

DESPACHO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção)
13 de Novembro de 1995 *

No processo T-126/95,

Dumez, sociedade de direito francês, com sede em Nanterre (França), representada por Alexandre Carnelutti e Jean-Pierre Spitzer, advogados no foro de Paris,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Hendrik van Lier, consultor jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto, a título principal, a anulação da decisão da Comissão, de 29 de Março de 1995, de não dar início a um processo contra a República Helénica por incumprimento do direito comunitário aquando da adjudicação do contrato de

* Língua do processo: francês.

direito público relativo ao novo aeroporto de Atenas em Spata e, a título subsidiário, a declaração da omissão da Comissão,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Terceira Secção),

composto por: C. P. Briët, presidente, B. Vesterdorf e A. Potocki, juízes,

secretário: H. Jung,

profere o presente

Despacho

Factos na origem do recurso

- 1 Em 20 de Junho de 1991, o Governo helénico publicou um aviso de concurso relativo à concepção, construção e gestão do novo aeroporto de Atenas, em Spata. Esse aviso foi publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 10 de Agosto de 1991 (JO S 151, p. 16).
- 2 Depois da apresentação de nove pedidos de pré-selecção, o Governo helénico autorizou quatro grupos a apresentar propostas. Segundo o caderno de encargos (Request

for proposals), o concurso para adjudicação da obra envolvia a criação de uma sociedade para exploração do aeroporto em que 65% do capital caberia a um concessionário privado e 35% ao Estado helénico. A concessão deveria durar 50 anos. Segundo o procedimento previsto, deviam ser redigidos documentos contratuais comuns entre o Estado helénico e os dois melhores candidatos escolhidos, após o que o «cash bid», montante proposto para adquirir a percentagem de capital da sociedade concessionária reservada ao sócio privado, deveria servir de critério preponderante de adjudicação.

- 3 Os dois consórcios escolhidos para passar à fase final do processo foram o Hochtief e o Athens Airport Associates (a seguir «AAA»). A recorrente integra este último consórcio.
- 4 Por carta de 28 de Junho de 1993, as autoridades helénicas informaram os dois candidatos de que tinham alterado os critérios de adjudicação do contrato.
- 5 Um primeiro relatório de avaliação das propostas entretanto apresentadas pelos dois consórcios foi elaborado no final do mês de Julho de 1993, propondo a adjudicação do contrato à Hochtief. Todavia, devido à queda do Governo helénico, a adjudicação não foi objecto de uma decisão formal.
- 6 Depois das eleições parlamentares, o novo governo decidiu rever e alterar as condições de adjudicação do projecto de Spata, solicitando aos dois concorrentes, por carta de 18 de Fevereiro de 1994, que lhe enviassem, até 18 de Março, novas propostas que tivessem por base o conceito «chaves na mão», acompanhadas de um contrato de exploração do aeroporto por um período de dez anos. Apenas o consórcio AAA satisfez esta exigência, tendo o consórcio Hochtief considerado já ser adjudicatário do contrato.

- 7 Quanto ao princípio da concessão, as autoridades helénicas parecem ter optado, em seguida, por um esquema envolvendo um financiamento privado da ordem de 10%. De novo, apenas o AAA respondeu a essa proposta.
- 8 Seguidamente, o Hochtief enviou às autoridades helénicas, durante o mês de Maio de 1994, novas propostas, no sentido de uma participação pública maioritária (55%) no capital da sociedade de exploração do aeroporto, de uma redução do período da concessão de 50 para 30 anos e do abandono de qualquer direito especial sobre a zona envolvente do aeroporto.
- 9 Alertada pelo consórcio AAA por carta de 26 de Agosto de 1994, a Comissão interveio junto das autoridades helénicas. Em consequência dessa intervenção, estas autoridades convidaram, por carta de 14 de Setembro de 1994, os dois concorrentes a especificar, até 23 de Setembro, as suas propostas. A recorrente alega que, apesar do prazo para apresentação das propostas já ter terminado, o Governo helénico ainda aceitou uma proposta do Hochtief de 3 de Outubro de 1994.
- 10 As autoridades helénicas procederam a uma nova avaliação das propostas. Como da primeira avaliação, a segunda suscitou inquietudes e críticas por parte do AAA, que alertou novamente a Comissão.
- 11 Depois de numerosos contactos entre os serviços da Comissão e as autoridades helénicas, estas propuseram uma contra-peritagem a fim de determinar se os critérios de adjudicação tinham sido aplicados de forma não discriminatória. Em Dezembro de 1994, nomearam três peritos, que, no final, afirmaram que os critérios em causa tinham sido correctamente aplicados.

