] é permitir uma selecção entre os propONENTES que não foram preteridos [no fim do processo de selecção] e que, além disso, correspondem aos critérios de selecção enunciados no anúncio de concurso ou no caderno de encargos.

Os critérios em que o [BEI] se baseia para adjudicar os contratos são:

- a) [...] quando a adjudicação se faz à proposta economicamente mais vantajosa (melhor relação qualidade/preço) do ponto de vista do [BEI], diversos critérios ligados ao objecto do contrato em questão — por exemplo, a qualidade, o preço, o valor técnico, o carácter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade, os serviços pós-venda e a assistência técnica, a data de entrega e o prazo de entrega ou de execução;

[...]

No caso previsto na alínea a), *supra*, o [BEI] precisa no anúncio de concurso ou no caderno de encargos ou, no caso de diálogo concorrencial, no documento descriptivo, a ponderação relativa que confere a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa [...]»

- 141 As disposições do Guia referidas no n.º 140, *supra*, destinam-se a garantir que a faculdade deixada ao BEI na escolha dos critérios de adjudicação se exerce no respeito dos princípios da igualdade de tratamento e de transparência na fase da avaliação das propostas para a adjudicação do contrato (v., neste sentido e por analogia, acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Colect., p. 4635, n.ºs 21 e 22, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.ºs 90 a 92). A finalidade destas disposições é, com efeito, permitir que todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes interpretem os critérios de adjudicação da mesma maneira e disponham, por conseguinte, das mesmas oportunidades na formulação dos termos da sua proposta (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Colect., p. I-7725, n.º 42).
- 142 Além disso, estas disposições pretendem garantir o respeito do princípio da proporcionalidade, que exige que os actos das instituições não vão além dos limites do apropriado e necessário à realização dos objectivos prosseguidos, uma vez que, quando surge uma escolha entre várias medidas apropriadas, há que recorrer à menos estrita, não devendo os inconvenientes causados ser desmedidos face aos objectivos pretendidos (acórdão Antwerpse Bouwwerken/Comissão, n.º 62, *supra*, n.º 57). Embora seja verdade que os critérios que podem ser adoptados pela entidade adjudicante quando a adjudicação se faz à proposta economicamente mais vantajosa não são enumerados de forma limitativa no ponto 2.5.1.2 do Guia e que este ponto deixa à entidade adjudicante a faculdade de escolher os critérios de adjudicação do contrato que lhe parecem mais adequados, essa escolha só pode, portanto, fazer-se entre critérios que se destinem à identificação da proposta economicamente mais vantajosa (v., neste sentido e por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 2008, Lianakis e o., C-532/06, Colect., p. I-251, n.º 29, e jurisprudência referida; acórdãos Renco/Conselho, n.º 109, *supra*, n.º 66, e Strabag Benelux/Conselho, n.º 109, *supra*, n.ºs 73 e 74). Portanto, são excluídos, enquanto «critérios de adjudicação», os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão (v., neste sentido e por analogia, acórdãos do Tribunal de Justiça, Beentjes, n.º 141, *supra*, n.ºs 15 a 19; de 19 de Junho de 2003, GAT, C-315/01, Colect., p. I-6379, n.ºs 59 a 67, e Lianakis e o., já referido, n.ºs 30 a 32). A qualidade das propostas deve ser avaliada com base nas próprias propostas e não a partir da experiência adquirida pelos candidatos com a entidade adjudicante nos anteriores contratos ou com base

em critérios, tais como a capacidade dos proponentes para executarem o contrato, relativos à fase de selecção dos proponentes e que não podem ser tomados em conta para efeitos da avaliação comparativa das propostas (acórdão Beentjes, n.º 141, *supra*, n.º 15, e acórdão TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissão, n.º 100, *supra*, n.º 86).

¹⁴³ Com o terceiro e quarto fundamentos, a recorrente afirma, no essencial, que o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» era impreciso, discriminatório e desproporcional relativamente ao objectivo prosseguido, destinado a identificar a proposta economicamente mais vantajosa, de modo que a escolha de tal critério de adjudicação não era conforme às obrigações que resultam, para o BEI, dos princípios gerais do direito aplicáveis aos procedimentos de concurso, como aplicados no ponto 2.5.1.2 do Guia.

¹⁴⁴ Importa, a este propósito, salientar que o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» era enunciado no ponto 7.1.1 do caderno de encargos, relativo aos «[c]ritérios técnicos», que precisava, além disso, que «[a] capacidade do proponente de fornecer uma equipa com as competências exigidas [é] avaliada com base na informação fornecida no [q] uadro dos [p]erfis do [p]essoal e nos [*curricula vitae*]». Resulta da lista de «Perguntas e respostas» que, através deste critério técnico, «o [BEI] deseja[va] garantir que [o adjudicatário do contrato] não ti[nha] apenas um pessoal competente e experiente suficientemente numeroso para constituir uma equipa principal, como ti[nha] também à sua disposição uma reserva de recursos adequados, em termos de competência e de experiência, para responder a necessidades suplementares». A este respeito, o BEI indicou que seria «o [q]uadro dos [p]erfis do [p]essoal [que] fornece[ria] uma indicação da profundidade e da amplitude da competência e da experiência à disposição do proponente que o [BEI] poderia mobilizar». Tal está de acordo com o conteúdo do ponto 4.2 do caderno de encargos, segundo o qual os proponentes deviam descrever o pessoal proposto no quadro dos perfis do pessoal anexado ao caderno de encargos, e segundo o qual a sua proposta a este propósito seria avaliada com base na experiência e no número de pessoas que dispunham das competências adequadas. Além disso, o BEI indicava que «analisa[ria] o [q]uadro dos [p]erfis do [p]essoal [...] para apreciar

se o proponente par[ecia] dispor de um pessoal com as competências adequadas em número suficiente e com uma experiência suficiente para responder [às suas] necessidades» e que «[e]sta apreciação se aplica[ria] a dois dos critérios técnicos [...]: o nível de conformidade das competências e qualificações do pessoal proposto e a capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios». Por outro lado, o BEI indicou também que não tinha «definido um número óptimo» no atinente às equipas a fornecer e, nomeadamente, à equipa proveniente dos recursos próprios que devia ser fornecida para responder às necessidades suplementares da entidade adjudicante. Por fim, o BEI precisou «que os termos “recursos próprios” significavam o pessoal actualmente empregado pelo proponente [...] ou os seus subcontratantes declarados».

145 Antes de mais, importa observar que a recorrente não tem razão ao alegar que o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» era discriminatório, na medida em que obstava a que recorresse a subcontratantes para responder a todas as necessidades expressas pelo BEI. Com efeito, resulta do caderno de encargos e da lista «Perguntas e respostas» que o recurso a subcontratantes era permitido, desde que fossem claramente identificados, como tais, nas propostas e que os proponentes tivessem sido devidamente avisados de que os subcontratantes claramente identificados seriam tidos em conta para efeitos da aplicação do referido critério de adjudicação.

146 Em seguida, a recorrente não tem razão ao alegar que o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» tinha sido utilizado na fase de selecção dos proponentes. Efectivamente, resulta do caderno de encargos que, a título dos critérios de selecção referidos no n.º 6.2.2 do mesmo, os proponentes deviam apenas apresentar «três referências pertinentes e verificáveis de missões efectuadas nos dois últimos anos no domínio abrangido pelo presente concurso» e «[u]ma declaração assinada [certificando] que [os proponentes] [tinha]m pelo menos 15 trabalhadores [no domínio da informática] (não pessoal de

apoio administrativo) há pelo menos 2 anos». Este último critério de selecção, que era relativo a um número mínimo de pessoas dispondo *a priori* de experiência e de competências no domínio abrangido pelo contrato, diferia do critério de adjudicação em causa, relativo à capacidade do proponente de mobilizar um pessoal experiente e competente, em número suficiente, para responder às necessidades suplementares da entidade adjudicante.

¹⁴⁷ Quanto à própria escolha do critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», há, por fim, que salientar que nem o ponto 2.5.1.2 do Guia nem os princípios gerais do direito podem ser interpretados no sentido de que cada um dos critérios de adjudicação escolhidos pelo BEI para identificar a proposta economicamente mais vantajosa deva ser necessariamente de natureza quantitativa ou exclusivamente orientado para os preços (v., por analogia, acórdão Renco/Conselho, n.º 109, *supra*, n.os 67 e 68). Com efeito, diversos factores que não são de natureza puramente quantitativa, como a qualidade do pessoal empregado ou, em termos mais gerais, o valor técnico da proposta, podem influenciar a qualidade da execução de um contrato de prestação de serviços e, por conseguinte, o valor económico da proposta de um proponente para um tal contrato (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça, Beentjes, n.º 141, *supra*, n.º 18, e de 16 de Setembro de 1999, Fracasso e Leitschutz, C-27/98, Colect., p. I-5697, n.º 30).

