



Contratação Pública e *práticas restritivas da concorrência*: sobre a causa de exclusão do CCP. Breves notas sobre uma quimera jurídica

Raquel Brízida Castro¹

Dispõe a alínea g), do n.º 2, do art.º 70.º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), que 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*”. O presente artigo pretende sumarizar os principais pontos controvertidos que a aplicação prática desta causa de exclusão estimula em contextos de contratação pública. Trata-se de uma cláusula cujo desiderato é deveras ambicioso, mas cuja concretização prática se encontra enredada numa complexidade só aparentemente insolúvel, atenta a evidente falta de habilitação das entidades adjudicantes para qualificar a consistência dos indícios. Teoricamente, almeja erigir uma ponte entre o Direito da Contratação Pública, em sentido estrito, e os interesses inerentes

* Trata-se de uma pré-publicação do artigo elaborado para os Estudos em Homenagem à Senhora Professora Doutora Maria da Glória Garcia, no prelo.

¹ Doutora em Direito; Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Investigadora Efetiva Integrada do *Lisbon Public Law* – Centro de Investigação do Direito Público da FDUL; Investigadora Colaboradora do CIJIC – Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço da FDUL e do ICPOL – Centro de Investigação do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Advogada.



ao princípio da concorrência, enquanto parâmetro próprio de validade da atuação administrativa, e a defesa da concorrência, através da aplicação das regras próprias do Direito da Concorrência². Não logrou, porém, efetivar tal aspiração, porquanto, ao negligenciar aspetos fundamentais da sua adequação aos contextos organizacionais da contratação pública, criou um ente *tertium genus*, de tal forma pantanoso que perverte o seu intento originário. A omissão dos critérios objetivos suscetíveis de garantir uma aplicação sóbria e uniforme do regime propugnado pelas Diretivas, bem como a deficiente articulação necessária entre as entidades adjudicantes e a Autoridade da Concorrência, à luz da lei e das próprias expectativas europeias, são fatores ostensivamente responsáveis pela conversão de um regime meritório e repleto de boas intenções em algo vago e ambíguo, suscetível de colidir com princípios estruturantes da Constituição portuguesa.

1. Introdução

1.1. O artigo 101.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), refere-se, expressamente, à *colusão* entre operadores económicos para proibir, perentoriamente, “os acordos ou as práticas concertadas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno e

² RODRIGUES, Nuno C., “O Princípio da Concorrência nas novas Diretivas”, in A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, Maria João Estorninho (Coord.), ICJP: Lisboa; 2016; pp.-57-65; p. 58.



que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros”. Por outro lado, desde 2014, com a adoção da mais recente geração de diretivas da UE relativas aos contratos públicos, *a existência de indícios de colusão suficientemente plausíveis* passou a ser, expressamente, um motivo, facultativo, para excluir um operador económico de um processo de adjudicação³.

Geralmente, o bloco de legalidade vigente prescreve que cada concorrente apenas pode apresentar uma proposta⁴. E, no que concerne às propostas variantes, elas só podem ser apresentadas caso o programa de procedimento o autorize⁵, sob pena de exclusão⁶. O incumprimento da proibição da dupla participação é

³ Cf. artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. O motivo de exclusão previsto na Diretiva 2014/24/UE pode igualmente aplicar-se à Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

Artigo 57.º, n.º 4. *As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: d) Se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência.*

⁴ Cf. artigo 59.º, n.º 7, do CCP.

⁵ Artigo 59.º - Propostas variantes:

7 - Nos casos em que o programa do procedimento não permita a apresentação de propostas variantes, cada concorrente só pode apresentar uma única proposta.

⁶ Artigo 146.º

Relatório preliminar



punido com a exclusão das candidaturas e das propostas dos candidatos ou concorrentes em que o mesmo operador económico participa⁷. Em acréscimo, tal facto pode configurar uma contraordenação simples, nos casos em que os membros de um agrupamento candidato (ou agrupamento concorrente) sejam candidatos (ou concorrentes) no mesmo procedimento, ou integrem outro agrupamento candidato (ou agrupamento concorrente)⁸.

Sem prejuízo do exposto, nota PEDRO GONÇALVES que o disposto no n.º 2, do artigo 54.º, do CCP não rege, diretamente, a situação de *sociedades em relação de domínio ou de grupo com outra sociedade*, porquanto, embora constituam “uma única empresa e uma “unidade económica”⁹ para efeitos do direito da concorrência”, as sobreditas sociedades são juridicamente distintas. Por conseguinte, impõe-se concluir que não existe nenhuma proibição legal da respetiva participação do mesmo procedimento, em conformidade, aliás, com o que resulta, inequivocamente, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁰.

2 - No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:

f) Que sejam apresentadas como variantes quando estas não sejam admitidas pelo programa do concurso, ou em número superior ao número máximo por ele admitido;

i) Que violem o disposto no n.º 7 do artigo 59.º;

⁷ Cf. artigos 146.º, n.º 2, alínea b), e 184.º, n.º2, alínea b), ambos do CCP.

⁸ Proibição contida no n.º2, do artigo 54.º, do CCP.

⁹ GONÇALVES, Pedro F., *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina: Coimbra, 2020; cit., p. 693.

¹⁰ Vide jurisprudência citada pelo autor - *Idem, ibidem*, p. 694.



1.2. Perante o que antecede, torna-se compreensível que o facto de empresas *substancialmente próximas* – não obstante formalmente distintas - apresentarem propostas no mesmo procedimento suscite, de imediato, suspeitas da entidade adjudicante e dos restantes concorrentes. Empresas próximas, em *relação de domínio ou de grupo*, havendo, entre elas, uma relação de *controlo* ou *influência dominante*, precisamente o mesmo critério usado pelo direito da concorrência para apurar o conceito de *unidade económica*¹¹. Contudo, pelas razões que demonstraremos *infra*, é unânime na doutrina o reparo de que a entidade adjudicante deve agir com especial prudência na interpretação da causa de exclusão contida na alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, cuja aplicação prática, a partir do seu atual esguio arcaboço legislativo, gera inúmeras objeções jurídicas.

1.3. Em princípio, numa certa abordagem, o preceito aplicar-se-ia aos casos de violação das *regras da concorrência*, previstas e reguladas pela Lei da Concorrência e pelo Direito Europeu da Concorrência, no contexto específico dos métodos de controlo de *ilícitos concorrenciais*. Nesta senda, teoricamente, a sobredita norma (só) pode (e deve) ser invocada se a conduta a identificar - e a demonstrar - for subsumível no conceito de *ilícito concorrencial*, tal como resulta dos artigos 9.º a 12.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Precisamente, porque a alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, é, geralmente, anunciada como “*uma porta de entrada no*

11 RAIMUNDO, Miguel A., “Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da preposta e princípios gerais de contratação pública: de Assitur a Specializuotas Transportas, e mais além”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL: Lisboa, 2020; p. 87.



procedimento da contratação pública dos métodos de controlo dos ilícitos concorrenciais”, constituindo uma causa de exclusão autónoma, destinada, supostamente, a tutelar os específicos interesses protegidos pelo Direito da Concorrência¹². O preceito legal mencionado e a alínea d), do n.º 4, do artigo 57.º, da Diretiva 2014/24, com efeito, referem-se ambos à exclusão de uma proposta com fundamento em alegadas *práticas anti-concorrenciais*.

Não obstante o exposto, é imperioso reconhecer que, se nos circunscrevêssemos ao contexto restrito do Direito da Concorrência, pelas razões que aduziremos de seguida, as pressupostas atuações concertadas ilícitas, a que se refere a sobredita cláusula legal - e que integram o objeto das presentes reflexões -, não poderiam, afinal, constituir fundamento de exclusão de propostas, pois, em rigor, *tais práticas não são proibidas pelo Direito da Concorrência*.

2. Direito da Concorrência versus Direito da Contratação Pública?

2.1. Desta *porta*, que ambiciona propiciar uma zona comum aos dois Direitos, extraem-se, ao invés, alguns sobressaltos interpretativos e desarmoniosos. Deve tal cláusula legal tutelar os interesses próprios do Direito da Concorrência? Ou os princípios estruturantes do Direito da Contratação Pública, designadamente os princípios da transparência e da igualdade de tratamento? Da

¹² SÁNCHEZ, Pedro F., *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, AAFDL: Lisboa, 2020; cit., p. 276.



opção por qualquer um dos cenários, decorrem, em coerência, inexoráveis corolários.