- 12 O consórcio AAA afirmou ter grandes dúvidas quanto à regularidade do relatório dos três peritos. Por carta de 20 de Fevereiro de 1995, o AAA alertou de novo a Comissão para o comportamento das autoridades helénicas na adjudicação desse contrato.
- 13 O comissário responsável submeteu o dossier Spata ao colégio dos comissários. No decurso da sua reunião de 29 de Março de 1995, a Comissão decidiu não dar início a qualquer processo contra a República Helénica.
- 14 De acordo com a recorrente, o Parlamento helénico aprovou a atribuição da concessão ao consórcio Hochtief, bem como os documentos contratuais da concessão, atribuindo a estas duas séries de actos jurídicos o valor de acto legislativo.

Pedidos das partes e tramitação processual

- 15 Foi nestas condições que, por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 5 de Junho de 1995, a recorrente interpôs o presente recurso, em que pede que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Comissão de 29 de Março de 1995;

— a título subsidiário, declarar que a Comissão se absteve ilegalmente de dar início a um processo por incumprimento contra a República Helénica devido às violações graves e repetidas do direito comunitário que esta cometeu no âmbito do processo de atribuição da concessão do futuro aeroporto da cidade de Atenas;

— condenar a Comissão nas despesas.

- 16 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 20 de Julho de 1995, a Comissão suscitou uma questão prévia de inadmissibilidade e conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso inadmissível;

— condenar a recorrente nas despesas.

- 17 Nas suas observações quanto à questão prévia de inadmissibilidade, apresentadas em 19 de Setembro de 1995, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne julgar improcedente a questão prévia de inadmissibilidade e, a título subsidiário, julgar a questão prévia de inadmissibilidade conjuntamente com o mérito da causa.

- 18 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 7 de Novembro de 1995, a República Helénica pediu para intervir ao lado da Comissão.

Questão de direito

- 19 Por força do artigo 114.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, salvo decisão em contrário do Tribunal, a tramitação ulterior do processo sobre a questão prévia de inadmissibilidade é oral. O Tribunal (Terceira Secção) considera que, no caso em apreço, está suficientemente informado e que não há que dar início à fase oral.

Quanto à admissibilidade

Quanto aos pedidos baseados no artigo 173.º do Tratado CE

— Argumentação das partes

- 20 Na sua questão prévia de inadmissibilidade, a Comissão alega, em primeiro lugar, que a sua decisão de não dar início a um processo por incumprimento não constitui uma decisão na acepção do artigo 173.º do Tratado. Salienta para esse efeito que um processo por incumprimento com base no artigo 169.º do Tratado CE se inicia por uma fase pré-contenciosa, que não inclui qualquer acto com força obrigatória (acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Março de 1966, Lütticke e o./Comissão, 48/65, Colect. 1965-1968, pp. 305, 307 e 308).
- 21 A Comissão alega, em segundo lugar, que dispõe de um poder discricionário quanto ao início de um processo nos termos do artigo 169.º, o que exclui, em sua opinião, o direito de os particulares impugnarem a sua recusa de dar início a um tal processo contra um Estado-Membro (acórdãos do Tribunal de Justiça Lütticke e o./Comissão, já referido, p. 305, de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit/Comissão, 247/87, Colect., p. 291, n.º 13; despachos do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 1993, Calvo Alonso-Cortés/Comissão, T-29/93, Colect., p. II-1389, n.º 55, de 27 de Maio de 1994, J/Comissão, T-5/94, Colect., p. II-391, n.º 15, e de 4 de Julho de 1994, Century Oils Hellas/Comissão, T-13/94, Colect., p. II-431, n.º 14).
- 22 Em terceiro lugar, a Comissão considera que, mesmo que a decisão de não dar início ao processo por incumprimento fosse uma decisão impugnável, não dizia directa e individualmente respeito à recorrente. A jurisprudência em matéria de auxílios de Estado e a relativa à aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, nomeadamente os acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Janeiro de 1986, Cofaz e o./Comissão (169/84, Colect., p. 391) e de 16 de Junho de 1994, SFEI e o./Comissão (C-39/93 P, Colect., p. I-2681), não são transponíveis para os processos por incumprimento pois o artigo 169.º do Tratado não concede à Comissão o poder de declarar verificada uma infracção, nem aos terceiros interessados o direito de intervirem num processo administrativo.