¹⁴⁸ Entretanto, resulta dos documentos do concurso, referidos no n.º 144, *supra*, que o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» respeita nomeadamente à capacidade do pessoal empregado pelo proponente e pelos seus subcontratantes identificados, como descrito no quadro dos perfis do pessoal, de responderem, em termos de experiência, de qualificações e de número, às necessidades suplementares expressas pela entidade adjudicante. Trata-se, portanto, de um critério relativo, pelo menos em parte, à aptidão dos proponentes para executarem a totalidade do contrato, incluindo as prestações de serviços suplementares. Nesta medida, tal critério não tem a qualidade de um «critério de adjudicação» na acepção do ponto 2.5.1.2 do Guia, que só se refere à qualidade das prestações de serviços suplementares susceptíveis de serem prestadas por cada proponente tendo em conta os seus recursos próprios e, portanto, à vantagem económica relativa de cada uma das propostas atinentes a tais prestações (v.,

neste sentido e por analogia, acórdão Lianakis e o., n.º 142, *supra*, n.º 31; acórdãos do Tribunal Geral de 1 de Julho de 2008, AWWW/FEACVT, T-211/07, não publicado na Colectânea, n.º 60, e de 10 de Setembro de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comissão, T-465/04, não publicado na Colectânea, n.º 65).

- 149 Além disso, embora o critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios» devesse, nomeadamente, permitir apreciar se o proponente dispunha de um pessoal com as competências e experiência exigidas «em número suficiente» para responder aos pedidos de serviços suplementares do BEI, era formulado de forma vaga e imprecisa, uma vez que, como resulta nomeadamente do ponto 4.2 do caderno de encargos, nenhum «número óptimo» tinha sido predefinido relativamente a esse pessoal e o BEI não tinha dado, a este respeito, indicações quantitativas precisas aos proponentes. Na verdade, o ponto 1.2 do caderno de encargos, relativo à «[d]escrição do domínio» abrangido pelo contrato, indicava que dez pessoas externas ao pessoal do BEI estavam dedicadas à actividade de projectos relacionados com a aplicação informática em causa e que uma dezena de projectos estava actualmente em curso. Era, por outro lado, indicado que, nos próximos anos, o volume da actividade de projectos, em particular, deveria diminuir, de modo que os números mencionados no caderno de encargos deviam ser considerados máximos pelos potenciais proponentes. Todavia, era imediatamente preciso que não se excluía que novos mandatos de empréstimo ou novas operações específicas aprovadas pelo BEI pudessem gerar novos picos de actividade em matéria de projectos.
- 150 Ora, na medida em que o proponente escolhido era também o prestador de serviços tradicional encarregado do desenvolvimento, da manutenção, do apoio e das actividades de projectos relativos à aplicação informática em causa, era também o que estava em melhor posição de, pela sua experiência, avaliar quais poderiam ser as necessidades reais do BEI, em termos de capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios para responder aos pedidos de prestações de serviços suplementares que poderiam ser expressos pelo BEI no âmbito da execução do contrato. De onde resulta que a imprecisão do critério de adjudicação intitulado «Capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios»

pôde, na prática, levar ao favorecimento de um dos proponentes, o actual adjudicatário, em detrimento dos outros proponentes, nomeadamente da recorrente, violando o princípio da igualdade de tratamento, em virtude do qual os proponentes devem dispor das mesmas oportunidades na formulação dos termos da sua proposta.

¹⁵¹ Por conseguinte, há que declarar que os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, assim como o ponto 2.5.1.2 do Guia, que aplica estes princípios, se opõem a que, no âmbito do presente procedimento de concurso, o BEI tenha em conta a capacidade dos proponentes para fornecerem a totalidade dos serviços esperados no âmbito do contrato, não a título de «critério de selecção» dos proponentes, mas a título de «critério de adjudicação» do contrato, e a que se baseie, a este respeito, num critério impreciso susceptível de favorecer, na prática, o proponente escolhido, que era também o actual co-contratante tradicional que forneceu anteriormente os serviços em causa.

¹⁵² Perante as considerações expostas, há que julgar procedentes o terceiro e o quarto fundamentos do recurso.

Quanto ao sexto fundamento

— Argumentos das partes

¹⁵³ A recorrente sustenta que o BEI violou o artigo 99.º do regulamento financeiro, o artigo 148.º, n.ºs 1 e 2, das normas de execução e os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da não discriminação, como consagrados no artigo 89.º do regulamento financeiro, conjugado com o seu considerando 18, e na jurisprudência,

na prática da Comissão ou na doutrina, na medida em que adjudicou o contrato ao proponente escolhido após este ter, na sequência de contactos ocultos com o BEI, modificado substancialmente os termos da sua proposta, quer do ponto de vista do preço quer da qualidade. Resulta da nota de 31 de Janeiro de 2008 que, depois da abertura das propostas e da sua avaliação, o comité de avaliação recomendou a proposta do proponente escolhido. Todavia, após ter verificado que esta proposta era a mais elevada de todas as propostas, o comité de avaliação decidiu realizar uma reunião com o proponente escolhido a fim de obter esclarecimentos sobre certos pontos que ficaram em suspenso, nomeadamente os aspectos financeiros da proposta, antes de continuar o procedimento de concurso. No decurso desta reunião, o proponente escolhido modificou substancialmente os termos da sua proposta, a fim de baixar o preço previsto para o serviço, reduzindo relativamente a sua qualidade. Em particular, o proponente escolhido prometeu reduzir o preço previsto na sua proposta modificando, nomeadamente, o pessoal encarregado do contrato para obter uma composição mais equilibrada e, portanto, fornecendo um número menor de consultores experientes. Foi na sequência destas negociações ilegais que o BEI decidiu adjudicar o contrato ao proponente escolhido. De onde resulta que a proposta finalmente escolhida pelo BEI foi substancialmente diferente e, o que é mais importante à luz da ponderação relativa dos critérios de adjudicação especificados no caderno de encargos, de menor qualidade do que a que tinha sido avaliada pelo comité de avaliação. Ora, esta menor qualidade da «proposta final» do proponente escolhido, relativamente à sua «proposta inicial», não foi tida em conta quando da avaliação comparativa das propostas, como conduzida pelo comité de avaliação.

¹⁵⁴ A este propósito, a recorrente convida o Tribunal Geral a comparar a experiência do pessoal que consta da proposta do proponente escolhido com a do pessoal finalmente por ele oferecido e a declarar que, na falta das negociações ilegalmente realizadas com o BEI e dos erros manifestos de apreciação que viciam a decisão impugnada, o contrato lhe teria sido adjudicado. De qualquer modo, a recorrente defende que se o procedimento de concurso tivesse respeitado o princípio da igualdade de tratamento e tivesse sido transparente, teria também podido melhorar consideravelmente a sua

«proposta inicial» à luz dos critérios de adjudicação adoptados, o que poderia também ter-lhe permitido obter o contrato.

- ¹⁵⁵ O BEI refuta os argumentos da recorrente e pede que se considere improcedente o sexto fundamento. Observa que nem o regulamento financeiro nem as normas de execução se destinam a regular o procedimento de concurso. Além disso, a recorrente não tinha interesse em suscitar o presente fundamento. Segundo o BEI, as discussões com o proponente escolhido só tiveram lugar após o encerramento da fase de avaliação comparativa das propostas, que classificava a proposta do proponente escolhido em primeiro lugar, enquanto a da recorrente ocupava apenas o segundo lugar e, portanto, num momento em que o proponente escolhido já tinha obtido o contrato. Não se deve portanto considerar que estes contactos tiveram lugar no decurso do processo de adjudicação do contrato, na acepção do ponto 2.5.2 do Guia, ou mesmo do artigo 99.º do regulamento financeiro que foi invocado pela recorrente. De qualquer modo, estes contactos não disseram respeito à modificação da proposta do proponente escolhido, classificada em primeiro lugar após a avaliação comparativa das propostas, nem conduziram a tal resultado. Apenas se debruçaram sobre as normas de execução do contrato pelo proponente escolhido, em conformidade com os termos da sua proposta, e não foram, de qualquer modo, susceptíveis de alterar a classificação adoptada após a avaliação comparativa das propostas. Do ponto de vista financeiro, a redução dos valores diários previstos para os «programadores seniores de software» e dos previstos para os «programadores de nível intermédio de software», bem como a substituição de alguns dos «programadores seniores de software» da equipa principal proposta por membros do pessoal «mais jovem» não podiam ter por efeito alterar a classificação da proposta do proponente escolhido relativamente à das propostas dos outros proponentes, entre os quais a recorrente, pelo que não foram prejudiciais para estes últimos. Do ponto de vista técnico, a substituição de alguns dos «programadores seniores de software» da equipa principal proposta pelo proponente escolhido por membros do pessoal «mais jovem» não gerou uma degradação relativa do valor técnico da proposta deste, uma vez que o pessoal substituído constava do quadro dos perfis do pessoal, anexado à referida proposta, e que o valor técnico desta proposta foi avaliado tendo em conta não só as qualificações resultantes dos *curricula vitae* dos membros da equipa principal proposta, como também as qualificações das pessoas integradas no quadro dos perfis do pessoal em questão.

