

DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

10 de Novembro de 2004 *

No processo T-303/04 R,

European Dynamics SA, com sede em Atenas (Grécia), representada por S. Pappas, advogado,

requerente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por L. Parpala e E. Manhaeve, na qualidade de agentes, assistidos por J. Stuyck, advogado, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

requerida,

que tem por objecto um pedido de suspensão da execução, por um lado, da Decisão da Comissão, de 4 de Junho de 2004 [DIGIT/R2/CTR/mas D (2904) 324], de classificar apenas na segunda posição a proposta apresentada, na sequência de um concurso público para a prestação de serviços informáticos, pelo agrupamento de que a requerente é membro e, por outro, da Decisão da Comissão, de 14 de Julho de 2004 [DG DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 811], que indeferiu as reclamações de 21 de Junho, 1, 5 e 8 de Julho de 2004 apresentadas pela requerente contra a adjudicação do contrato a outro agrupamento,

* Língua do processo: inglês.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

profere o presente

Despacho

Factos na origem do litígio

- 1 A European Dynamics SA exerce actividade no domínio das tecnologias de informação e das comunicações, nomeadamente por conta das instituições europeias.

- 2 Na sequência do concurso público ADMIN/DI/0005 ESP (External Service Providers), de 16 de Março de 2001, a Comissão celebrou vários contratos-quadro, aplicando o sistema de adjudicação previsto em caso de contratos com titulares múltiplos no n.º 1.4 das Condições gerais para os contratos informáticos, publicadas pela Comissão em 11 de Junho de 1998 (a seguir «cascata»), para a prestação de serviços externos relativos aos sistemas de informação. O contrato global foi dividido em nove lotes, entre os quais o lote 4, que incidia sobre a prestação de serviços externos ligados às aplicações de gestão de dados e aos sistemas de informação (a seguir «lote ESP 4»), e o lote 5, que incidia sobre a prestação de serviços externos ligados às aplicações Internet e Intranet (a seguir «lote ESP 5»).

- 3 Em 16 de Outubro de 2001 foi celebrado um contrato-quadro, sob a referência DI-02432-00, com o contratante escolhido como primeiro da cascata para o Lote ESP 4, ou seja, um agrupamento constituído pelas empresas Trasys SA e Cronos Luxembourg SA — que passou a ser a Sword Technologies SA (a seguir «agrupamento ESP 4»).
- 4 Em 5 de Novembro de 2001 foi celebrado o contrato-quadro DI-02432-00 com o contratante escolhido como primeiro da cascata para o lote ESP 5, ou seja, um agrupamento constituído pelas empresas European Dynamics, IRIS SA, Datacep SA, Primesphere SA e Reggiani SpA (a seguir «agrupamento ESP 5»).
- 5 Em 23 de Novembro de 2001, a Comissão publicou os limites orçamentais baseados nas estimativas de volumes anunciadas para os lotes ESP 4 e ESP 5, fixados respectivamente no montante total de 42 885 318 EUR e 34 656 804 EUR, para o período de duração dos contratos, a saber, até Outubro de 2006.
- 6 Dado que a utilização efectiva dos contratos incluídos no lote ESP 4 se revelou nitidamente mais importante que o previsto — resulta dos autos que, no fim do mês de Março de 2003, ou seja, a menos de um terço da duração máxima do contrato referente ao lote ESP 4, já tinham sido gastos mais de três quartos dos créditos previstos — a Comissão decidiu aumentar o limite orçamental do lote ESP 4 e preparar um novo concurso público para serviços da mesma natureza dos que constituíam objecto do lote ESP 4, para o período a terminar em Outubro de 2006.
- 7 Por decisão de 28 de Abril de 2003, a Comissão aumentou o limite orçamental do lote ESP 4 em 20 milhões de EUR e, em 10 de Maio de 2003, foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* um aviso de atribuição, sob a referência ADMIN/PN/2003/105.

- 8 Em 23 de Maio de 2003, o agrupamento ESP 5 escreveu ao director da Direcção-Geral (DG) da Informática, a fim de lhe comunicar a sua preocupação face ao aumento do limite orçamental para o lote ESP 4, alegando que a Comissão deveria ter feito um uso mais intensivo do lote ESP 5, que teria sido utilizado abaixo das previsões iniciais.
- 9 Resulta dos autos que a carta de 23 de Maio de 2003 foi seguida de troca de correspondência entre a Comissão e o agrupamento ESP 5, nomeadamente de uma carta da Comissão de 4 de Julho de 2003 fornecendo explicações sobre a execução dos lotes ESP 4 e ESP 5, de reuniões entre as partes e ainda de um grupo de trabalho organizado pela Comissão em 6 de Novembro de 2003, no qual o agrupamento ESP 5 pôde explicar o potencial dos serviços abrangidos pelo lote ESP 5 às direcções-gerais da Comissão.
- 10 EM 27 de Dezembro de 2003, a Comissão lançou um concurso público sob a referência ADMIN/DI2/PO/2003/192 ESP-DIMA para a «prestação nas instalações e noutros locais de serviços relativos aos sistemas de gestão de dados e aos sistemas de informação da Comissão Europeia [incluindo] desenvolvimento, manutenção e outras actividades conexas» (a seguir «concurso público ESP-DIMA»).
- 11 Por carta de 19 de Janeiro de 2004, o consultor jurídico do agrupamento ESP 5 exigiu que a Comissão anulasse o concurso público ESP-DIMA, alegando que em vez de adjudicar um novo contrato de serviços para substituir o lote ESP 4, a Comissão devia utilizar o lote ESP 5.
- 12 Este pedido foi indeferido por carta de 30 de Janeiro de 2004, na qual a DG da Informática esclareceu que a utilização do lote ESP 5 em vez do Lote ESP 4 ou do contrato ESP-DIMA não era possível, dado que o lote ESP 5, por um lado, e o lote ESP 4 assim como o contrato ESP-DIMA, por outro, têm objectos distintos e são relativos, respectivamente, às aplicações Internet e Intranet, por um lado, e às aplicações de gestão dos dados e aos sistema de informação, por outro.

