

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira**
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale**
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas**
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões**
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues**
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro**
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem**
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes**
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia**
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras

The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments

Marco Caldeira^{* **}

Resumo: A colusão entre concorrentes é o principal (embora não o único) problema jus-concorrencial que se suscita nos procedimentos de contratação pública, o que justifica amplamente a atenção que lhe tem sido dedicada pela doutrina, pela CE e pela AdC, sendo a sua relevância comprovada também pela frequência com que a jurisprudência europeia e nacional tem sido chamada a pronunciar-se sobre o tema.

Embora a participação de entidades especialmente relacionadas entre si (*linked undertakings*) não seja proibida *de per se* e não envolva, sequer, uma presunção de concertação,

Abstract: Collusion between bidders is the main (although not the only) anti-competitive problem that may arise in public procurement procedures, which explains the attention it has received from academics, the European Commission and the Competition Authority; its relevance is further highlighted by the significant number of cases ruled by the ECJ and Portuguese courts in this matter. Although the participation of linked undertakings in the same public procurement procedure is not forbidden *per se* and does not even raise a suspicion of anti-competitive behavior, the connections between different

* Doutor em Direito; Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigador do Centro de Investigação de Direito Público; Advogado.

** Embora o Autor destas linhas nunca tenha sido aluno do Professor Doutor OLIVEIRA ASCENSÃO, a verdade é que, como tantos e tantos milhares de juristas, o seu primeiro contacto com o mundo do Direito se deu através das páginas do seu incontornável manual *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, tendo depois, ao longo da licenciatura, voltado a ter contacto com outras obras de referência do Ilustríssimo Mestre de Lisboa, especialmente nas matérias de Teoria Geral do Direito Civil e dos Direitos Reais.

Uma das diversas áreas do conhecimento jurídico que beneficiou da atenção de Oliveira Ascensão foi – aliás, de forma decisiva no panorama nacional – o Direito da Concorrência. Foi isso que motivou a escolha do tema do presente artigo, pelo qual o Autor modestamente se associa à justíssima homenagem agora promovida pela *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*.

a verdade é que os vínculos entre concorrentes suscitam problemas próprios, a que o Direito não pode ser alheio.

Visando eliminar (a possibilidade de surgimento d) o problema nos procedimentos pré-contratuais “por convite” – de longe, os mais frequentemente adoptados em Portugal –, a Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, veio estabelecer uma proibição de participação de “entidades especialmente relacionadas” nos ajustes directos e consultas prévias. Contudo, apesar das boas intenções que lhe estão subjacentes, o novo figurino legal não é isento de dúvidas e deverá ser interpretado com cautela, sob pena de a sua aplicação conduzir a resultados extremos e indesejáveis.

Palavras-chave: contratação pública; concorrência; conluio; empresas especialmente relacionadas; exclusão de propostas.

companies trigger several problems on their own, which shall be addressed by the Law. In an attempt to avoid such a problem in public procurement procedures without public notice – which are the most commonly adopted in Portugal –, Law no. 30/2021, of 21st May, made the simultaneous participation of linked undertakings in direct award and prior consultation procedures inadmissible.

However, regardless of its well-intentioned purposes, the new legal framework is not uncontroversial and shall be carefully interpreted, otherwise it may lead to highly undesirable outcomes.

Keywords: public procurement; competition; bid-rigging; linked undertakings; exclusion of bids.

Sumário: I. Introdução; II. A colusão entre concorrentes, em geral; III. Em especial, a participação de operadores “especialmente relacionados” entre si; III.1. A discussão, em geral; III.2. A alteração legislativa de 2021 relativamente aos procedimentos “por convite”; IV. Conclusão.

