

A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência

A simultaneous participation, in the same public procurement procedure, of companies in a group or controlling relationship and the principle of competition

Joana Azeredo

Advogada

Outubro de 2016

RESUMO: A proliferação de grupos económicos, de maior ou menor dimensão, sob as mais variadas formas, é um fenómeno que, não sendo recente, vai paulatinamente levantando um infindável número de questões jurídicas. A empresa é agora uma estrutura em bloco e não uma coisa isolada, autosubsistente.

Este estudo procura debruçar-se sobre a temática inerente ao facto de duas ou mais empresas que se encontram numa relação de domínio ou de grupo poderem participar num mesmo procedimento adjudicatório, sem que tal possa colocar em causa um dos princípios basilares da contratação pública: o princípio da concorrência, questão que não tem obtido, por parte dos tribunais, uma resposta unívoca.

PALAVRAS-CHAVE: empresas em relação de domínio ou de grupo; contratação pública; princípio da concorrência; exclusão de propostas; presunção inilidível; indícios de concertação.

ABSTRACT: The proliferation of economic groups, greater or smaller, under various forms, is a phenomenon which, although not new, is gradually raising an endless number of legal issues. The company is now a block structure and not an isolated thing.

This study seeks to address the issue of two or more companies that are in a group or controlling relationship could participate in the same adjudicative procedure, without this might undermine one of the basic principles of public procurement law: the principle of competition, question that has not obtained, by the courts, an answer an unequivocal answer.

KEY WORDS: companies in a group or controlling relationship; public procurement; principle of competition; exclusion of proposals; irrebuttable presumption; coordination of evidence.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Das relações de domínio ou de grupo entre as empresas
 3. A “*empresa*” e os “*concorrentes*”
 4. O acórdão *Assitur*
 5. Os princípios de contratação pública
 - 5.1. O princípio da concorrência
 - 5.2. O princípio da igualdade
 6. A proposta de exclusão
 7. Conclusões
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Introdução

O presente artigo tem como principal escopo analisar a problemática inerente à participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou de grupo, especialmente as situações que beliscam – ou parecem beliscar – o princípio da concorrência: a trave-mestra da contratação pública.

Pretende-se assim aquilatar se o simples facto de tais empresas pertencerem ao mesmo grupo empresarial é motivo bastante para se proceder à exclusão das propostas apresentadas, fazendo – tão só – funcionar uma presunção inilidível: a de que de tal relação resulta – por si só – numa violação dos princípios de contratação pública, sobretudo os elencados no vertido sob o nº 4º do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos¹, quais sejam: o da transparência, o da igualdade e o da concorrência, concluindo-se, se assim for, que a apresentação de duas propostas por duas sociedades do mesmo grupo económico constitui uma das denominadas práticas restritivas do comércio.

Ou se, ao invés, uma tal exclusão automática não tem qualquer sustentação legal, sendo exigível que só uma efectiva concertação das empresas (demonstrável através de uma análise casuística e com base em elementos concretos) conduza à exclusão das propostas, que o mesmo é dizer que a exclusão deve ser alicerçada no concreto comportamento adoptado pelas entidades.

Nesta incursão, abordar-se-ão os preceitos do Código das Sociedades Comerciais² que dizem respeito às sociedades coligadas, chamando também à colação o regime jurídico da concorrência, *maxime* o conceito de *empresa* ali inserto, em contraposição com o conceito de *concorrentes*, próprio do regime da contratação pública.

A discussão do presente tema não podia olvidar a alusão ao sobejamente conhecido (e reconhecido) Acórdão *Assitur*³, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que se pronunciou no sentido de que é contrária ao Direito da União Europeia uma disposição nacional que proíba a participação no mesmo concurso de concorrentes entre os quais exista uma relação de domínio ou de grupo.

Finalmente, far-se-á uma breve alocução ao que se entende ser (ou dever-ser) o conteúdo do relatório onde se proponha a efectiva exclusão das propostas das empresas coligadas, tendo por base as decisões que, sobre esta matéria, os nossos Tribunais vão produzindo.

¹ Doravante apenas CCP.

² Doravante apenas CSC.

³ Cf. Acórdão *Assitur*, proferido em 19 de Maio de 2009, no processo C-538/07), disponível no sítio da internet <http://curia.europa.eu/>

2. Das relações de domínio ou de grupo entre as empresas

A globalização económica fez com que o clássico paradigma da *empresa*, desenhada como estrutura unissocietária e independente, cedesse o seu lugar a um vastíssimo leque de arquétipos assentes numa realidade bem distinta: a pluralidade.

Surgiram, destarte, os grupos de sociedades ou empresa plurissocietária.

Uma nota prévia se impõe para dar conta de que, quando nos referimos a “empresa” nos reportamos à sua acepção em sentido subjectivo, ou seja, “*empresas como sujeitos jurídicos que exercem uma actividade económica*”⁴, em detrimento da vertente objectiva que nos diz que empresas “*são instrumentos ou estruturas produtivo-económicos objectos de direitos e de negócios*”⁵.

Como se compreenderá, interessa aqui menos a noção “*em sentido objectivo*”, enquanto “*bem complexo*” composto por vários elementos (prédios, máquinas, mobiliário, mercadorias, matérias primas, patentes, modelos de utilidade, marcas, insígnias de estabelecimento, etc)⁶, interessando mais ter como pano de fundo a noção de empresa em sentido subjectivo, como sujeitos de direitos e deveres.

Ora, esta novel estrutura de grupo de empresas “*constitui uma espécie de “micro-mercado” organizado para os vários recursos gerados pela empresa plurissocietária global (recursos patrimoniais, financeiros, tecnológicos), os quais são distribuídos entre os seus diversos membros individuais, de acordo com o critério de maximização de eficiência produtiva e rentabilidade do todo económico (tal como concebido e definido pela sociedade-mãe).*”⁷

O grupo é, pois, e nas palavras de José Engrácia Antunes, “*uma nova forma de organização da empresa moderna que explora assim as vantagens resultantes da combinação entre a manutenção da individualidade jurídico-formal e a dissolução da autonomia económico-material das sociedades comerciais componentes*”⁸.