A referência à «composição de uma equipa mais equilibrada» não significou que o pessoal principal, que constava da proposta do proponente escolhido para constituir a equipa encarregada da execução do contrato, ia ser alterado, mas apenas que esse pessoal ia permitir constituir uma equipa «mais equilibrada» do que a que o referido proponente tinha estabelecido para a execução do anterior contrato relativo à aplicação informática em causa. Assim, a jurisprudência aplicável na matéria não permite concluir que os contactos ocorridos entre ele e o proponente, posteriormente à fase de avaliação comparativa das propostas, afectaram a validade da decisão impugnada e a recorrente não tem razão ao invocar, no caso em apreço, uma violação do princípio da igualdade de tratamento ou da transparéncia.

— Apreciação do Tribunal Geral

156 A recorrente não tem razão ao alegar uma violação dos artigos 89.º e 99.º do regulamento financeiro e do artigo 148.º, n.ºs 1 e 2, das normas de execução, uma vez que o procedimento de concurso e a decisão impugnada não são regulados nem pelo regulamento financeiro nem, *a fortiori*, pelas suas normas de execução (v. n.º 87, *supra*). Há portanto que considerar improcedente o sexto fundamento, na parte em que se baseia nessa violação.

157 Todavia, este sexto fundamento deve ser analisado na parte em que suscita uma alegação relativa à violação dos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparéncia, que são aplicáveis ao procedimento de concurso e à decisão impugnada pelas razões expostas no n.º 88, *supra*. Tendo em conta tanto a importância como o objectivo e o efeito útil dos referidos princípios, o respeito destes deve ser assegurado também no caso de um concurso específico como o do caso vertente, tendo simultaneamente em conta, se for caso disso, especificidades que caracterizam este último processo.

- ¹⁵⁸ A este propósito, importa salientar que, tratando-se, no caso em apreço, de um contrato de serviços adjudicado por sua própria conta, de um valor total estimado, sem o imposto sobre o valor acrescentado (IVA), entre 3 500 000 euros e 7 000 000 de euros, o BEI, em conformidade com as disposições do Guia, decidiu que havia que adjudicar o contrato observando o procedimento aberto, publicar um anúncio de concurso no *Jornal Oficial*, elaborar o caderno de encargos, que definia as modalidades e as condições do contrato, incluindo os critérios de adjudicação, e convidar todos os operadores económicos que o tinham solicitado a apresentarem propostas nesta base.
- ¹⁵⁹ Nestas condições, deve considerar-se que as disposições do Guia e, sendo caso disso, as disposições da Directiva 2004/18 para as quais aquelas remetem constituem o quadro jurídico no qual o procedimento de concurso devia decorrer e incumbia ao BEI, na sua qualidade de entidade adjudicante, observar rigorosamente os critérios por ele fixados não só quando do procedimento de concurso enquanto tal que tinha por objecto a avaliação comparativa das propostas e a escolha do adjudicatário, mas, em termo mais gerais, até ao termo da fase de execução do contrato em causa (v., neste sentido, acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, n.º 89, *supra*, n.º 115).
- ¹⁶⁰ Se a proposta de um proponente, que não foi preterido no procedimento de concurso e preenche os critérios de selecção enunciados no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, não se afigura, do ponto de vista da entidade adjudicante, a mais vantajosa economicamente, à luz dos critérios de adjudicação enunciados no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, deve ser afastada pela entidade adjudicante, não estando esta autorizada, todavia, a alterar a economia geral do contrato ao modificar uma das condições essenciais da sua adjudicação. Com efeito, se a entidade adjudicante estivesse autorizada a modificar à sua vontade, quando do procedimento de concurso, as próprias condições da adjudicação, na falta de habilitação expressa neste sentido constante das disposições pertinentes aplicáveis, os termos que regem a adjudicação do contrato, conforme estipulados inicialmente, seriam desvirtuados (acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, n.º 89, *supra*, n.º 120). Além disso, tal prática provocaria inelutavelmente uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes, já que a aplicação uniforme das condições

de adjudicação e a objectividade do processo deixariam de estar garantidas (acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, n.º 89, *supra*, n.º 121).

¹⁶¹ Estes princípios estão, de resto, reflectidos no ponto 2.5.2 do Guia, que enuncia nomeadamente que, «[d]urante um processo de adjudicação de contrato, o [BEI] não aceitará qualquer discussão com os candidatos ou os proponentes susceptível de comprometer a objectividade do processo ou o princípio do tratamento equitativo dos operadores económicos» e que se «[o] [BEI] pode em contrapartida contactar os candidatos ou os proponentes por escrito a fim de obter esclarecimentos sobre prontos precisos da sua candidatura ou da sua proposta», «[t]ais contactos não podem todavia estar na origem de modificações nas condições do pedido de participação ou da proposta».

¹⁶² No caso em apreço, no ponto 1.2 do caderno de encargos, relativo à «[d]escrição do domínio» abrangido pelo contrato, era indicado que a aplicação informática em causa era utilizada por cerca de 600 pessoas, que uma equipa de dez pessoas externas ao pessoal do BEI estava contratada para garantir a manutenção ou o apoio e a actividade de projectos (quatro pessoas estavam afectadas à manutenção e seis pessoas estavam afectadas aos projectos) e que uma dezena de projectos estavam actualmente em curso. Além disso, era precisado que quatro membros do pessoal do BEI desempenhavam um papel de supervisão ou de gestão de projecto, mas estavam também cada vez mais implicados nas actividades técnicas, ou seja, nas discussões sobre a arquitectura. Estava previsto implementar procedimentos de análise de código num futuro próximo. Por fim, nos anos vindouros, esperava-se que o volume da actividade de projectos diminuisse, de modo que os números referidos pelo BEI deviam ser considerados um máximo pelos potenciais proponentes, ainda que não se pudesse excluir que novos mandatos de empréstimo ou novas operações específicas aprovadas pelo BEI pudessem gerar novos picos de actividade em matéria de projectos.

¹⁶³ Nos termos do ponto 6.5 do caderno de encargos, relativo ao «[p]erfil do pessoal», o proponente devia fornecer um perfil claro das competências de todo o pessoal disponível ao completar o quadro dos perfis do pessoal. Neste último, um mesmo membro

do pessoal não devia ser contabilizado em mais de um perfil. Além disso, os proponentes deviam fornecer *curricula vitae* anónimos de um «fundo comum principal de recursos disponíveis» correspondendo aos diferentes perfis identificados no quadro dos perfis do pessoal (a seguir «equipa principal»). O exacto empregador (o membro em causa no caso das propostas agrupadas ou da subcontratação) de cada um dos membros da equipa principal devia ser indicado em cada *curriculum vitae*. De acordo com as informações dadas no ponto 1.2 do caderno de encargos, o número mínimo de *curricula vitae* exigidos para cada um dos cinco perfis tipo identificados no quadro dos perfis do pessoal era definido da seguinte forma: dois *curricula vitae* de «analista dos sistemas de gestão», dois *curricula vitae* de «especialista da arquitectura técnica», dois *curricula vitae* de «programador de nível intermédio de software»] e dois *curricula vitae* de «programador sénior de software». Além disso, um mesmo *curriculum vitae* não devia ser apresentado para mais de um perfil.

¹⁶⁴ O ponto 6.8 do caderno de encargos, relativo ao «[p]erfil de custo», indicava nomeadamente que os preços deviam ser dados em euros, sem IVA. Deviam incluir todo o tipo de despesas, que não seriam reembolsadas separadamente pelo BEI. O proponente devia completar o quadro dos perfis de custo constante em anexo ao caderno de encargos. Os custos deviam ser apresentados sob a forma de valores diários para os «serviços contínuos» e os «serviços pontuais». Se o proponente ou o fornecedor de serviços pretendessem aplicar valores diferentes pelos serviços prestados «fora das horas de serviço», ou seja, depois das 19 horas e antes das 8 horas, e pelos serviços prestados durante os fins-de-semana ou as férias, tais valores deviam também ser claramente indicados no quadro. Estes últimos seriam também aplicáveis aos serviços prestados para fazer face a eventuais novos picos de actividade em matéria de projectos (v. n.º 162, *supra*).

¹⁶⁵ O ponto 7.1 do caderno de encargos, relativo aos «[c]ritérios de adjudicação», indica que o contrato seria adjudicado à proposta economicamente mais vantajosa, à luz dos critérios de adjudicação e das suas ponderações relativas (v. n.º 3, *supra*). No que

respeita aos critérios técnicos, o ponto 7.1.1 do caderno de encargos precisava que o «nível de conformidade das competências e qualificações do pessoal proposto» e a «capacidade para fornecer uma equipa proveniente dos seus recursos próprios», ou seja, dois critérios que representavam, juntos, 60% dos pontos da classificação global, seriam avaliados e classificados com base no quadro completado dos perfis do pessoal e na equipa principal proposta, sob a forma de *curriculum vitae*, pelos proponentes, de acordo com os termos do ponto 6.5 do caderno de encargos. Isso foi confirmado aos proponentes na lista de «Perguntas e respostas». No que respeita ao critério financeiro, o ponto 7.1.2 do caderno de encargos precisava que o perfil de custo de cada proponente seria avaliado e classificado com base num valor diário médio ponderado calculado para cada proponente. A ponderação, tendo em conta os perfis das pessoas com mais possibilidades de serem destacadas para a execução do contrato, era precisada no quadro dos perfis de custo. Por fim, os pontos 7.1.1 e 7.1.2 do caderno de encargos dispunham que o BEI poderia convidar os proponentes para entrevistas, mas que, todavia, estes últimos não seriam autorizados a modificar os termos da sua proposta escrita após a entrega da mesma.