- 13 Em 20 de Fevereiro de 2004, as sociedades European Dynamics, IRIS, Datacep e Reggiani (ou seja as empresas que constituem o agrupamento ESP 5, com exclusão da sociedade Primesphere, a seguir «agrupamento ED») apresentaram uma proposta conjunta em resposta ao concurso público ESP-DIMA.

- 14 Em 2 de Junho de 2004, a Comissão adjudicou o contrato ESP-DIMA. O proponente classificado em primeiro lugar na cascata era um agrupamento constituído pelas sociedades Trasys e Sword Technologies e pelas sociedades Intrasoft International SA e TXT SpA (ou seja, o agrupamento ESP 4 mais dois parceiros adicionais, a seguir «agrupamento ESP-DIMA»). O agrupamento ED foi seleccionado como segundo concorrente na cascata, seguido de outros proponentes em terceiro e quarto lugar da cascata.

- 15 Estes resultados foram notificados a todos os proponentes, incluindo ao agrupamento ED, por carta de 4 de Junho (a seguir «decisão de adjudicação»).

- 16 Por fax de 8 de Junho de 2004, a European Dynamics solicitou detalhes complementares sobre a decisão de adjudicação. A Comissão respondeu por carta de 9 de Junho de 2004 na qual lhe prestou informações mais amplas sobre os resultados da avaliação técnica relativa a cada um dos critérios pertinentes.

- 17 Por carta de 21 de Junho de 2004, a European Dynamics solicitou à DG da Informática que lhe fornecesse uma cópia do relatório de avaliação de todas as propostas apresentadas na sequência do concurso público ESP-DIMA, em particular das secções referentes ao seu agrupamento e ao agrupamento cuja proposta foi vencedora, assim como o nome dos responsáveis da avaliação.

- 18 Em 29 de Junho de 2004 teve lugar uma reunião entre a European Dynamics e a DG da Informática, na qual as partes discutiram a avaliação das propostas assim como as preocupações da European Dynamics relativas à execução comparada dos lotes ESP 4 e ESP 5. Em 6 de Julho de 2004 foi enviado pela Comissão à European Dynamics um relatório desta reunião. No mesmo dia a Comissão confirmou que ainda não tinha sido celebrado qualquer contrato na sequência da adjudicação do contrato ESP-DIMA.
- 19 Na sequência desta reunião a European Dynamics enviou várias cartas à Comissão, nomeadamente em 1, 5 e 8 de Julho de 2004, nas quais contestava a legalidade do concurso público ESP-DIMA e da decisão de adjudicação. A European Dynamics alegava nomeadamente que a adjudicação do contrato ESP-DIMA não tinha razão de ser, uma vez que o lote ESP 5 deveria ter sido utilizado em vez do lote ESP 4. Segundo a requerente, existia um conflito de interesses com um membro da comissão de avaliação, a escala de notação utilizada para a avaliação técnica era inadequada e a proposta vencedora era de qualidade inferior e propunha um sistema informático muito limitado. Nas referidas cartas, a European Dynamics solicitava uma cópia do relatório de avaliação e a comunicação do nome dos membros da comissão de avaliação. A requerente pediu igualmente o adiamento da assinatura dos contratos até que todas as questões levantadas tivessem obtido uma solução satisfatória.
- 20 Por carta de 14 de Julho de 2004 (a seguir «carta de fundamentação») a Comissão respondeu às questões levantadas pela European Dynamics nas cartas acima referidas e recusou transmitir-lhe uma cópia do relatório de avaliação, esclarecendo que isso implicaria a comunicação de detalhes comerciais confidenciais respeitantes aos outros proponentes. No que se refere à dúvida suscitada quanto à necessidade de lançar o concurso público ESP-DIMA e à proposta de utilizar o lote ESP 5 para o fornecimento dos serviços abrangidos pelo lote ESP 4, a Comissão referiu que a DG da Informática alegara na já referida carta de 30 de Janeiro de 2004 que, uma vez que os dois lotes representavam contratos diferentes, distintos e separados, não era possível passar de um para o outro pela simples razão que um dos dois lotes não tinha ainda atingido o seu limite orçamental. Lançar um concurso público para o

lote relativamente ao qual o limite orçamental já não podia ser aumentado era portanto o único meio adequado e estava em conformidade com o Regulamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que instituiu o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias (JO L 248, p. 1, a seguir «Regulamento Financeiro»).

- 21 Em 15 de Julho de 2004, a Comissão enviou os contratos resultantes da decisão de adjudicação simultaneamente aos quatro agrupamentos seleccionados, incluindo ao agrupamento ED enquanto segundo classificado (contrato-quadro DIGIT-04551-00), indicando que os contratos lhe deviam ser devolvidos assinados antes de 30 de Julho de 2004.
- 22 Em 27 de Julho de 2004 teve lugar uma reunião entre os representantes do agrupamento ED e da DG da Informática, na qual estes últimos reiteraram a posição da Comissão de não aceitar a proposta da European Dynamics no sentido de a autorizar a desempenhar um papel activo na fiscalização da repartição dos projectos entre o lote ESP 4 e o lote ESP 5.
- 23 Em 28 de Julho de 2004, o agrupamento ED solicitou à Comissão que diferisse por um mês a celebração dos contratos resultantes do concurso público ESP-DIMA, com fundamento em que os membros do agrupamento necessitavam de tempo suplementar para efectuar determinadas diligências administrativas. A Comissão respondeu imediatamente que estas diligências administrativas podiam ser efectuadas após a assinatura do contrato e que não era necessário qualquer adiamento. O contrato do agrupamento ED foi apresentado e assinado em 30 de Julho de 2004. Algumas procurações que faltavam foram enviadas à Comissão em 4 de Agosto de 2004.
- 24 Assim, em 4 de Agosto de 2004, a Comissão estava na posse de todos os originais dos contratos relativos ao concurso ESP-DIMA, assinados por todos os contratantes.