2.1.1. No primeiro cenário, impregnado pelo Direito da Concorrência, sustenta-se que esta causa de exclusão não pode ser invocada perante uma qualquer prática suscetível de distorcer a concorrência, se não for punida pelo Direito da Concorrência. O que, de imediato, convoca algumas questões incontornáveis: pretende-se que sejam as entidades adjudicantes a aplicar o Direito da Concorrência? Ou, pelo contrário, deve essa mesma entidade administrativa solicitar a intervenção da Autoridade da Concorrência (AdC) para analisar eventuais indícios num específico procedimento administrativo? Prévia ou posteriormente à decisão de adjudicação? O n.º 4, do artigo 70.º, do CCP, impõe que *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.*

A (falta) de afinidade entre os ambientes jurídicos convocados por esta causa de exclusão gera, neste cenário, significativas dificuldades hermenêuticas, abundantemente denunciadas pela doutrina e pela jurisprudência mais prudente. Sucede que, para o Direito da Concorrência, o facto de empresas do mesmo grupo económico apresentarem duas propostas no mesmo procedimento não configura nenhuma prática restritiva da concorrência, pois “nada impede entidades do mesmo grupo de concertar os seus



comportamentos entre si”¹³.

O que significa, em coerência, que a admitir-se a mencionada receção das regras do direito da Concorrência atinentes às práticas restritivas da concorrência, haveria que acolher o conceito de empresa para efeitos desse mesmo regime, o qual assenta na ideia de individualidade económica¹⁴. Conceito que exclui, rigorosamente, a possibilidade de *conluio* em sentido técnico, entre duas empresas do mesmo grupo, as quais são colocadas “sob os auspícios de uma situação sugestivamente designada como de “privilégio grupal” ou “imunidade de grupo” das regras da concorrência”¹⁵. A remissão que é feita pelo preceito legal *sub judicio* para as infrações ao Direito da Concorrência importa, necessariamente, a respetiva apreciação à luz do conceito de empresa previsto no artigo 3.º do Regime Jurídico da Concorrência¹⁶.

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), questionado sobre a aplicação do então vigente artigo 85.º, do Tratado CEE¹⁷, concluiu que o preceito não é aplicável a práticas restritivas da concorrência eventualmente perpetradas por *empresas que constituem uma unidade económica*, porquanto tais

¹³ Idem, *Ibidem*.

¹⁴ Cf. art.º 3.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência - Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

¹⁵ RAIMUNDO, Miguel A., “Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da proposta e princípios gerais de contratação pública: de Assitur a Specializuotas Transportas, e mais além”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL Lisboa, 2020; cit., p. 91.

¹⁶ Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

¹⁷ Atual artigo 101.º, do TFUE.



infrações implicam que as mesmas se verifiquem entre dois operadores económicos autónomos¹⁸. Em conformidade, a comunicação à AdC de uma situação com estas características “não conduzirá à abertura de qualquer processo de inquérito pela meridiana razão de que estas duas sociedades constituem uma única empresa, à luz do Direito da Concorrência, não se encontrando verificado, por consequência, qualquer acordo entre empresas (bid-rigging)”¹⁹.

Eis, precisamente, um dos *nós górdios* do nosso tema. MIGUEL RAIMUNDO adverte, e bem, que “olhando para o caso específico de empresas em relação de domínio ou de grupo, não se pode aplicar, sem mais, uma parte do regime da concorrência (o regime dos acordos e das práticas concertadas), esquecendo a outra parte (o conceito de empresa específico de direito da concorrência)”²⁰.

Perante as dificuldades jurídico-hermenêuticas enunciadas *supra*, conjugadas com o entendimento do artigo 101.º do TFUE, a

¹⁸ Vide os acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1988, *Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des Régions libérées*, processo 30/87, EU:C:1988:225, n.º 19; de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, processo 66/86, EU:C:1989:140, n.º 35, e de 17 de Maio de 2018, *Specializuotas transportas*. EU:C:2018:324.

¹⁹ RODRIGUES, Nuno C., “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in *RJLB*, Ano 4 (2018), nº 6; cit. p. 250.

²⁰ RAIMUNDO, Miguel A, “Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da proposta e princípios gerais de contratação pública: de Assitur a Specializuotas Transportas, e mais além”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL Lisboa, 2020; cit., p. 120.



doutrina e a jurisprudência, do TJUE e nacional, têm procurado superar essa contradição valorativa através da tentativa da densificação do critério de exclusão *sub judicio*, em ambiente estrito de Contratação Pública. O que torna legítimo questionar se tal labor jurisprudencial tem constrangido a dimensão da ambição inicial do instituto *sub judicio* ou se traduz, afinal, as suas mais genuínas aspirações...

2.1.2. Com base nos princípios da contratação pública, é possível sublinhar os seguintes *topoi* fundamentais nesta matéria, a extrair da jurisprudência do TJUE:

- (i) o simples facto da existência de relações empresariais não implica que o *standard* de autonomia não esteja cumprido: as exclusões configuram, neste sentido, *medidas de último recurso* e só devem ser adotadas após contraditório;²¹
- (ii) recai sobre a entidade adjudicante o dever “*de agir de forma proactiva na defesa dos princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, investigando e eventualmente censurando qualquer situação na qual quaisquer concorrentes (sejam quais forem as relações empresariais entre eles) tenham encetado trocas de informação que representem qualquer esforço de coordenação ou concertação das suas propostas ou*

²¹ Cf. Acórdão do TJUE *Lloyd’s of London*, de 8 de fevereiro de 2018, Processo n.º: C-144/17);



estratégias no procedimento)”²²;

- (iii) ou seja, o TJUE impõe uma análise casuística a cargo da entidade adjudicante;
- (iv) *caso se conclua que as propostas não são autónomas e independentes, as mesmas devem ser objeto de exclusão, mesmo que não exista um fundamento normativo específico na lei ou no Programa do Procedimento; (cf. Acórdão TJUE, *Specializuotas Transportas*, de 17 de maio de 2018, Processo n.º C-531/16);*

Da análise da jurisprudência nacional cabe, por sua vez, relevar os seguintes pontos hermenêuticos seguros:

- (i) é respeitada a necessidade de uma avaliação casuística, a “*case by case assessment*”;
- (ii) é afastada a natureza automática das eventuais exclusões;
- (iii) não é conferida relevância decisiva à relação empresarial de domínio ou de grupo, por si;
- (iv) exigem-se “*indícios objetivos e fundados de que as referidas empresas tenham concertado as suas posições com vista a beneficiar, em prejuízo dos outros*”

²² RAIMUNDO, Miguel A., “Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da preposta e princípios gerais de contratação pública: de Assitur a *Specializuotas Transportas*, e mais além”, in *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL: Lisboa, 2020; cit., p. 117.



concorrentes, da sua posição”; (cf. Ac. STA 11-01-2011, proc. N.º 851/11)

Voltaremos à questão dos princípios da contratação pública como eventual parâmetro autónomo de exclusão. Uma solução que, como veremos, também não é isenta de dúvidas hermenêuticas, embora comece a posicionar-se em terreno favorável.

3. Os mesmos factos, diferentes regimes de valoração jurídica?

3.1. Tentemos, pois, desconstruir a alínea g), do n.º 2, do art.º 70.º, do CCP, que prescreve a exclusão de Propostas cuja análise revele “*A existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”. Os requisitos são cumulativos:

(i) *existência de fortes indícios;*

(ii) *de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência.*

Em primeiro lugar, o CCP exige *fortes indícios*. *Meros indícios* ou *simplesmente indícios* não são suficientes. São precisos *fortes indícios*. Não é uma mera questão semântica. Da análise da doutrina especializada e da jurisprudência prolatada sobre a questão, sobressaem critérios que postulam *uma extrema exigência* quanto à “fiabilidade do juízo que sustenta a exclusão: esta só pode ter lugar perante a existência de *fortes indícios* da verificação desses



“actos, acordos, práticas ou informações”²³.

Nos termos do número 4, do artigo 70.º, do CCP, existe o dever de comunicação à AdC nos seguintes casos:

- (i) exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea g) do n.º 2;
- (ii) existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenham dado origem à exclusão da proposta;

Ou seja:

- (1) havendo *fortes indícios*, no entendimento da entidade adjudicante, a Proposta deve ser excluída, limitando-se a comunicar à AdC essa mesma exclusão, após a mesma estar consumado;
- (2) havendo *apenas indícios*, a AdC deverá ser convocada e garantir meios eficazes de investigação. Uma vez que as suspeitas não poderão ser provadas antes do final do procedimento, não poderão dar origem à exclusão de uma proposta²⁴ (pelo menos, com esse fundamento). E se a Proposta for adjudicada e, mais tarde, a AdC concluir que houve colusão? Resta o recurso ao regime indemnizatório²⁵.

²³ SÁNCHEZ, Pedro F., *Direito da Contratação Pública, Vol. II*, AAFDL: Lisboa, 2020; cit., p. 276.

²⁴ *Idem, Ibidem*, p. 277.