¹⁶⁶ No plano técnico, o quadro dos perfis do pessoal implicava, para cada um dos cinco perfis-tipo, que se precisasse, em geral e para cada uma das competências associadas a cada perfil-tipo, o nome dos membros do pessoal disponíveis, distinguindo entre estes os «membros do pessoal com uma experiência total inferior a três anos», os «membros do pessoal com uma experiência total superior a três anos» e os «membros do pessoal com uma experiência superior a dois anos ao serviço do fornecedor dos serviços».

¹⁶⁷ No plano financeiro, o quadro dos perfis de custo implicava atribuir, a cada um dos perfis-tipo e a cada tipo de serviços, um valor diário médio. As ponderações relativas dos valores diários médios para cada tipo de serviços eram definidas da seguinte forma: 45% dos pontos para o custo dos «serviços contínuos», 45% dos pontos para o custo dos «serviços pontuais», 5% dos pontos para o custo dos serviços prestados «fora das horas de serviço» e 5% dos pontos para o custo dos serviços prestados

durante os «fins de semana/férias». As ponderações relativas dos valores diários médios de cada um dos perfis-tipo eram, de acordo com o ponto 7.1.2 do caderno de encargos e tendo em conta os «perfis com mais possibilidades de serem destacados» resultantes do ponto 6.5 do caderno de encargos, de 15% dos pontos para o perfil de «analista dos sistemas de gestão», de 15% dos pontos para o perfil de «especialista da arquitectura técnica», de 15% dos pontos para o perfil de «programador júnior de software», de 40% dos pontos para o perfil de «programador de nível intermédio de software» e de 15% dos pontos para o perfil de «programador sénior de software».

- ¹⁶⁸ No caso em apreço, resulta da nota de 31 de Janeiro de 2008 e das explicações fornecidas pelo BEI na sua carta de 15 de Dezembro de 2009 que, após a fase da avaliação comparativa das propostas, o BEI estava preocupado com o facto de a proposta do proponente escolhido, classificada em primeira posição, ser a mais elevada, e que, por conseguinte, decidiu organizar uma reunião com o proponente escolhido para esclarecer com ele os pontos em suspenso e, nomeadamente, os aspectos financeiros da sua proposta, antes de continuar o procedimento de concurso. Além disso, resulta da nota de 31 de Janeiro de 2008 que esta reunião teve lugar em 29 de Janeiro de 2008 e que, nela, o proponente escolhido indicou à entidade adjudicante que podia tentar obter «uma composição da equipa mais equilibrada (actualmente quase exclusivamente composta por consultores “seniores”)» e reduzir de 750 para 720 euros o valor diário do pessoal correspondente ao perfil de «programador sénior de software» e de 665 para 650 euros o valor diário do pessoal correspondente ao perfil de «programador de nível intermédio de software». Só depois desta reunião e tendo em conta as propostas assim formuladas pelo proponente escolhido é que, em 31 de Janeiro de 2008, o director do departamento das tecnologias da informação do BEI, mediante parecer favorável do comité de avaliação, decidiu adjudicar o contrato ao proponente escolhido, decisão que foi depois confirmada pelo presidente do BEI (v. n.^o 20 e 43, *supra*). Em 12 e 17 de Junho de 2008, o contrato foi assinado respectivamente pelo BEI e pelo proponente escolhido (v. n.^o 8, *supra*). De acordo com as disposições do ponto 2.4.1 do Guia relativas à «[p]ublicação dos anúncios», segundo as quais a data de encerramento do processo corresponde à data da assinatura do contrato, o procedimento de concurso foi encerrado em 17 de Junho de 2008, ou seja, a data da assi-

natura do acordo-quadro. De onde resulta que o BEI não tem razão ao defender que, em 29 de Janeiro de 2008, o contrato tinha sido adjudicado ao proponente escolhido e que o procedimento de concurso tinha já sido encerrado quando a reunião teve lugar.

¹⁶⁹ Além disso, resulta dos documentos apresentados pelo BEI que, após a avaliação comparativa das propostas, este não estava plenamente satisfeito com o resultado obtido na aplicação das ponderações relativas dos critérios de adjudicação, ou seja, 75% dos pontos para os critérios técnicos e 25% dos pontos para o critério financeiro, que tinham permitido obter uma proposta para um serviço de um grande valor técnico, mas por um preço global mais elevado do que o das outras propostas, o que, nomeadamente, o levou a organizar a reunião de 29 de Janeiro de 2008. Resulta também desses documentos que esta última reunião permitiu ao proponente escolhido responder às preocupações relativas ao preço global previsto na sua proposta que tinham sido expressas pela entidade adjudicante e que esta foi, assim, determinante para a adjudicação do contrato. Com efeito, na reunião, o proponente escolhido aceitou diminuir o preço global previsto na sua proposta, reduzindo o valor diário para o pessoal correspondente aos perfis de «programador sénior de software» e de «programador de nível intermédio de software», como identificados no quadro dos perfis do pessoal, bem como tentando obter «uma composição da equipa mais equilibrada (actualmente quase exclusivamente composta por consultores “seniores”)». Deste ponto de vista, a fórmula segundo a qual, após a reunião de 29 de Janeiro de 2008, os membros do comité mantiveram a sua recomendação de adjudicar o contrato ao proponente escolhido, constante da nota de 31 de Janeiro de 2008, não pode ser considerada a prova de uma nova avaliação comparativa das propostas, mas a simples reiteração, pelo comité de avaliação, do seu parecer anterior, perante a circunstância de o proponente escolhido ter respondido às preocupações de ordem financeira expressas pela entidade adjudicante.

¹⁷⁰ No que respeita à redução dos valores diários que constam do quadro dos perfis de custo que o proponente escolhido tinha completado e anexado à sua proposta, levou, *a posteriori*, a uma modificação dos termos na base dos quais tinha sido financeiramente avaliada, pelo comité de avaliação, a proposta do proponente escolhido.

- ¹⁷¹ Quanto à fórmula segundo a qual o proponente escolhido zelaria por «uma composição da equipa mais equilibrada (hoje em dia quase exclusivamente composta por consultores “seniores”), o próprio BEI explicou, nas suas observações de 26 de Fevereiro de 2010, que se reportava ao facto de «durante a reunião [de 29 de Janeiro de 2008], [o proponente escolhido] t[er] proposto substituir alguns desses consultores [correspondentes aos “programadores seniores de software” propostos] por pessoal mais novo». No contexto do caso em apreço, em que o BEI procurava, na prática, conseguir que o proponente escolhido diminuisse o preço global previsto na sua proposta, a fim de aproximar dos propostos pelos outros proponentes, a única explicação credível para tal fórmula é a de que o proponente escolhido ia, na prática, substituir alguns «programadores seniores de software» da equipa principal proposta por membros do pessoal «mais novo». Com efeito, na medida em que o preço global previsto para o serviço dependia directamente do valor diário médio ponderado da equipa principal, definida como a equipa que tinha mais possibilidades de ser destacada no caso de o proponente obter o contrato, esse preço podia ser efectivamente reduzido modificando a composição da equipa principal proposta, pela substituição do pessoal mais dispendioso, porque mais qualificado, ou seja, «consultores seniores» que correspondiam ao perfil de «programador sénior de software», por um pessoal menos dispendioso, porque menos qualificado, ou seja, «consultores mais novos» que podiam corresponder aos perfis de «programador de nível intermédio de software» e de «programador júnior de software», como resulta das observações do BEI de 26 de Fevereiro de 2010.
- ¹⁷² O BEI não forneceu qualquer elemento de prova que demonstrasse que, apesar das disposições adoptadas na reunião de 29 de Janeiro de 2008, as pessoas que efectivamente foram destacadas pelo proponente escolhido para a execução do contrato correspondem às que compunham a equipa principal proposta, sob a forma de *curriculum vitae*, e com base na qual a referida proposta tinha sido técnica e financeiramente avaliada pelo comité de avaliação. De resto, nas suas observações de 26 de Fevereiro de 2010, o BEI não defende que a composição da equipa principal indicada, sob a forma de *curriculum vitae*, pelo proponente não tinha sido alterada na sequência da reunião de 29 de Janeiro de 2008, mas apenas que esta modificação não podia ser

equiparada a uma verdadeira modificação da referida proposta, na medida em que o «pessoal mais novo» que substituiu os «consultores seniores» da equipa principal já tinha sido integrado no quadro dos perfis do pessoal que o proponente escolhido tinha completado e anexado a essa proposta. No entanto, na medida em que a avaliação comparativa das propostas no plano técnico dependia nomeadamente da qualificação das pessoas que compunham a equipa principal indicada pelo proponente, como resultante dos *curricula vitae* dessas pessoas, anexados às propostas, a composição de uma equipa principal mais equilibrada, obtida graças à substituição de alguns «programadores seniores de software» por membros do pessoal «mais novo», mesmo que através da integração de pessoas já mencionadas no quadro dos perfis do pessoal que o proponente escolhido tinha anexado à sua proposta, só podia conduzir a uma alteração *a posteriori* dos termos com base nos quais a referida proposta tinha sido avaliada pelo comité de avaliação, quer no plano técnico quer no plano financeiro.