Tramitação processual e conclusões das partes

- 25 Por petição registada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 29 de Julho de 2004, a ora requerente interpôs, nos termos do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, um recurso em que pede, por um lado, a anulação do processo de concurso público ESP-DIMA, a saber, o anúncio de concurso 2003/S249-221337 ESP-DIMA e o concurso público ESP-DIMA e, por outro, a anulação das decisões da Comissão relativas à ordem de classificação das propostas, a saber, a decisão de adjudicação e a carta de fundamentação.
- 26 Por requerimento separado, registado na Secretaria deste Tribunal no mesmo dia, a requerente apresentou um pedido, nos termos do artigo 76.º-A do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância para que este decida julgar o processo seguindo uma tramitação acelerada.
- 27 Por requerimento separado registado na Secretaria deste Tribunal no mesmo dia, a requerente apresentou um pedido de medidas provisórias para que seja suspensa a execução da decisão de adjudicação assim como da carta de fundamentação, de modo a impedir a celebração do contrato pelo agrupamento ESP-DIMA, até que o Tribunal tenha proferido a sua decisão no processo principal. A requerente pede igualmente a condenação da Comissão nas despesas.
- 28 Em 4 de Agosto de 2004 foi notificada à Comissão uma cópia do pedido de medidas provisórias, em conformidade com o artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, tendo-lhe sido fixado um prazo para a Comissão se pronunciar até 19 de Agosto de 2004.
- 29 Como a requerente apresentou um pedido de medidas provisórias com vista a que seja suspensa a execução da decisão de adjudicação, a entidade adjudicante decidiu, em 4 de Agosto de 2004, adiar a assinatura dos quatro contratos relativos ao concurso ESP-DIMA.

- 30 Em 12 de Agosto de 2004, a Comissão pediu uma prorrogação do prazo para se pronunciar até 26 de Agosto de 2004. Este pedido foi deferido por decisão de 16 de Agosto de 2004.
- 31 Em 26 de Agosto de 2004, a Comissão apresentou as suas alegações sobre o pedido de medidas provisórias, concluindo no sentido de que o referido pedido seja declarado inadmissível e, a título subsidiário, improcedente.
- 32 Em 31 de Agosto de 2004, a Secretaria do Tribunal enviou à requerente as alegações da Comissão.
- 33 Em 8 de Setembro de 2004, a requerente apresentou um pedido para ser autorizada a apresentar contra-alegações às alegações da Comissão.
- 34 Por decisão de 14 de Setembro de 2004, o presidente do Tribunal deferiu este pedido e fixou um prazo até 24 de Setembro de 2004 para a apresentação das contra-alegações da requerente às alegações da Comissão.
- 35 Em 23 de Setembro de 2004, a requerente apresentou as suas contra-alegações às alegações da Comissão, juntando em anexo um número importante de documentos adicionais. Nas suas contra-alegações a requerente pediu igualmente a notificação da Comissão para apresentar um certo número de documentos, a saber, os pedidos de preços (Requests for Quotation) e as estatísticas relativas à execução do lote ESP 4 (a seguir «documentos em causa»).

- 36 Em 29 de Setembro de 2004, o presidente do Tribunal fixou à Comissão um prazo até 8 de Outubro de 2004 para apresentar a sua resposta às contra-alegações da requerente.
- 37 Em 6 de Outubro de 2004 a Comissão pediu uma prorrogação do prazo para apresentação da sua resposta até 15 de Outubro de 2004, tendo este pedido sido deferido pelo presidente do Tribunal no mesmo dia.
- 38 Em 15 de Outubro de 2004, a Comissão apresentou a sua resposta às contra-alegações da Comissão.
- 39 Em 2 de Novembro de 2004, a requerente enviou uma carta à Secretaria do Tribunal, na qual formula algumas alegações adicionais sobre a resposta da Comissão de 15 de Outubro de 2004 e pede ao presidente do Tribunal que as tome em conta para efeitos da sua apreciação. Esta carta foi notificada à Comissão em conformidade com o artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.

Questão de direito

Quanto ao pedido de medidas provisórias

- 40 Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 242.º CE e 243.º CE, por um lado, e do artigo 225.º, n.º 1, CE, por outro, o Tribunal de Primeira Instância pode ordenar a suspensão do acto impugnado ou ordenar as medidas provisórias necessárias, se considerar que as circunstâncias o exigem.