A metamorfose encetada na *empresa*, tal qual vinha existindo (ou resistindo) até ao espoletar da globalização económica e da crescente internacionalização das empresas, deu assim lugar a estruturas que resultam, em suma, da concentração na pluralidade, já que cada uma daquelas sociedades, não obstante agrupadas, mantêm a sua individualidade jurídica.

Os grupos de sociedades - cujo tratamento decorre do teor vertido sob o Título VI do Código das Sociedades Comerciais⁹, sob a epígrafe *Sociedades coligadas*¹⁰ - reconduzem-se a quatro

⁴ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 5ª Edição, Almedina, p. 205.

⁵ Obra supra citada, p. 205.

⁶ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, (As empresas no direito)*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 42 e 43.

⁷ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica Da Empresa Plurissocietária*, 2ª Edição, Revista e Actualizada, Almedina, 2002, p.745.

⁸ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os poderes nos grupos de sociedades, Problemas do Direito das Sociedades* – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina/2002, págs. 154,155,158.

⁹ Doravante, apenas CSC.

¹⁰ Cfr. artigos 481 e ss.

tipos essenciais: as de simples participação, as de participações recíprocas, as que estão em relação de domínio e as que estão em relação de grupo.

Estas últimas abrangem as situações de domínio total – quer seja inicial, quer seja superveniente – as resultantes de contrato de grupo paritário, e as resultantes de contrato de subordinação.

A relação de simples participação¹¹ existe sempre que uma sociedade é titular de quotas ou acções de outra, em valor igual ou superior a 10% do capital desta, não podendo existir contudo, entre elas, qualquer das outras relações de grupo estatuídas no artigo 482º do CSC).

A relação de participações recíprocas¹² existe (na esteira do que supra se referiu no que tange à relação de simples participação), quando duas sociedades são titulares de quotas ou acções uma da outra em valor igual ou superior a 10%, mas em que não exista uma relação de domínio ou de grupo.

Por sua vez, a relação de domínio¹³ existe sempre que uma sociedade (sociedade dominante) possa exercer sobre outra (sociedade dependente), uma influência dominante. Sendo que tal influência se pode presumir¹⁴ sempre que aquela: (i) detenha uma participação maioritária na outra; (ii) disponha de mais de metade dos votos na outra; (iii) tenha a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização. Nas palavras de Menezes Cordeiro¹⁵: "A noção legal de relação de domínio centra-se na susceptibilidade do exercício de influência dominante por uma sociedade sobre a outra".

Finalmente, existirá uma relação de domínio total – como o próprio nome indica – sempre que uma sociedade detenha a totalidade do capital da outra. Este domínio pode ser inicial¹⁶ quando a sociedade anónima é, *ab initio*, totalmente detida por uma sociedade por quotas, anónima ou em comandita por acções. E será superveniente¹⁷ sempre que uma sociedade passe a ser detida – directamente ou nos termos do artigo 483.º, n.º 2, do CSC¹⁸ – por uma única sociedade, excepto se a assembleia geral da sociedade dominante adoptar, nos seis meses seguintes à verificação da situação de domínio total, alguma das medidas previstas no nº 2 do artigo 489º do CSC¹⁹.

¹¹ Cfr. artigo 483º do CSS.

¹² Cfr. artigo 485 do CSC.

¹³ Cfr. artigo 486º do CSC.

¹⁴ Trata-se, nos termos do artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil, de presunções ilidíveis.

¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, pág. 1125.

¹⁶ Cfr. artigo 488º do CSC.

¹⁷ Cfr. artigo 489º do CSC.

¹⁸ Dispõe o nº 2 do artigo 483º do CSC: "À titularidade de quotas ou acções por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior, a titularidade de quotas ou acções por uma outra sociedade que dela seja dependente, directa ou indirectamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de acções de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades."

¹⁹ a) Dissolução da sociedade dependente; b) Alienação de quotas ou acções da sociedade dependente; c) Manutenção da situação existente.

Para além desta estirpe de relações de grupo, temos ainda as resultantes de contrato de grupo paritário²⁰, ou seja, trata-se aqui de duas ou mais sociedades que, pese embora não sejam dependentes entre elas, celebram um contrato através do qual se submetem a uma direcção unitária comum. Este contrato é o chamado contrato de grupo paritário.

E estaremos, por fim, diante de uma relação resultante de contrato de subordinação²¹ sempre que uma sociedade – através do competente contrato- subordinar a gestão da sua própria actividade à direcção de uma outra, quer seja sua dominante ou não.

Ora, sucede que – não raras vezes – tais sociedades coligadas, especialmente aquelas em relação de domínio ou de grupo, decidem participar num mesmo procedimento adjudicatório, sendo por isso uma evidência a delicadeza das questões jurídicas que envolvem as empresas de grupo ou plurissocietárias, necessariamente reflectida na problemática do acesso à contratação administrativa.

3. A “empresa” e os “concorrentes”

De entre as questões de maior melindre nesta matéria avulta, logo à partida, a de saber se a participação das ditas sociedades em relação de domínio ou de grupo é de admitir ou de proibir liminarmente.

Uma tal contenda não tem obtido resposta a uma só voz, espoletando destarte muitas outras questões, entre as quais: (i) a de saber se estamos perante duas empresas distintas ou apenas uma *unidade económica* que apresenta duas propostas, (ii) se deve aplicar-se o conceito de “empresa” constante no artigo 3º do regime jurídico da concorrência²², ou – ao invés – aplicar-se o conceito próprio de “concorrentes” plasmado no CCP...