¹⁷³ Além disso, parece que o BEI procura justificar a proposta feita pelo proponente escolhido na reunião de 29 de Janeiro de 2008 com o facto de, como indicado no caderno de encargos, poder não ser necessário que a equipa efectivamente destacada no âmbito da execução do contrato seja tão qualificada como a que estava até lá encarregada da manutenção, do apoio e do desenvolvimento da aplicação informática em causa (v. n.º 162, *supra*) e que tinha servido de referência para definir, no caderno de encargos, a composição da equipa principal com base na qual as propostas dos proponentes iriam ser especialmente avaliadas, quer no plano técnico quer no plano financeiro (v. n.º 162, *supra*). Mesmo admitindo que a execução do contrato pelo proponente escolhido pudesse efectivamente bastar-se com um pessoal menos qualificado do que o que tinha até ali estado encarregado da referida aplicação, isso não chega, todavia, para justificar que o proponente escolhido modifique a composição da equipa principal que tinha proposto como a que podia ser destacada no caso de obter o contrato, para baixar o preço global previsto na referida proposta e assim satisfazer uma nova exigência formulada pela entidade adjudicante com vista à adjudicação do contrato. Efectivamente, trata-se de uma alteração *a posteriori* dos termos com base nos quais a proposta do proponente escolhido tinha sido avaliada pelo comité de avaliação, quer

no plano técnico quer no plano financeiro, sem que os proponentes preteridos, entre os quais a recorrente, tivessem tido a mesma possibilidade de modificar as respectivas propostas.

¹⁷⁴ Resulta dos desenvolvimentos expostos que, no contexto do caso em apreço, o BEI não tem razão quando afirma que a reunião de 29 de Janeiro de 2008 tinha tido por único objectivo discutir certas modalidades de execução do contrato com o proponente escolhido e não modificar o conteúdo da proposta deste último com vista a adjudicar-lhe o contrato.

¹⁷⁵ Resulta, por outro lado, dos referidos desenvolvimentos que estas modificações falsearam, não apenas a avaliação financeira da proposta do proponente escolhido, mas também a sua avaliação técnica. Além disso, os contactos entre o BEI e o proponente escolhido conduziram, na prática, à modificação das ponderações relativas dos critérios de adjudicação. Com efeito, estas negociações e o resultado a que deram origem, ou seja, a modificação da proposta do proponente escolhido, conduziram a que, na prática, o BEI tenha concedido ao critério financeiro uma importância relativa superior à dos critérios técnicos, como definidos nos documentos de concurso com base nos quais as propostas tinham, não só sido preparadas pelos proponentes, como também comparadas pelo comité de avaliação. Ora, não há qualquer dúvida de que a importância relativa acrescida que foi a final concedida pelo BEI ao critério financeiro, para efeitos da adjudicação do contrato ao proponente escolhido, teria sido mais favorável à recorrente se lhe tivesse sido também aplicada quando da avaliação comparativa das propostas, na medida em que a sua proposta era a que propunha o preço mais baixo e que tinha assim obtido a melhor classificação a título do critério financeiro.

¹⁷⁶ No entanto, o BEI considera que estas modificações não falsearam a avaliação comparativa das propostas de maneira a afectar os direitos dos proponentes preteridos após a avaliação.

- 177 Mesmo admitindo, como defende implicitamente o BEI referindo-se nomeadamente ao acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica (C-87/94, Colect., p. I-2043, n.º 59), que a anulação de uma decisão de adjudicação de um contrato público adoptada após um processo falseado pelo facto de o proponente escolhido ter sido autorizado a modificar o teor da sua proposta está sujeita à declaração, pelo órgão jurisdicional, de que a tomada em consideração da referida alteração modificou, com prejuízo dos demais concorrentes, as condições da comparação das propostas, de modo que a classificação dos concorrentes pode ter sido influenciada, há que salientar que tal efeito pode efectivamente ser declarado nas circunstâncias do caso em apreço.
- 178 Na verdade, do ponto de vista financeiro, as modificações controvertidas só puderam ter por efeito melhorar a avaliação da proposta do proponente escolhido em relação às dos outros proponentes, nomeadamente a da recorrente. No entanto, é errado defender que, no plano técnico, a substituição de alguns dos «programadores seniores de *software*» da equipa principal proposta pelo proponente escolhido por membros do pessoal «mais novo» não teve por efeito modificar a avaliação da proposta do proponente escolhido. A este respeito, resulta dos elementos dos autos e, em particular, da lista de «Perguntas e respostas» que «o [BEI] deseja[va] garantir que [o adjudicatário do contrato] não tinha apenas um pessoal competente e experiente suficientemente numeroso para constituir uma equipa principal, como ti[nha] também à sua disposição uma reserva de recursos adequados, em termos de competência e de experiência, para responder a necessidades suplementares». Neste contexto, «os [*curricula vitae*] [devia]m corresponder à equipa principal proposta pelo proponente enquanto o quadro dos perfis do pessoal fornece[ria] uma indicação da profundidade e da amplitude da competência e da experiência à disposição do proponente que o [BEI] poderia mobilizar». Assim, enquanto os *curricula vitae* se destinavam a permitir ao BEI apreciar as qualificações da equipa principal proposta pelo proponente, ou seja, as pessoas que correspondiam aos perfis que, segundo os termos do ponto 7.1.2 do caderno de encargos, tinham mais possibilidades de serem destacados no âmbito da execução do contrato (v. n.º 165, *supra*), o quadro dos perfis do pessoal devia permitir ao BEI apreciar a qualificação geral do pessoal à disposição do proponente, com o qual poderia contar para responder a necessidades suplementares. Nessas circunstâncias, a substituição de alguns «programadores seniores de *software*» da equi-

pa principal proposta pelo proponente escolhido no âmbito da sua proposta, cujos *curricula vitae* tinham sido tidos em conta para efeitos de verificação da qualificação técnica da referida equipa, por membros do pessoal «mais novo», cujas qualificações eram necessariamente menores, só pode ter tido por efeito degradar o valor técnico global dessa proposta em relação às dos outros proponentes, nomeadamente da re-corrente.

¹⁷⁹ Tendo em conta as ponderações relativas dos critérios de adjudicação, ou seja, 25% dos pontos para o critério financeiro e 75% dos pontos para os critérios técnicos, e uma vez que a própria avaliação comparativa das propostas assentava em 60% na análise dos *curricula vitae* e do quadro dos perfis do pessoal propostos pelos proponentes (v. n.º 165 *supra*), pode considerar-se que a melhoria da avaliação financeira da proposta do proponente escolhido, susceptível de resultar da redução do preço global previsto nessa proposta, não era de natureza a compensar a degradação da avaliação técnica da referida proposta que podia eventualmente resultar da substituição de alguns dos «programadores seniores de software» da equipa principal proposta, por membros do pessoal «mais novo». De onde resulta que as modificações introduzidas *a posteriori* na proposta do proponente escolhido só puderam ter um efeito global desfavorável sobre a sua avaliação na hipótese de uma nova avaliação comparativa das propostas.

¹⁸⁰ De qualquer modo, na fase da adjudicação do contrato ao proponente escolhido, o BEI, na prática, modificou as ponderações relativas dos critérios técnicos e do critério financeiro, como definidas nos documentos oficiais do concurso, para conceder uma importância acrescida ao critério financeiro (v. n.º 175, *supra*).

¹⁸¹ No caso em apreço, o Tribunal não dispõe de qualquer elemento que lhe permita concluir ou excluir, com certeza, que as modificações da proposta do proponente escolhido e das ponderações relativas dos critérios técnicos e do critério financeiro, na

sequência da reunião de 29 de Janeiro de 2008, e anteriormente à adopção da decisão impugnada, foram susceptíveis de falsear a avaliação comparativa das propostas em detrimento dos proponentes preteridos, nomeadamente da recorrente, de tal modo que o resultado do procedimento de concurso foi afectado. Sendo o BEI o melhor colocado para apresentar provas a este propósito, é ele que deve suportar as consequências dessa incerteza (v., neste sentido e por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Outubro de 1986, Leussink/Comissão, 169/83 e 136/84, Colect., p. 2801, n.º 17). Importa portanto acolher a tese da recorrente, segundo a qual as modificações referidas são susceptíveis de falsear o resultado do concurso, de tal modo que a privaram ilegalmente de uma oportunidade real de o contrato lhe ser adjudicado.

