

APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS, NUM MESMO PROCEDIMENTO CONCORRENCIAL, POR OPERADORES ECONÓMICOS LIGADOS ENTRE SI

*Fernando Batista**

ABSTRACT *This paper seeks to analyze the problems associated with the submission of two or more competitive yet interconnected tenders in the same tendering procedure. Assuming that this may happen, we seek to establish whether or not in such cases there are grounds for excluding those tenders. This requires a deep examination of the sometimes diffuse relations between public procurement law and competition law. In 2018, the Court of Justice of the European Union delivered two judgements that, following the European case law, introduced some interesting nuances. Taking into account the provisions of the Public Procurement Code, we seek to determine the rules that should apply to the case in question.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A concorrência em dois “mundos autónomos”: no direito da contratação pública e no direito da concorrência. 3. Os conceitos de “concorrentes” e de “empresas”. 4. Posicionamento da jurisprudência nacional. 5. Posicionamento da jurisprudência do tribunal de justiça da União Europeia. 6. Apreciação crítica. 7. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

Tem-se assistido, em alguns procedimentos pré-contratuais regulados pelo Código dos Contratos Públicos (CCP)¹, à apresentação de propostas por operadores económicos ligados entre si (empresas interligadas – em relação de grupo –, ou “associadas” por qualquer forma – v.g. por terem os mesmos sócios, o mesmo sócio/acionista maioritário ou os mesmos órgãos sociais). Nestas situações, os júris dos procedimentos deparam-se perante um dilema

* Diretor da Direção Jurídica e de Contratação Pública do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.

1 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, cuja última alteração foi operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

de difícil resolução: devem excluir as propostas apresentadas tendo em conta essa “associação”, ou, ao invés, não têm fundamento legal para o fazer?

Quando os júris propõem a exclusão das propostas, têm-no feito ao abrigo do artigo 70.º, n.º 2, al. g) do CCP, o qual determina que é motivo de exclusão “a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”.

A nossa análise relativa à apresentação de duas ou mais propostas, num mesmo procedimento, por dois ou mais concorrentes que nos termos do direito da concorrência são considerados uma empresa, irá ter por ponto de partida a formulação de quatro hipóteses, a saber:

- i. Devem ser todas liminarmente excluídas por se considerar que estando a concorrer entre eles, efetivamente não existe qualquer concorrência, e portanto estamos perante a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência?
- ii. Nunca podem ser excluídas com esse fundamento uma vez que para existirem atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência é necessária a presença de pelo menos mais de uma empresa?
- iii. Não devem ser liminarmente excluídas por esse facto, mas poderão sê-lo se se fundamentar que entre as propostas apresentadas não existe qualquer autonomia e independência, e nesse caso estamos perante a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência?
- iv. Não devem ser liminarmente excluídas por esse facto, mas poderão sê-lo por outro motivo que não a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, desde que se demonstre que as propostas apresentadas não são independentes nem autónomas?

É sobre estas questões que nos propomos refletir neste artigo, para além de outras que com elas se encontram relacionadas.

2. A CONCORRÊNCIA EM DOIS “MUNDOS AUTÓNOMOS”: NO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Numa economia de mercado livre, a concorrência constitui a pedra basilar do funcionamento das atividades económicas e é, no caso europeu, condição essencial para a instituição do mercado único.

Se tal asserção é evidente nos contratos de cariz privado, assume especial importância nos contratos de natureza pública, ou seja, nas situações em que um ente público opta por celebrar um contrato para a satisfação de uma necessidade coletiva.

O princípio da concorrência pode ser encontrado em várias normas legais, constitucionais ou infraconstitucionais, nacionais ou internacionais.

Desde logo, no artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), determina-se ser uma incumbência prioritária do Estado *“assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*².

Também a Diretiva europeia 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos³, dispõe no segundo parágrafo do artigo 18.º, n.º 1, que *“os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”*. Também no seu considerando 50 se acrescenta que *“tendo em conta os efeitos prejudiciais sobre a concorrência, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso só deverá ser utilizado em circunstâncias muito excecionais”*.

De igual modo, o CCP, no seu artigo 1.º-A, elenca o princípio da concorrência como um dos princípios fundamentais aplicáveis à contratação pública. Aliás, todo o CCP está estruturado tendo em conta este princípio nuclear, como, de resto, se poderá depreender do seu artigo 16.º n.º 1 ao referir-se que *“para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos seguintes tipos de procedimentos...”* (sublinhado nosso).

2 Conforme a sua al. f).

3 Conhecida por “Diretiva clássica”.

E, diga-se em abono da verdade, o princípio da concorrência não se circunscreve à fase da contratação pública, ou seja, à fase da formação do contrato, incluindo o período pré-procedimental, nomeadamente a elaboração das peças do procedimento. De facto, ainda que exista a tentação de se falar do princípio da concorrência apenas na fase da formação do contrato, o mesmo permanece ativo num momento ulterior da execução contratual, com reflexos, nomeadamente, nas modificações objetivas do contrato, na medida em que neste momento continua a ser relevante o “*scope of competition*”, atribuindo-se uma “eficácia póstuma” ao procedimento que esteve na base do contrato. Podemos afirmar que na fase de execução contratual, a autonomia do contraente público é menos autónoma do que a autonomia privada contratual, tendo em conta, precisamente, a estreita relação do contrato público, ainda que de natureza administrativa, com o princípio – omnipresente – da concorrência.

Voltando à fase da formação do contrato, e em consonância com o acima mencionado, a Administração deve atuar no sentido de lançar procedimentos aquisitivos concorrenciais com regras que sejam suscetíveis de aliciar um maior número de operadores económicos – obviamente tendo sempre o desígnio de prosseguir o interesse público da melhor forma possível – dando-lhes iguais condições de acesso e de tratamento. Conforme refere Pedro Matias Pereira “*a existência de procedimentos concorrenciais assegura, assim, a realização da igualdade concorrencial – através da igualdade de tratamento dos concorrentes – e da economicidade na aplicação dos recursos públicos*”⁴. Nesta conformidade, só se conseguirá almejar dar cumprimento ao princípio da concorrência se forem prosseguidos três princípios a ele umbilicalmente ligados: os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência.

Este fenómeno da concorrência é de tal forma nuclear que a OCDE criou o “Guia para a avaliação de concorrência” no qual se começa por dizer que “*a fomentação da concorrência pode melhorar o desempenho económico de um país, proporcionar oportunidades de negócio aos cidadãos e reduzir o custo dos bens e serviços na economia*”, acrescentando-se que “*a competição reduzida entre operadores diminui os incentivos para satisfazer eficazmente as necessidades dos consumidores, bem como a inovação e a eficiência económica a longo prazo*”.

Quanto mais concorrentes um procedimento aquisitivo tiver, maior é a probabilidade da Administração Pública realizar um bom contrato porque,

4 Pereira, 2017:488.

num ambiente competitivo, mais propostas tem para apreciar e avaliar tendo em conta o seu mérito.

Dito de outra forma, a Administração celebra contratos públicos porque tem necessidades públicas a satisfazer e não tem meios próprios para o fazer⁵. Mas, nestes casos, a Administração pública tem o dever de “proteger”, “produzir” e “fabricar” a concorrência, por esta ser, indubitavelmente, um princípio geral de direito público⁶. Se tal não for conseguido, ficará irremediavelmente prejudicada a eficácia da contratação pública, com manifestas repercussões na boa utilização dos dinheiros públicos.

Assim, este princípio da concorrência encontra-se manifestamente direcionado para os entes públicos. À exceção do disposto no artigo 81.º da CRP, as normas *supra* referidas da Diretiva clássica e do CCP fazem apenas alusão ao comportamento das entidades públicas contratantes⁷ (as quais devem garantir um mercado concorrencial), e não à concorrência entre os operadores económicos. Estamos, portanto, a falar da concorrência no âmbito do direito da contratação pública.

Mas a concorrência existe, igualmente, num outro plano, onde é abordada num prisma completamente diferente.

Como é comumente sabido, só há concorrência se existir competição, e para que esta exista é necessário que os concorrentes sejam efetivos opositores entre si, ou seja, é condição essencial que sejam rivais entre si.

Daí que o artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíba, por ser incompatível com o mercado interno, *“as práticas concertadas resultantes de acordos entre empresas, e de todas as decisões de associações de empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Nestas situações, os concorrentes não estariam a competir entre si, sendo apenas aparentes rivais”* (sublinhado nosso).