Vejamos:

ensina o regime jurídico da concorrência, sob o vertido no artigo 3º, o seguinte: “*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.*” Resulta ainda do número subsequente: “*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.*”

²⁰ Cfr. artigo 492º do CSC.

²¹ Cfr. artigo 493º e ss. do CSC

²² Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

Por sua vez, o artigo 53º do CCP contém um conceito próprio de concorrentes: “é concorrente a entidade, singular ou colectiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.”

Como se vê, este conceito é alicerçado no conceito tradicional de personalidade jurídica e não nas relações de grupo existentes entre duas ou mais entidades. E por ser um conceito específico e próprio de concorrente do CCP é a ele que – pelo menos assim parece – o intérprete terá de se cingir.

Concorrente é, pois (e em súmula), uma entidade com personalidade jurídica, sendo irrelevantes eventuais relações de domínio ou grupo entre dois ou mais concorrentes. De onde também parece que, inexistindo a este respeito qualquer lacuna no CCP, não permite a lei²³ qualquer aplicação analógica do conceito de empresa, tal qual vertido no regime jurídico da concorrência.

Diga-se, aliás, que, tal como decorre da própria letra da citada lei²⁴, o conceito de empresa lá inserto é dela privativo, uma vez que ali se postula: “*Considera-se empresa, para efeitos da presente lei (...)*”, pelo que tal conceito “(...) não deve ser confundido com aquele que é utilizado noutras ramos do Direito (...)”²⁵, 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 14º do CCP e das alíneas c) a f) do nº 1 do artigo 13º. 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 respectiva remissão para o artigo 14º 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 adequados²⁶.

E nem se diga que a situação de duas ou mais sociedades (em relação de domínio ou de grupo) apresentarem propostas, no mesmo procedimento, cai na alçada da previsão do artigo 54º²⁷ do CCP que impede uma dupla participação, de molde a falsear a concorrência. Não, o referido normativo apenas proíbe que os membros de um agrupamento possam ser

²³ Cfr. artigo 10º do Código Civil.

²⁴ Cfr. primeira parte do nº 1 do artigo 3º do regime jurídico da concorrência.

²⁵ MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, pág. 57.

²⁶ Cfr. o nº 3 do artigo 9º do CC.

²⁷ “2 - 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.”

concorrentes no mesmo procedimento ou integrar outro agrupamento concorrente. Não caindo na sua previsão as situações em que duas sociedades são detidas em 100% por uma sociedade terceira²⁸, que é, forçosamente, coisa distinta de um agrupamento.

Na esteira do que acaba de se expender, tratando-se de propostas apresentadas por sociedades concorrentes entre si, não deve ser pelo simples facto de tais sociedades se enquadrarem no mesmo grupo económico, que as mesmas devem ser excluídas de forma liminar.

Sufragando este entendimento, conclui o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul²⁹: *“Inexiste assim qualquer norma no nosso ordenamento jurídico que proíba a participação, no mesmo concurso, de empresas que se encontrem entre si numa 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”*.

No mesmo sentido, decidiu o mesmo Tribunal, no acórdão proferido no âmbito do processo nº 7536/11³⁰ e ainda em acórdão mais recente, cujo excerto ora se transcreve:³¹ *“Pese embora as contra-interessadas apresentem a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes, o certo é que, como atrás, referimos, são pessoas jurídicas autónomas, detendo personalidade jurídica própria e, nessa medida considera-se que estamos perante duas concorrentes, apresentado cada uma a sua proposta (Cfr. artigo 53º CCP).”*

Não dissentindo do anterior entendimento, em acórdão datado de Junho deste ano (2016) pode ler-se³²: *“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 colectiva, que apresente uma proposta (artigo 53º), pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54º) são pessoas autónomas com propostas autónomas.”*

O conceito a ter em conta é pois – assim parece – o previsto no artigo 53º do CCP, de onde decorre não sobejar qualquer razão para proceder à exclusão (*tout court*) das propostas apresentadas, individualmente, pelas sociedades que se encontrem entre si em tal relação³³, já que tais sociedades se têm de reputar como concorrentes entre si.

²⁸ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora, pág. 129 e ss.

²⁹ Acórdão do TCASUL, processo nº 06545/10 de 03.02.2011 (António Vasconcelos), disponível no sítio da internet www.dgsi.pt

³⁰ Acórdão proferido no processo nº6545/10 e disponível em www.dgsi.pt.

³¹ Acórdão do TCASUL, processo nº 7536/11, de 12.05.2011 (Teresa de Sousa), disponível no sítio da internet www.dgsi.pt

³² Acórdão do TCASUL, processo nº 12542/15, de 26.11.2015 (Conceição Silvestre), disponível no sítio da internet www.dgsi.pt

³³ Acórdão do TCASUL, processo nº 13205/16, de 02.06.2011 (Conceição Silvestre), disponível no sítio da internet www.dgsi.pt

³⁴ Ver, neste sentido, a propósito do ajuste directo, MiguelLucas Pires, *“Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo*, em Publicações CEDIPRE Online – 3, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Novembro de 2010.

Não há aqui lugar, pese embora ser esta uma matéria assaz delicada, a qualquer presunção inilidível segundo a qual as respectivas propostas de empresas associadas para um mesmo concurso foram, necessariamente, influenciadas uma pela outra, sendo por isso de proceder à sua exclusão automática.

Diga-se ainda que o direito à livre iniciativa privada, enquanto liberdade de exercer uma actividade empresarial, é um direito fundamental, expressamente consagrado na Constituição da República Portuguesa³⁴.

Do mesmo modo, a impossibilidade (liminar) de as empresas associadas se apresentarem a concurso (por meio da exclusão das propostas), sempre violaria o princípio do livre acesso ao mercado e às liberdades plasmadas no Tratado da União Europeia, em especial, a liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de capitais, e de prestação de serviços, na medida em que tal inibiria grupos societários autónomos, com sede num Estado-membro, de participarem em procedimentos de contratação pública, sem que essa restrição se pudesse justificar por qualquer razão de ordem pública.