¹⁸² Resulta do exposto que, ao ter imposto ao proponente escolhido, na reunião de 29 de Janeiro de 2008, a modificação da sua proposta, o BEI, com a decisão impugnada, que adoptou em 31 de Janeiro de 2008 tendo em conta esta modificação, violou os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparéncia, sendo suscetível de ter falseado o resultado do procedimento de concurso ao privar ilegalmente a recorrente de uma oportunidade real de o contrato lhe ser adjudicado.

¹⁸³ Perante o exposto, há que considerar procedente o sexto fundamento do recurso.

Quanto ao quinto fundamento

— Argumentos das partes

¹⁸⁴ A recorrente afirma que o BEI violou o direito aplicável aos procedimentos de concurso e o princípio da igualdade de tratamento, ao ter adoptado a decisão impugnada

com base nas ponderações relativas dos critérios de adjudicação, ou seja, 75% dos pontos para os critérios técnicos e 25% dos pontos para o critério financeiro. De acordo com os princípios da boa gestão financeira, como reflectidos no artigo 36.º da Directiva 92/50, no artigo 34.º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos protecção da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), no artigo 138.º, n.º 3, das normas de execução e na jurisprudência, quando a adjudicação de um contrato se faz à proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante deve fixar as ponderações relativas dos critérios de adjudicação zelando por não neutralizar ou minimizar o «efeito preço» de modo a que o procedimento de concurso possa levar à adjudicação de um contrato público irrazoavelmente dispendioso relativamente às necessidades efectivas da administração.

¹⁸⁵ A recorrente defende que, na quase totalidade dos processos de adjudicação de contratos lançados pela administração comunitária por sua conta durante estes últimos quinze anos, a avaliação comparativa das propostas foi operada através da previsão, quanto às ponderações relativas dos critérios de adjudicação, de uma ponderação de 50% dos pontos ou de cerca de 50% dos pontos para o critério financeiro, quando não se tratava de uma adjudicação. Esta prática corresponde aos princípios de uma boa gestão financeira, no âmbito da qual o comité de avaliação atribui, antes de mais, um certo número de pontos a cada proposta em função do seu valor técnico, e depois divide este número de pontos pelo preço da proposta, sendo o contrato adjudicado ao proponente que obtenha a nota mais elevada. Neste âmbito, a qualidade é garantida pelos critérios de selecção dos proponentes e pela utilização de limites associados aos critérios técnicos na fase de adjudicação. Em contrapartida, as ponderações relativas dos critérios de adjudicação utilizados no caso em apreço, ou seja, 75% dos pontos para os critérios técnicos e apenas 25% dos pontos para o critério financeiro, revelam uma má gestão financeira que conduz à neutralização ou minimização do «efeito preço» num procedimento de concurso, que, no entanto, é suposto seleccionar a proposta «economicamente mais vantajosa», podendo conduzir à aquisição de serviços irrazoavelmente dispendiosos para a administração, ao encorajar os proponentes a desenvolver excessivamente o valor técnico das suas propostas, com o único objectivo de obterem a melhor nota possível e, no final, obterem a adjudicação do

contrato. Estas ponderações inabituais, à luz da prática da administração comunitária, constituem, por outro lado, uma discriminação indirecta na medida em que colocam nitidamente em desvantagem as pequenas e médias empresas relativamente aos proponentes que têm a capacidade de apresentar propostas com um valor técnico muito superior às necessidades efectivas do contrato público em causa. São, portanto, contrárias ao princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes.

- 186 A recorrente considera por fim que o BEI não tem razão ao alegar que a sua proposta foi a «pior» na medida em que se apoia, para o fazer, nos resultados de uma avaliação ela própria viciada de ilegalidade e desprovida de carácter objectivo. A este respeito, afirma que a presente alegação devia ser conjugada com a alegação relativa à confusão dos critérios.
- 187 Na réplica, a recorrente afirma que a neutralização do «efeito preço» das propostas, resultante das ponderações relativas dos critérios de adjudicação utilizados no caso em apreço, viola o artigo 138.º, n.º 3, das normas de execução, nos termos do qual «a ponderação relativa do critério [do] preço em relação aos outros critérios não deve conduzir à neutralização do critério [do] preço na escolha do adjudicatário do contrato».
- 188 O BEI conclui pedindo que se considere improcedente o quinto fundamento. Afirma que, segundo a jurisprudência, as entidades adjudicantes são livres, não apenas de escolher os critérios de adjudicação do contrato, mas também de determinar as ponderações relativas dos mesmos. Além disso, o ponto 2.5.1.2 do Guia indica claramente que, no caso de um procedimento de concurso sujeito ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, que assenta numa relação qualidade/preço, os critérios técnicos podem ser afectados por uma ponderação relativa mais importante do que o critério financeiro. A título de comparação, o artigo 97.º do regulamento financeiro e o artigo 138.º das normas de execução garantem também às entidades adjudicantes a flexibilidade necessária para adaptar as ponderações relativas dos critérios de adjudicação ao objecto do contrato, e o artigo 241.º das normas de execução prevê que a administração comunitária pode atribuir ponderações relativas aos critérios de adjudicação de 80% dos pontos para os critérios técnicos e de 20% dos pontos para

o critério financeiro, quanto aos contratos de serviços adjudicados no âmbito das acções externas. No caso em apreço, o valor técnico das propostas e a competência dos proponentes foram factores essenciais para o BEI, uma vez que a aplicação informática em causa devia ser o suporte das actividades de empréstimo que estão no cerne das suas missões.

- ¹⁸⁹ O BEI defende que as ponderações relativas dos critérios de adjudicação não foram inabituais à luz dos contratos da mesma natureza por ele adjudicados ou, até, pelas instituições, assim como à luz das normas de qualidade aplicadas pelo seu serviço informático para os contratos de «serviços intelectuais de suporte de sistemas informáticos».
- ¹⁹⁰ Quanto à alegação da recorrente segundo a qual as ponderações relativas dos critérios de adjudicação utilizados no caso em apreço a colocaram em desvantagem ao neutralizar o «efeito preço» no procedimento de concurso, o BEI afirma que a recorrente não podia razoavelmente esperar que lhe fosse adjudicado o contrato apenas porque tinha proposto o preço mais baixo. Mesmo que as ponderações relativas tivessem sido as indicadas pela recorrente, ou seja, 50% dos pontos para os critérios técnicos e 50% dos pontos para o critério financeiro, a proposta da recorrente não teria sido escolhida, na medida em que a nota obtida pela sua proposta para os critérios técnicos era nitidamente menos elevada do que a obtida pela proposta do proponente escolhido para esses mesmos critérios. Quanto à experiência bancária, a proposta do proponente escolhido era muito completa, como demonstram os *curricula vitae* da maior parte das pessoas por ele propostas, enquanto apenas um dos analistas propostos pela recorrente dispunha das competências necessárias em matéria bancária. A recorrente não tem também razão ao alegar que essas ponderações relativas neutralizaram o «efeito preço» no procedimento de concurso, na medida em que, apesar de um valor técnico que foi julgado o pior das cinco propostas não eliminadas no plano técnico pelo comité de avaliação e pouco melhor do que as duas propostas eliminadas

após a avaliação técnica, a proposta da recorrente obteve a segunda melhor classificação global, tendo em conta a classificação obtida para o critério financeiro, uma vez que propôs o preço mais baixo.

— Apreciação do Tribunal Geral

¹⁹¹ Importa salientar que a decisão impugnada não se baseia nas ponderações relativas dos critérios de adjudicação inicialmente escolhidos (v. n.º 3, *supra*), afastando-se o BEI das referidas ponderações ao ter imposto ao proponente que baixasse o preço global previsto na sua proposta antes de lhe adjudicar o contrato (v. n.º 175, *supra*). Todavia, na medida em que, ao rejeitar as propostas dos outros proponentes admitidos a participar na avaliação comparativa das propostas, nomeadamente a da recorrente, a decisão impugnada se baseia na aplicação das referidas ponderações relativas dos critérios de adjudicação, a recorrente conserva um interesse em pedir a fiscalização da sua legalidade, a título incidental, independentemente da violação do princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação verificada no âmbito da análise do sexto fundamento, devido à modificação das ponderações relativas dos critérios de adjudicação aplicáveis ao longo do procedimento de concurso (v. n.º 182, *supra*).

¹⁹² Segundo jurisprudência constante, a escolha da proposta economicamente mais vantajosa dá às entidades adjudicantes liberdade não apenas para escolher os critérios de adjudicação do contrato mas também para determinar as ponderações relativas dos mesmos, desde que estas permitam uma avaliação sintética dos critérios tidos em conta a fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 2005, Contse e o., C-234/03, Colect., p. I-9315, n.º 68, e jurisprudência referida, e acórdão Strabag Benelux/Conse-

lho, n.º 109, *supra*, n.º 77). Por outro lado, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação, as ponderações relativas dos diferentes critérios ou subcritérios não devem ter sido adoptados tomando em consideração elementos susceptíveis de produzir efeitos discriminatórios relativamente a um dos proponentes (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e o., C-331/04, Colect., p. I-10109, n.º 32, e Lianakis e o., n.º 142, *supra*, n.ºs 42 e 43).