A primeira conclusão a que devemos chegar, atenta a relação especial que existe entre os contratos públicos e a concorrência, é a de que existindo dois regimes distintos, um a que podemos chamar “direito da contratação pública”, o outro “direito da concorrência”, eles situam-se num plano paralelo, com muitas interceções pelo meio, contrariando, assim, a lógica

5 Ou ainda que os tenha, fundamenta que a prossecução do interesse público fica melhor salvaguardada através de um contrato.

6 Neste sentido, Pereira, 2017:488.

7 Na aceção de entidades adjudicantes, e, também, na de contraentes públicos.

matemática. Segundo Pedro Costa Gonçalves “o direito da concorrência e o direito da contratação pública constituem dois universos ou sistemas de normas marcados por uma mesma intencionalidade, que consiste precisamente na proteção e promoção da concorrência”⁸.

Como acima aludido, estes dois universos cruzam-se diversas vezes, como, de resto, se deteta no já mencionado artigo 16.º, n.º 1, do CCP ao referir que os procedimentos pré-contratuais devem ser adotados quando as prestações sejam, ou são suscetíveis de estar “*submetidas à concorrência de mercado*”.

Esta relação, muitas vezes difusa, entre o direito da contratação pública e o direito da concorrência, não deixa, no entanto, dúvidas num ponto: o âmbito de atuação destes regimes é significativamente diferente. Enquanto o direito da contratação pública regula o “lado da procura”, o direito da concorrência regula o “lado da oferta”⁹.

Como veremos infra, é igualmente relevante determinar, no âmbito destes direitos, quem tem as incumbências de os regular.

Nos termos do artigo 454.º-A do CCP “o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., é, nos termos da lei, o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos...”. No entanto, esta regulação é efetuada por uma entidade que não é, ela própria, uma entidade reguladora na aceção que decorre da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto), desde logo por lhe faltar a autonomia perante o Governo, na medida em que se encontra perante uma tutela ministerial. Mas esta regulação está centrada, sobretudo, na perspetiva da procura, ou seja, da atividade administrativa na celebração de contratos públicos.

No que diz respeito ao direito da concorrência, a sua regulação cabe claramente à Autoridade da Concorrência (AdC), sendo o seu núcleo principal a atuação sobre as falhas de mercado¹⁰, ou seja, sobre os operadores económicos. Na realidade, decorrente do artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Concorrência¹¹, a AdC terá por missão regular as “*atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo*”, combatendo as “*práticas restritivas da concorrência*” (artigos 9.º a 12.º) e controlando as concentrações de empresas (artigos 36.º a 57.º). Como refere Fernando Oliveira Silva “o omega da regulação da concorrência é a existência de um mercado

8 Gonçalves, 2013: 372 e 373.

9 Neste sentido Gonçalves, 2013: 407.

10 Trepte, 2004: 45.

11 Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, com a última alteração operada pela Lei n.º 23/2018, de 05 de junho.

*competitivo (portanto, sem monopólios ou oligopólios) e livre de práticas restritivas da concorrência...*¹².

Interessa-nos particularmente, para o presente estudo, o combate às práticas restritivas da concorrência. Estas práticas, nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência, consubstanciam-se em “*acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*”

Recuperemos o que dispõe o artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP: “*São excluídas as propostas cuja análise revele (...) a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”.

Parece-nos, salvo melhor opinião, que os “*atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”, correspondem ao que artigo 9.º da Lei da Concorrência define como “*práticas restritivas da concorrência*”, ou seja, não o dizendo, o CCP estabelece claramente uma ponte com a Lei da Concorrência, de tal modo que o alcance do disposto no seu artigo 70.º, n.º 2, al. g) deve ser aferido nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência.

Tal interpretação sai reforçada pela exigência constante do n.º 4 do artigo 70.º do CCP, segundo o qual “*a exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea g) do n.º 2, bem como a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenham dado origem à exclusão da proposta, devem ser comunicadas à Autoridade da Concorrência*”. Daqui resulta que a AdC – entidade que, como vimos, regula a concorrência na perspetiva da oferta, ou seja, dos operadores económicos e não das entidades adjudicantes – tem um papel essencial nesta matéria, para dentro dos seus poderes regulatórios – incluindo, obviamente os poderes sancionatórios – poder intervir. Mas este é, apenas, um aspeto a ter em consideração. A ele voltaremos mais tarde.

12 Silva, 2016: 76.

Para a dissecação da questão ora em análise, urge, desde já, abordar os conceitos de concorrentes e de empresas.

3. OS CONCEITOS DE “CONCORRENTES” E DE “EMPRESAS”

Nos termos do artigo 53.º do CCP “*é concorrente a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta*”. Constata-se, sem margem para dúvidas, que releva, para este efeito, o elemento subjetivo da personalidade jurídica. Cada pessoa jurídica (singular ou coletiva) é claramente distinta de outra pessoa jurídica para efeitos da determinação da qualificação de concorrente. Esta definição está perfeitamente alinhada com o conceito de concorrente constante das Diretivas europeias, *maxime* a Diretiva 2014/24/UE, que considera “Proponente”, “*um operador económico que tenha apresentado uma proposta*”, sendo que um “Operador económico”¹³, é “*qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou entidades, incluindo agrupamentos temporários de empresas, que realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado*”¹⁴.

Já o conceito de empresa, para efeitos do direito da concorrência, tem contornos diferentes. Efetivamente, de acordo com o disposto no artigo 3.º da Lei da concorrência “*1 – Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. 2 – Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente: a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios*”¹⁵.

Existe então um “choque” entre as noções de concorrente para efeitos do direito da contratação pública – conceito assente na personalidade jurídica – e o conceito de empresa no direito da concorrência – uma unidade económica ainda que existam pessoas juridicamente distintas.

¹³ Artigo 2.º, n.º 1, 11), da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁴ Artigo 1.º, n.º 1, 10) da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁵ Sobre os conceitos em causa ver Cunha Rodrigues, 2017: 57-65.

Para efeitos da aplicação da norma constante da al. g) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP, deve-se ter em consideração o conceito de concorrente ou o conceito de empresa? Esta pergunta é tanto mais pertinente quanto sendo uma norma integrante do direito da contratação pública, remete para matéria claramente do âmbito do direito da concorrência.

Dito de outra forma: considerando que os conceitos em causa têm contornos diferentes, com significativas consequências igualmente diferentes, para efeitos da admissibilidade de propostas apresentadas por concorrentes diferentes, mas constituindo uma única empresa, deve prevalecer o direito da contratação pública ou o direito da concorrência? O que se pretende acautelar no artigo 70.º, n.º 1, al. g), do CCP é a concorrência na perspetiva de procura ou da oferta?

Para Joana Azeredo, quando o artigo 3.º da Lei da Concorrência define o conceito de empresa, começa por afirmar que a definição é “*para efeitos da presente lei*”, o que implica ser este conceito de empresa privativo da lei da concorrência¹⁶. Assim, nos termos desta posição, propostas apresentadas por dois concorrentes coligados ou associados têm necessariamente de ser analisadas como propostas perfeitamente autónomas, podendo a sua apresentação num mesmo procedimento ser, em si mesmo, um indício – e apenas isso – da existência de práticas restritivas da concorrência. Se o júri considerar ter existido uma concertação na apresentação das propostas, deverá excluí-las com o fundamento artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP.

Já Miguel Sousa Ferro não concorda com esta posição. Admitindo que “*não é fácil destrinçar, nesta discussão, a aplicação do princípio da concorrência, no puro plano do direito da contratação pública (...), e a aplicação da norma de contratação pública que remete para as regras de concorrência*”, considera que “*é estranha a afirmação de que uma unidade económica concorre consigo mesma (...). O que é certo é que a apresentação de múltiplas propostas por uma mesma unidade económica não suscita qualquer questão na ótica do direito da concorrência, não*

16 Conforme refere “...na senda, aliás, do que sucede com o conceito de “sociedades coligadas”, sendo este aplicável no domínio do CSC e tendo como consequências as exaradas em tal regime. Este conceito apenas se deverá considerar aplicável fora do âmbito jurídico-societário apenas e quando o próprio diploma legal que utilize contenha a competente remissão para a lei societária. Ademais, o CCP não ignorou a existência dos conceitos de “empresa” do Direito da Concorrência, nem de “sociedades coligadas” do Direito das Sociedades Comerciais. Prova disso são as disposições constantes do artigo 14.º do CCP e das alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 13.º. Pelo que se o Legislador do CCP tivesse pretendido a aplicação do conceito de empresas associadas na definição de concorrentes, nada lhe teria custado proceder à respetiva remissão para o artigo 14.º do CCP. Não o tendo feito (como, de facto, não o fez), não pode o intérprete querer substituir-se-lhe, impondo-se-lhe antes diversa conclusão: a de que o Legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” – Azeredo, 2016: 8.

podendo justificar a exclusão de propostas ao abrigo do artigo 70.º(2)(g) do CCP, porque o direito da concorrência só proíbe acordos entre empresas, e as entidades incluídas no mesmo grupo são uma única e mesma empresa – os acordos e práticas concertadas entre si nunca serão proibidos pelo direito da concorrência” (sublinhado nosso). Acrescenta, noutro momento da sua obra que “...as pessoas jurídicas em causa (que tinham a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes, tendo as propostas sido assinadas pela mesma pessoa) eram a mesma empresa para efeitos do direito da concorrência...”¹⁷.