Proibição que afigurar-se-ia totalmente desproporcional e anti-concorrencial, porquanto tal obstáculo corresponderia a impedi-las de desenvolverem as suas actividades em mercado, de forma concorrente, em claro prejuízo da existência de um sector empresarial enérgico, eficiente e concorrencial, o que se almeja, sobretudo quando vivemos, há cerca de uma década, com a sombra permanente da crise económico-financeira.

Do que acaba de dizer-se, parece poder concluir-se que, tendo as empresas (enquadradas num mesmo grupo, mas sendo cada uma delas uma “pessoa” distinta) apresentado propostas, de forma individual, as mesmas devem reputar-se como concorrentes, nada obstaculizando à sua análise e subsequente ordenação ou exclusão (esta última assente que seja em elementos concretos e jamais em presunções ou assumpções, como se cuidará *infra* de expender).

4. O Acórdão *Assitur*

Intimamente ligado à problemática sobre a qual aqui se discorre, está o Acórdão *Assitur*³⁵, o qual veio a ser proferido já no ido ano de 2009³⁶.

Neste processo, os tribunais italianos “perguntaram” – em sede de pedido de decisão prejudicial – ao Tribunal de Justiça, se o artigo 29º da antiga Directiva 92/50/CEE (que, por sua vez, correspondia ao artigo 45º/2 da Directiva 2004/18/CE, entretanto já revogada pela

³⁴ Cfr. art. 61º da Constituição da República Portuguesa.

³⁵ Acórdão do TJ, proferido no âmbito do Processo C-538/07, disponível no sítio da internet <http://curia.europa.eu/>.

³⁶ Pese embora ao referido caso não fosse aplicável a Directiva 2004/18/CE, mas antes a Directiva 92/50/CEE (sobre processos de adjudicação de contratos de serviços).

Directiva 2014/24/UE³⁷) descreve – de forma taxativa – as causas de exclusão de participação no concurso ali em causa e, consequentemente, se o Direito da União Europeia obsta a que haja legislação interna que proíba a participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontrem entre si em relação de domínio (tal como vem definido no artigo 2359º do Código Civil Italiano).

Nas palavras de Rodrigo Esteves de Oliveira³⁸: «(...) no caso *Assitur*, a norma de direito italiano em apreço determina a exclusão automática das sociedades, baseando-se na "presunção de iure et de jure da cognoscibilidade da proposta da sociedade dominada por parte da sociedade dominante", insusceptível portanto de ser "refutada com a prova de que a sociedade dominada formulou a sua proposta com total autonomia" facto que levou o Advogado geral a considerar a norma como desproporcionalada, uma vez que não permite que os concorrentes possam provar que as suas propostas foram, de facto, elaboradas de tal modo que, na verdade não constituem um obstáculo à igualdade de tratamento dos concorrentes e à transparência dos processos de adjudicação dos contratos públicos».

De facto, uma tal presunção (inlidível) desrespeita o princípio da proporcionalidade, porquanto não só não permite que a entidade adjudicante proceda ao exame e apreciação das propostas apresentadas pelas entidades envolvidas, como impede que estas tenham a possibilidade de demonstrar que, naquele caso concreto, não existe qualquer risco real de falsear a concorrência.

Também no sentido de que as causas de exclusão devem respeitar o princípio da proporcionalidade vão as decisões proferidas nos acórdãos *Fabricom* (processo C-21/03)³⁹ e *Michaniki* (processo C-213/07)⁴⁰.

Neste acórdão, depois de se admitir que os Estados-membros prevejam outras causas de exclusão das propostas – para além das que estavam previstas na então Directiva 92/50/CEE – na condição de que tais medidas não ultrapassem o necessário, decidiu-se ainda que: «O Direito da União Europeia opõe-se a uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objectivos 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 concorrente num mesmo concurso, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência⁴¹ sobre o seu comportamento respectivo no âmbito desse concurso.»

³⁷ Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revogou a Directiva 2004/18/CE.

³⁸ RODRIGO ESTEVEZ DE OLIVEIRA, "Restrições à participação em procedimento de contratação pública", em *Revista de Direito Público e Regulação*, nº 1, disponível on-line no sítio da internet <http://www.fd.uc.pt/cedipre/>

³⁹ Acórdão do TJ, proferido no âmbito do Processo C-21/03 (16.12.2008), disponível no sítio da internet <http://curia.europa.eu/>.

⁴⁰ Acórdão. do TJ, proferido no âmbito do Processo C-213/07 (3.03.2007), disponível no sítio da internet <http://curia.europa.eu/>.

⁴¹ No entanto, tal esforço probatório há-de ter expressão concreta em função da posição jurídica adjetiva que as concorrentes e a entidade adjudicante assumam no processo.

De onde decorre, na senda do que já aqui foi referido, ser contrário, senão mesmo violador do Direito da União Europeia, excluir propostas de empresas associadas num mesmo processo adjudicatório pela mera existência de uma relação de grupo ou de domínio. Prova disso mesmo é a decisão do Tribunal Central Administrativo Sul⁴²: “*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 se motivo para as excluir, sem lhes permitir “demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respectivo no âmbito desse concurso.”*⁴³

De acordo com este entendimento, deve reservar-se a exclusão de tais propostas para as situações em que, claramente, os princípios da igualdade e da concorrência tenham sido violados. Ou seja, a mera aparência ou o risco de que tal violação possa suceder a mais não obriga do que a averiguar se as duas (ou mais) empresas associadas são ou não concorrentes entre si naquele específico procedimento. Se apresentaram ou não as propostas com autonomia entre si.

O que há a defender é a efectiva autonomia na apresentação de propostas e não a mera aparência de que aquela tenha sido (ou pudesse ter sido) postergada.