²⁵ Cf. Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, Direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do



Perante o exposto, parece-nos que a formulação legal é dúbia e, ao invés do desiderato propalado pelo legislador, agrava a desarmonia entre os dois universos jurídicos. A intervenção da AdC na apreciação e apuramento dos fatos suscetíveis de configurar *indícios juridicamente relevantes* de práticas *anti-concorrenciais*, com relevância para o desfecho daquele procedimento, fica circunscrita aos casos em que os indícios são menos fortes ou, pelo menos, pouco evidentes. Não obstante estejam, supostamente, em causa a violação das regras do Direito da Concorrência.

Por um lado, cabe enaltecer a previsão de um dever de comunicação de quaisquer indícios de concertação ilegal, libertando as entidades adjudicantes da tarefa de proceder a “uma qualificação da consistência dos indícios”²⁶. Precisamente, porque muitas situações de infrações não são evidentes, “podendo ter na sua análise mecanismos complexos que exigem uma análise e investigação para a qual as entidades adjudicantes não estão, naturalmente, habilitadas”²⁷. Repare-se, porém, no *diabo escondido no detalhe*: pese embora se reconheça, sem qualquer

Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, e procede à primeira alteração à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, e à quarta alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, Lei de Organização do Sistema Judiciário

²⁶ MARQUES DE CARVALHO, Miguel “O risco de colusão em contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, *in Comentário à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL: Lisboa, 2018; cit., p. 108.

²⁷ *Idem*, *Ibidem*.



hesitação, a falta de habilitação das entidades adjudicantes para qualificar a consistência dos indícios para efeitos de comunicação e denúncia à AdC, o legislador optou, incongruentemente, por desvalorizar esse factor, impondo, mesmo assim, o dever de exclusão de operadores económicos dos procedimentos de contratação pública em resultado do julgamento efetuado por essas mesmas entidades adjudicantes. Isto é, as *entidades adjudicantes não estão, naturalmente, habilitadas* para qualificar se certos indícios são ou não fortes para serem denunciados à AdC (para que esta entidade possa investigá-los); curiosamente, porém, ninguém questiona, o poder de exclusão de propostas com base nessa mesma qualificação de indícios que essas *entidades adjudicantes não estão naturalmente habilitadas* para fazer.

Consequentemente, esta cláusula legal cauciona uma, indesejável, suscetibilidade de apreciação e valoração jurídica de factos semelhantes, da mesma natureza, em conformidade com regimes jurídicos diferentes, juízos esses que serão apurados por entidades diversas, com naturezas distintas e com efeitos diversos no procedimento. Em função de uma simples distinção entre *indícios e fortes indícios*, que fica inteiramente na disponibilidade das entidades adjudicantes, com relevância decisiva no procedimento, não obstante a reconhecida falta de habilitação para tal.

Na prática, perante os factos desfilados no procedimento, caberá às entidades adjudicantes decidir, direta ou indiretamente, se deve ou não a AdC intervir, em termos suscetíveis de influenciar o desenlace do processo, apesar de estarem em causa regras próprias do Direito da Concorrência. Dir-se-á que a distinção se justifica, precisamente, porque são precisos meios adicionais para investigar



indícios, meios importantes de investigação de que apenas a AdC dispõe²⁸. Contudo, à luz dos princípios, não é possível identificar uma justificação plausível para esta dualidade de órgãos competentes, perante os mesmos factos, atenta a remissão subjacente à alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, que se pretende que seja para as práticas restritivas de concorrência, previstas e reguladas no Direito da Concorrência.

Pela nossa parte, se necessário *de jure constituendo*, parece-nos, claramente, que a AdC deverá ser convocada sempre que seja necessária a valoração jurídica de factos suscetíveis de configurar *ilícitos jusconcorrenciais*, devendo o legislador prever uma forma cautelar de articulação com as entidades adjudicantes, eficaz e capaz de conciliar todos os interesses em causa. Essa é a leitura mais consentânea com a Diretiva, que pressupõe, e bem, condições mais exigentes de aplicação desta causa de exclusão, desvalorizadas pelo legislador português, como veremos.

3.2. Inexplicavelmente, porém, ainda que a título não vinculativo, é a própria Comissão Europeia que parece reforçar a incoerência do regime descrito. Na *Comunicação da Comissão Europeia sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar*

²⁸ Por exemplo, a possibilidade de proceder a buscas e apreensões, incluindo buscas domiciliárias, de conduzir inquirições e de requerer a apresentação de informações e de documentos, conforme elenca o autor - MARQUES DE CARVALHO, Miguel “O risco de colusão em contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Comentário à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL: Lisboa, 2018; p. 108.



*o respetivo motivo de exclusão (2021/C 91/01)*²⁹, sustenta-se que as autoridades adjudicantes não são obrigadas a dispor de provas de colusão num processo de adjudicação pendente, “uma vez que tal seria contrário à letra da Diretiva”³⁰. Consequentemente, a exigência de confirmação “de que o operador em causa atuou em colusão no processo de adjudicação pendente, através de decisão adotada por uma autoridade da concorrência ou de acórdão judicial, antes de a autoridade adjudicante poder excluir a proposta de acordo com o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), levanta dúvidas no que concerne à sua compatibilidade com a Diretiva, porquanto uma decisão desta natureza constitui, de facto, uma prova de colusão”³¹.

Efetivamente, em Acórdão recente, o TJUE frisou a necessidade de garantir que as condições de aplicação instituídas pelos Estados-Membros sejam compatíveis com os condicionalismos de prazos dos processos de adjudicação, “por forma a não privar as disposições da Diretiva da sua substância”³². No arsenal argumentativo expandido pela Comissão Europeia, “tal limitaria indevidamente os poderes conferidos às autoridades adjudicantes pela Diretiva para excluir um proponente com base em indícios de colusão suficientemente plausíveis, e não em provas”. Poderes esses que, como vimos, serão menos livres no caso do ordenamento

²⁹ Disponível:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)&from=EN)

³⁰ *Ibidem, Idem*; cit. p. 15.

³¹ *Ibidem, Idem*.

³² Cf. Acórdão do TJUE *Vert Marine*, de 11 de junho de 2020, no processo C-472/19.



jurídico português, pois a decisão de exclusão não é livre.

Independentemente, por ora, da razoabilidade da sobredita advertência, importa notar que, se o prazo para a investigação de *indícios* não preclui o recurso à AdC, por maioria de razão, o prazo necessário para a investigação/confirmação de *fortes indícios* será, pela natureza das coisas, mais reduzido, o que facilitaria, em parte, a compatibilização do regime com as preocupações confessadas *supra* pela Comissão Europeia. Ou seja, mais facilmente, no caso de *indícios fortes*, poderá a AdC, em princípio, formular um juízo decisivo sem pôr em causa os condicionalismos dos prazos dos processos de adjudicação.

Havendo *indícios fortes*, maior será a probabilidade de exclusão, pelo que, conseqüentemente, maior deverá ser o rigor e solidez dos fundamentos a invocar para erradicar a proposta do procedimento administrativo. Não obstante, na lógica do legislador português, são, precisamente, estes casos que são arredados do escrutínio prévio pela AdC, durante o procedimento.

Parece-nos que essa conclusão é, claramente, incompatível com a evidente necessidade legislativa de definir critérios objetivos de exclusão, para impedir decisões arbitrárias das entidades adjudicantes, eventualmente, favorecedoras de certos operadores económicos, por razões absolutamente alheias ao interesse público subjacente ao contrato que se pretende executar. Acresce que uma eventual alegação *leviana* de indícios de conluio, fundada em factos pouco rigorosos e meras suposições, poderá causar danos reputacionais e relevantes, irreversíveis, aos operadores visados, cujas Propostas são excluídas. O que, somado à facilidade com que as entidades adjudicante obtêm, atualmente, junto dos tribunais



administrativos, o levantamento do efeito suspensivo automático³³, leva a que, dificilmente, um ato ilícito de exclusão possa vir a ser revertido, atenta a execução em curso (ou entretanto consumada) do contrato. Sem prejuízo, naturalmente, da eventual compensação que possa ser devida ao operador cuja Proposta foi lícita ou ilicitamente excluída³⁴.

4. Os critérios decisivos: a efetiva autonomia e independência das Propostas

4.1. Quais são, então, os indícios atendíveis? O critério decisivo é a *efetiva autonomia* das propostas “e não a mera aparência de que aquela tenha sido (ou pudesse ter sido) postergada”³⁵.

O tão propalado acórdão do TJUE *Assitur* prescreve que o direito da União Europeia se opõe a uma disposição nacional que “*instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma*

³³ Artigo 103.º-A - Efeito suspensivo automático (CPTA)

4 - O efeito suspensivo é levantado quando, devidamente ponderados todos os interesses públicos e privados em presença, os prejuízos que resultariam da sua manutenção se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento.