Importa, agora, analisar qual tem sido a posição da jurisprudência nacional e comunitária sobre o tema.

4. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Os tribunais portugueses têm tido uma posição algo “errática” no que a esta matéria diz respeito.

1. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 31 de agosto de 2010 (Processo n.º 6516/10), decidiu que “I- De acordo com o Código de Contratos Públicos (art.º 70.º, n.º 2, al. a) e 146.º n.º 2, al. i)), cada concorrente só pode apresentar uma proposta, sob pena de violação dos princípios da igualdade e concorrência. II- O artigo 29.º da Diretiva Comunitária 92/50, de 18 de Junho, ao estabelecer sete causas de exclusão na participação nos concursos de serviço, não impede que os Estados membros possam prever outras, a fim de garantir, em cada caso, o respeito por aqueles princípios. III- O Júri pode excluir concorrentes que pertencem a uma única empresa, constituindo sociedades coligadas (cfr. art.º 59.º n.º 7 do C.C.P.), a fim de evitar práticas de distorção e violação das regras da concorrência.”
2. O Acórdão do TCAS, de 30 de setembro de 2010 (Processo n.º 06517/10), acolhendo de forma titubeante os ventos resultantes do Acórdão *Assitur* – que analisaremos infra –, tem, no entanto, uma variante interessante. De facto, diz este arresto que “ I – O princípio da concorrência, que se reporta à própria função do concurso público e constitui um corolário do princípio da igualdade, exige que todos os concorrentes ao concurso sejam opositores entre si. II – Não sendo proibida a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontram numa relação de domínio ou de grupo, é perante as circunstâncias

¹⁷ Sousa Ferro, 2017: 62.

concretas que terá de se avaliar se foi falseada a concorrência. III – Verifica-se uma violação do princípio da concorrência, quando os administradores de duas das empresas concorrentes a um concurso público são exatamente os mesmos, as propostas de ambas estão assinadas por um administrador comum e estas apresentam uma estrutura formal e gráfica muito idêntica e, nalguns casos, mesmo igual”.

3. No extrato da fundamentação, interessante para se compreender o seu alcance, afirma-se a determinado ponto que *“não existindo qualquer norma que proíba a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem numa relação de domínio ou de grupo, a questão que se coloca é a de saber se os factos provados demonstram que a concorrência foi falseada. Assim, tal como entendeu o Acórdão recorrido, há que atender às circunstâncias concretas do caso, não sendo automática a exclusão das propostas dessas empresas, por a tal obstar o princípio da proporcionalidade. Ora, em face dos aludidos factos provados, parece-nos que não pode deixar de se concluir que as duas empresas conheciam as propostas mutuamente, não concorrendo ao concurso como verdadeiras opositoras entre si. Aliás, bastaria o facto de ambas as propostas estarem assinadas por um administrador comum dessas empresas para que se entendesse que não se verificava a sua confidencialidade, pois, pelo menos esse, conhecia as duas propostas antes da sua abertura pública, o que violava os princípios da igualdade e da concorrência por os restantes concorrentes apenas conhecerem a sua proposta antes dessa abertura”.*
4. Também o Tribunal de Contas, no seu Acórdão n.º 23/2013 – 30.set. – 1ª S/SS (Processo n.º 1061/2013) vem determinar que *“1. Nos termos do art.º 70.º, n.º 2 al. g) do Código dos Contratos Públicos (CCP), as propostas devem ser excluídas sempre que se verifiquem fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência. 2. Assim, os membros de um agrupamento concorrente não podem ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente (cfr. art.º 54.º, n.º 2 do CCP). 3. Tendo duas das empresas concorrentes tido conhecimento mútuo das suas propostas, que por via da intervenção pessoal do mesmo representante na assinatura das propostas, que pela afirmação de que uma das empresas participaria em parte na proposta da outra, através da assistência técnica, ocorreram práticas suscetíveis de falsear a concorrência”.*
5. Já em sentido contrário, e sendo o primeiro Aresto da jurisprudência hoje dominante, o Acórdão do TCAS de 3 de fevereiro de 2011

(Processo n.º 6545/10), decidiu que “I – O conceito de “*empresa associada*” (artigo 14.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)) é idêntico ao de “*empresa*” (artigos 2.º e 10.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003) e de “*sociedades coligadas*” (artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais). II – O legislador do CCP optou por introduzir um conceito próprio de “*empresas associadas*”, não remetendo diretamente para os conceitos de “*empresa*” e de “*sociedades coligadas*”, e apenas para proibir a participação daquelas, verificados certos pressupostos, nos procedimentos de contratação de sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e não para proibir a participação de empresas associadas na generalidade dos procedimentos concursais. III – Inexiste assim qualquer norma no nosso ordenamento jurídico que proíba a participação, no mesmo concurso, de empresas que se encontrem entre si em relação de domínio ou de grupo, não podendo, deste modo, ser determinada a exclusão automática de duas ou mais concorrentes apenas por se encontrarem numa relação de subordinação. IV – Não se pode confundir a unidade económica decorrente do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003, com o acordo ou a prática concertada proibidos pelo artigo 4.º n.º 1 da mesma Lei. V – A verificação de uma prática concertada entre empresas não decorre porém de qualquer presunção, mas há de traduzir-se na ocorrência de factos concretos que se consubstanciem nos pressupostos de facto exarados na norma do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. VI – De igual modo, a jurisprudência comunitária entende que é necessário avaliar o conteúdo das propostas para concluir se a relação de domínio teve influência na atuação dos concorrentes (Acórdão “ASSITUR” do Tribunal de Justiça da Comunidade, de 19 de Maio de 2009). VII – O artigo 70.º n.º 2 al. g) do CCP prevê a exclusão das propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência. VIII – Do confronto das propostas apresentadas pelas concorrentes G..... e I..... decorre a absoluta divergência entre ambas, impondo-se a conclusão de que, no caso concreto, inexistem aspetos indiciadores de ter havido qualquer espécie de articulação entre as empresas, pelo que não se verifica a previsão do artigo 70.º n.º 2 al. g), inexistindo qualquer fundamento para a exclusão dessas propostas...” (sublinhado nosso).

Este Aresto, vem, pela primeira vez, e já tendo presente o Acórdão do TJCE “Assitur”, determinar que a mera apresentação de duas (ou mais) propostas por empresas pertencentes a um mesmo grupo – ou numa relação de domínio –, não permite a assunção da existência de práticas suscetíveis de falsear a concorrência. Ao invés, só mediante uma análise

concreta das propostas apresentadas se poderá concluir se as mesmas foram, ou não, influenciadas pela “relação de domínio”. Decorre claramente deste Acórdão do TCAS que o ónus de provar a existência de sinais de “falseamento” da concorrência é, indubitavelmente, da entidade pública contratante. Existindo “factos concretos”, então, na linha de raciocínio deste Acórdão, deverão as propostas ser excluídas com o fundamento da *existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*, situação prevista no artigo 70.º n.º 2 al. g) do CCP

6. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 31 de março de 2011, Processo n.º 017/10 (quase em simultâneo com o anteriormente referido) foi decidido que “*I- A existência de uma relação de domínio ou de grupo em que se encontrem determinadas empresas, não obsta, por si só, a que estas participem, simultaneamente, num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas e distintas. II- Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas se deverá avaliar se foi falseada a concorrência, não podendo fundar-se o juízo neste sentido em mera presunção, decorrente daquela antecedente e originária relação de domínio*”¹⁸ (sublinhado nosso).

Este Acórdão do STA, marco na jurisprudência nacional recente sobre a matéria, tendo uma correspondência, quase em absoluto com o Acórdão do TCAS (Processo n.º 6545/10), vem dar uma tônica que nos parece interessante. O que deve ser aferido em concreto é se as propostas apresentadas são, ou não, “autónomas e distintas”. Só se não o forem será motivo de exclusão de ambas.