Parece então poder dizer-se que uma legislação nacional que contenha uma cláusula que proíba a participação naqueles moldes “(...)excede o que é necessário para alcançar o objectivo de assegurar a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência”⁴⁴. Mostrando-se tal exclusão numa desproporcional sanção, porquanto viola também um dos princípios a que a Administração Pública está adstrita: o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da adequação, que se encontra plasmado não só no artigo 266º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa⁴⁵, como também no artigo 7º do Código do Procedimento Administrativo⁴⁶.

Com efeito, “o princípio da proporcionalidade exige uma relação de adequação entre o meio e o fim, impedindo que a Administração, para prossecução dos fins que por lei lhe foram atribuídos, exceda os limites do estritamente necessário, ou seja, que de um meio muito mais gravoso do que outros de que também dispõe, ou que, agindo quando não é obrigado a fazê-lo, provoque efeitos negativos muito mais gravosos do que os benefícios que espera obter”⁴⁷.

⁴² Doravante apenas TCAsul.

⁴³ Sumário do acórdão do TCASUL, processo nº 06517/10, de 30/09/2010 (Paulo Carvalho), disponível no sítio da internet www.dgsi.pt

⁴⁴ Sumário do Ac. Assitur.

⁴⁵ Doravante apenas CRP.

⁴⁶ Doravante apenas CPA.

⁴⁷ Cfr. Acs. do STA de 15/05/90, 397º537º e 28/05/97, Rec. nº 39169 disponíveis in BMJ.

5. Os princípios de contratação pública

5.1. O princípio da concorrência

O bom funcionamento dos mercados é reconhecido como valor fundamental na CRP, mais precisamente, no seu artigo 81º, onde sob a epígrafe “Incumbências prioritárias do Estado”, se inclui na alínea f): “*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*”⁴⁸.

De acordo com a letra do nosso CCP⁴⁹, à contratação pública é aplicável (para além dos princípios da transparência e da igualdade) o da concorrência, princípio que tende a preservar o fim último do procedimento concursal: assegurar que as propostas apresentadas cumpram com os requisitos impostos nas peças do procedimento, tudo de molde a que a entidade adjudicante possa efectivamente compará-las e, de entre elas, escolher a melhor.

O princípio da concorrência determina, por isso, que seja garantido o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados e, ao mesmo tempo que, em cada procedimento, seja consultado o maior número possível de interessados.

Acompanhando Rodrigo Esteves de Oliveira⁵⁰, dir-se-á: “*o princípio da Concorrência é actualmente a verdadeira trave-mestra da contratação publica, uma espécie de umbrella principle, tornando aqueles⁵¹ corolários ou instrumentos seus ou, se se quiser, “contaminando-os, exigindo ao interprete que proceda à densificação de tais princípios numa perspectiva concorrencial ou segundo a lógica e objectivos da contratação pública.”*

“*Chamar a concorrência, lançar um concurso, pressupõe portanto, considerar os concorrentes como opositores uns dos outros permitindo-se-lhes que efectivamente compitam entre si, que sejam medidos (eles ou as suas propostas) sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis*”.⁵²

Podendo ler-se, a este propósito, no Ac. do TCASul⁵³, de 25 de Março de 2010 “*Assim, 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 sejam opositores uns dos outros*”.

Na verdade, o princípio da concorrência é eleito, pela legislação comunitária e nacional, como princípio basilar da contratação pública e elemento fulcral de um mercado único europeu, cada vez mais feroz.

⁴⁹ Cfr. artigo 1º nº 4 do CCP.

⁵⁰ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública* – II, Coimbra Editora, 2008, pág. 67.

⁵¹ Referindo-se, aqui, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, aos princípios da transparência e da igualdade.

⁵² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, 1998, p.101.

⁵³ Cfr. acórdão do TCASUL, processo nº 05806/09, de 25/03/2010 (Fonseca da Paz), disponível no sítio da internet www.dgsi.pt

Por assim ser, o nosso CCP dedica especial cuidado à tentação (sempre presente) de falsear ou restringir a concorrência. A alínea g) do nº 2 do artigo 70º do CCP diz-nos que são excluídas as propostas cuja análise revele: "*a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência*". Impõe-se, nos termos do número subsequente e para os efeitos previstos na Lei da Concorrência (Cap. III e IV) que a exclusão de propostas com base em tal fundamento "(...) deve ser imediatamente comunicada à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P."

Note-se que o regime jurídico da concorrência proíbe "*os 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*"⁵⁴.

Isto para dizer que, da análise das propostas deve poder concluir-se se existiu uma sã e efectiva concorrência, ou se – ao invés – tais propostas encerram em si uma homogeneidade tal que é inequívoco ter existido uma actuação coordenada, com comportamentos paralelos com um único fito: falsear a concorrência.

Esta apreciação há-de ter por base elementos concretos, como sejam, os preços⁵⁵, a identidade da administração e/ou do representante que apresentou as propostas, a estrutura gráfica⁵⁶, o número de trabalhadores propostos, as soluções tecnológicas propostas, as especificações técnicas associadas, propostas com os mesmos erros (ortográficos, gramaticais ou de cálculo), as mesmas lacunas face à informação requerida, etc.

Cotejando a jurisprudência nacional exarada nesta matéria do Acórdão do mais alto tribunal da jurisdição administrativa e fiscal, de 01 de Junho de 2006⁵⁷: "*tendo duas empresas concorrentes a um concurso público de concessão e exploração um único sócio e gerente a mesma pessoa, entre elas não pode haver concorrência, pelo que se impõe a respectiva exclusão do concurso*".