- 23 Por último, a Comissão sublinha que os Estados-Membros são obrigados a assegurar uma fiscalização jurisdiccional efectiva do respeito das disposições aplicáveis do direito comunitário e que, no domínio dos concursos públicos, essa exigência foi reforçada pela adopção de directivas especiais em matéria de recursos (Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, JO L 395, p. 33, e Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, JO L 76, p. 14). Segundo a Comissão, os operadores abrangidos por estas directivas beneficiam, nos termos do princípio do «direito à justiça», das vias de recurso facultadas pelo direito nacional, no respeito e com as garantias que lhes são concedidas pelo Tratado e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 24 A recorrente alega que a declaração de um porta-voz da Comissão constitui uma prova suficiente da existência de uma decisão da Comissão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Março de 1994, *Air France/Comissão*, T-3/93, Colect., p. II-121). Assim, a Comissão teria tomado, em 29 de Março de 1995, a decisão de não dar início a um processo por incumprimento contra a República Helénica.
- 25 A recorrente considera que a decisão de 29 de Março de 1995 constitui um acto que produz efeitos jurídicos definitivos, pois pôs um termo definitivo ao inquérito aberto pela Comissão depois de esta última ter sido alertada pela recorrente por uma queixa apresentada em 26 de Agosto de 1994 (acórdão SFEI e o./Comissão, já referido, n.º 27). Fazendo referência aos acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, *Metro/Comissão* (26/76, Colect., p. 659) e de 4 de Outubro de 1983, *Fediol/Comissão* (191/82, Recueil, p. 2913), a recorrente sublinha que a decisão de não dar início a um processo por incumprimento é equiparável a uma decisão que põe termo à instrução aberta após uma queixa em matéria da concorrência. Acrescenta, nas suas observações acerca da questão prévia de inadmissibilidade, que o facto de a Comissão não ser obrigada a submeter o assunto ao Tribunal de Justiça

não significa que os actos adoptados durante o processo pré-contencioso sejam desprovidos de efeitos jurídicos.

- 26 A recorrente alega, em seguida, que, na sua qualidade de membro do consórcio AAA, a decisão impugnada lhe diz directa e individualmente respeito. Com efeito, segundo a recorrente, os membros do consórcio AAA são os únicos sujeitos de direito vítimas das violações do direito comunitário pelas autoridades helénicas. A decisão de não dar início ao processo, que foi tomada após a queixa do consórcio, individualizava, assim, os seus membros de modo análogo ao do destinatário (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colect. 1962-1964, p. 279). Seriam igualmente directamente afectados em virtude de os efeitos da decisão da Comissão se repercutirem directamente na sua posição de operadores económicos no âmbito do processo de adjudicação.
- 27 A recorrente salienta que, de qualquer modo, a aplicação da jurisprudência citada pela Comissão (v., *supra*, n.º 21) parece ser de excluir, no caso em apreço, porque i) a medida nacional visada é de natureza puramente individual, ii) as normas de direito comunitário violadas pelo Estado-Membro em causa relevam da categoria dos princípios constitucionais da ordem jurídica comunitária e iii) essa violação ocorreu no âmbito de processos de adjudicação de contratos de direito público relativamente aos quais foram solicitados importantes financiamentos comunitários.
- 28 A este respeito, a recorrente alega que o presente recurso não se destina a obter a alteração de uma regulamentação de ordem geral, mas a revogação de um acto cujo alcance é individual e limitado, isto é, a adjudicação de um contrato a um concorrente. Tratava-se, assim, no caso em apreço, de submeter ao juiz uma recusa da Comissão de punir uma distorção de concorrência e nunca de fiscalizar a oportunidade de uma decisão relativa a disposições normativas estatais. O «self-restraint» do juiz comunitário só visava esta última hipótese.

29 A admissibilidade do recurso também se imporia face à natureza fundamental e constitucional da norma de direito violada, nomeadamente o princípio da igualdade de tratamento. A recorrente recorda que a Comissão, em matéria de concursos públicos, está investida de uma missão especial que consiste em zelar para que sejam asseguradas a igualdade de condições da participação nos concursos, bem como a eliminação das discriminações (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1985, CMC e o./Comissão, 118/83, Recueil, p. 2325, n.º 44). A decisão impugnada anteciparia também a apreciação que a Comissão fará quanto à regularidade do curso para conceder ou aprovar um financiamento comunitário.