³⁴ SÁNCHEZ, Pedro F., “Ressarcimento da lesão por interesse contratual positivo e negativo e por perda de chance nos procedimentos de contratação pública.”, in *Contencioso Pré-contratual*, Centro de Estudos Judiciários: Lisboa; pp: 107-123.

³⁵ AZEREDO, Joana, “A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência”, in *Revista Eletrónica de Direito*, Outubro 2016; p. 12.



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 influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso.”³⁶.

Na formulação do STA, *“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”³⁷. Sendo “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.”³⁸.*

A doutrina e a jurisprudência do TJUE têm sinalizado, e bem, o erro decorrente de exclusões baseadas em elementos meramente formais ou institucionais. Em grupos empresariais, é comum a coincidência entre titulares de cargos de administração das várias empresas do grupo. Tais coincidências configuram, porém, elementos institucionais que não prescindem de ser analisados à luz do dever de formulação autónoma das Propostas: *“Exemplos de escola são os da apresentação e estrutura gráfica da proposta, (...), aspetos cuja semelhança, se se verificar em empresas não ligadas*

³⁶ Cf. Acórdão do TJUE Assitur, Processo C-538/07, de 19/05/2009.

³⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 31 de março de 2011, Proc. n.º 017/11.

³⁸ Cf. Acórdão do STA, Proc. n.º 06517/10.



entre si até podem ter valor indiciário de práticas anti-concorrenciais (pois aí a semelhança não é explicável por outras razões que não o conluio) mas quando se trata de empresas do mesmo grupo, tem valor reduzido”³⁹.

4.2. Daqui resulta, inexpugnavelmente, a ilegitimidade de eventuais presunções elaboradas a partir de indícios desta natureza. Não é legítimo sufragar, por exemplo, a exclusão de uma Proposta com base na *mera presunção* de que a simples e formal proximidade entre empresas e administradores gera, necessariamente, a quebra do dever de confidencialidade, independentemente da autonomia material das propostas. Tal presunção equivale, logicamente, à admissibilidade da exclusão automática de Propostas que sejam apresentadas por empresas que se encontrem, formal ou materialmente, ligadas. Uma premissa absolutamente rejeitada pelo TJUE.

Por maioria de razão, não obstante a cautela expectável dos operadores jurídicos, impõe-se denunciar eventuais duplas presunções abstratas cuja legitimidade é ainda mais duvidosa: a partir de indícios (meramente formais) recolhidos no âmbito do procedimento, pelo Júri ou pelos Contrainteressados (que o Júri acolhe com maior ou menor escrutínio), presume-se (i) o conhecimento prévio e mútuo das propostas, isto é a quebra do dever de confidencialidade; (ii) do mero conhecimento das

³⁹ Cf. em geral, MOREIRA, João, “Cartelização em contratação pública: A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010; no mesmo sentido - Raimundo, Miguel (2020) “Empresas em relação de domínio ou de grupo...”, p. 126. cit., nota 79).



propostas, presumem-se atuações concertadas *anti-concorrenciais*. Esta dupla presunção assume um carácter ainda mais gravoso nos casos em que os indícios que a suportam são meramente formais, claramente desvalorizados pelo TJUE.

É o próprio TJUE que adverte, aliás, que poderão ocorrer casos em que, apesar da exigência de confidencialidade não ter sido implementada, o *standard* de autonomia decisória pode ser considerado cumprido⁴⁰. Efetivamente, é entendimento do TJUE, expresso no supra mencionado Acórdão *Lloyd's Kondon*, que: “39.(...) o simples facto de propostas como as que são objeto do processo principal terem sido assinadas pela mesma pessoa, a saber, o mandatário especial do representante geral da Lloyd's para Itália, não pode justificar a sua exclusão automática do concurso público em causa.

40. A distinção, feita pela Arcapal nas suas observações escritas, consoante a assinatura foi aposta no dossiê de candidatura aos processos de concurso ou nas próprias propostas financeiras é irrelevante. Com efeito, em qualquer dos casos, mesmo admitindo que implique que o mandatário especial e/ou o representante geral da Lloyd's tenham tomado conhecimento do teor das propostas, 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. (...)

41. Ao basearem-se na mera assinatura das propostas pelo

⁴⁰ Cf. Ac. TJUE *Lloyd's Kondon*, de 8 de fevereiro de 2018, ECLI:EU:C:2018:78.



mandatário especial do representante geral da Lloyd's para Itália para excluir os sindicatos, as decisões em causa presumiram a existência de uma concertação, sem que os sindicatos tenham tido a possibilidade de demonstrar que as respetivas propostas foram elaboradas de forma plenamente independente uma da outra.”⁴¹.

Fica claro que o mero conhecimento das propostas, proporcionado por força das circunstâncias, favorecido por uma identidade ou comunhão de administradores, os quais até podem ter assinado ambas as propostas, pode ser considerado “irrelevante”, “já que se resumia a um controlo meramente “notarial” das propostas”. Para o tribunal, o que foi considerado relevante foi o facto de “cada um dos agrupamentos concorrentes definir, de acordo com as suas próprias regras de funcionamento e estruturas decisórias, o conteúdo material das propostas”⁴².

Pode ler-se, no mesmo Acórdão do TJUE, que: “Por conseguinte, há que responder à questão submetida que os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação decorrentes dos artigos 49.º e 56.º TFUE e mencionados no artigo 2.o da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que não permite a exclusão de dois sindicatos da Lloyd's 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 para esse Estado-Membro, mas permite, em

⁴¹ Sublinhados nossos.

⁴² RAIMUNDO, Miguel A. (2020) “Empresas em relação de domínio ou de grupo...”, cit, p. 129.



contrapartida, excluí-los se se verificar, com base em elementos incontestáveis, que as suas propostas não foram formuladas de forma independente.”⁴³

Precisamente, como vimos, o que é relevante é que as Propostas cumpram, efetivamente, o *standard de autonomia decisória*, tendo sido materialmente elaboradas em completa independência, nos termos densificados pela jurisprudência e doutrina. Mesmo perante uma hipotética (quase) identidade da estrutura acionista e eventual partilha de administradores entre as duas empresas, não procede a presunção de que, em conformidade com a aparência, as propostas não terão sido, seguramente, apresentadas em condições de plena concorrência. Desde que os operadores atuem no mercado de modo autónomo, a coincidência de administradores (a título meramente exemplificativo) não é, à luz dos Princípios conformadores da Contratação Pública, um óbice à apresentação de propostas. Desde logo, essa similitude é absolutamente irrelevante em certos modelos de negócio.

5. Em especial, a concorrência entre marcas

5.1. A autonomia das propostas exigida, num contexto de proximidade entre potenciais concorrentes, sobressai, em especial, em certos setores de atividade em que *empresas materialmente próximas (mas formalmente distintas)* atuam como representantes de marcas. Uma prática comum, por exemplo, no sector dos

⁴³ Sublinhado nosso.



transportes, em que as empresas com conexões relevantes concorrem autonomamente - em concorrência uma com a outra; com condições e características distintas e adstritas a um dever específico de confidencialidade. Partilhando o mesmo propósito, legítimo, de proporcionar uma oferta diversificada.

A propósito do sector automóvel, ASSIS RAIMUNDO sublinha a possibilidade de empresas do mesmo grupo terem ofertas diferentes no mercado: *“a apresentação de ambas as empresas no mesmo procedimento, dirigido à aquisição de automóveis, não dá, à partida, qualquer outro sinal que não o de que ambas as empresas consideram existir, naquele procedimento, espaço para valorização da sua específica oferta, sendo improcedente qualquer presunção de conluio”* ⁴⁴.

Efetivamente, na prática comercial deste sector, existem acordos de confidencialidade com as marcas, encontrando-se vedada qualquer conduta que ponha em causa esses acordos ou que, naturalmente, possa lesar a concorrência entre marcas, não obstante a proximidade dos seus representantes. O que é suscetível de revelar, do que antecede, a autonomia e independência de atuação/preparação de cada Concorrente, para além da inexistência de quebra do dever de confidencialidade relevante para efeitos da aplicação deste regime. Afastando-se, *ab initio*, qualquer presunção da prática desses ilícitos jusconcorrenciais. Inexistindo, *nestes casos*, em princípio, condições jurídicas propícias à recondução das propostas a *uma única entidade do ponto de vista material*, estando perante *sociedades formalmente*

⁴⁴ *Ibidem, idem*. p. 126. cit., nota 79.



*independentes*⁴⁵.