No mesmo sentido decidiu o TCASul, em 25 de Março de 2010, já aqui referido: "*Verifica-se uma violação do princípio da concorrência, quando os administradores de duas das empresas concorrentes a um concurso público são exactamente 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, igual.*"

E ainda, em aresto do mesmo tribunal, de 11 de Agosto de 2010⁵⁸, proferido no âmbito do processo nº 05146/09: "*É necessário que da prova produzida (...) tendo por objecto o teor das propostas apresentadas a concurso, resulte evidenciado que entre as mencionadas sociedades em relação de domínio total (ou quase total) houve troca de conhecimentos sobre*

⁵⁴ Cfr. artigo 9.º, n.º 1 da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio.

⁵⁵ Verificar se os preços de ambas as propostas foram determinados de forma autónoma e concorrencial ou se o foram de acordo com uma estratégia de grupo.

⁵⁶ Pese embora, a identidade da estrutura gráfica e formal se dever a exigências dos documentos concursais que imponham formulários pré-definidos e de preenchimento obrigatório.

⁵⁷ Já aqui mencionado.

⁵⁸ Já aqui referido.

o conteúdo concreto de cada uma delas aquando da sua formulação preparatória, permitindo, seja à sociedade-mãe seja às empresas-filha concorrentes, avançar de forma articulada para o concreto concurso com “duas propostas”, iludindo as regras de concorrência do mercado administrativo e potenciando fora do quadro do mérito relativo das respectivas propostas, as hipóteses de escolha de uma delas por parte da entidade adjudicante”.

Como se vislumbra, estas decisões não se detiveram numa “confortável” posição de fazer aplicar a presunção inilidível de violação do princípio de concorrência (pela mera existência de uma relação de domínio ou de grupo), pugnando antes pela análise concreta das propostas, escalpelizando os seus diversos elementos (administradores das empresas, preços e demais atributos das propostas, etc.).

Na verdade, e acompanhando as palavras de Ana Fernandes: “*O princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação óptima. (...) Veda restrições injustificadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura. Implica que nenhum obstáculo ou favor seja introduzido nas regras de um procedimento em que há vários interessados numa vantagem pública, de molde que a escolha do co-contratante resulte do confronto juridicamente correcto das respectivas propostas*”⁵⁹.

Aquele último caminho – convenhamos – é, de facto, o que mais atenção e detalhe exige, mas dúvidas não sobejam de que é aquele que mais se coaduna com os princípios a que está sujeita a Administração Pública, apontando-se como o caminho a percorrer.

Conclui-se – pela perspicácia que encerra – com Rodrigo Esteves de Oliveira, proferido no âmbito do referido processo nº 01126/05: “*(...) o princípio da concorrência não é de sentido único, apontando, a um tempo, para a maior concorrência possível e, a outro tempo, para uma concorrência efectiva e sã. Ali, o princípio pode ser um obstáculo à instituição de barreiras de acesso, aqui, pode ser o seu fundamento*”. Esta compatibilização de objectivos tem o condão de tornar o dito trilho num caminho algo tortuoso.

5.2. O princípio da igualdade

No permanente diálogo que todos – de uma maneira ou de outra – necessitamos estreitar com a Administração Pública, vamos olvidando – uns e outros – o conceito administrativo do Princípio da Igualdade. Por andar assim arredado do nosso espírito – permitimo-nos relembrar que “[n]as suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer Direito ou isentar de qualquer dever ninguém em razão de ascendência, sexo,

⁵⁹ ANA FERNANDA NEVES, “Os Princípios da Contratação Pública”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia* – Volume II, Coimbra Editora, 2011, p. 40.

raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”⁶⁰

De forma mais lata e abrangente, nas palavras de Rodrigo Esteves de Oliveira⁶¹: “O princípio da igualdade é um princípio absolutamente fundamental no Direito da União Europeia da contratação pública por ser sobretudo nele e no da concorrência que assenta a construção do mercado comum”.

Em sede de contratação pública, poder-se-á afirmar que este princípio assume uma dupla dimensão: (i) como objectivo: qual seja o de proporcionar iguais oportunidades a todos os candidatos/concorrentes e (ii) como meio de concretizar imperativos de interesse público.

Como bem referem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos “O interesse público é o norte da administração pública; é por isto que o art. 66º,1 CRP e o art. 4º CPA individualizam o princípio do interesse público em termos categóricos.”⁶²

À luz deste princípio, deve assegurar-se a participação do maior número de interessados. É, aliás, do senso comum que quanto mais propostas forem apresentadas a um determinado procedimento, maior será (ou poderá ser) o benefício colhido pela entidade adjudicante, que deve ocupar-se da boa gestão financeira dos recursos públicos: “Quanto mais operadores económicos quiserem negociar com a Administração Pública maior será a optimização das propostas e, consequentemente, o leque de escolha da Administração”⁶³.

Ora, um número diminuto de concorrentes pode acarretar o risco de fazer eclodir situações que facilitem (ou até promovam) o conluio entre os poucos concorrentes, levando-os a sucumbir à tentação de se combinarem (formando um cartel) por forma a evitar a concorrência entre si. O resultado não é difícil de vislumbrar: será a entidade adjudicante e, em última instância, o consumidor/contribuinte, que serão prejudicados, pagando preços mais altos.

E é, precisamente, o princípio da igualdade que justifica o proporcionar de iguais condições⁶⁴ de acesso aos interessados, independentemente de, no mesmo procedimento, surgirem a concurso duas ou mais empresas em relação de domínio ou de grupo, tendo aqui plena aplicabilidade a máxima latina: “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”⁶⁵, não cabendo à Administração coartar a livre iniciativa das empresas concorrentes pelo mero facto de se encontrarem numa relação de domínio ou de grupo.

A preocupação tem de existir (pelo menos assim parece) a jusante e não a montante, isto é, devem as propostas ser analisadas com os “mesmos” olhos de quem analisou as propostas das empresas que não se encontram coligadas e, perante tal análise, aquilatar se estão ou

⁶⁰ Cfr. artigo 6º do Código de Procedimento Administrativo.