- 41 O artigo 104.º, n.º 2, do Regulamento de Processo dispõe que os pedidos de medidas provisórias devem especificar o objecto do litígio, as razões de urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista (*fumus boni juris*), justificam a adopção da medida provisória requerida. Estes requisitos são cumulativos, de modo que as medidas provisórias devem ser indeferidas se um deles não estiver preenchido [despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1996, SCK e FNK/Comissão, C-268/96 P(R), Colect., p. I-4971, n.º 30]. O juiz das medidas provisórias procede também, se necessário, à ponderação dos interesses em presença (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1999, Itália/Comissão, C-107/99 R, Colect., p. I-4011, n.º 59).
- 42 As medidas requeridas devem, além disso, ser provisórias no sentido de que não prejudiquem as questões de direito ou de facto em litígio nem neutralizem por antecipação as consequências da decisão a proferir posteriormente no processo principal [despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o., C-149/95 P(R), Colect., p. I-2165, n.º 22].
- 43 Além disso, no âmbito desta análise de conjunto, o juiz das medidas provisórias dispõe de um vasto poder de apreciação e é livre de determinar, relativamente às especificidades do caso concreto, o modo como essas diferentes condições devem considerar-se verificadas, bem como a ordem dessa análise, uma vez que nenhuma norma de direito comunitário lhe impõe um esquema de análise preestabelecido para apreciar a necessidade de decidir provisoriamente (despacho Comissão/Atlantic Container Line e o., já referido, n.º 23).
- 44 Perante os elementos dos autos, o juiz das medidas provisórias considera que dispõe de todos os elementos necessários para decidir sobre o presente pedido de medidas provisórias, sem que seja útil ouvir previamente as explicações orais das partes.

Argumentos das partes

— Quanto à admissibilidade

45 A requerente alega que tem interesse em interpor recurso dos actos cuja suspensão requer e que interpôs o referido recurso dentro do prazo, de modo que o seu pedido é admissível.

46 A Comissão alega que o pedido é destituído de utilidade, com fundamento em que a requerente não pediu a suspensão da decisão de lançar o processo de adjudicação de contrato público ESP-DIMA, mas sim a suspensão de decisões que adjudicaram o contrato. As medidas provisórias requeridas não podem portanto ter como efeito suspender a adjudicação do contrato ESP-DIMA, contrariamente ao que a requerente pretende realmente obter. A Comissão acrescenta ainda que o pedido é inadmissível pelo facto de o recurso no processo principal também o ser. Com efeito, segundo a Comissão, a requerente não demonstra que os actos impugnados lhe dizem directamente respeito e, em qualquer caso, não prova a existência de um interesse pessoal em agir, dado que os actos dizem respeito ao agrupamento ED e não à requerente a título individual.

— Quanto ao *fumus boni juris*

47 A requerente, remetendo para o seu recurso no processo principal, alega que o contrato ESP-DIMA deve ser anulado, com fundamento em apreciação errada dos factos, violação de formalidades essenciais e falta de fundamentação. Resulta da exposição dos factos no seu requerimento que a requerente considera que o lançamento do concurso público ESP-DIMA não era necessário, dado que a Comissão poderia ter recorrido ao lote ESP 5, em vez de substituir o lote ESP 4 pelo contrato ESP-DIMA. A requerente considera igualmente que a adjudicação do contrato ESP-DIMA está viciada de ilegalidade pelo facto de pelo menos um

membro da comissão de avaliação estar numa situação de grave conflito de interesses, de a Comissão não ter utilizado a mesma escala para avaliar os diferentes proponentes, de a proposta vencedora apenas propor um sistema informático de valor muito limitado e de alcance restrito e, finalmente, de a Comissão não lhe ter fornecido uma cópia do relatório de avaliação, contrariamente às exigências do Regulamento Financeiro.

- 48 A Comissão considera que a requerente não apresentou fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justifiquem a adopção das medidas provisórias e que só incidentalmente menciona os fundamentos em que assenta o recurso no processo principal. Sublinha que as alegações são infundadas, como resulta claramente da carta de fundamentação de 14 de Julho de 2004, que não estão de forma alguma alicerçadas e que não devem mesmo ser examinadas no quadro do presente pedido de medidas provisórias.

— Quanto à urgência

- 49 A requerente alega que a condição relativa à urgência está preenchida. Sublinha que não poderá aguardar o resultado do recurso no processo principal sem sofrer um prejuízo grave e irreparável que consiste num prejuízo financeiro extremamente pesado e de tal forma que a requerente deixará de estar em situação de sobreviver no mercado, na perda de uma parte importante das suas actividades conduzindo ao despedimento de metade e do seu pessoal, bem como num prejuízo particularmente importante para a sua reputação.
- 50 No que se refere ao prejuízo financeiro, a requerente alega que os danos decorrem da execução errada do lote ESP 4 em vez do lote ESP 5, assim como da continuação do lote ESP 4 através do contrato ESP-DIMA, adjudicado a outro proponente. A requerente considera que esta situação implicará o fim da execução do lote ESP 5, uma vez que o lote ESP 4 será prolongado pelo contrato ESP-DIMA e que é de

aguardar que muitos contratos existentes sejam ampliados após a assinatura de contratos relativos ao contrato ESP-DIMA, e isto por vários anos. Assim, a decisão de adjudicação do contrato ESP-DIMA a outro proponente e a continuação da execução irregular deste contrato em vez do lote ESP 5 privarão a requerente dos rendimentos normalmente ligados à execução do lote ESP 5, que constitui a maior partes das suas actividades.