¹⁹³ Resulta da introdução do Guia que «o [BEI] considera que regra geral a melhor maneira de aplicar [o]s princípios [fundamentais da UE no âmbito dos procedimentos de concurso] é organizar a concorrência de proponentes qualificados e proceder a uma selecção baseada em considerações de custos e de qualidade». Além disso, o ponto 2.1 do Guia refere-se à «preocupação dominante [do BEI] de garantir a melhor relação custos/resultados» na adjudicação dos contratos que adjudica por sua conta. O ponto 2.5.1.2 do Guia, relativo aos «[c]ritérios de adjudicação do contrato», precisa a este respeito que «a proposta economicamente mais vantajosa [...] do ponto de vista do [BEI]» corresponde, em princípio, à proposta que apresenta a «melhor relação qualidade/preço» à luz de «diversos critérios ligados ao objecto do contrato em questão [...].».

¹⁹⁴ Salvo circunstâncias excepcionais, que cabe ao BEI fundamentar, a exigência de garantir a melhor relação «custos/resultados» ou «qualidade/preço» no fim da avaliação sintética dos critérios escolhidos, para efeitos de identificação da proposta economicamente mais vantajosa, implica que a ponderação relativa do critério financeiro não conduza à neutralização do referido critério na escolha do adjudicatário do contrato.

¹⁹⁵ Poderia, *a priori*, considerar-se que as ponderações relativas dos critérios de adjudicação utilizados no caso em apreço, ou seja 75% dos pontos para os critérios técnicos e 25% dos pontos para o critério financeiro, foram legalmente fixadas pelo BEI na medida em que, por um lado, reflectem uma apreciação própria do BEI segundo a qual, tendo em conta a natureza e o objecto do contrato, relativo a uma aplicação

informática que servia de suporte às actividades de empréstimo que estão no cerne das suas missões, o preço, sem ser negligenciável, tinha uma importância secundária face ao valor técnico e em que, por outro lado, essas ponderações foram aplicadas da mesma maneira e de forma transparente a todos os proponentes.

- ¹⁹⁶ No entanto, como resulta dos factos do caso em apreço, o BEI verificou, perante o resultado da avaliação comparativa das propostas, que a ponderação relativa do critério financeiro inicialmente escolhido conduzia a uma excessiva neutralização do referido critério na escolha do adjudicatário do contrato e que, portanto, havia que reavaliar a importância do critério do preço para efeitos da adjudicação do contrato ao proponente escolhido, o que foi feito no âmbito das negociações levadas a cabo com este último na reunião de 29 de Janeiro de 2008 (v., n.º 175, *supra*).
- ¹⁹⁷ De onde resulta que a decisão impugnada, na medida em que rejeita as propostas dos outros proponentes admitidos a participar na avaliação comparativa das propostas, entre as quais a da recorrente, se baseia na aplicação de ponderações relativas dos critérios de adjudicação que, segundo a apreciação do BEI no momento da sua adopção, conduziam a uma excessiva neutralização do critério financeiro e que, logo, não permitiam garantir a melhor relação «custos/resultados» ou «qualidade/preço» após a avaliação sintética dos critérios escolhidos para efeitos de identificação da proposta economicamente mais vantajosa.
- ¹⁹⁸ Além disso, resulta do exposto, assim como da análise do sexto fundamento, que o BEI violou o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação ao modificar as ponderações relativas dos critérios de adjudicação ao longo do procedimento de concurso.
- ¹⁹⁹ Perante o exposto, há que considerar procedente o quinto fundamento do recurso.

- 200 Resulta de tudo o exposto que os seis fundamentos que apoiam o pedido de anulação são procedentes e que, nessa medida, há que acolhê-los e anular a decisão impugnada.

Quanto ao pedido de indemnização

Argumentos das partes

- 201 A recorrente pede ao Tribunal, na hipótese de concluir que a decisão impugnada tinha sido adoptada em violação do direito aplicável aos procedimentos de concurso e/ou dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, e tendo em conta que seria provavelmente levado a decidir no presente litígio após a execução completa do contrato pelo proponente escolhido, de acordo com a decisão impugnada, que condenasse o BEI, com base nos artigos 235.º CE e 288.º CE, a pagar-lhe uma indemnização no valor de 1 940 000 euros.
- 202 A recorrente considera que o pedido de indemnização deve ser julgado procedente pelas razões seguintes.
- 203 Antes de mais, a recorrente defende ter demonstrado, em conformidade com jurisprudência constante, uma violação suficientemente caracterizada de uma norma superior de direito que protege os particulares ou de uma norma jurídica que tem por objecto conferir direitos aos particulares, susceptível de implicar a responsabilidade da Comunidade ou, no caso em apreço, do BEI. Esta violação foi cometida pelo BEI, na qualidade de entidade adjudicante, e resulta da «ilegalidade» da decisão impug-

nada e da avaliação em que esta se apoia, como invocada na petição, ou seja, de uma violação do direito aplicável aos procedimentos de concurso, de uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, de uma violação das disposições do Guia, de uma comunicação tardia de informações, de uma fundamentação insuficiente da decisão impugnada, de uma utilização de critérios discriminatórios, de uma confusão entre os critérios de adjudicação do contrato e os de selecção dos proponentes e, por fim, de ponderações relativas ilegais dos critérios técnicos e do critério financeiro na fase de adjudicação do contrato.

²⁰⁴ Por outro lado, a recorrente alega ter invocado um prejuízo resultante da decisão impugnada e correspondente ao resultado bruto de que foi injustamente privada devido à adjudicação ilegal do contrato ao proponente escolhido e não a si própria. Se o Tribunal declarasse que a sua proposta devia ter sido classificada em primeiro lugar após a fase de avaliação comparativa das propostas, tal prejuízo devia ser imputado ao BEI para efeitos de se lhe aplicar uma sanção pelas ilegalidades cometidas no procedimento de concurso ou, como precisou na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal, para fazer participar o BEI nos custos fixos e nos riscos económicos que corre a título da sua actividade no domínio dos contratos públicos. Em contrapartida, a recorrente indica claramente que não pede para ser indemnizada pelas despesas incorridas para efeitos da sua participação no concurso.

²⁰⁵ Por fim, a recorrente afirma que quantificou o seu prejuízo. Este ascende a um montante de 1 940 000 euros. Quanto a este último valor, há que ter em conta que a sua percentagem de resultado bruto seria, para este tipo de prestações, de cerca de 50% em relação ao preço cobrado, como demonstram as atas financeiras que foram aprovadas pela Comissão no âmbito de projectos de investigação e de desenvolvimento por ela financiados. Na medida em que, no caderno de encargos, o BEI solicitou os serviços de dez peritos no total (quatro para a manutenção e seis para os projectos de serviços) e que o «custo quotidiano médio» da sua proposta ascendia a 441 euros, o preço correspondente a esta proposta pode ser calculado da seguinte forma: 441 euros multiplicados por 220 pessoas/dias por ano multiplicado por dez pessoas por ano

multiplicado por quatro anos, ou seja, cerca de 3,88 milhões de euros. Este preço seria conforme ao orçamento anunciado para o contrato, entre 3,5 e 7 milhões de euros. O resultado bruto não cobrado corresponderia, portanto, a 50% de 3,88 milhões de euros, ou seja, um valor de 1,94 milhões de euros.

- ²⁰⁶ O BEI afirma, a título subsidiário, que o pedido de indemnização é infundado. Segundo a jurisprudência, uma vez que um dos requisitos da responsabilidade extracontratual não está preenchido, o recurso deve ser julgado improcedente na sua totalidade, sem que seja necessário analisar os outros requisitos da referida responsabilidade. No caso em apreço, basta portanto observar que não cometeu qualquer irregularidade ou ilegalidade susceptível de implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade no âmbito do procedimento de concurso. Além disso, a recorrente não tem razão ao pedir a indemnização de um prejuízo que corresponde ao resultado bruto que teria recebido se o contrato lhe tivesse sido adjudicado. As alegadas receitas não recebidas são futuras e hipotéticas na medida em que, mesmo que o contrato não tivesse sido adjudicado ao proponente escolhido com base na decisão impugnada e na avaliação controvertida, a recorrente não podia ter a certeza de que lhe seria adjudicado. Embora o Tribunal possa anular a decisão de adjudicação de um contrato, nunca pode ordenar à administração que adjudique um contrato a um proponente específico. Assim, de acordo com a jurisprudência, tal prejuízo não pode ser tido em conta.

Apreciação do Tribunal Geral

- ²⁰⁷ Segundo jurisprudência constante, a responsabilidade extracontratual da Comunidade, nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE supõe a verificação de um conjunto de condições no que respeita à ilegalidade do comportamento imputado à instituição, à realidade do prejuízo e à existência de um nexo de causalidade entre o comportamento e o prejuízo invocado. De onde resulta que a Comunidade não pode

ser responsabilizada sem que estejam reunidas todas essas condições (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Recueil, p. 3057, n.º 16, e acórdão do Tribunal Geral de 16 de Outubro de 1996, Efisol/Comissão, T-336/94, Colect., p. II-1343, n.º 30).