⁶¹ Rodrigo Esteves de Oliveira, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública em Estudos de Direito Público e Regulação*, Coimbra Editora, 2008, pág. 92.

⁶² MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral – Tomo I*, 3ª edição, Dom Quixote Editora, 2008, p. 207.

⁶³ Cfr. Acórdão da 1º subsecção do STA, de 10.10.2002, proferido no âmbito do processo nº 01385/02).

⁶⁴ Cfr. art. 13º e 266º nº 2 da CRP.

⁶⁵ Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.

não presentes factos, elementos objectivos e/ou subjectivos, que denunciem a conjugação de esforços no sentido de beneficiarem de uma posição que as demais concorrentes não dispõem, ou de influência de uma proposta na preparação da outra, em claro prejuízo dos demais concorrentes.

Se, eventualmente, os administradores de duas das empresas concorrentes a um concurso público, são exactamente os mesmos e as propostas de ambas estão assinadas por um administrador comum⁶⁶, *tal facto pode parecer* denunciar que, se as propostas foram assinadas por um administrador comum, sabiam, *ab initio*, qual o teor da proposta que uma e outra iriam apresentar, pelo que poder-se-á concluir que tais empresas não usaram das mesmas “armas” de que dispunham as demais concorrentes, inquinando o procedimento pré-contratual, pela opacidade verificada e pelo incumprimento do dever de confidencialidade das propostas.

Em sentido oposto, tem-se argumentando (sobretudo por parte das empresas em relação de domínio ou de grupo) que os administradores de tais empresas estão obrigados (nos termos do estatuído no CSC) a respeitar – sem reservas ou concessões – os seus deveres de lealdade, confidencialidade e cuidado, usando – no exercício das suas funções – da diligência de um gestor criterioso e ordenado. Entre os referidos deveres avulta a obrigação de os administradores actuarem no interesse da sociedade e com reserva em relação à informação obtida no exercício das suas funções, sob pena de responsabilidade civil (*vide* artigos 64.º, 72.º e 291.º do CSC). Concluindo assim que, do facto de se tratar de um administrador comum, não se pode retirar sem mais qualquer violação às exigências de confidencialidade e transparência que devem imperar na contratação pública.

A bondade de uma tal solução é questionável! Pelo que – está-se em crer – só uma análise casuística, ponderada, criteriosa e devidamente concatenada de todos os factos e circunstâncias que envolvem as propostas das sociedades coligadas, nos deve indicar o caminho a trilhar.

Ora, só diante de uma efectiva verificação da desigualdade de armas deve o júri – fundamentadamente⁶⁷ – propor à entidade competente⁶⁸ a exclusão das propostas apresentadas pelas empresas (coligadas), obstaculizando, por essa via, a consumação de uma situação de vantagem daquelas concorrentes face às demais.

Só assim será respeitada a verdadeira essência do princípio da igualdade, nunca abrindo mão desta ponderada actuação para fazer funcionar uma presunção que, por não encontrar na lei (nacional ou comunitária), qualquer respaldo, é ilegal.

Para além disso, dir-se-á – chamando à colação o princípio anteriormente elencado – que o recurso à concorrência é apenas possível se houver igualdade entre os concorrentes: todos os concorrentes competem nas mesmas condições, sendo-lhes concedidas as mesmas oportunidades e não havendo nem se fazendo qualquer discriminação entre eles. E só será

⁶⁶ Situação comumente analisada nos nossos tribunais.

⁶⁷ Cfr. artigo 152º e 153º do CPA.

⁶⁸ Cfr. o artigo 36º do CCP.

possível confrontar-se uma proposta com outras – procurando a melhor delas – quando existam opositores, isto é, quando os concorrentes concorrem, efectivamente, entre si, o que equivale a dizer: entre iguais.

6. A proposta de exclusão

Nos termos do estatuído na alínea o) do nº 2 do artigo 146º do CCP, o júri deve (também⁶⁹) propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas, “*cuja análise revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70º*”⁷⁰.

Incumbe ao júri do concurso, aquando da realização do relatório preliminar, identificar os factos de onde resulta a homogeneidade das propostas, por exemplo, a existência de contactos entre as empresas coligadas, através dos quais estas tivessem coordenado a sua actuação por forma a adoptarem um comportamento susceptível de falsear as regras de concorrência, a coordenação no sentido da elaboração das propostas e dos preços a apresentar, a identidade dos administradores (através da certidão permanente), a identidade dos restantes atributos das propostas...

Isto é, sobre o júri impende a tarefa de demonstrar a concertação entre as empresas, bem como a verificação da relação causa-efeito, ou seja, entre a concertação perpetrada e a consequente violação das regras da concorrência.

Tudo isto deve ser feito tendo como pano de fundo o dever de fundamentação a que alude o citado normativo legal, próprio do regime da contratação pública, e o dever de fundamentação *lato sensu*, a que a Administração Pública se encontra adstrita, e que decorre do disposto no CPA⁷¹, permitindo aos destinatários do relatório aquiescer das razões, de facto e de Direito, que motivam a proposta de exclusão.

Elaborado o relatório preliminar, o júri procede à audiência prévia⁷² nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 123º do CCP.

Esta é – ou melhor, pode ser⁷³ – a última vez que, no âmbito daquele processo administrativo, o concorrente tem a oportunidade de se manifestar.

Se, porém, em virtude do exercício da audiência prévia pelas concorrentes cujas propostas seriam de excluir, o júri alterar a proposta veiculada no relatório preliminar, este terá de proceder a nova audiência prévia aos concorrentes.

⁶⁹ De acordo com o estatuído no nº 1, o júri deve propor a ordenação das propostas, antes da exclusão.

⁷⁰ Onde se inclui, na alínea g): “*a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência*”.

⁷¹ Cfr. artigos 152 e 153º do CPA.

⁷² Cfr. artigo 123º do CPA.