- 51 A este propósito a requerente sublinha que é uma empresa de dimensão média que emprega cerca de 200 trabalhadores, que desenvolve um determinado número de projectos de entre os quais os que se inscrevem no âmbito do lote ESP 5 são de longe os mais importantes e que o lote ESP 5 cobre a maior parte do seu orçamento e emprega aproximadamente metade dos seus empregados, recrutados precisamente para as necessidades do lote ESP 5. A infra-estrutura de acompanhamento também aumentou, constituindo assim um sistema que deve inteiramente a sua existência e a sua sobrevivência ao lote ESP 5 e foi concebido e implementado para assegurar a execução dum contrato do montante de 35 milhões de EUR. A adjudicação do lote ESP 5 obriga a requerente a manter uma infra-estrutura onerosa, a consagrar empregados a esse projecto e a estabelecer uma estrutura de formação contínua destes empregados necessária devido às alterações tecnológicas adoptadas pela Comissão com uma periodicidade de alguns meses. As actividades da requerente ligadas ao lote ESP 5 representam um montante de cerca de 4 milhões de EUR por ano e constituem uma parte importante da totalidade das suas actividades no domínio dos serviços informáticos. Os rendimentos da requerente passaram de 16 milhões de EUR em 2001 para 14 milhões de EUR em 2002, 10 milhões de EUR em 2003 e existe um risco de diminuição contínua em 2004 e em 2005 para 5 milhões de EUR, precisamente devido à insuficiência das encomendas feitas no âmbito do lote ESP 5. Uma grande parte dos empregados já deixou a sociedade por esta razão. Com esta perda de empregados, a requerente alega que não será possível recuperar as partes de mercado perdidas.

- 52 A requerente alega que a não execução ou a redução eventuais das encomendas do lote ESP 5 lhe seriam assim fatais. Segundo a requerente, desaparecerá uma estrutura inteira, prevista especialmente para a execução do lote ESP 5, com consequências irreparáveis para ela, que deixará de estar em condições de sobreviver no mercado altamente concorrencial onde desenvolve as suas actividades.

- 53 No que se refere ao prejuízo para a sua reputação, a requerente sublinha que esta situação será susceptível de prejudicar as suas relações com outros actores do mercado e outros clientes que interpretarão esta situação como revelando a sua incapacidade para responder às expectativas da Comissão.
- 54 Finalmente, a requerente considera que as medidas provisórias solicitadas são necessárias uma vez que, se os actos contra os quais requereu a presente providência cautelar forem executados antes da sua anulação, a Comissão assinará os contratos correspondentes e abrirá assim a via para a absorção pelo contrato ESP-DIMA de uma grande parte dos créditos subsistentes. Segundo a requerente, serão atribuídos 120 milhões de EUR ao contrato ESP-DIMA, o que fará deste o investimento mais importante da Comissão neste domínio e vinculará definitivamente a Comissão ao agrupamento ESP-DIMA.
- 55 A Comissão considera que o prejuízo alegado pela requerente não é grave nem irreparável na acepção da jurisprudência do Tribunal.
- 56 No que se refere ao prejuízo financeiro alegado, a Comissão sublinha antes de mais que os argumentos da requerente mostram que não existe qualquernexo de causalidade entre, por um lado, o acto cuja suspensão da execução é requerida (a adjudicação do contrato ESP-DIMA a outro proponente) e, por outro, o prejuízo que a requerente é alegadamente susceptível de sofrer, ou seja, uma diminuição do seu volume de negócios produzido pelo contrato relativo ao lote ESP 5.
- 57 A este propósito a Comissão alega que o prejuízo alegadamente susceptível de ser causado deriva do argumento da requerente segundo o qual a Comissão deveria ter recorrido mais intensivamente ao lote ESP 5 em vez de optar pelo processo de adjudicação de contrato público para substituir os antigos contratos do lote ESP 4 pelo contrato ESP-DIMA. A Comissão sublinha que esta abordagem da requerente baseia-se de facto na hipótese, inteiramente inexacta, segundo a qual, se a Comissão for impedida de assinar os contratos decorrentes do concurso público ESP-DIMA,

deverá recorrer ao ESP 5 para fornecer o tipo de serviços anteriormente abrangidos pelo lote ESP 4, o que aumentará o volume de negócios da requerente. Segundo a Comissão, esta tese é pura e simplesmente errada, pois a entidade adjudicante continuará em qualquer caso a aplicar a distinção entre os lotes ESP 4 e ESP 5 que pratica desde a celebração destes contratos e que resulta da definição dos mesmos que figura no anúncio de concurso a eles respeitante.

- 58 Em qualquer caso, a Comissão acrescenta que o prejuízo alegadamente causado, se as medidas provisórias não fossem decretadas, não seria grave nem irreparável. Os danos pecuniários são claramente reparáveis, conforme jurisprudência assente, uma vez que poderão ser objecto de uma compensação financeira posterior. A requerente não demonstra a existência de circunstâncias excepcionais que permitissem qualificar o referido prejuízo financeiro de grave e irreparável. A este propósito a Comissão sublinha que a requerente se limita a alegações genéricas e que não demonstrou, por um lado que a perda do contrato em causa poria em perigo a sua existência nem, por outro, que a sua situação no mercado seria alterada de forma irremediável.
- 59 Pelo contrário, segundo a Comissão, é evidente que a requerente pode subsistir até à decisão do Tribunal no processo principal. A este propósito, a Comissão faz referência, entre outros elementos, a dois relatórios dos gabinetes EuroDB e Dun & Bradstreet, datados respectivamente de 22 de Março de 2004 e 26 de Julho de 2004, anexos às alegações da Comissão, que indicam que a situação financeira da requerente é boa. A requerente, na sua carta de 2 de Novembro de 2004 alega que estes relatórios são obsoletos e errados.
- 60 No que se refere aos prejuízos não financeiros alegados pela requerente, a saber, um prejuízo particularmente importante para a sua reputação devido à perda do contrato em causa, a Comissão realça que a participação num concurso público

comporta evidentemente para os proponentes o risco de o contrato não lhes ser adjudicado. Esta situação não implica portanto qualquer prejuízo para a reputação, conforme o Tribunal já declarou na sua jurisprudência.