7. Também o Acórdão do TCAS de 12 de maio de 2011 (Processo n.º 7536/11)¹⁹, referindo-se a duas propostas apresentadas por duas

18 No discurso fundamentador, este aresto refere o seguinte: “*A questão essencial a decidir consiste em saber se a ligação de duas sociedades por relações jurídicas de domínio, por ser o respetivo capital social integralmente detido por uma mesma SGPS, constitui fundamento, por si só, para a exclusão daquelas sociedades do concurso, a que se apresentaram, isolada e separadamente, com propostas distintas. O Acórdão recorrido, confirmando a decisão proferida em 1.ª instância, respondeu negativamente a essa questão, decidindo que, no caso sujeito, o júri do concurso em causa não poderia excluir, como excluiu, as propostas das ora recorridas A e B, com fundamento, exclusivamente, em que o respetivo capital social era detido a 100% pela sociedade C...*”

19 Abordando igualmente a questão de poder aplicar à questão em análise o instituto dos “agrupamentos de concorrentes”, previsto no artigo 54.º do CCP, tendo concluído que não, seguindo o sentido constante do Acórdão do TCAS de 14.09.2010, confirmado, em recurso de revista, pelo Ac. do STA de 31.03.2011, Processo n.º 017/10.

empresas coligadas concluiu que “*efetivamente, as disposições invocadas – arts. 70.º, n.º 2, al g) e 146.º, n.º 2, al. i), ambas do CCP –, não proibem a situação verificada. E, se proibissem não poderiam ser aplicadas por, como se viu, serem contrárias ao direito comunitário, já que no caso não está demonstrada a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência, sendo certo que as concorrentes eram a e a que apresentaram, cada uma delas, uma única proposta (cfr. art. 53.º do CCP)*” (sublinhado nosso).

Este Acórdão, continuando a ter como referência legal o disposto no artigos 70.º, n.º 2, al. g) e 146.º, n.º 2, al. i), ambos do CCP (indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência), vem reforçar, por um lado, que não se extrai do 70.º, n.º 2, al. g) do CCP a exclusão de propostas de duas empresas coligadas sem que fique demonstrada a existência dos referidos “fortes indícios”, como também que, ainda que tal se extraísse, não poderia ser a norma aplicada, por ser desconforme com o direito comunitário, fazendo-se aqui uso do primado deste direito supra-nacional.

8. Igualmente o Acórdão do TCAS, de 30 de setembro de 2010 (Processo n.º 6517/10), vem estabelecer que “*em face do Ac. Assitur, é hoje evidente que o simples facto de duas empresas (que fazem duas propostas no mesmo concurso) fazerem parte do mesmo grupo económico, não é de per si motivo para as excluir, sem lhes permitir “demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso.”*”

Este último Acórdão, quanto a nós, tem uma particularidade que o afasta dos anteriores, uma vez que parece indiciar que caberá aos concorrentes pertencentes de um mesmo grupo económico o ónus de afastar a “suspeita” de que a sua relação de grupo não teve influência na concorrência no âmbito daquele procedimento em concreto. Salvo melhor opinião, este aresto vem interpretar o tema ora em análise no sentido de que duas propostas apresentadas no mesmo concurso por empresas do mesmo grupo económico não podem ser excluídas imediatamente, mas os respetivos concorrentes têm o dever de afastar a suspeição de ter havido distorção da concorrência, sob pena de exclusão. Não podemos concordar com esta posição, porquanto não existindo qualquer presunção de distorção de concorrência, terá necessariamente de ser a administração pública a demonstrar a existência de um comportamento lesivo suscetível de violar os princípios da contratação pública.

9. Também no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), de 04 de dezembro de 2015, Processo n.º 03469/14, diz-se que “*I – Estando as diversas propostas apresentadas pelos concorrentes devidamente certificadas, não pode proceder a alegação de exclusão das mesmas. II – Num concurso não é proibida, só por si, a apresentação de duas propostas de duas empresas diferentes assinadas pela mesma pessoa. Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas é que se terá de avaliar se foi falseada a concorrência*” (sublinhado nosso)²⁰.
10. Ainda no mesmo sentido dos arestos supra, num Acórdão mais recente do TCAS, datado de 02 de junho de 2016, Processo n.º 13205/16, foi decidido que “*As empresas coligadas mantêm a sua autonomia jurídica, que subsiste em todas as situações em que a mesma não seja afastada por lei; e, no âmbito da contratação pública, o Código dos Contratos Públicos não a afastou, pois que consagrou uma definição de concorrente alicerçada no conceito tradicional de personalidade jurídica, estabelecendo que é concorrente a “pessoa”, singular ou coletiva, que apresente uma proposta (artigo 53.), pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54.), são pessoas autónomas com propostas autónomas*”. (sublinhado nosso). Nesse aresto, não é sequer colocada a questão da autonomia ou independência das propostas, não sendo abordada, sequer, a situação de exclusão das propostas pelo facto da existência desta “coligação” entre as propostas.

20 Por nos parecer relevante, transcreve-se um extrato da fundamentação: “A questão que se nos coloca é a de saber de podem concorrer ao mesmo procedimento concursal duas empresas, cujas propostas tenham sido assinadas pela mesma pessoa. Sustenta o recorrente que tal situação viola o princípio da concorrência, uma vez que, no caso em apreço, uma empresa sabia necessariamente da proposta da outra. Como se refere na decisão recorrida não se vê que não se possam apresentar a um concurso público duas empresas diferentes ainda que as propostas tenham sido assinadas pela mesma pessoa. A situação em causa não se encontra prevista no Código dos Contratos Públicos e a mesma apenas poderá ser considerada irregular se vier a violar o princípio da concorrência. Ora, o recorrente não refere de que forma considera que in casu, foi violado este princípio, nem aliás se vê como tal possa ter acontecido. De referir que não basta abstractamente sustentar que a mesma pessoa não pode assinar duas propostas entregues por empresas diferentes. Nada obsta, por exemplo, e tendo como base o presente concurso, que uma empresa concorra a um determinado lote e outra empresa concorra a outro. Ou então, que uma empresa concorra com materiais com determinadas características e outra com outros. Torna-se necessário provar que, no caso concreto tenha havido violação do princípio da concorrência, o que não se encontra provado nos autos. O que se encontra proibido pelo CCP é que os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento (artigo 54.º n.º 2 do CCP). Ou seja, a mesma empresa não pode concorrer duas vezes num determinado procedimento. Ou por si ou em agrupamento. Mas no caso dos autos não está em causa qualquer agrupamento de concorrentes”.

Concluída esta breve viagem pela jurisprudência portuguesa no que a este tema diz respeito, conclui-se que a esmagadora maioria dos arestos segue os ditames do Acórdão *Assitur* (que melhor analisaremos infra) no sentido de não haver qualquer limitação legal que impeça que dois ou mais por operadores económicos ligados entre si (empresas interligadas – em relação de grupo –, ou “associadas” por qualquer forma), apresentem propostas no mesmo procedimento pré-contratual. Mas esses Acórdãos apontam para que essas propostas devam ser escrutinadas no sentido de se aferir se, perante indícios fortes concretos, as mesmas deverão ser consideradas como violadoras da concorrência, devendo, neste caso, serem todas elas excluídas com o fundamento no artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP, atendendo aos “*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência*”.

5. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

1. O Acórdão do TJCE que, indubitavelmente, constitui a referência primordial na matéria que ora analisamos, é o Acórdão C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317²¹. Neste aresto, o então TJCE (hoje TJUE) decidiu, em resumo, que: (i) as causas de exclusão dos concursos previstas no artigo 29.º da Diretiva n.º 92/50, de 18/6/1992, não eram taxativas, podendo os Estados Membros estabelecer outras causas capazes de permitir impedir a violação da concorrência; (ii) entre essas (outras) causas que podiam estabelecer, não podia, porém, figurar uma que excluísse sistematicamente empresas associadas entre si, pois que tal solução reduziria consideravelmente a concorrência; (iii) tal exclusão, baseada na presunção inilidível de que do simples facto de as empresas se encontrarem associadas resulta concertação no âmbito do procedimento concursal, desrespeita o princípio da proporcionalidade, exceto se se demonstrar que houve tal concertação; (iv) só através da análise concreta do comportamento dessas empresas no âmbito do concurso

21 A questão essencial que se colocava era se o direito comunitário permite que exista uma legislação nacional (neste caso Italiana) que não autoriza a participação, de maneira concorrente, num mesmo processo de adjudicação de sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de influência importante.

e das propostas que nele apresentaram se pode aferir se houve ou não concertação violadora do princípio da concorrência.