5.2. A eventual exclusão de Propostas, neste contexto e com este fundamento legal, impede as marcas - que cada um dos Concorrentes representa no procedimento - de concorrerem autonomamente, pondo em causa certas formas complexas contemporâneas comuns de organização da realidade social das empresas, em que a ausência de direção unitária de empresas próximas configura, mais das vezes, o modelo de negócio atualmente mais viável: os concessionários e representantes de marcas.

O que torna, inelutavelmente, inadmissível a segunda presunção de que a relação empresarial entre os Concorrentes implica, necessária e automaticamente, *uma quebra do dever de confidencialidade juridicamente relevante* e que mesmo o eventual mero conhecimento das propostas – resultante, por exemplo, da identidade de administradores - é um forte indício de práticas concertadas que lesam as regras da concorrência.

A quebra de confidencialidade entre representantes de marcas, que querem concorrer autonomamente no âmbito de um procedimento, e os Concorrentes, não pode legitimamente fundar-se numa *mera presunção*, por sua vez, fundada em elementos exclusivamente formais. Não podendo excluir-se uma Proposta, exclusivamente, com base num mero conhecimento das Propostas, presumido a partir de uma comunhão de administradores.

⁴⁵ PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana (2010) “Os grupos de sociedades na contratação pública: em torno da jurisprudência europeia e nacional sobre a exclusão de propostas em concursos públicos”, in *RDS II* (2010), 3/4, 629-653, p. 631.



6. Das eventuais inconstitucionalidades a extrair da aplicação da cláusula legal de exclusão da alínea g, do n.º 2, do artigo 70.º

6.1. A aplicação imprudente da causa legal de exclusão *sub judicio* pode fundar-se, a título meramente exemplificativo, como vimos, em duplas presunções abstratas: a partir de indícios (meramente formais) recolhidos no âmbito do procedimento, pelo Júri ou pelos Contrainteressados (que o Júri acolhe com maior ou menor escrutínio), presume-se: (i) o conhecimento prévio e mútuo das propostas, isto é a quebra do dever de confidencialidade; (ii) do mero conhecimento das propostas, presumem-se atuações concertadas *anti-concorrenciais*. À entidade adjudicante caberia, apenas, enunciar tais indícios formais e, a partir daí, limitar-se a extrair conclusões; cabendo, eventualmente, ao operador suspeito demonstrar que não houve quebra do dever de confidencialidade (juridicamente relevante); que a eventual identidade de administradores dos dois concorrentes não impediu a elaboração autónoma das propostas; e que não atuaram concertadamente para lesar a concorrência. Esta dupla presunção, para além de não ser tolerada pelo TJUE, afigura-se constitucionalmente inadmissível, por várias razões.

6.2. Nos termos jurídico-constitucionais, a atuação dos operadores económicos concorrentes aos procedimentos de contratação pública encontra-se constitucionalmente protegida pelas liberdades de gestão, iniciativa privada e propriedade privada⁴⁶. Enquanto direitos fundamentais de natureza análoga⁴⁷,

⁴⁶ Cf. artigo 61.º, n.º 1, e artigo 62.º, n.º 1, ambos da CRP.

⁴⁷ Cf. artigo 17.º, da CRP.



beneficiam do mesmo regime de proteção dos direitos, liberdades e garantias⁴⁸, encontrando-se protegidos nos quadros definidos pela *Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*. Por conseguinte, qualquer interpretação normativa a extrair da sobredita cláusula legal de exclusão, num sentido legitimante da dupla presunção assinalada, configura uma restrição excessiva, inidónea e desproporcional das liberdades de gestão e de iniciativa privada, e do direito de propriedade privada⁴⁹.

Ostensivamente atentatória do princípio da proporcionalidade, porquanto não se revela um meio idóneo à prossecução dos fins aduzidos pelo legislador, pretensamente justificativos do normativo *sub judicio*. O juízo sobre a idoneidade requer a comprovação da *aptidão abstrata e adequação objetiva* de uma medida determinada para conseguir determinado objetivo, tendo em consideração as circunstâncias concretas, bem como a forma concreta e ajustada como é aplicada a medida para que não se persiga uma finalidade diferente da prevista pelo legislador. O *princípio da idoneidade ou da aptidão* exige que quaisquer intervenções restritivas “*sejam aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição ou, mais rigorosamente, que aquelas medidas devem contribuir para o alcançar de forma sensível.*”⁵⁰. O que significa, desde logo, que a alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, não pode ser interpretada num sentido suscetível de constranger ou limitar, desnecessária e desproporcionalmente, a concorrência

⁴⁸ Cf. artigo 18.º, da CRP.

⁴⁹ Cf. artigo 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, ambos da CRP.

⁵⁰ NOVAIS, Jorge R., *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Almedina: Coimbra; cit., p. 108.



em sede de Contratação Pública, em especial em procedimentos abertos como Concursos Públicos.

Sucedo que, na medida em que esta cláusula de exclusão seja invocada para salvaguardar as regras da concorrência, conduzindo, ao invés, a lesões da mesma, em especial em procedimentos abertos⁵¹, esse critério de decisão torna-se, fatalmente, inconstitucional. Implica uma restrição incompreensível do mercado e da concorrência, em clara lesão do interesse público subjacente ao contrato que se pretende celebrar e executar.

Pelo que, pelas razões aduzidas *supra*, será, ostensivamente, inconstitucional qualquer interpretação da alínea g), do n.º2, do artigo 70.º, segundo a qual a comunhão de administradores entre duas empresas que atuam no mesmo mercado e oferecem o mesmo tipo de produtos e serviços; o facto de terem a mesma sede e exercerem a sua atividade no mesmo local; de terem os mesmos contactos e o facto de as suas propostas apresentarem elementos gráficos e formais semelhantes configuram, *per se*, fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, para efeitos do mencionado preceito legal.

a) Discricionariedade, livre margem de decisão administrativa e falta de densidade normativa inconstitucional

6.3. Dir-se-á, por sua vez, que o júri do procedimento e entidade adjudicante dispõem de “*uma certa margem de discricionariedade*” na interpretação do conceito indeterminado “*fortes indícios de*

⁵¹ Como veremos.



atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência". Em última instância, estaríamos perante uma discricionariedade técnica que só exigiria uma intervenção "corretiva" do Tribunal, perante um qualquer erro grosseiro ou manifesto nessa apreciação.

Nota a jurisprudência que, para efeitos de sindicabilidade jurisdicional, cumpre distinguir a *margem de livre decisão administrativa no uso de poderes discricionários*, da chamada *discricionariedade técnica*. Sendo que é no âmbito da designada *discricionariedade técnica* que se considera que o controlo jurisdicional é circunscrito a casos de "*flagrante erro, ou seja, num erro que é tão manifesto, grosseiro ou patente, que não deixe margem para dúvidas que não se pode manter*."⁵². Neste contexto, o controlo judicial dos juízos periciais é considerado limitado, "*precisamente por estarem em causa conhecimentos técnicos especializados*" ou "*juízos técnicos ou juízos periciais, formulados por quem é detentor de um conhecimento especializado numa determinada área da ciência ou do conhecimento*"⁵³.

Sucede, porém, que se considerarmos que a cláusula legal *sub judicio* opera uma remissão para o direito da concorrência, pelo menos os critérios fundamentais subjacentes à densificação do conceito indeterminado nela inscrito não-de resultar, necessariamente, do regime jurídico da concorrência e respetivas regras, eventualmente aplicáveis ao caso, *ex vi* artigo 70.º, n.º2, alínea g), do CCP. O que preclude uma pretensa amplitude a

⁵² Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26-09-2019, Processo: 3291/15.9BESNT.

⁵³ *Ibidem*.



outorgar à *livre margem de decisão administrativa* na interpretação do sobredito conceito.

Sob pena de legitimar a atribuição de uma ampla livre decisão administrativa em matéria nuclear de Direito da Concorrência a órgãos que não dispõem de competências nessa matéria, liberdade essa que a ordem jurídica não reconhece. A Autoridade da Concorrência (AdC) é, no ordenamento jurídico português, a autoridade administrativa independente a quem compete *“assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores”*⁵⁴. Com a agravante de que essa livre margem de decisão administrativa na interpretação e aplicação das regras da concorrência, pretensamente a cargo das entidades adjudicantes, não seria acompanhada das mesmas garantias com que os eventuais suspeitos da prática dos mesmos ilícitos podem contar nos procedimentos específicos no âmbito da AdC.

6.4. Cumpre lembrar que a liberdade de iniciativa privada corresponde a uma liberdade, *“reconhecida como valor fundamental pela Constituição, que só por esta e pela lei pode ser integrado e delimitado (porque de um direito fundamental se trata, lei aqui significa lei parlamentar, objeto e reserva relativa).”*⁵⁵.