- 61 Finalmente, a Comissão considera que o facto de o contrato poder ser celebrado com o proponente vencedor e lhe ser atribuída uma grande parte do orçamento antes de o Tribunal ter decidido no processo principal não é um elemento que demonstre que se encontra preenchida a condição relativa à urgência, segundo jurisprudência assente. Na hipótese de anulação, a comissão está em condições de reintegrar a requerente nos seus direitos.

— Quanto à ponderação dos interesses

- 62 Embora a requerente não tenha expressamente abordado a ponderação dos interesses no seu requerimento, a Comissão sublinha que esta se inclina a seu favor, dado que o prejuízo que a requerente é susceptível de sofrer se as medidas provisórias não forem decretadas não excede o que a Comissão e os outros proponentes interessados poderiam sofrer se aquelas forem decretadas. Os outros proponentes têm uma confiança legítima em que a Comissão prossiga a adjudicação dos contratos. As medidas provisórias impediriam a celebração destes contratos, de modo que as actividades informáticas da Comissão seriam entravadas. Além disso, a Comissão considera que, como a validade das propostas caduca em 19 de Novembro de 2004, a suspensão poria termo a estas propostas, de modo que as medidas não poderiam ser consideradas provisórias. A requerente refuta estas duas últimas alegações com fundamento em que a Comissão tem outras vias para substituir os contratos em causa, nomeadamente requerendo a prorrogação da validade das propostas ou utilizando outros contratos. A este propósito, a Comissão considera que tal prorrogação, embora possível, não é certa e que os outros meios de obter serviços seriam menos satisfatórios que a celebração do contrato ESP-DIMA.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

— Observações preliminares

63 Há que recordar que, segundo jurisprudência assente, os requisitos previstos no artigo 104.º, n.º 2, do Regulamento de Processo exigem que os elementos essenciais de facto e de direito em que se funda o pedido resultem de forma coerente e compreensível do próprio texto do requerimento de medidas provisórias (despachos do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Junho de 2003, Schmitt/AER, T-175/03 R, ColectFP, p. I-A-175 e II-883, n.º 18; de 15 de Janeiro de 2001, Stauner e o./Parlamento e Comissão, T-236/00 R, Colect., p. II-15, n.º 34; e de 7 de Maio de 2002, Aden e o./Conselho e Comissão, T-306/01 R, Colect., p. II-2387, n.º 52).

64 Mesmo que, como sublinha a Comissão, o requerimento contenha poucos elementos que permitam ao juiz das medidas provisórias examinar se, à primeira vista, se justifica a adopção das medidas requeridas, importa referir que as alegações da Comissão assim como as alegações seguintes das partes esclareceram o objecto do pedido de maneira a permitir ao juiz das medidas provisórias examiná-lo. Importa, no caso em apreço, examinar antes de mais a condição relativa à urgência.

— Quanto à condição relativa à urgência

65 Deve recordar-se que resulta de jurisprudência constante que a natureza urgente dum pedido de medidas provisórias deve ser apreciada em relação à necessidade que há de decidir provisoriamente, a fim de evitar que se seja causado um prejuízo grave e irreparável à parte que solicita a medida provisória. É a esta última que compete provar que não pode esperar pelo termo do processo principal sem sofrer um prejuízo dessa natureza (v. despachos do presidente do Tribunal de Primeira

Instância de 20 de Julho de 2000, Esedra/Comissão, T-169/00 R, Colect., p. II-2951, n.º 43; e de 27 de Julho de 2004, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissão, T-148/04 R, Colect., p. II-0000, n.º 41, e jurisprudência citada).

- 66 Importa constatar antes de mais que, como sublinha com razão a Comissão, a requerente não demonstrou a existência dum nexo entre o alegado dano e os actos cuja suspensão da execução é requerida.
- 67 A requerente queixa-se essencialmente da maneira como foi executado o contrato relativo ao lote ESP 5 que, em sua opinião, foi subtilizado em relação ao lote ESP 4. A requerente contesta esta execução alegadamente irregular assim como a decisão da Comissão de iniciar o processo de adjudicação do contrato ESP-DIMA com o fim de reconduzir o lote ESP 4. Contudo, a requerente não atacou a Comissão por execução irregular do seu contrato relativo ao ESP 5 e não requereu a suspensão da execução do processo de adjudicação do contrato ESP-DIMA. Deve recordar-se a este propósito, que o anúncio do concurso público ESP-DIMA foi publicado em 27 de Dezembro de 2003 e que as reclamações da requerente contra o próprio princípio deste concurso público foram indeferidas por carta da Comissão de 30 de Janeiro de 2004.
- 68 Esta abordagem da requerente tem uma incidência directa sobre o valor dos seus argumentos respeitantes à condição relativa à urgência. Com efeito, a requerente só indirectamente alega que decorreria um prejuízo grave e irreparável da adjudicação do contrato ESP-DIMA a outro proponente ou da própria existência deste contrato. Ao invés, sublinha claramente que considera que o prejuízo decorreria «da não execução ou da redução eventuais das prestações que constituem objecto do lote ESP 5», o que lhe seria «fatal». A requerente tenta demonstrar a existência dum nexo de causalidade entre a execução irregular do lote ESP 5 e a adjudicação do contrato ESP-DIMA indicando, no seu requerimento, que «é mais que evidente que a execução irregular [do lote ESP 4] significará o fim [do lote ESP 5] uma vez que [o lote ESP 4] será prolongado [pelo contrato ESP-DIMA]», que se não for decretada a suspensão recorrida «a Comissão assinará os contratos [em causa], abrindo assim a

via à apropriação [pelo contrato ESP-DIMA] de uma grande parte do orçamento subsistente» e que «a partir desse momento, [o lote ESP 5] já não poderá ser executado».