Em síntese, e por outras palavras, este Acórdão determinou que é contrário ao direito comunitário uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objetivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea e serem proponentes num mesmo concurso, sem se demonstrar que a dita relação teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso²².

Importa reter que no discurso fundamentador do Acórdão, diz-se que uma norma que proíba a participação simultânea de dois concorrentes “*é destinada a afastar toda a potencial colusão entre os participantes num mesmo processo de adjudicação de um contrato público e a salvaguardar a igualdade de tratamento dos candidatos e a transparência do processo*”²³, mas há que ter em conta que num “*mercado interno único e de concorrência efetiva, é do interesse do direito comunitário que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso*”²⁴, pelo que a previsão de tal norma “*reduziria consideravelmente a concorrência a nível comunitário*”²⁵ e “*excede o que é necessário para alcançar o objetivo de assegurar a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência*”²⁶, sendo por isso violadora do princípio da proporcionalidade.

Tendo em conta que a importância deste aresto na jurisprudência subsequente, não resistimos a recuperar mais uns excertos do excurso do mesmo. Salientamos o disposto no seu ponto 31, segundo o qual “*cabe sublinhar que os agrupamentos de empresas podem revestir formas e objetivos variáveis, e não*

22 Importa ter presente que, de igual modo, no Acórdão C-213/07, *Michaniki*, EU:C:2008:731, relativo a um concurso de empreitada de obras públicas, regulado pela Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14/6/1993, entendeu que “*se opõe ao direito comunitário a norma nacional que institui uma presunção inilidível de incompatibilidade entre a qualidade de proprietário, sócio, acionista importante ou quadro dirigente de uma empresa que exerce uma atividade no sector dos meios de comunicação social e a de proprietário, sócio, acionista importante ou quadro dirigente de uma empresa à qual o Estado ou outra pessoa coletiva do sector público em sentido lato atribuem a execução de empreitadas de obras, de fornecimentos ou de serviços*”.

23 Parágrafo 22 do Acórdão.

24 Parágrafo 26 do Acórdão.

25 Parágrafo 28 do Acórdão.

26 Parágrafo 29 do Acórdão. Ver a este propósito, também, os Acórdãos C-376/08, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, EU:C:2009:808, e C-425/14, *Impresa Edilux e SICEF*, EU:C:2015:721.

excluem forçosamente que as empresas dominadas gozem de uma certa autonomia na condução da sua política comercial e das suas atividades económicas, designadamente no domínio da participação em adjudicações públicas (...) as relações entre empresas de um mesmo grupo podem ser regidas por disposições particulares, por exemplo de ordem contratual, suscetíveis de garantir tanto a independência como a confidencialidade quando da elaboração de propostas que são simultaneamente apresentadas pelas empresas em causa no âmbito de um mesmo concurso”. A “questão de saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso público exige um exame e uma apreciação dos factos que cabe às entidades adjudicantes efetuar. A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão. Pelo contrário, a mera constatação de uma relação de domínio entre as empresas em causa, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que possam exercer nas assembleias gerais ordinárias, não basta para que a entidade adjudicante possa excluir automaticamente estas empresas do processo de adjudicação, sem verificar se tal relação teve uma incidência concreta sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse processo” – ponto 32 do Acórdão (sublinhado nosso).

2. Na mesma linha, com invocação de outros princípios, o Acórdão C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl*, EU:C:2009:808, do TJCE, sobre a “proibição de participação no mesmo concurso, como concorrentes, de um ‘consorzio stabile’ (‘consórcio estável’) e de uma sociedade que faz parte deste”, concluiu que “o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, a qual, no procedimento de adjudicação de um contrato público cujo montante não atinge o limiar previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, mas que reveste um interesse transfronteiriço certo, prevê a exclusão automática da participação nesse procedimento e a aplicação de sanções penais tanto a um consórcio estável como às empresas que sejam membros deste, quando estas últimas tenham apresentado propostas concorrentes da proposta desse consórcio, no âmbito do mesmo procedimento, mesmo não tendo a proposta do referido consórcio sido apresentada por conta e no interesse dessas empresas” (sublinhado nosso).

Também neste Acórdão, é claro que uma previsão de exclusão automática de propostas pelo facto de entre elas existir uma relação de grupo (neste caso a apresentação simultânea de propostas de um agrupamento estável e de empresas pertencentes a esse agrupamento) é violadora do direito comunitário, mormente por desrespeito dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação.

3. Recentemente, já no ano de 2018, o Acórdão C-144/17, *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78, vem, quanto a nós, dar um passo que o TJCE no já mencionado Acórdão *Assitur* não deu. Naquele Acórdão, sobretudo quando se refere ao facto de não se poder depreender que não haja independência e confidencialidade aquando da elaboração de propostas apresentadas num mesmo procedimento por concorrentes com qualquer ligação, concluímos que o Tribunal entendia que sendo as propostas assinadas pela mesma pessoa, teria que se concluir que essa independência e confidencialidade deixaria de existir, e consequentemente, seria motivo de exclusão das duas propostas.

Ora, o Acórdão *Lloyd's of London* vem dizer que o direito comunitário não permite “*a exclusão de dois «syndicates» da Lloyd's of London da participação num mesmo concurso público de serviços de seguros pelo simples motivo de as respetivas propostas terem sido assinadas pelo representante geral da Lloyd's of London para esse Estado Membro, mas permite, em contrapartida, excluí-los se se verificar, com base em elementos incontestáveis, que as suas propostas não foram formuladas de forma independente*”. (sublinhado nosso).

Quando a mesma pessoa assina as duas propostas – e é exatamente com a assinatura que aqueles documentos com condições contratuais se transformam em propostas –, pelo menos ele tem, necessariamente, conhecimento do teor dessas propostas e como tal deixa de existir confidencialidade entre elas antes da sua submissão. Mas o Tribunal de Justiça vem dizer que “*essa assinatura não demonstra, em si mesma, que os sindicatos se tenham concertado quanto ao conteúdo das respetivas propostas e que, portanto, as relações entre eles assim como a intervenção do mandatário especial do representante geral da Lloyd's tenham exercido uma influência concreta nessas propostas*”²⁷. Tendo por base os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação decorrentes dos artigos 49.º e 56.º do TFUE, entendeu o Tribunal

²⁷ Parágrafo 40 do Acórdão.

de Justiça que ainda que as propostas tenham sido assinadas pela mesma pessoa, deve-se demonstrar “com elementos incontestáveis” que as propostas não eram independentes aquando da sua elaboração.

4. Ainda mais recentemente, no Acórdão C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra*, EU:C:2018:324, o TJUE produziu jurisprudência, na linha da anterior, mas com variáveis que reputamos de interessantes e que chamaremos à colação na análise que faremos ao problema. Assim, à semelhança dos anteriores arestos já mencionados, (i) considera contrário ao direito comunitário a exclusão automática de empresas interligadas que participam num mesmo processo de adjudicação de um contrato²⁸; mas acrescenta que (ii) é possível a existência de uma disposição normativa expressa ou de uma condição específica das peças do procedimento a exigir que os concorrentes interligados que apresentem propostas separadas no mesmo procedimento, sejam obrigados a declarar à entidade adjudicante, por sua própria iniciativa, as suas ligações; (iii) a entidade adjudicante, quando disponha de elementos que ponham em causa o carácter autónomo e independente das propostas apresentadas por certos proponentes, é obrigada a verificar, se necessário exigindo a esses concorrentes informações suplementares para aferir se as suas propostas são efetivamente autónomas e independentes; e (iv) caso se conclua que as propostas não são autónomas e independentes, o direito comunitário²⁹ opõe-se à adjudicação do contrato aos concorrentes que tenham apresentado tais propostas.

Para além das conclusões, assume especial importância o parágrafo 29 deste Acórdão segundo o qual “*no caso de as sociedades em causa não constituírem uma unidade económica, não exercendo a sociedade-mãe uma influência determinante sobre as suas filiais, há que salientar que, em qualquer caso, o princípio da igualdade de tratamento é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem*

28 Transcrevemos o parágrafo 21 deste Acórdão “A este respeito, importa, antes de mais, recordar que o direito da União, em particular a Diretiva 2004/18, não prevê uma proibição geral de as empresas interligadas apresentarem propostas num processo de adjudicação de contratos públicos. Além disso, resulta da jurisprudência que, atendendo ao interesse da União de que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso, seria contrário a uma aplicação eficaz do direito da União excluir sistematicamente empresas interligadas do direito de participar num mesmo processo de adjudicação de um contrato público”.