⁷³ Não há normativo legal que limite o número de vezes que o júri procede à audiência prévia.

7. Conclusões

Aqui chegados, é tempo de dizer que não se sufraga a admissibilidade de uma presunção inilidível que estabelece que, de uma relação de domínio ou de grupo resulta, por si só, a violação dos princípios nucleares de contratação pública, *maxime* o da concorrência.

Em face do ensinamento perpetrado pelo Acórdão *Assitur*, julga-se que a mesma será violadora do Direito da União Europeia e vigorando esse Direito na nossa ordem jurídica e tendo primazia sobre o nosso Direito interno (por força do disposto no artigo 8º da CRP), sempre seria de prevalecer aquele.

De facto, 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 CCP não a afastou, pois que consagrou um conceito de concorrente firmado na tradicional definição de personalidade jurídica, aí se estabelecendo que é concorrente a “pessoa” (singular ou colectiva) que apresente uma proposta. Pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o preceituado no artigo 54.º do CCP), são – há-de concluir-se – pessoas autónomas com propostas autónomas.

Porém, ainda que as propostas sejam de considerar autónomas entre si, deve aquilatar-se se tais propostas implicam ou não a violação do princípio da concorrência, na medida em que se verifique “a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência”⁷⁴.

Isto é, para excluir as propostas (nos termos do preceituado no artigo 146º do CCP) há que aquiescer de situações reais (e não meramente hipotéticas) que tenham a virtualidade de prejudicar a concorrência, prejuízo esse que tem de resultar do efectivo comportamento dos concorrentes no âmbito daquele procedimento pré contratual. Se assim não suceder, a exclusão das propostas, conformará – essa sim – um grave prejuízo da concorrência, limitando o universo dos concorrentes e, consequentemente, a livre formação da oferta e da procura, o que se almeja ser a maior possível, sobretudo em tempos de crise económico-financeira, como a que vivemos. Não ovidemos que a concorrência permite que nenhum participante consiga influenciar o preço de mercado de maneira isolada, e estimula ainda ganhos de eficiência e eficácia nas organizações, de forma a torná-las mais competitivas.

Mas e se assim é, se a violação do princípio da concorrência há-de resultar de “indícios fortes”, quais serão então esses indícios?

A jurisprudência nacional⁷⁵ tem entendido que a coordenação da actuação das concorrentes e a homogeneidade das propostas extraem-se, a título meramente exemplificativo, dos seguintes elementos: a identidade de Administrações, a identidade do representante que apresentou as propostas, a identidade da estrutura formal e gráfica das propostas, a identidade dos preços apresentados e ainda da identidade de outros atributos das propostas (o número de trabalhadores propostos, as soluções técnicas, etc.,...).

⁷⁴ Cfr. alínea g), do nº 2 do artigo 70º.

⁷⁵ Cfr. todos os acórdãos já aqui referidos e disponíveis in www.dgsi.pt e ainda www.contratacaopublica.com.pt

Face ao supra exposto, entende-se como mais eficaz – para benefício do interesse público, e de todos os contribuintes – a análise escrupulosa de todas e de cada uma das propostas apresentadas a um determinado procedimento adjudicatório (estejam ou não em relação de domínio ou de grupo), pois que só assim lograremos obter uma melhor gestão dos recursos públicos e concomitantemente, imprimir uma maior responsabilização de todos os actores das relações contratuais administrativas.

Bibliografia

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 5ª Edição, Almedina
- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Da empresarialidade, (As empresas no direito)*, Coimbra, Almedina, 1996
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Os poderes nos Grupos de Sociedades, Problemas do Direito das Sociedades* – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), Almedina, 2002
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª Edição, Revista e Actualizada, Almedina, 2002
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009
- NEVES, ANA FERNANDA, "Os Princípios da Contratação Pública", *in estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvalo Correia – Volume II*, Coimbra Editora, 2011, p. 40.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, "Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública", *in Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora, 2010, pág. 129 e ss.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/ OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, 1998
- OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, "Restrições à participação em procedimento de contratação pública", *em Revista de Direito Público e Regulação*, nº 1, disponível online <http://www.fd.uc.pt/cedipre/>.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, "Os Princípios Gerais da Contratação Pública", *in Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora, 2008, pág. 67.
- PEREIRA, MIGUEL MENDES, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, pág. 57.
- PIRES, MIGUEL LUCAS, *Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo*, em Publicações CEDIPRE Online – 3, Coimbra, Novembro de 2010, disponível online <http://www.cedipre.fd.uc.pt>,

REBELO DE SOUSA, MARCELO / SALGADO MATOS, ANDRÉ, *Direito Administrativo Geral* – Tomo I, 3ª edição, Dom Quixote Editora, 2008

Jurisprudência

Acórdão do STA, de 10.10.2002 (Vítor Gomes) in www.dgsi.pt (13.10.2016)

Acórdão do STA de 01.06.2006 (Angelina Rodrigues), in www.dgsi.pt (13.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 25.03.2010 (Fonseca da Paz), in www.dgsi.pt (13.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 30/09/2010 (Paulo Carvalho), in www.dgsi.pt (13.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 12.05.2011 (Teresa de Sousa), in www.dgsi.pt (13.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 03.02.2011 (António Vasconcelos), in www.dgsi.pt (15.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 02.06.2011 (Conceição Silvestre), in www.dgsi.pt (14.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 26.11.2015 (Conceição Silvestre), in www.dgsi.pt (13.10.2016)

Acórdão do TCASUL, de 02.06.2011 (Conceição Silvestre), in www.dgsi.pt (14.10.2016)

Acórdão *Assitur*, de 19.05.2009, in <http://curia.europa.eu/> (14.10.2016)

Acórdão *Michaniki*, de 16.12.2008), in <http://curia.europa.eu/> (14.10.2016)

Acórdão. do TJ, de 3.03.2005), in <http://curia.europa.eu/> (13.10.2016)