I. Introdução ***

1. São conhecidas as ligações da contratação pública à concorrência: não apenas enquanto *princípio* jurídico, mas também enquanto *ramo do Direito*, destinado a disciplinar os comportamentos dos agentes económicos no mercado. O que se compreende facilmente, já que, em certo sentido, cada procedimento pré-contratual,

*** Indicam-se de seguida, por facilidade, as principais abreviaturas utilizadas ao longo do presente artigo: AdC – Autoridade da Concorrência; CCP – Código dos Contratos Públicos; IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.; STA – Supremo Tribunal Administrativo; TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte; TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

em si mesmo, é (ou abre) um mercado¹; ora, se assim é, então importa naturalmente assegurar que, mesmo nesse universo “micro”, delimitado em função do contrato que concretamente se encontra em disputa, os respectivos participantes actuam numa óptica concorrencial, sem concertarem estratégias que visem a diminuição do *best value for money* que as entidades adjudicantes procuram obter. Como já foi afirmado, é o princípio da concorrência, que se reporta à própria função do concurso público e constitui um corolário do princípio da igualdade, que exige que “todos os concorrentes ao concurso sejam opositores entre si”².

A *colusão* entre operadores económicos é assim o principal (mas não o único) problema jus-concorrencial suscitado em procedimentos de contratação pública³, como o evidenciam a atenção que desde sempre suscitou⁴ e que bem recentemente voltou a ser-lhe dedicada pela doutrina (tanto a estrangeira⁵ como a nacional⁶) e pela Comissão Europeia⁷, além da própria AdC⁸.

¹ Neste sentido, leia-se PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, página 25: “cada procedimento de adjudicação que uma entidade pública inicia corresponde, de certo modo, à criação de um mercado, em que há um determinado bem em disputa (o contrato a celebrar) e um conjunto, mais ou menos amplo, de agentes em competição por aquele bem”.

² Na expressão do TCAS, no seu Acórdão de 25.30.2010, processo n.º 05806/09 (que, tal como as demais decisões da jurisdição administrativa citadas ao longo do texto, se encontra disponível em www.dgsi.pt).

³ Não o único porque, evidentemente, há outros comportamentos susceptíveis de fazer perigar a concorrência no procedimento, como, por exemplo, a assessoria à entidade adjudicante na elaboração das peças procedimentais, hoje acolhida como impedimento pelo artigo 55.º, n.º 1, alínea *i*) do Código dos Contratos Públicos, quando tal assessoria “lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência”.

Enfatizando o potencial anti-concorrencial que está na origem da consagração deste impedimento, cf. RAQUEL SAMPAIO, “Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública”, in AA.VV., *Estudos de Contratação Pública – IV* (org. Pedro Costa Gonçalves), Coimbra, 2013, páginas 487 e seguintes.

⁴ Cf., para uma visão panorâmica, já há uma década, LUÍS D. S. MORAIS e NUNO CUNHA RODRIGUES, “Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas”, in AA.VV., *Contratação Pública e Concorrência* (org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró), Almedina, Coimbra, 2013, páginas 86 a 116.

Ou também o estudo de ALICE ROCHA DA SILVA e RUTH M. P. SANTOS, “As práticas restritivas da concorrência no mercado de contratação pública europeu”, in *Revista de Direito Internacional*, Volume 13, n.º 1, Brasília, 2016, páginas 248 a 265, além de todos os demais que adiante serão citados no texto.

⁵ Cf. KATARZYNA KUŹMA e WOJCIECH HARTUNG, *Combating Collusion in Public Procurement – Legal Limitations on Joint Bidding*, Elgar European Law and Practice series, 2020, bem como PENELOPE GIOGA, “The Development and Critical Junctures of EU Public Procurement Rules Vis-à-Vis the Prevention of Bid Rigging”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Volume 16, 2021, Issue 1, páginas 39 a 51.

O presente texto incidirá, por isso, sobre este problema, começando por uma abordagem preliminar os comportamentos colusivos dos concorrentes em geral e passando depois, com mais detalhe, para a (sub-)vertente mais específica dos concorrentes em relação de grupo, que continua a suscitar questões muito próprias e que recentemente conheceu desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais interessantes, dos quais se dará nota.