29 Na altura, o artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE.

independentes, que sejam suscetíveis de, desta forma, lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes, não sendo necessário examinar se a apresentação de tais propostas constitui também um comportamento contrário ao artigo 101.º TFUE” (sublinhado nosso).

Consideramos interessante esta passagem do Acórdão, porquanto dela ressalta o que dissemos quanto a problemática entre concorrente (pessoa jurídica) e empresa (unidade económica), e porque coloca uma tónica que os anteriores Acórdãos não colocaram: o facto de duas – ou mais – propostas apresentadas num mesmo procedimento poderem conferir vantagens injustificadas face aos outros concorrentes. Caso se constate que as propostas não são independentes e autónomas, não é sequer necessário apurar se há violação do artigo 101.º do TFUE.

6. APRECIACÃO CRÍTICA

Tendo por base o enquadramento normativo e a jurisprudência nacional e comunitária, podemos dizer que, em princípio, a mera existência de propostas distintas apresentadas por dois ou mais concorrentes interligados num mesmo procedimento pré-contratual, não consubstanciará, por si só, uma infração às normas do TFUE, significando tal conclusão que não podem essas propostas serem excluídas apenas com esse fundamento. É isso que resulta claramente da jurisprudência europeia desde o Acórdão C-538/07, *Assitur*, e na esmagadora maioria da jurisprudência dos Tribunais Administrativos Portugueses, salientando-se o Acórdão do STA de 31.03.2011, Processo n.º 017/10.

Mas existindo esta apresentação simultânea de propostas por concorrentes interligados ou associados por qualquer forma, deve o júri analisar em concreto essas propostas, por comparação, no sentido de aferir se existem elementos objetivos que permitam concluir se as mesmas, no momento da sua composição, não foram elaboradas de forma independente ou autónoma. Se, porventura, forem detetados esses elementos (incontestáveis, segundo o Acórdão *Lloyd's of London*) de não existência de independência ou autonomia entre elas, então deverão as mesmas ser excluídas.

Subscrevemos, na íntegra, esta corrente jurisprudencial, que elege como pedra de toque a autonomia e independência das propostas, sendo as relações existentes entre concorrentes um aspeto que, devendo ser tido em conta, tem importância secundária, porquanto dessa relação não resulta necessariamente que o teor das propostas tenha sido por todos conhecida em momento anterior ao da sua abertura e disponibilização pelo júri.

Pensamos que é pertinente colocar a seguinte pergunta: o que lograrão “ganhar” duas ou mais empresas relacionadas entre si, que podendo apresentar uma única proposta optam por apresentar mais do que uma, sendo que todas elas foram concertadas na sua formulação? Por outras palavras, sendo concorrentes diferentes no âmbito do direito da contratação pública, porque é que se coloca a questão da necessidade de exclusão das propostas, caso se conclua que não são independentes e autónomas?

Em princípio, se uma vai ser a destinatária do ato de adjudicação, a(s) outra(s) não o irá(ão) ser. Parece-nos que poderão ser algumas as vantagens em apresentar mais do que uma proposta. Por exemplo, se o procedimento estiver dividido em lotes, ficando limitado o número de lotes que cada concorrente pode vir a ser adjudicatário, a existência de mais de uma proposta potencia a adjudicação pela “mesma empresa” de um maior número de lotes. A participação de uma empresa com mais de uma proposta, poderá ter, igualmente, um efeito de adulterar a média das propostas apresentadas, com eventuais repercussões na definição do preço anormalmente baixo. Quanto a nós, pode ainda ser útil nas situações em que uma das propostas tem um preço anormalmente baixo e a(s) outra(s) têm um preço considerado normal, uma vez que, caso o júri não considere relevante a justificação do preço anormalmente baixo, sempre a mesma “empresa” poderá vir a ser adjudicatária através da proposta com um preço normal.

São estes, entre outros, os motivos pelos quais se deve averiguar se as propostas apresentadas por mais do que um concorrente são ou não “autónomas e independentes”.

Só que o ónus da prova recai sobre a entidade adjudicante, e a sua recolha cabe ao júri (ou eventualmente aos serviços da entidade adjudicante no procedimento de concurso público urgente quando não tiver sido designado júri, conforme previsão do artigo 67.º, n.º 3, do CCP). E, reconheça-se, provar a inexistência de independência ou autonomia entre as propostas apresentadas é uma tarefa árdua e de uma complexidade extrema, condenada ao fracasso na esmagadora maioria dos casos. Podemos dizer que existem certos indícios de concertação de propostas (alguns dos quais referidos nos Acórdãos dos Tribunais Administrativos supra referidos)³⁰, como sejam a mesma identidade dos corpos sociais ou dos próprios sócios (v.g. duas empresas com o mesmo gerente ou duas empresas com os mesmos sócios mas com gerentes diferentes), o mesmo representante na assinatura das propostas apresentadas

30 Designadamente o Acórdão Processo n.º 6157/10, de 30.09.2010.

(aqui chama-se a atenção para o Acórdão *Lloyd's of London*), a similitude da substância das propostas, quer quanto aos seus atributos, quer quanto aos seus termos e condições (v.g. a mesma solução técnica, a mesma alocação de recursos materiais e humanos) e a mesma estrutura formal e gráfica das propostas.

Voltando ao Acórdão *Lloyd's of London*, pode parecer estranho que se esteja a discutir a autonomia e a independência das propostas e se conclua que duas propostas assinadas pela mesma pessoa, continuam a ser consideradas autónomas e independentes até prova em contrário. Claro que o Tribunal não considera que o representante que assinou essas propostas o tenha feito sem as ter lido e, como tal, que não tivesse conhecimento do teor das mesmas. Mas, ainda assim, considera o Tribunal de Justiça que essa assinatura não significa que no momento da elaboração das propostas, tenha havido uma concertação entre os respetivos concorrentes. Não concordamos com esta posição porquanto, no nosso entendimento, o momento determinante é o da apresentação das propostas. Ora, sendo todas elas assinadas pela mesma pessoa singular, deverá presumir-se que, pelo menos nesse momento, os respetivos concorrentes conheciam as propostas uns dos outros o que implica que, em princípio, deixem de estar em competição entre si, devendo-se presumir que essas propostas não são independentes nem autónomas. Assim, numa situação como esta, preconizamos que o ónus da prova da independência e autonomia das propostas caberá aos respetivos concorrentes, e já não à entidade adjudicante.

O que se deve então procurar nesta análise que se quer minuciosa, quase com contornos de investigação “forense”? Não é a concertação no sentido de prática restritiva da concorrência, mas sim se há autonomia e independência das propostas apresentadas.

Para o apuramento dos indícios da falta de autonomia e independência, pensamos que poderão ser utilizados alguns dos que a AdC colocou na sua “*check list*” de práticas de conluio, sabendo nós que o conluio é umas das práticas restritivas da concorrência que pressupõe a existência de acordos ou práticas entre mais do que uma empresa para desvirtuar o mercado, e, no caso ora em análise, na esmagadora maioria das situações, estamos perante uma mesma unidade económica, ou sejam perante mais do que um concorrente mas apenas uma empresa, conforme resulta do artigo 3.º da Lei da Concorrência. Em todo o caso, a referida *check list* contém indícios interessantes, como sejam propostas diferentes que apresentam: (i) os mesmos erros (v.g., erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo); (ii) as mesmas lacunas face

à informação requerida; (iii) a mesma terminologia, em particular quando atípica; (iv) a mesma formatação, grafia ou correções de última hora; (v) o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto; (vi) carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em mão, coincidentes ou, em caso de envio *online*, os mesmos endereços IP; (vii) contratação da mesma consultora no apoio à elaboração de propostas.

Concluída, após análise, que as propostas apresentadas não são independentes e autónomas, como vimos, devem as mesmas ser excluídas, pois tal comportamento dos operadores económicos viola, desde logo, o princípio da concorrência, na medida em que a mesma empresa se encontra no mesmo procedimento com mais do que uma proposta. É esta a conclusão comum a todos os Acórdãos do Tribunal de Justiça de que temos conhecimento. A questão que agora se coloca é sobre a norma nacional que permite excluir de um procedimento as propostas que se encontrem nas situações de que ora falamos.

Sabemos que as causas de exclusão encontram-se taxativamente previstas na lei, e no caso em apreço, no CCP, concretamente nos artigos 70.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2 (para além destas, encontramos igualmente uma causa de exclusão prevista no artigo 54.º, n.º 5, da Lei n.º 96/2015, de 17, de agosto³¹, relacionada com as assinaturas eletrónicas). O artigo 146.º, n.º 2, al. n), vem permitir que no programa do concurso público³² se estabeleça situações específicas de exclusão desde que expressamente previstas³³.