30 A recorrente acrescenta que o poder discricionário conferido à Comissão pelo artigo 169.º do Tratado não pode ter por efeito subtrair esta última a toda a forma de fiscalização jurisdicional (acórdão Fediol/Comissão, já referido, n.º 30). Esta solução era, segundo a recorrente, incompatível com o princípio do «direito à justiça», tal como se encontra consagrado no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 18), com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 4 de Novembro de 1950 e com o artigo F, n.º 2, do Tratado da União Europeia. Acrescenta que a existência de uma via de recurso de natureza jurisdicional é uma exigência que se impõe relativamente às decisões de arquivamento tomadas pela Comissão, uma vez que estão em causa medidas individuais que infringem um dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Tratado aos particulares e às empresas.

31 A recorrente sustenta que a inadmissibilidade do recurso se traduz numa denegação de justiça. Alega que não pode obter provimento das suas pretensões nos órgãos jurisdicionais nacionais pois o direito helénico não consagra o processo de medidas provisórias que permite ao concorrente afastado obter a suspensão da adjudicação irregular de um contrato. Por outro lado, as directivas mencionadas pela Comissão ainda não tinham sido transpostas na Grécia. Nas suas observações quanto à questão

prévia de inadmissibilidade, acrescenta que a «validação legislativa» efectuada pelo Parlamento helénico bloqueia qualquer recurso ao juiz nacional, pois os órgãos jurisdicionais administrativos helénicos proíbem-se de censurar uma lei.

— Apreciação do Tribunal

- 32 O recurso interposto nos termos do artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado, tem por objectivo a anulação da decisão da Comissão de não dar seguimento à diligência do consórcio AAA, a que pertence a recorrente, no sentido de dar início a um processo por incumprimento contra a República Helénica.
- 33 O Tribunal recorda que resulta de uma jurisprudência constante que os particulares não podem impugnar uma recusa da Comissão de dar início a um processo por incumprimento contra um Estado-Membro (acórdão Lütticke e o./Comissão, já referido, p. 305; despacho do Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1992, *Asia Motor France e o./Comissão*, C-29/92, Colect., p. I-3935, n.º 21; despachos do Tribunal de Primeira Instância *Calvo Alonso-Cortés/Comissão*, já referido, n.º 55, e de 29 de Novembro de 1994, *Bernardi/Comissão*, T-479/93 e T-559/93, Colect., p. II-1115, n.º 27).
- 34 A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância relativa ao carácter inatacável de uma recusa da Comissão de dar início ao processo previsto no artigo 169.º do Tratado é baseada não apenas no poder discricionário dado à Comissão pelo próprio artigo 169.º do Tratado, mas igualmente no princípio de que, quando uma decisão da Comissão tem carácter negativo, deve ser apreciada em função da natureza do pedido de que constitui resposta (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Março de 1972, *Nordgetreide/Comissão*, 42/71, Colect., p. 55, n.º 5).

35 Para determinar a natureza do acto solicitado na queixa do consórcio AAA, há que recordar que o artigo 169.º do Tratado dispõe: «Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça».

36 Tendo em conta o facto de que, por força do artigo 169.º do Tratado, apenas o Tribunal de Justiça é competente para declarar que a República Helénica não cumpriu, como pretende a recorrente, o princípio da igualdade de tratamento e outras disposições de direito comunitário, o acto solicitado na queixa do consórcio AAA só podia consistir na adopção pela Comissão de um parecer fundamentado (v., nomeadamente, o acórdão Lütticke e o./Comissão, já referido, p. 305, e as conclusões do advogado-geral J. Gand nesse processo, p. 310).

37 Ora, resulta do sistema do artigo 169.º do Tratado que o parecer fundamentado constitui apenas uma fase prévia à eventual propositura de uma acção por incumprimento no Tribunal e não pode, portanto, ser considerado um acto susceptível de ser objecto de um recurso de anulação. A recusa da Comissão de dar início a um processo por incumprimento constitui, assim, também um acto inatacável, sem que seja necessário examinar se a recusa da Comissão diz directa e individualmente respeito à recorrente.