- 69 Contudo, a requerente não impugnou a execução defeituosa dos lotes ESP 4 e ESP 5 que está, essencialmente, na base das suas preocupações, nem as condições previsíveis da execução do contrato ESP-DIMA. É portanto evidente que a requerente não pode demonstrar que a adopção das medidas provisórias implicaria um recurso acrescido aos contratos do lote ESP 5, dado que a Comissão indicou claramente que em circunstância alguma utilizaria os contratos do lote ESP 5 para recorrer a prestações de serviços incluídas na âmbito inicial do lote ESP 4 ou no do contrato ESP-DIMA. A requerente não demonstrou portanto que existe um nexo de causalidade entre, por um lado, os actos cuja suspensão da execução é requerida (a decisão de adjudicação do contrato ESP-DIMA a outro proponente e a carta de fundamentação) e, por outro, o prejuízo que alegadamente é susceptível de sofrer, a saber, uma diminuição do seu volume de negócios realizado graças ao lote ESP 5. Parece portanto que as medidas provisórias requeridas não terão impacto sobre a execução do lote ESP 5.
- 70 Daqui resulta que as medidas provisórias requeridas não são pertinentes nem necessárias para evitar a ocorrência do alegado prejuízo.
- 71 Em qualquer caso, mesmo supondo que o alegado prejuízo decorreria dos actos impugnados, importa constatar que o referido prejuízo não poderia ser considerado grave e irreparável segundo a jurisprudência do Tribunal.
- 72 No que se refere ao prejuízo de ordem financeira invocado pela requerente, importa referir que, conforme alegou a Comissão, segundo jurisprudência assente, tal prejuízo não pode, em princípio, ser considerado irreparável, ou mesmo dificilmente reparável, uma vez que pode ser objecto de uma compensação financeira posterior

(v. despacho Esedra/Comissão, já referido, n.º 44 e jurisprudência aí citada). A requerente não demonstrou nem sequer alegou que estaria impedida de obter tal compensação pela via de uma eventual acção de indemnização nos termos do artigo 288.º CE (v. neste sentido, despacho Esedra/Comissão, já referido, n.º 47, e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Outubro de 1997, Comafrika e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, T-230/97 R, Colect., p. II-1589, n.º 38).

- 73 À luz do que antecede, as medidas provisórias requeridas só se justificariam, nas circunstâncias do caso vertente, se fosse claro que, na ausência de tais medidas, a requerente se encontraria numa situação susceptível de pôr em risco a sua própria existência ou alterar de forma irremediável a sua posição no mercado (v., neste sentido, despacho Esedra/Comissão, já referido, n.º 45).
- 74 Ora, a requerente não fez prova de que, na ausência das medidas provisórias requeridas, corre o risco de ser colocada naquela situação.
- 75 Importa constatar, a este propósito, que a requerente não apresentou elementos referentes à sua situação financeira que pudessem levar o juiz das medidas provisórias a concluir que a sua existência seria posta em risco até o Tribunal decidir no processo principal.
- 76 Em particular, há que constatar que os argumentos da requerente quanto à diminuição dos seus rendimentos não estão alicerçados em provas e que, em qualquer caso, a requerente não demonstra que essa diminuição de rendimentos será susceptível de pôr em risco a sua existência antes da decisão do Tribunal no processo principal.

- 77 Há que considerar, pelo contrário, que os elementos dos autos indicam que a requerente continuará a exercer uma actividade suficiente para subsistir até à decisão do Tribunal no processo principal.
- 78 Conforme a própria requerente sublinha no seu requerimento, participa regularmente, com êxito, em concursos públicos da Comissão e desenvolveu um certo número de projectos para as instituições europeias e não apenas para a Comissão.
- 79 Isto é confirmado, além disso, pelos relatórios dos gabinetes EuroDB e Dun & Bradstreet, datados respectivamente de 22 de Março de 2004 e 26 de Julho de 2004, juntos com as alegações da Comissão de 15 de Outubro de 2004, que indicam que a requerente tem um grande número de clientes, entre os quais as instituições europeias, instituições públicas nacionais e companhias internacionais. Resulta ainda destes relatórios que a situação financeira da requerente é considerada «boa», com notas positivas relativamente às vendas, à rentabilidade e ao activo total. A propósito destes relatórios há que sublinhar que a alegação da requerente, na sua carta de 2 de Novembro de 2004, segundo a qual estes relatórios são «obsoletos» e «errados» é de natureza muito genérica e que a requerente não fez a mínima prova para demonstrar a veracidade desta alegação.
- 80 Há que observar finalmente que a requerente continuará a sua participação no agrupamento ESP 5, na qualidade de primeiro contratante do lote ESP 5, e participará igualmente no agrupamento ED, como segundo contratante do contrato ESP-DIMA, precisamente porque, no âmbito da sua participação no concurso público ESP-DIMA, mostrou à Comissão que possuía a capacidade financeira e técnica requerida para esse projecto.
- 81 Quanto à possibilidade de, na ausência das medidas provisórias requeridas, a situação da requerente no mercado ser alterada de maneira irremediável, embora a requerente alegue, a este propósito, que será obrigada a pôr termo a metade das suas

actividades, a despedir metade do seu pessoal e que toda a infra-estrutura prevista para a execução do lote ESP 5 deverá desaparecer com consequências «fatais», não alicerçou estes argumentos e, além disso, não provou nem tentou provar que obstáculos de natureza estrutural ou jurídica a impediriam de reconquistar uma fracção apreciável da quota de mercado perdida (v., neste sentido, despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Janeiro de 2004, Arizona Chemical e o./Comissão, T-369/03 R, Colect., p. II-0000, n.º 84). Em particular, a requerente não demonstrou que estaria impedida de ganhar outros contratos, entre estes o contrato em litígio na sequência de um novo concurso público, ou que estaria impedida de recrutar empregados ou de recriar uma infra-estrutura técnica capaz de sustentar grandes projectos como os executados no âmbito do lote ESP 5, se tal se mostrasse necessário para reconquistar as quotas de mercado previstas. A este propósito há que sublinhar em primeiro lugar que o lote ESP 5 continuará a existir e, em segundo lugar, que o facto de a requerente participar e poder continuar a participar noutros projectos para instituições europeias e outros clientes garante que a sua capacidade técnica não desaparecerá.