⁶ Cf. GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, “A contratação pública no Direito da Concorrência: estudo de novas evidências e tendências”, in AA.VV., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira), Volume I, 5.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, páginas 105 a 104, bem como, na mesma obra colectiva, MIGUEL MARQUES DE CARVALHO, “O risco de colusão em Contratação Pública: a intervenção da Autoridade da Concorrência e o Código dos Contratos Públicos”, páginas 141 a 170.

⁷ Cf. a *Comunicação* da Comissão Europeia *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)*, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, C 91, de 18 de Março de 2021.

Sobre esta Nota, cf. KATARZYNA KUŹMA e WOJCIECH HARTUNG, *Combating Collusion...*, cit., páginas 110 a 124, bem como ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *The EU Commission publishes its Notice providing tools on how to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground* (disponível em www.concurrences.com), e, entre nós, JOAQUIM CAIMOTO DUARTE, e RUI MESQUITA GUIMARÃES, “Há concorrência e concorrência em contratação pública – uma primeira abordagem à recente comunicação da Comissão Europeia (2021/C 91/01)”, in *Revista Regulação & Concorrência*, Ano XIII, n.º 45, Janeiro/Março de 2021, páginas 145 a 150.

⁸ Que, ainda não há muito tempo, teve oportunidade de reafirmar que “[o] combate aos cartéis, incluindo no contexto da contratação pública, continua a merecer a prioridade máxima da atuação da AdC” (cf. o *Comunicado 12/2021*, de 19.07.2021, disponível em www.concurrencia.pt). Mais recentemente ainda, no documento *Concorrência e poder de compra em tempos de inflação*, de Agosto de 2022, a AdC lembrou ter posto em prática “iniciativas para sensibilizar as entidades adjudicantes para os benefícios da concorrência e para os custos e sinais de conluio nos concursos públicos”, com vista a sensibilizar “as entidades adjudicantes para os elevados custos do conluio, para os principais sinais de conluio que devem servir de alerta, bem como para um conjunto de boas práticas no desenho de procedimentos de contratação pública”, tendo a sua intervenção, em 2021 e 2022, incidido particularmente “nas áreas de investimento alvo previstas no plano de recuperação e resiliência, nomeadamente saúde e infraestruturas” (cf. página 7 deste documento, disponível em www.concurrencia.pt).

Por último, sobre o papel e as iniciativas desta Autoridade, cf. a intervenção da sua actual Presidente, MARGARIDA MATOS ROSA, “Benefícios da concorrência na contratação pública”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 4, Julho-Dezembro de 2022, páginas 7 a 17.

Considerando “essencial a estratégia de advocacy junto das entidades adjudicantes que tem sido seguida pela Autoridade da Concorrência, nomeadamente através da campanha de combate ao conluio na contratação pública que segue recomendações da OCDE neste domínio”, cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, “Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?”, in *Revista Regulação & Concorrência*, Ano VIII, n.º 32, Outubro/Dezembro de 2017, página 142, IDEM, *Contratação Pública e Concorrência (Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina)*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, página 131.

II. A colusão entre concorrentes, em geral

2. As preocupações em assegurar a observância das regras da sã concorrência entre participantes num procedimento de contratação pública não são recentes, remontando, pelo contrário, há várias décadas, encontrando-se consagradas nos sucessivos regimes de empreitadas de obras públicas: assim, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, proibia “todos os actos ou acordos susceptíveis de falsear as condições normais de concorrência”, dispondo que deveriam “ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas como sua consequência” (n.º 1) e devendo tal facto ser comunicado, pelo dono da obra, à Direcção-Geral de Concorrência e Preços (n.º 3); se, porém, um acto ou acordo lesivos da concorrência tivessem conduzido à adjudicação de uma empreitada e só fossem detectados em momento posterior, a execução do contrato deveria, em princípio, ser suspensa, salvo se a autoridade competente decidisse fundamentadamente de outro modo (n.º 2). Regime similar seria depois reiterado no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março, e no artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

É, pois, sem quaisquer surpresas que essa solução continua hoje a ter acolhimento no quadro legal vigente, aplicando-se, não apenas às empreitadas de obras públicas, mas a todos os contratos públicos, em geral. Assim, o artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP⁹ estabelece hoje que devem obrigatoriamente ser “excluídas as propostas cuja análise revele: (...) [a] existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência”¹⁰ – numa solução que, diga-se, embora apenas se encontre expressa e formalmente prevista quanto às *propostas*, parece dever ter aplicação *transversal* ao longo de todo o procedimento de contratação pública¹¹.

⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e já sujeito a múltiplas alterações, a última das quais através do Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de Novembro.

Particularmente importante para o tema que nos ocupa foi a Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, a cujo regime se fará referência mais adiante.

¹⁰ Sobre esta cláusula de exclusão, na bibliografia geral Portuguesa, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, página 941, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 2020, páginas 275 a 278, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Volume I, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, páginas 869 e 870, e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Volume 1, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, páginas 470 e 471.

¹¹ Assim, se, por exemplo, logo na fase de apresentação de soluções, num procedimento de diálogo concorrencial, o júri detecta indícios de conluio entre os participantes, deve desde logo propor a

Embora, naturalmente, a questão não fosse anteriormente desconhecida pelo Direito Europeu, foi só em 2014 que os ilícitos anti-concorrenciais passaram, pela primeira vez¹², a estar expressamente consagrados nas Directivas europeias sobre contratação pública: veja-se, paradigmaticamente, o disposto no artigo 57.º, n.º 4, alínea *d*) da Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, onde se prevê a possibilidade de exclusão de uma proposta “[s]e 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”¹³. Naturalmente, a transposição destas Directivas conduziu a que os diversos Estados-membros acolhessem esta causa de exclusão, a qual, por conseguinte, não é naturalmente exclusiva do Direito Português¹⁴.

3. Em suma, perante o exposto, “[a] forte presunção de conluio verificada relativamente a dois dos muitos concorrentes de um concurso público tem como consequência a rejeição de ambas as propostas”¹⁵.

De sublinhar que, além de a exclusão de quaisquer propostas com este fundamento dever ser comunicada à AdC, também deve sê-lo a mera existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, mesmo que não tenham dado origem à exclusão da proposta¹⁶ (artigo 70.º, n.º 4 do CCP) – ainda que a lei não estabeleça, nem um

exclusão das soluções apresentadas (cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Volume 1, cit., página 470, nota 926).

Como já há muito tempo vem assinalando PEDRO COSTA GONÇALVES, a consequência da violação de normas de Direito da Concorrência deveria ser, não a da exclusão das propostas, mas sim a da “exclusão de concorrentes” ou de “impedimento à adjudicação”: cf. “Concorrência e contratação pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2012, página 514, nota 133.

¹² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da proposta e princípios gerais da contratação pública: de *Asitur* a *Specializuotas Transportas*, e mais além”, in AA.VV., *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (16-17 de Maio de 2019, FDUL) – Actas da Conferência* (coord. Miguel Assis Raimundo), AAFDL Editora, Lisboa, 2020, página 92.

¹³ Sobre esta causa de exclusão na “Directiva Contratos Públicos”, cf. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Volume I, 3rd edition, Sweet&Maxwell, London, 2014, páginas 1267 e 1268, bem como PASCAL FRITON e JANIS ZÖLL, “Article 57 – Exclusion Grounds”, in AA.VV., *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU* (ed. Roberto Caranta and Albert Sánchez Graells), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021, páginas 613 a 615.

¹⁴ Por exemplo, para uma análise da cláusula análoga consagrada no ordenamento vizinho, cf. ALEJANDRO HUERGO LORA, “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, enero-marzo de 2017, páginas 223 a 259.

¹⁵ Cf. o Acórdão do STA de 25.06.2009, processo n.º 062/09.

¹⁶ Designadamente, por não serem “fortes” a ponto de conduzirem a uma decisão tão gravosa.

prazo para essa comunicação, nem a consequência da falta de cumprimento desse dever. Caso a AdC comprove a existência de um ilícito concorrencial, além da aplicação de coimas, aquela Autoridade poderá também determinar a aplicação, ao(s) operador(es) económico(s) prevaricador(es), da sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contra-ordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante¹⁷.