Parece-nos claro que o CCP não contém uma norma específica para a situação em apreço, mas como veremos, conseguimos encontrar neste “diploma” uma disposição normativa a ela aplicável.

Sabemos que o fundamento para a exclusão das propostas apresentadas por concorrentes ligados entre si tem sido, maioritariamente, o artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP, segundo o qual “*são excluídas as propostas cuja análise revele (...) a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”.

Salvo melhor opinião, a previsão deste artigo não está pensada para o caso de duas propostas apresentadas por concorrentes “naturalmente” ligados

31 Conhecida pela “lei das plataformas eletrónicas”.

32 Entendemos que deverá ser interpretado como extensível a todos os programas do concurso e não apenas no programa do concurso público, não obstante a remissão ser para o concurso público.

33 Desde que, obviamente, tais situações não violem os princípios fundamentais aplicáveis à contratação pública.

entre si, mas por concorrentes que não tendo qualquer ligação, concertam-se para obter uma vantagem mútua, na esmagadora maioria das vezes para a celebração de contratos com melhores condições contratuais do que se estivessem efetivamente a competir entre si – com prejuízo para o interesse público – ou para afastar outros operadores económicos do mercado. É pacífico que constitui uma prática restritiva aquela que é concertada entre operadores económicos, qualquer que seja a forma que revista, que tenha como objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado. Os casos mais frequentes são as práticas colusivas.

Pelo que supra dissemos, parece-nos inexecutável que, remetendo claramente esta norma para a Lei da Concorrência, na qual empresas interligadas são consideradas uma única empresa (artigo 3.º da Lei da Concorrência), possam, ainda que no âmbito do CCP, existir acordos ou atos ou práticas, dentro de uma mesma empresa. Por outro lado, seguindo-se a teoria de que empresas interligadas que apresentassem propostas no mesmo procedimento estariam a falsear as regras da concorrência, deixaria de ser relevante – como é – analisar se as referidas propostas seriam ou não autónomas ou independentes.

Sempre se poderá dizer que o conceito de “*falsear a concorrência*” pode ser visto num prisma mais amplo de “defesa da concorrência”, ou seja, de abrangência de todas as manobras suscetíveis de prejudicar uma sã concorrência, abarcando, desta forma, a apresentação de propostas apresentadas por empresas interligadas. Segundo esta posição, os atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência incluiriam não só as práticas de “*big rigging*” mas as práticas, dentro da mesma empresa, com impacto na distorção da concorrência.

Não concordamos com a aplicação ao caso ora em análise do artigo 70.º, n.º 2, al. g) do CCP, não só porque a jurisprudência do Tribunal de Justiça coloca a tónica, exclusivamente, na independência e autonomia das propostas (e não em acordos ou práticas suscetíveis de falsear a concorrência), mas também pela circunstância da lei da concorrência considerar como uma única empresa as sociedades que se encontrem interligadas, não podendo haver acordos entre uma mesma empresa. Convém, igualmente, trazer à colação o disposto no artigo 70.º, n.º 4, do CCP, segundo o qual “*a exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea g) do n.º 2, bem como a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenham dado origem à exclusão da proposta, devem ser comunicadas à Autoridade da Concorrência*”, sendo certo que a AdC, no âmbito das suas atribuições, dispõe de poderes de supervisão,

regulamentação e sancionatórios, constituindo estes últimos – exercidos para penalizar práticas suscetíveis de infringir a lei da concorrência nacional³⁴ e europeia³⁵ – o fito essencial da referida comunicação.

Nas situações em que uma entidade adjudicante participa à AdC a exclusão de propostas ao abrigo do artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP quando os concorrentes que as apresentaram se encontram interligados, invariavelmente esta Autoridade arquiva a referida comunicação, com o fundamento de tal situação não constituir, por si só, qualquer ilícito concorrencial na aceção das normas proibitivas pela Lei da Concorrência³⁶.

Admitimos, no entanto, que a invocação do n.º 4 do artigo 70.º do CCP não constitui um argumento poderoso (ainda que efetivamente seja um argumento), pela simples razão do legislador português não ter sido muito coerente nesta matéria. De facto, se atentarmos no artigo 317.º, n.º 3, do CCP, estabelece-se que nas situações de cessão da posição contratual ou de subcontratação, deve “*o contraente público, de imediato, comunicar, à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., os indícios dos atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*” (sublinhado nosso). O que pode fazer o IMPIC, no âmbito das suas atribuições, quando existirem “*atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”? Rigorosamente nada! Até porque, os poderes regulatórios do IMPIC, no âmbito dos contratos públicos, concentram-se na órbita da “*procura*”, e a problemática das práticas restritivas da concorrência têm o seu ponto focal na “*oferta*”. Daí não retirarmos do conteúdo do disposto no artigo 70.º, n.º 4, do CCP uma importância decisiva para a posição que defendemos.

Aproveitando os ensinamentos decorrentes do Acórdão C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra*, e tendo em conta algumas especificidades constantes do CCP, após a sua revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, vamos ainda abordar os seguintes aspetos:

A entidade adjudicante tem a liberdade de fixar, no seu programa do procedimento, a exigência de, quem concorrer num determinado procedimento numa relação de interligação com outro ou outros concorrentes, ter de declarar, não apenas tal ligação como também que se encontram entre eles

34 Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio.

35 Artigos 101.º e 102.º do TFUE.

36 Neste sentido, Cunha Rodrigues, 2017: 62-63.

em verdadeira concorrência. Caso se venha a detetar, por elementos objetivos, que as propostas, afinal, não são autónomas e independentes, devem os respetivos concorrentes ser excluídos, também, por prestação de falsas declarações (artigo 87.º do CCP), com todas as consequências legais, designadamente as previstas no artigo 456.º, al. e), do CCP, ou seja, a prática de uma contraordenação muito grave punível com coima até 44.800 €.

Para além deste aspeto, quanto a nós, a entidade adjudicante pode, também, determinar no regulamento administrativo do procedimento, a que chamamos de programa de concurso, que para efeitos do artigo 46.º-A, n.º 4, do CCP (fixação de um limite máximo de lotes que cada concorrente poderá vir a ser adjudicatário), os concorrentes associados entre si são considerados como um único concorrente para efeitos exclusivos de rateamento dos lotes. O perigo de assim não se prever é o de vários operadores económicos interligados virem a ser adjudicatários da totalidade dos lotes, quando o espírito do legislador (também do legislador europeu, conforme de extrai claramente do artigo 46.º da Diretiva 2014/24/UE) é o de potenciar que o objeto aquisitivo seja adjudicado, efetivamente, a operadores económicos totalmente distintos entre si³⁷. Na mesma linha de pensamento, parece-nos ser defensável que a entidade adjudicante possa prever no seu programa do procedimento que, para a determinação do montante a partir do qual um preço é considerado como anormalmente baixo, os preços apresentados pelas propostas interligadas não serão tidos em consideração para a fixação da média dos preços propostos.

Esta previsão não afasta, obviamente, a possibilidade das propostas apresentadas virem a ser excluídas se se concluir não serem autónomas e independentes.

Não queremos deixar de referir que há uma significativa diferença entre os procedimentos abertos e a consulta prévia. Neste último caso, tendo a entidade adjudicante a faculdade de decidir a quem endereçar o convite, não pode deixar de ser objeto de censura o convite a mais do que um operador económico que se encontre associado por qualquer forma, pois dessa forma, estando-se a abrir à concorrência (ainda que restrita), não fica garantida que a mesma venha a existir, havendo um sério risco da concorrência vir a ser meramente aparente, uma vez que tal conduta da entidade adjudicante pode fechar artificialmente o mercado à “mesma” empresa, *fingindo* estar perante pelo menos três empresas diferentes.

37 Nesta matéria seguimos a posição de Cunha Rodrigues, 2018: 244-250.

7. CONCLUSÕES

Chegados a este ponto, continua por apurar qual o fundamento legal para a exclusão de propostas apresentadas por empresas interligadas em que se chegue à conclusão que não são independentes e autónomas.

Poder-se-á argumentar que, sendo as propostas “não independentes nem autónomas”, na verdade temos duas ou mais propostas que são apenas uma. Sendo apenas uma, contendo atributos diferentes, o júri sempre teria que propor a sua exclusão com o fundamento de as mesmas conterem atributos, que sendo diferentes, não permitiria ao júri avaliá-los.