⁵⁴ Cf. artigo 1.º n.º 3, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência - DL n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

⁵⁵ FRANCO/António Sousa/MARTINS, Guilherme d'Oliveira (1993) A Constituição Económica Portuguesa: Ensaio Interpretativo, Almedina: Coimbra; p. 197;



Sendo um direito fundamental de natureza análoga, como vimos, goza do mesmo regime de proteção dos direitos, liberdades e garantias, designadamente a reserva de lei⁵⁶. O que postula que a regulação primária das intervenções restritivas de direitos, liberdades e garantias resulte, inelutavelmente, de ato legislativo. Por um lado, afirma-se o princípio da precedência da lei. Por outro, impõe-se realçar que a matéria de direitos, liberdades e garantias reclama uma reserva total de densificação normativa por ato legislativo, que se traduz na exigência de detalhes regulatórios que permitam antecipar a atuação administrativa.

A reserva impõe uma “prioridade exclusiva de regulação primária por parte de atos legislativos”⁵⁷, nalguns casos (na reserva absoluta e, na reserva relativa, seguramente, nos direitos, liberdades e garantias) traduzida numa exigência de *densificação total* por norma legislativa. Consequentemente, sendo uma reclamação específica dos direitos, liberdades e garantias, entre as matérias elencadas na reserva relativa⁵⁸, a *reserva de densificação total* por ato legislativo ou *reserva da subfunção legislativa do*

MIRANDA, Jorge (2012) *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora: Coimbra; p. 178.

⁵⁶ Cf. alínea b), do artigo 165.º, e artigos 17.º e 18.º, n.º 2 e n.º 3, todos da CRP.

⁵⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos, “Novidades em matéria da disciplina dos Regulamentos no Código de Procedimento Administrativo”, in *O Novo Código do Procedimento Administrativo*, Conferências do CEJ – 2014-2015, Centro de Estudos Judiciários, Outubro 2016; e-book disponível (última consulta dezembro 2021):

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:u1q2Le-L5zWJ:www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/cpa/Carlos_Morais.pdf+&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt

⁵⁸ Cf. Artigo 165.º, da CRP.



Estado contribui para a delimitação da extensão da reserva de lei exigível nos domínios qualificados, no sentido de uma *reserva material implícita de ato legislativo* ou *reserva parlamentar de densificação total de nível relativo*⁵⁹.

Efetivamente⁶⁰:

- (i) A lei parlamentar ou o ato legislativo autorizado não podem limitar-se a enunciados *incompletos, indeterminados ou imprecisos*, que impliquem que um outro órgão tenha de os preencher, através da edição de uma disciplina inovadora;
- (ii) Em consequência, a *reserva de densificação total* por ato legislativo condiciona a reserva de lei vertical ao paralisar eventuais ambições administrativas (mesmo regulamentares) mais ousadas;
- (iii) Em acréscimo, o recurso a conceitos indeterminados ou a quaisquer outras formas de atribuição expressa ou implícita de poderes de livre margem de decisão administrativa, na interpretação e aplicação das normas legais, deve ser excecional, reclamando redobrada vigilância em sede de controlo jurisdicional.

De tal forma que seria, claramente, inconstitucional a eventual interpretação do n.º2, do artigo 70.º, do CCP, no sentido de admitir que os júris dos Procedimentos de Contratação Pública dispõem de

⁵⁹ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Almedina: Coimbra, 2022; cit., p. 325

⁶⁰ BRÍZIDA CASTRO, Raquel, *Justiça Constitucional em Tempos de Emergência*, Almedina: Coimbra, 2022; p. 174.



uma ampla margem de livre decisão administrativa na interpretação do que são “fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”. E que a sindicabilidade jurisdicional desse conceito se circunscreve aos casos de erro grosseiro ou manifesto nessa apreciação. Ambas as interpretações referidas configurariam restrições inconstitucionais das liberdades de gestão e iniciativa privada, bem como do direito de propriedade privada, direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, por atentarem contra o respetivo regime de proteção⁶¹, designadamente os princípios da reserva de lei e da precedência de lei, princípio da proibição do excesso⁶² e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva⁶³.

6.5. Impõe-se concluir, em acréscimo, que a alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, é também inconstitucional, com os seguintes fundamentos:

a) a falta de densificação legislativa dos “*atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*” passíveis de configurar uma causa de exclusão ofende o princípio do Estado de Direito Democrático⁶⁴ e as respetivas garantias relativas à segurança jurídica, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos. Bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva⁶⁵;

b) constitui uma restrição claramente inconstitucional das liberdades de gestão e de iniciativa privada e da propriedade

⁶¹ Aplicável *ex vi* artigo 17.º, da CRP.

⁶² Cf. artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP.

⁶³ Cf. artigo 268.º, n.º 4, da CRP.

⁶⁴ Cf. art.º 2.º, da CRP.

⁶⁵ Cf. artigo 20.º, n.º 4, e 268.º, n.º 4, da CRP.



privada⁶⁶, por violação da reserva de lei e do princípio da precedência de lei⁶⁷, pela respectiva indeterminação e eventual irrazoabilidade, em preterição do princípio da proibição do excesso⁶⁸.

b) A alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP não altera a repartição do ónus da prova

6.6. Por fim, é possível sustentar-se que é aos concorrentes que cumpre ilidir uma qualquer eventual presunção do júri? Que, não obstante uma certa estrutura societária e a eventual similitude formal das propostas, não tiveram um conhecimento mútuo das propostas suscetível de quebrar o dever de confidencialidade e que não empreenderam uma atuação concertada para lesar a concorrência?

A resposta terá de ser, inevitavelmente, negativa. Admitir-se essa inversão do ónus da prova importaria consequências nocivas e imprevisíveis para o mercado e para a Contratação Pública. Dispõe o artigo 350.º, n.º 1, do Código Civil que *“quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz”*. Sucede que não existe nenhuma base legal para essa alegada presunção.

6.7. Existe um outro factor que nos parece preocupante. Para além de todas aquelas dificuldades jurídico-hermenêuticas – algumas mesmo indecifráveis - que a doutrina e a jurisprudência

⁶⁶ Cf. artigos 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da CRP.

⁶⁷ Cf. artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º1, alínea b, ambos da CRP.

⁶⁸ Cf. art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP.



salientam na aplicação desta cláusula, *supra* denunciadas, e o facto de o legislador pretender, aparentemente, converter os júris de contratação pública numa espécie de autoridades da concorrência *ad hoc*, sem os respetivos meios jurídicos e materiais de inspeção e fiscalização, corre-se o risco da multiplicação de exclusões ilícitas de Propostas, fundadas em decisões juridicamente periclitantes.

Com efeito, as regras para as quais se considera que a cláusula legal de exclusão remete são as previstas na Lei da Concorrência: é o artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, que especifica os *acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas* que a ordem jurídica proíbe, por as considerar *práticas restritivas da concorrência*. Tais condutas encontram-se, devidamente, tipificadas na lei, bem como os seus limites e eventuais justificações, por imposição do princípio da legalidade⁶⁹, porquanto a sua prática gera a aplicação de sanções contraordenacionais, nos termos da supracitada Lei da Concorrência.

Pelo contrário, surpreendentemente, e ao arrepio dos apelos da Comissão Europeia que referiremos *infra*, o CCP não descreve quais são as práticas suscetíveis de configurar “*atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”, não obstante pretenda efetivamente castigar os seus alegados autores. E a remissão para as regras da concorrência, subjacente à alínea g), do n.º 2, do art. 70.º, do CCP, encontra os obstáculos já descritos. Não seria congruente sustentar remissões parciais ou *a la carte* para um regime jurídico: recorde-se que, como vimos, a Lei da

⁶⁹ Cf. artigo 2.º do Regime Geral das Contraordenações.



Concorrência (cf. artigo 3.º, n.º 2) exclui a possibilidade de conluio, em sentido técnico, entre empresas do mesmo grupo.

Dir-se-á que a concretização dessas práticas pelos Concorrentes em procedimentos de contratação pública não convoca a aplicação do direito sancionatório público, o que neutralizaria o problema. As alegadas práticas são, contudo, sancionadas com a exclusão das Propostas dos seus pretendentes dos procedimentos de contratação pública, o que configura restrições muito importantes às já referidas liberdades de gestão e de iniciativa privada bem como ao direito de propriedade, direitos fundamentais constitucionalmente protegidos⁷⁰.