38 Há que acrescentar que a gravidade da alegada violação do direito comunitário e a natureza pretensamente individual do acto do Governo helénico denunciado na

queixa, bem como a eventual inexistência de vias de recurso internas efectivas não são, de qualquer forma, factores susceptíveis de modificar a qualificação jurídica do acto solicitado pelo queixoso.

39 Resulta do tudo o que precede que os pedidos de anulação são inadmissíveis.

Quanto aos pedidos subsidiários baseados no artigo 175.º do Tratado CE

— Argumentação das partes

40 Na sua questão prévia de inadmissibilidade, a Comissão salienta que resulta de uma jurisprudência constante ser inadmissível um recurso baseado no artigo 175.º do Tratado com o objectivo de obter a declaração de que a Comissão se absteve de decidir, em violação do Tratado, ao não dar início a um processo por incumprimento contra um Estado-Membro (acórdão *Star Fruit/Comissão*, já referido, n.ºs 11 a 14; despacho do Tribunal de Justiça de 30 de Março de 1990, C-371/89, *Emrich/Comissão*, *Colect.*, p. I-1555, n.ºs 5 a 7; despacho *Century Oils Hellas/Comissão*, já referido, n.ºs 12 a 16).

41 A recorrente recorda que o consórcio AAA convidou a Comissão, em 20 de Fevereiro de 1995, a agir conta a República Helénica. Acrescenta que, para o caso de o Tribunal considerar que a Comissão não adoptou uma decisão aquando das suas deliberações de 29 de Março de 1995, a Comissão, a partir de 21 de Abril de 1995, era responsável por essa omissão. Todavia, nas suas observações sobre a questão prévia de inadmissibilidade, alegou que o pedido de declaração da omissão ficou sem objecto em virtude de a própria Comissão ter afirmado ter tomado posição.

— Apreciação do Tribunal

- 42 Na medida em que o recurso é baseado no artigo 175.º, terceiro parágrafo, do Tratado, tem por objecto obter a declaração de que a Comissão, ao não intentar contra a República Helénica um processo por incumprimento, se absteve de decidir, violando assim o Tratado.
- 43 Em primeiro lugar, o Tribunal salienta que a Comissão se pronunciou, na aceção do artigo 175.º, ao adoptar a decisão controvertida de 29 de Março de 1995. Ora, segundo uma jurisprudência bem assente (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1988, *Irish Cement/Comissão*, 166/86 e 220/86, *Colect.*, p. 6473, n.º 17), o artigo 175.º refere-se à omissão que constitui a abstenção de decidir ou de tomar posição e não à adopção de um acto diferente daquele que os interessados teriam desejado ou considerado necessário.
- 44 Além disso, o Tribunal recorda que a acção por omissão prevista no artigo 175.º do Tratado está sujeita à existência de uma obrigação de agir que impende sobre a instituição em causa, que faz com que a abstenção alegada seja contrária ao Tratado. Ora, resulta da economia do artigo 169.º do Tratado, que a Comissão não é obrigada a dar início a um processo na aceção dessa disposição, mas que, a esse respeito, dispõe de um poder de apreciação discricionário que exclui o direito de os particulares exigirem dessa instituição que tome posição num determinado sentido (acórdão *Star Fruit/Comissão*, já referido, n.º 11; despacho *Bernardi/Comissão*, já referido, n.º 31).
- 45 Assim, o presente pedido por omissão é inadmissível.
- 46 De tudo o que precede, resulta que o recurso, na sua globalidade, deve ser julgado inadmissível. Nestas condições, não há que decidir quanto ao pedido de intervenção da República Helénica.

Quanto às despesas

- 47 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la a pagar as suas despesas, bem como as despesas da Comissão.
- 48 Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as suas despesas. Caso, na altura em que apresentou o seu pedido com vista a poder intervir no presente processo, a República Helénica tenha realizado despesas, há que decidir no sentido de estas ficarem a seu cargo.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção),

decide:

- 1) O recurso é julgado inadmissível.
- 2) Não há que decidir quanto ao pedido de intervenção.
- 3) A recorrente suportará as suas despesas, bem como as da Comissão. A República Helénica suportará as despesas que efectuou na altura da apresentação do pedido de intervenção.

Proferido no Luxemburgo, em 13 de Novembro de 1995.

O secretário

H. Jung

O presidente

C. P. Briët