Esta posição teria a sua sustentação no artigo 70.º, n.º 2, al. *c)*, do CCP, segundo o qual uma proposta deverá ser excluída quando existir uma impossibilidade de avaliação da mesma em virtude da forma de apresentação de algum dos respetivos atributos. Esta interpretação, no entanto, parece-nos ter algumas fragilidades. Desde logo, porque na verdade, apesar de não existir independência nem autonomia, estamos efetivamente perante dois concorrentes, na aceção do artigo 53.º do CCP. Nesta situação, teria que se excluir duas propostas de dois concorrentes com a ficção de estarmos perante um único concorrente. Como referimos, no estrito âmbito do CCP, é relevante a personalidade jurídica e não o facto de existir apenas uma unidade económica. Esta teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quanto a nós, não deve ser aplicada à situação ora em análise. Efetivamente, conforme tivemos oportunidade de referir neste artigo, sendo o CCP um diploma enquadrável no direito da contratação pública, é do ponto de vista da procura (e não da oferta) que o mesmo deve ser interpretado, exceto quando ele próprio remete para o lado da oferta, como é o caso da al. *g)* do n.º 2 do artigo 70.º, ao aludir expressamente ao direito da concorrência (uma vez que alude ao falseamento das regras da concorrência). Neste sentido, para efeito do que está em discussão, deve prevalecer o conceito de concorrente constante do artigo 73.º do CCP, e não o conceito de empresa previsto no artigo 3.º da Lei da Concorrência. Assim sendo, não concordamos com a teoria da dupla ficção de estarmos perante um mesmo concorrente com uma única proposta. Por outro lado, esta teoria sempre soçobrará nas situações em que as propostas apresentadas por concorrentes associados entre si apresentarem os mesmos atributos (v.g. o mesmo preço), mas com termos ou condições diferentes. Nestas situações, com base nesta teoria, ainda que se chegasse à conclusão da não existência de independência ou autonomia entre as propostas, nunca as mesmas poderiam ser excluídas.

Parece-nos, salvo melhor opinião, que o artigo 70.º, n.º 2, al. c), do CCP só se poderá aplicar quando, um concorrente, numa mesma proposta, apresentar um atributo de forma tal que não é possível avaliá-lo. Assim, sendo defensável, não acolhemos esta hipotética solução, por ir ao arrepio do conceito de concorrente plasmado no CCP.

Outra solução passaria por considerar a aplicabilidade do artigo 59.º, n.º 7, do CCP, segundo o qual “nos casos em que o programa do procedimento não permita a apresentação de propostas variantes, cada concorrente só pode apresentar uma única proposta”, e neste caso teríamos duas propostas apresentadas pelo mesmo concorrente, situação que acarretaria a exclusão de todas as propostas por força do artigo 146.º n.º 2 al. i) do CCP. Também não subscrevemos esta posição, porquanto a mesma tem por base, igualmente, a desconsideração da personalidade jurídica (com a qual não concordamos), mas também por se estar a aplicar uma norma que está construída, exclusivamente, para a existência de propostas variantes – as que apresentam alternativas ao caderno de encargos –, o que não é, manifestamente, o caso. Por outro lado, esta posição considera que estamos perante duas propostas autónomas, o que também não é o caso, pois se o forem, não devem ser excluídas.

A solução mais acertada, parece-nos que deverá passar pelo facto de se considerar que, tendo dois concorrentes apresentado propostas que não são independentes e autónomas, deve-se ficcionar que, não tendo sido essa a intenção, apresentaram propostas em agrupamento, conforme permitido pelo artigo 54.º do CCP.³⁸

O agrupamento de concorrentes, como todos sabemos, ocorre quando mais do que uma pessoa jurídica se “junta” e apresenta uma única proposta, sem necessidade, no momento da apresentação da mesma “*exista qualquer modalidade jurídica de associação*” (artigo 54.º, n.º 1, do CCP). A regra é a de que cada concorrente apresenta uma única proposta e cada proposta é apresentada por um concorrente. As exceções a estas regras são, no primeiro caso, a apresentação de propostas variantes nos termos do artigo 59.º do CCP, e no segundo caso, a apresentação de uma proposta por um agrupamento.

Ora, nos casos abordados no presente artigo, temos dois ou mais concorrentes que não apresentaram uma única proposta e como tal não se apresentaram no procedimento como um agrupamento. No entanto, chegando-se à conclusão que as propostas não são autónomas nem independentes, conforme já referimos, deve-se ficcionar que os dois concorrentes apresentaram

38 Esta posição já foi, de resto, preconizada no Acórdão do Processo n.º 6517/10, de 30 de setembro de 2010.

uma única proposta (repita-se: porque as duas propostas, na prática, são uma só, por lhes faltar a independência e autonomia). Então, estando perante uma proposta apresentada por mais do que um concorrente, é de um agrupamento que se trata, conforme dispõe o artigo 54.º do CCP. E, quanto a nós, não se poderá argumentar que esta norma não poderá ser aplicada ao caso em apreço uma vez que já existe uma associação entre eles. Na realidade, para este efeito, não é a associação económica que tem qualquer relevo (empresa na perspectiva da lei da concorrência), mas sim a associação jurídica, uma vez que será sempre exigível que *“todos os membros do agrupamento concorrente, e apenas estes, devem associar-se, antes da celebração do contrato, na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento”* (artigo 54.º, n.º 4, do CCP), sob pena de caducidade da adjudicação (artigo 105.º, n.º 1, al. c), do CCP).

O artigo 54.º, n.º 2, do CCP vem dizer que *“os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento, nos termos do disposto nos artigos anteriores, nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente”*. O escopo da norma é claro: ninguém poderá estar no mesmo procedimento com mais de uma proposta base, sob pena de estar a obter uma vantagem desproporcionada relativamente aos demais concorrentes, ou seja, pretende-se evitar que uma única empresa, que apresentou, afinal, duas propostas, disponha de vantagem relativamente aos outros concorrentes que se viram limitados à apresentação de uma só proposta.

Quanto a nós, os concorrentes que apresentaram propostas autónomas, mas que se veio a concluir que as mesmas estavam destituídas de autonomia e independência, o que na verdade esses concorrentes apresentaram no mesmo procedimento, na qualidade de agrupamento, foi mais do que uma proposta, violando desta forma o disposto no supra transcrito artigo 54.º, n.º 2, do CCP.

A violação desta norma tem cominações legais, na medida em que o artigo 146.º, n.º 2, al. b), do CCP vem determinar que as propostas devem ser excluídas quando *“sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto no n.º 2 do artigo 54.º”*.³⁹

Por tudo o expendido, sufragamos que a apresentação de propostas, num mesmo procedimento pré-contratual, por operadores económicos interligados, cuja análise em concreto seja conducente à conclusão de que as mesmas não são autónomas ou independentes, implica a exclusão das propostas

39 Contra a posição de perfilhamos, ver Esteves de Oliveira, 2010: 129-134.

apresentadas, por aplicação conjugada do artigo 146.º, n.º 2, al. b), e do 54.º, n.º 2, ambos do CCP.

BIBLIOGRAFIA

AZEREDO, Joana

2016 *A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência*, Revista eletrónica de direito, <https://blook.pt/publications/publication/1925787d7932>.

CUNHA RODRIGUES, Nuno

2013 *A contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina.

2017 O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública, in *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf.

2018 O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública, 3.º aniversário da Revista Jurídica Luso-Brasileira, http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_0229_0256.pdf.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário

2010 Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública, in *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora.

GONÇALVES, Pedro

2013 *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora.

PEREIRA, Pedro Matias,

2017 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, in *STVDIA IURIDICA*, 110, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, volume III.

SILVA, Fernando Oliveira

2016 *A regulação dos Contratos Públicos*, Almedina.

SOUSA FERRO, Miguel

2017 *Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência*, <https://www.cideeff.pt>.

TREPTE, Peter

2004 *Regulating Procurement*, Oxford: Oxford University Press.

JURISPRUDÊNCIA

União europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de dezembro de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de maio de 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23 de dezembro de 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de outubro de 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de fevereiro de 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra*, C-531/16, EU:C:2018:324

Nacional

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14 de setembro de 2010, Processo n.º 017/10

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de março de 2011, Processo n.º 017/10

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 23/2013, de 30 de setembro de 2013, Processo n.º 1061/2013

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 31 de agosto de 2010, Processo n.º 6516/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de setembro de 2010, Processo n.º 06517/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 3 de fevereiro de 2011, Processo n.º 6545/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 12 de maio de 2011, Processo n.º 7536/11

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 4 de dezembro de 2015, Processo n.º 03469/14

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 2 de junho de 2016, Processo n.º 13205/16