Contudo, a lei é omissa sobre o que considera serem esses indícios e no que concerne à tipificação das condutas suscetíveis de conduzir a essa sanção, respetivos limites e eventuais justificações. O que, para além de ser constitucionalmente duvidoso, impede, na prática, os Júri e as Entidades Adjudicantes de informarem os concorrentes suspeitos das práticas *anticoncorrência* que terão sido, alegadamente, praticadas por eles, ou sobre cuja prática existam suspeitas. O que, a admitir-se que o ónus da prova recaia sobre esses concorrentes (o que se rejeita), faria somar a uma *prova diabólica de factos negativos* a impossibilidade fática e jurídica de poderem exercer o seu direito de defesa e o contraditório. Como podem os Concorrentes demonstrar que não praticaram condutas suscetíveis de violar as regras da concorrência, se não lhes são imputadas condutas concretas?

Acresce que o CCP não prescreve, em nenhum lugar, que as

⁷⁰ Cf. artigos 61.º, nº 1 e 62.º, n.º1, ambos da CRP.



regras de repartição da prova devem ser objeto de inversão ou de qualquer alteração. Dispõe o artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil que *“aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”*. No Direito Administrativo, a regra não diverge⁷¹.

⁷¹ Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27-10-2010, proferido no âmbito do Processo 0978/09: “I - Em face do regime do ónus da prova no procedimento administrativo previsto no n.º 1 do art. 88.º do CPA (atual artigo 116.º, n.º 1, do CPA) apenas «cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado», sendo, conseqüentemente, sobre a Administração que recai o ónus da prova de factos que possam constituir obstáculos à satisfação das suas pretensões, bem como dos pressupostos da sua actuação.

II - Embora especialmente previsto para o procedimento administrativo, este regime sobre a repartição do ónus da prova deve ser aplicado também nos processos contenciosos de impugnação de actos administrativos, uma vez que vale nos processos judiciais a ponderação de equilíbrio subjacente àquele art. 88.º e não seria uma solução razoável valorar de formas diferentes as dúvidas sobre a matéria de facto quando está em causa a apreciação da mesma situação jurídica substantiva.

III - A sintonia entre as regras sobre o ónus da prova no procedimento administrativo e no processo judicial é imposta pela coerência valorativa e axiológica reclamada pelo princípio da unidade do sistema jurídico, que é o elemento primordial da interpretação jurídica (art. 9.º, n.º 1, do Código Civil).

IV - Assim, pelo facto de o interessado surgir no processo de impugnação contenciosa numa posição em que vem invocar vícios de um acto administrativo, não se lhe deve imputar o ónus de prova de factos que não tinha de provar no procedimento administrativo, designadamente o de provar que não se verificam os pressupostos que justificam que Administração actuasse como actuou, pressupostos esses cuja prova competia a esta demonstrar no procedimento administrativo.



Por sua vez, a violação das regras da concorrência (alegadoamente, subjacentes à alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP) convoca a aplicação do direito sancionatório público, através do Regime Geral das Contraordenações. Neste contexto, tem sido arguido que o ónus da prova, em relação à existência de uma violação das regras de concorrência, incumbe à autoridade que alega a referida violação, estando igualmente o acusado isento do ónus de ter de provar a sua própria inocência⁷². O que tornaria incompreensível que, em contexto de contratação pública, perante o Júri de um procedimento ou uma entidade adjudicante, se sustente a inversão ou alteração do regime da distribuição do ónus da prova, quando é, precisamente, a violação das mesmas regras de concorrência que está, supostamente, em causa. Sem prescindir das objeções que a mera possibilidade de o júri aplicar essas regras suscita e das considerações finais que formularemos *infra*.

6.8. Face ao exposto, parece-nos que serão, inexoravelmente, inconstitucionais quaisquer interpretações da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, segundo as quais:

- (a) o júri não tem o dever de informar os Concorrentes sobre quais os “atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência” que lhes são imputados para fundamentar as respetivas propostas de exclusão do procedimento, por atentar contra o dever de

V - Por isso, impõe-se a aplicação analógica ao contencioso administrativo daquele regime de repartição do ónus da prova no procedimento administrativo.” – Sublinhado nosso.

⁷² Nos termos do artigo 32.º, n.º 2, da CRP e 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).



fundamentação dos atos administrativos⁷³ e contra os respetivos direitos ao contraditório e de defesa, bem como o princípio constitucional do processo equitativo⁷⁴;

- (b) o júri não tem o dever de informar os Concorrentes sobre as regras de concorrência suscetíveis de ser falseadas pelos *“atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”* imputadas aos Concorrentes para fundamentar as respetivas propostas de exclusão do procedimento, por atentar contra o dever de fundamentação dos atos administrativos⁷⁵ e contra os respetivos direitos ao contraditório e de defesa, bem como o princípio constitucional do processo equitativo⁷⁶;
- (c) o Júri não tem o dever de provar os *“atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”* cuja prática ou suspeita imputa aos Concorrentes para fundamentar as respetivas propostas de exclusão, bem como a suscetibilidade de essas condutas falsearem as regras de concorrência no procedimento, por violar o dever de fundamentação dos atos administrativos⁷⁷ e contra os respetivos direitos ao contraditório e de defesa, bem como o princípio constitucional do processo equitativo⁷⁸.

⁷³ Cf. artigos 152.º, n.º1, alínea c), do CPA e artigo 268.º, n.º 3, da CRP.

⁷⁴ Cf. artigo 20.º, n.º 4, da CRP.

⁷⁵ Cf. artigos 152.º, n.º1, alínea c), do CPA e artigo 268.º, n.º 3, da CRP.

⁷⁶ Cf. artigo 20.º, n.º 4, da CRP.

⁷⁷ Cf. artigos 152.º, n.º1, alínea c), do CPA e artigo 268.º, n.º 3, da CRP.

⁷⁸ Cf. artigo 20.º, n.º 4, da CRP.



7. Tópicos reconstrutivos

7.1. Atentas as idiosincrasias jurídicas descritas, a doutrina majoritária tende a recusar a exclusão de Propostas apresentadas por *sociedades próximas* no mesmo procedimento com fundamento na cláusula legal de exclusão da alínea g, n.º 2, do artigo 70.º, do CCP. A alternativa aduzida reside na consideração da eventual concertação de propostas entre Concorrentes como uma violação dos princípios da contratação pública, sobretudo das regras de transparência e da igualdade de tratamento, mesmo na ausência de uma específica norma legal ou procedimental a prever essa causa de exclusão⁷⁹. Perante práticas de conluio insuscetíveis de serem enquadradas em *ilícitos jus-concorrenciais*, sustenta-se a convocação do artigo 55.º, n.º 1, alínea j), do CCP, ainda que se reconheça algum *esforço interpretativo* subjacente a tal solução⁸⁰. Efetivamente, o CCP prevê, como causa de exclusão de propostas, a hipótese residual de a adjudicação atentar contra regras legais e regulamentares, nos termos previstos na alínea f), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP. O que conjugado com os princípios gerais da contratação pública, consagrados no artigo 1.º-A, n.º1, do CCP, legitima o mesmo desfecho hermenêutico⁸¹, corolário da relevância autónoma dos princípios jurídicos da contratação pública. Uma solução que já foi sufragada pelo TJUE, em termos que dispensam a

⁷⁹ GONÇALVES, Pedro C., “Direito dos Contratos...”, p. 698. (vide a jurisprudência citada pelo autor)

⁸⁰ RAIMUNDO, Miguel A., “Empresas em relação de domínio ou de grupo...”, p.135.

⁸¹ Idem, Ibidem.



convocação do artigo 101.º do TFUE⁸², neutralizando, em princípio, a inquietação que resulta do recurso ao acervo *jus concorrencial*.

Neste conspecto, convém notar a relevância do tipo de procedimento em causa, porquanto a incidência do próprio princípio da concorrência é ajustável. Em procedimentos pré-contratuais abertos⁸³, os concorrentes que façam parte da mesma empresa ou que pertençam a sociedades com conexões relevantes podem apresentar propostas diversas no mesmo procedimento pré-contratual, “à luz dos princípios «*favor participationis*»; da concorrência; da transparência; da igualdade de tratamento e da não discriminação”⁸⁴., em conformidade com os acórdãos *Assitur* e *Lloyd of London*. Com efeito, o facto de os concorrentes pertencerem a um mesmo grupo empresarial pode, em si, ser juridicamente irrelevante, havendo que verificar se, em face das circunstâncias concretas, essa relação teve *uma efetiva influência sobre o conteúdo das propostas* submetidas ao mesmo procedimento. Sublinha-se que, neste tipo de procedimentos, “o princípio da concorrência é assumido de forma plena, do que resulta que a exclusão de concorrentes apenas seja admissível caso

⁸² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2018, «Specializuotas transportas», EU:C:2018:324.