- ²⁰⁸ No caso em apreço, há que começar por analisar se está preenchido o pressuposto da existência de um nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do BEI e o dano alegado pela recorrente.
- ²⁰⁹ Quanto ao pressuposto da existência de um nexo de causalidade entre o comportamento alegado e o dano invocado, resulta de jurisprudência assente que o dano alegado deve resultar do comportamento imputado, de forma suficientemente directa, devendo esse comportamento ser a causa determinante do dano (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 1979, Dumortier e o./Conselho, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Recueil, p. 3091, n.º 21 e acórdão do Tribunal Geral de 11 de Julho de 1996, International Procurement Services/Comissão, T-175/94, Colect., p. II-729, n.º 55). Cabe às recorrentes fazer a prova desse nexo de causalidade (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1992, Finsider e o./Comissão, C-363/88 e C-364/88, Colect., p. I-359, n.º 25, e acórdão do Tribunal Geral de 24 de Abril de 2002, EVO/Conselho e Comissão, T-220/96, Colect., p. II-2265, n.º 41 e jurisprudência referida).
- ²¹⁰ Como resulta da petição (v. n.º 81, *supra*), a recorrente invoca um prejuízo correspondente ao «montante estimado do resultado bruto que teria recebido no âmbito do processo de adjudicação de contrato público se o contrato lhe tivesse sido adjudicado». Nos seus articulados, admite que o BEI só podia ser condenado a pagar-lhe uma indemnização correspondente ao resultado bruto perdido, como calculado na petição, se o Tribunal estivesse em condições de declarar que a sua proposta devia ter sido classificada em primeiro lugar, após a fase de avaliação comparativa das propostas (v. n.º 204, *supra*). O pedido de indemnização da recorrente baseia-se assim na convicção de que a decisão impugnada impediu que lhe fosse adjudicado o contrato e que assinasse o acordo-quadro relativo à sua execução com o BEI. Tal pedido deve ser interpretado como tendo por objecto, não a indemnização de uma perda de oportunidade de celebrar o contrato, mas a indemnização da perda do próprio contrato. Tal não é posto em causa pelo facto de, na audiência, em resposta a uma questão do Tri-

bunal, a recorrente ter indicado que o pedido de indemnização incluía, de certa maneira, uma perda de oportunidades, uma vez que a não assinatura do contrato tinha hipotecado as suas oportunidades de obter, no futuro, outros contratos públicos e, de modo geral, de amortizar os custos fixos em que incorre a título da sua actividade no domínio dos contratos públicos. Com efeito, estas novas alegações de prejuízos, além de terem sido apresentadas tardivamente, sendo, por conseguinte, inadmissíveis, não se baseiam, de qualquer modo, na perda, pela recorrente, de uma oportunidade de celebrar o contrato, mas nas consequências que, segundo ela, resultaram directamente da perda do próprio contrato.

- ²¹¹ No caso em apreço, a recorrente não demonstrou, nem forneceu os elementos que permitam ao Tribunal concluir, com certeza, que a sua proposta devia ter sido classificada em primeiro lugar na avaliação comparativa das propostas. De qualquer modo, mesmo admitindo que a proposta da recorrente devia ter sido classificada em primeiro lugar e que a recorrente devia, portanto, ter sido a adjudicatária do contrato, isso não obrigava o BEI a com ela assinar o acordo-quadro. Efectivamente, nenhum princípio nem nenhuma norma aplicável aos procedimentos de concurso do BEI o obriga a assinar o contrato com a pessoa designada como adjudicatária após o procedimento de concurso (v. neste sentido e por analogia, acórdão Fracasso e Leitschutz, n.º 147, *supra*, n.os 24 e 25, e acórdão Embassy Limousines & Services/Parlamento, n.º 125, *supra*, n.º 54).
- ²¹² Assim, não é possível declarar a existência de um nexo de causalidade entre a adopção, pelo BEI, da decisão impugnada, viciada de ilegalidade como resulta da análise do pedido de anulação, e o dano invocado pela recorrente, que resulta da perda do próprio contrato. De onde se conclui que a recorrente não tem razão ao pedir uma indemnização em reparação do prejuízo resultante do facto de não ter celebrado o acordo-quadro com o BEI, nem *a fortiori* executado o contrato.
- ²¹³ Resulta de quanto precede que o pedido de indemnização deve ser rejeitado na íntegra.

- 214 Isto sem prejuízo da compensação que pode ser devida à recorrente, em aplicação do artigo 226.º TFUE, a título de uma reposição adequada da sua situação, na sequência da anulação da decisão impugnada (v. n.º 67, *supra*).

Quanto às despesas

- 215 A recorrente explica que foi obrigada a iniciar este processo e a pedir a reparação do prejuízo sofrido devido à avaliação incorrecta da sua proposta pelo BEI e ao facto de não ter sido informada das características e das vantagens relativas da proposta escolhida, em relação às da sua própria proposta. A falta de fundamentação e o facto de, apesar dos seus pedidos, o relatório de avaliação nunca lhe ter sido comunicado constituem razões suficientes para condenar o BEI nas despesas, mesmo em caso de não provimento do seu recurso.
- 216 O BEI considera que as condições do artigo 87.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo não estão preenchidas, no caso em apreço, e que importa, por conseguinte, limitar-se à aplicação do artigo 87.º, n.º 2, do mesmo regulamento. A recorrente não demonstrou que incorreu em despesas inúteis ou vexatórias, o que não aconteceu. Além disso, há que ter em conta que respondeu aos pedidos de informações suplementares da recorrente, nomeadamente pela sua carta de 1 de Agosto de 2008 (acórdão do Tribunal Geral de 26 de Fevereiro de 2002, Esedra/Comissão, T-169/00, Colect., p. II-609, n.º 192). Assim, no momento em que a recorrente apresentou a petição dispunha de todas as informações necessárias para a defesa dos seus direitos.
- 217 Em aplicação do artigo 87.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo, o Tribunal Geral pode condenar uma parte a pagar à outra parte as despesas em que a tenha feito incorrer e que sejam consideradas inúteis ou vexatórias. No caso em apreço, tendo em conta o facto de a decisão impugnada padecer de insuficiência de fundamentação e a fim de tomar em consideração as numerosas ilegalidades cometidas

das pelo BEI no âmbito do processo de adjudicação do concurso que levou à adopção da referida decisão, forçando a recorrente a interpor o presente recurso, há que condenar o BEI a suportar todas as despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

decide:

- 1) A decisão do Banco Europeu de Investimento (BEI) de não escolher a proposta apresentada pela Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE no âmbito do concurso 2007/S 176-215155 para a prestação de serviços destinados a fornecer uma «[a]ssistência a nível da manutenção, do apoio e do desenvolvimento do sistema “Loans Front Office” (Serapis)» e de adjudicar o contrato à Sybase BVBA é anulada.**
- 2) É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**
- 3) O BEI é condenado nas despesas.**

Pelikánová

Jürimäe

Ivan der Woude

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 20 de Setembro de 2011.

Assinaturas

Índice

Antecedentes do litígio	II - 6379
Tramitação processual e pedidos das partes	II - 6384
Questão de direito	II - 6386
1. Quanto à admissibilidade do recurso	II - 6386
Quanto à competência do Tribunal Geral	II - 6387
Argumentos das partes	II - 6387
Apreciação do Tribunal Geral	II - 6389
Quanto ao interesse da recorrente em pedir a anulação da decisão impugnada	II - 6400
Argumentos das partes	II - 6400
Apreciação do Tribunal Geral	II - 6401
Quanto à não contestação da fórmula utilizada na avaliação comparativa das propostas no procedimento de concurso	II - 6404
Argumentos das partes	II - 6404
Apreciação do Tribunal Geral	II - 6404
Quanto à falta de clareza do pedido de indemnização	II - 6406
Argumentos das partes	II - 6406
Apreciação do Tribunal Geral	II - 6406
II - 6466	

2. Quanto ao mérito	II - 6408
Quanto ao direito aplicável	II - 6408
Argumentos das partes	II - 6408
Apreciação do Tribunal Geral	II - 6409
Quanto ao pedido de anulação	II - 6413
Quanto ao primeiro e segundo fundamentos	II - 6414
— Argumentos das partes	II - 6414
— Apreciação do Tribunal Geral	II - 6416
Quanto ao terceiro e quarto fundamentos	II - 6427
— Argumentos das partes	II - 6427
— Apreciação do Tribunal Geral	II - 6430
Quanto ao sexto fundamento	II - 6437
— Argumentos das partes	II - 6437
— Apreciação do Tribunal Geral	II - 6440
Quanto ao quinto fundamento	II - 6452
— Argumentos das partes	II - 6452
— Apreciação do Tribunal Geral	II - 6456
Quanto ao pedido de indemnização	II - 6459
Argumentos das partes	II - 6459
Apreciação do Tribunal Geral	II - 6461
Quanto às despesas	II - 6464
	II - 6467