82 Quanto ao prejuízo não financeiro alegado pela requerente, no que respeita ao argumento desta segundo o qual as medidas provisórias seriam urgentes em virtude do dano irreparável que seria causado à sua reputação e à sua credibilidade, deve observar-se que a decisão de adjudicação não tem como efeito causar tal dano. Segundo jurisprudência assente, a participação num concurso público, por natureza altamente competitiva, implica forçosamente riscos para todos os participantes, e a eliminação dum concorrente, em virtude das regras do concurso, não tem em si mesma nada que possa causar prejuízo (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 5 de Agosto de 1983, CMC/Comissão, 118/83 R, Recueil, p. 2583, n.º 51, e despacho Esedra/Comissão, já referido, n.º 48).

83 Da mesma forma, os argumentos da requerente para mostrar que a urgência decorreria do facto de ser celebrado o contrato com o agrupamento ESP-DIMA e fixado o orçamento correspondente a este contrato, antes de ser proferida a decisão que ponha termo ao recurso no processo principal, num montante susceptível de vincular a Comissão em permanência ao referido agrupamento, não merecem acolhimento. Tal situação não constitui uma razão de urgência dado que se, por hipótese, o Tribunal desse provimento ao recurso no processo principal, competiria à Comissão adoptar as medidas necessárias para assegurar uma protecção adequada

dos interesses da requerente. Em tal hipótese, esta instituição teria possibilidade de organizar um novo concurso público no qual a requerente poderia participar e isto sem deparar com dificuldades particulares. Esta medida poderia ser conjugada com o pagamento de uma indemnização. Ora, a requerente não fez referência a qualquer circunstância susceptível de impedir que os seus interesses sejam salvaguardados desta maneira (v., neste sentido, despacho Esedra/Comissão, já referido, n.º 51, e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Maio de 1994, Candiotte/Conselho, T-108/94 R, Colect., p. II-249, n.º 27).

84 Nestas circunstâncias, deve concluir-se que os elementos de prova apresentados pela requerente não permitem demonstrar suficientemente que, na falta de adopção das medidas provisórias requeridas, esta sofreria um prejuízo grave e irreparável.

85 Daqui resulta que a requerente não conseguiu demonstrar que se encontra preenchida a condição relativa à urgência. Assim, deve ser indeferido o pedido de medidas provisórias, sem que seja necessário apreciar a sua admissibilidade ou averiguar se os demais requisitos de adopção das medidas provisórias estão preenchidos (despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Agosto de 1999, Sociedade Agrícola dos Arinhos e o./Comissão, T-38/99 R a T-42/99 R, T-45/99 R e T-48/99 R, Colect., p. II-2567, n.º 48).

Quanto ao pedido de medidas de instrução no sentido da apresentação de documentos pela Comissão

Argumentos das partes

86 Nas suas alegações de 23 de Setembro de 2004, a requerente pede que o presidente do Tribunal notifique a Comissão para apresentar os documentos em causa, com

fundamento em que estes poderiam mostrar que a execução do lote ESP 4 era irregular e que, portanto, seria útil e oportuno para o Tribunal, e mesmo decisivo para o acórdão a proferir por este, obtê-los.

- 87 A Comissão considera que o pedido de medidas de instrução deve ser indeferido com fundamento em que a requerente não demonstrou de forma alguma a utilidade da apresentação dos documentos em causa, contrariamente ao que é exigido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. A Comissão sublinha além disso que estes documentos contêm informações confidenciais e não podem ser divulgados, dado que a apresentação dos referidos documentos colide com a protecção dos interesses comerciais legítimos dos proponentes.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

- 88 Importa constatar antes de mais que o pedido da requerente relativo à apresentação dos documentos em causa só pode ser entendido como um pedido de medidas de instrução ou de organização do processo.
- 89 Neste contexto há que recordar que, nos termos do artigo 105.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, o presidente do Tribunal pode ordenar que se proceda a instrução. O artigo 65.º do Regulamento de Processo precisa que as medidas de instrução compreendem, nomeadamente, a apresentação de documentos. O artigo 64.º do Regulamento de Processo permite ao Tribunal adoptar medidas de organização do processo compreendendo, nomeadamente, a apresentação de documentos ou de quaisquer outros elementos relativos ao processo.

90 Tendo o pedido de medidas provisórias sido indeferido por inexistência de urgência, sem que seja necessário examinar se os demais requisitos de adopção das medidas provisórias estão preenchidos, nomeadamente o requisito relativo à existência de um *fumus boni juris*, o juiz das medidas provisórias considera que os documentos em causa não apresentam interesse para o exame do presente pedido de medidas provisórias e que, portanto, não há que adoptar as medidas respeitantes aos documentos em causa solicitadas pela requerente.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

- 1) **É indeferido o pedido de medidas provisórias.**

- 2) **Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.**

Proferido no Luxemburgo, em 10 de Novembro de 2004.

O secretário

H. Jung

O presidente

B. Vesterdorf