⁸³ Por oposição a procedimentos pré-contratuais de acesso limitado, “onde a limitação é imposta *ope legis* (v.g. no concurso público por prévia qualificação) ou pela entidade adjudicante (v.g. no convite ou no programa do procedimento) e tem por objectivo assegurar que os concorrentes que se apresentam no procedimento se encontram, entre si, num determinado level playing field que procura, de alguma forma, nivelar a capacidade destes para a apresentação de propostas.” – RODRIGUES, Nuno Cunha, “O conceito de concorrente...”; cit. p 252.

⁸⁴ *Idem, Ibidem*, cit. p. 251.



se verifique, com base em elementos incontestáveis, que as propostas não foram formuladas de forma independente”⁸⁵. Corroborando-se a natureza excecional das exclusões.

7.2. Há que advertir, porém, que a solução de recurso aos princípios gerais da contratação pública, advogada pela doutrina, exhibe contornos ainda precários. Em seu favor, embora suscitando outro tipo de questões atinentes à prova⁸⁶, o TJUE já se pronunciou, no contexto do artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE⁸⁷, segundo o qual

⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁶ Diretiva 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.

⁸⁷ “O artigo 2.º 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, deve ser interpretado no sentido de que:

- na falta de uma disposição normativa expressa ou de uma condição específica no anúncio de concurso ou no caderno de encargos que regule as condições de adjudicação de um contrato público, os proponentes interligados, que apresentem propostas separadas no mesmo procedimento, não são obrigados a declarar à entidade adjudicante, por sua própria iniciativa, as suas ligações.
- a entidade adjudicante, quando disponha de elementos que ponham em causa o caráter autónomo e independente das propostas apresentadas por certos proponentes, é obrigada a verificar, se necessário exigindo a esses proponentes informações suplementares, se as suas propostas são efetivamente autónomas e independentes. Caso se conclua que as propostas não são autónomas e independentes, o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 opõe-se à adjudicação do contrato aos proponentes que tenham apresentado tais propostas.” – *Ibidem*.



«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.»

Neste contexto, porém, a prova das infrações aos princípios estruturantes da contratação pública poderá, porventura, ser mais exigente, atenta a respetiva estrutura normativa e o facto, cumulativo, de não podem bastar meras hipóteses ou suscetibilidades. Por um lado, nos termos do Acórdão *supra* citado, *“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 proponentes informações suplementares, se as suas propostas são efetivamente autónomas e independentes.”*. Sendo que *“na falta de uma disposição normativa expressa ou de uma condição específica no anúncio de concurso ou no caderno de encargos que regule as condições de adjudicação de um contrato público, os proponentes interligados, que apresentem propostas separadas no mesmo procedimento, não são obrigados a declarar à entidade adjudicante, por sua própria iniciativa, as suas ligações”*.

7.3. Por outro lado, parece-nos indispensável que os Concorrentes suspeitos tenham de ter atuado no procedimento em termos suscetíveis de prejudicar a concorrência, na vertente dos princípios da igualdade e da transparência. As alegadas práticas de conluio terão de ter influenciado, de alguma forma, as propostas submetidas e, através disso, lesado a concorrência.

A jurisprudência nacional tem apurado, de resto, as suas demandas demonstrativas, exigindo que as supostas condutas



tenham, no caso, lesado, efetivamente, a concorrência: “*E foi também essas situações que o CCP visou evitar, tendo consagrado a existência de fortes indícios, que não significa outra coisa que não a detecção da existência de situações, no caso concreto, que tenham prejudicado efectivamente a concorrência. Esse prejuízo tem, pois, que resultar do real comportamento dos concorrentes no âmbito do concurso, não podendo resultar de meras hipóteses ou probabilidades. Tem que resultar de uma concertação, no caso concreto, susceptível de falsear as regras da concorrência.*”⁸⁸.

7.4. Não obstante o exposto, MIGUEL RAIMUNDO ainda admite a mobilização da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, para as “práticas de conluio que sejam como tal consideradas à luz do direito da concorrência *stricto sensu*”⁸⁹. O que parece contrariar todos os fatores expostos *supra*, os quais desaconselham, claramente, o recurso a esta cláusula, pelo menos enquanto se mantiver a sua débil densidade normativa. O problema, relevante para os procedimentos de contratação pública, não é a subsunção de certos factos no conceito jurídico de *práticas restritivas da concorrência*, porquanto tais práticas hão-de ser apreciadas pela AdC nos termos gerais do Direito da Concorrência. O que torna esta cláusula incapacitante é a articulação dissonante, mesmo disruptiva, entre os dois Direitos, factor que tem sido desprezado pelo legislador português. Porque, se é verdade que a intervenção da AdC em matéria de colusão “se pode revelar fundamental,

⁸⁸ Acórdão do TCA Sul, datado de 26.11.2015 Proc. n.º 12542/15.

⁸⁹ RAIMUNDO, Miguel A., “Empresas em relação de domínio ou de grupo...”; cit., p.135.



detetando e reprimindo a concertação ilegal”⁹⁰, precisamente, “mobilizando o direito da concorrência”⁹¹, na prática atual, como vimos, os termos em que se encontra prevista essa atuação em procedimentos de contratação pública é, seguramente, problemática e estimuladora de insegurança jurídica. Pondo em causa, ao invés do pretendido, o exercício da função fiscalizadora e sancionatória cometida à AdC para prevenção e repressão da colusão ilegal em procedimentos de contratação pública”⁹².

Parece-nos, efetivamente, que a falta de critérios objetivos sobre os pressupostos e requisitos da sobredita cláusula, suscetíveis de garantir uma aplicação uniforme e coerente do regime propugnado pelas Diretivas, e a indefinição da articulação necessária entre a entidade adjudicante e a Autoridade da Concorrência, são fatores que favorecem eventuais exclusões arbitrárias, ostensivamente responsáveis pela conversão de boas intenções num regime vago e ambíguo, mesmo suscetível de colidir com a Constituição. São tópicos que esboçámos no início do presente artigo.

É a própria Comissão Europeia, na já citada Comunicação, que vem propor um conjunto de orientações (não vinculativas)⁹³ no

⁹⁰ MARQUES DE CARVALHO, Miguel “O risco de colusão em contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Comentário à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL: Lisboa, 2018; cit., p. 90.

⁹¹ *Idem, Ibidem*, cit. p. 91.

⁹² *Idem, Ibidem*, cit. p.90.

⁹³ A presente secção da comunicação enuncia as opiniões não juridicamente vinculativas da Comissão sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão previsto no artigo 38.o, n.o 7, alínea e), da Diretiva 2014/23/UE, no artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/EU e no artigo 80.º, n.º1, da Diretiva



sentido de melhorar a cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e a AdC, bem como prever a possibilidade de os Estados-Membros elaborarem normas ou diretrizes nacionais para definirem aquilo que as autoridades adjudicantes podem considerar *indícios suficientemente plausíveis* para efeitos da aplicação do motivo de exclusão. Tarefas cuja inércia se torna ainda mais gravosa, porquanto o legislador português optou por obrigar as autoridades adjudicantes a aplicarem o motivo de exclusão *sub judicio*, não obstante a sua natureza facultativa à luz da Diretiva, privando-as da margem de discricionariedade que lhes é reconhecida na decisão de exclusão. Pelo que deverão as entidades adjudicantes excluir um proponente do processo de adjudicação se tiverem indícios de *colusão* suficientemente plausíveis.

Com efeito, o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva, não esclarece, nem deixa implícito, o que pode ser classificado como um indício ou de que modo um indício pode ser considerado suficientemente plausível para excluir o proponente. Precisamente,

2014/25/UE. Centra-se em questões específicas que se colocam aos Estados-Membros na aplicação das diretivas e aos funcionários responsáveis por concursos na apreciação das propostas durante processos de adjudicação. Estas opiniões não prejudicam as competências dos Estados Membros no que toca à transposição e aplicação das diretivas e não implicam a criação de novas regras ou obrigações. Apenas o Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado por «Tribunal») tem poderes para dar uma interpretação juridicamente vinculativa das disposições do direito da União referidas na presente comunicação.” - *Comunicação sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão* (2021/C 91/01); cit. p. 9.



porque a intenção visível do legislador da UE “terá sido permitir às autoridades adjudicantes apreciar, em cada caso, se são cumpridas as condições para excluir um proponente pelo motivo em apreço, sem ser demasiado prescritivo”⁹⁴.

Uma tal liberdade de decisão administrativa quanto à decisão de exclusão e, concomitante e logicamente, quanto à densificação normativa do conceito de *indício plausível* já não é possível, conforme ressalva a CE, “quando a legislação nacional exigir que as autoridades adjudicantes excluam o proponente”⁹⁵. Precisamente, a legislação portuguesa.

Raquel Brízida Castro

⁹⁴ *Comunicação sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão (2021/C 91/01); cit. p. 13.*

⁹⁵ *Idem, Ibidem.*