Além deste controlo *ex ante*, a lei instituiu também um controlo *ex post*, obrigando as entidades adjudicantes e o IMPIC a prestar prontamente a colaboração requerida pela AdC, para o desempenho da respectiva missão, nomeadamente garantindo o acesso directo às bases de dados de informações de contratos públicos e apresentando os documentos ou registos solicitados (artigo 454.º-C, n.º 1 do CCP).

Por último, não é mesmo de excluir que as entidades adjudicantes procurem obter uma indemnização para ressarcimento dos danos causados por força dos comportamentos anti-concorrenciais adoptados pelos operadores económicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública que aquela promoveu^{18/19}.

Como já foi afirmado, “[o]s processos de cartelização em contratação pública são (...) um problema real dos procedimentos de adjudicação. Da entidade adjudicante espera-se, assim, para além de um desenho do procedimento que promova a concorrência, um controlo específico de propostas anti-concorrenciais através da

¹⁷ Cf. artigo 71.º, n.º 1, alínea *a*) da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, recentemente alterada e republicada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de Agosto.

Em sentido crítico, considerando que a possibilidade de aplicação desta sanção acessória, pelo menos “em alguns casos, pode ser contraproducente por levar à redução do número de concorrentes em futuros procedimentos pré-contratuais, podendo conduzir, de forma paradoxal, à formação de oligopólios ou até duopólios”, cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Contratação Pública e Concorrência...*, cit., página 137. Em geral, sobre o poder sancionatório da Autoridade da Concorrência, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *O Sancionamento das Práticas Restritivas da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2022.

¹⁸ Cf. Directiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, e Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

¹⁹ A este propósito, tenha-se também presente a recente jurisprudência do caso *Sumal*, tendo o TJUE decidido que a vítima de uma infracção ao direito da concorrência da União cometida por uma sociedade-mãe pode pedir à filial desta última a reparação dos danos decorrentes dessa infracção, desde que demonstre que as duas sociedades constituíam uma unidade económica no momento da infracção (cf. o Acórdão de 06.10.2021, processo n.º C-882/19, disponível em <https://curia.europa.eu>, tal como as demais decisões deste Tribunal citadas ao longo deste texto).

exclusão de propostas que apresentem fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência”²⁰.

4. Nos termos da lei, o cartel corresponde a um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência [artigo 2.º, alínea e) da Lei n.º 23/2018]. Com vista a maximizar o efeito útil desta definição, os elementos que a integram são normalmente interpretados em sentido amplo. Assim, o *acordo* consiste numa qualquer manifestação de vontade, mesmo sem revestir forma escrita ou sem instituir um vínculo jurídico; a *prática concertada* corresponde a uma forma de coordenação entre duas ou mais empresas em que se substitui conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática, cooperação esta que pode assumir diversas “roupagens”: desde a simples troca de informações (que só releva se for específica) à prática de actos concretos – *v.g.*, apresentação de preços predatórios, “duplicação” de empresas – ou à celebração de acordos (que podem ser “verticais” ou “horizontais”) com vista ao falseamento da concorrência.

Também as condutas que podem configurar um cartel são múltiplas, variando desde a fixação ou coordenação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a restrição de importações ou exportações, a adopção de acções anti-concorrenciais contra outros concorrentes, bem como a repartição de mercados e clientes, *incluindo a concertação em leilões e concursos públicos*²¹.

Para os efeitos que aqui nos ocupam, o *Guião* elaborado pela AdC fornece um conjunto de indicações muito úteis²².

Assim, no âmbito de procedimentos de contratação pública, as formas de conluio mais frequentes consistem na apresentação de propostas rotativas, a supressão de propostas, a apresentação de propostas fictícias ou de cobertura, bem como a subcontratação e a repartição do mercado.

Constituem indícios de conluio, entre outros, um número de propostas muito inferior ao habitual ou expectável, a não participação inesperada de determinada(s) empresa(s) (ou a retirada inesperada da sua proposta, depois de

²⁰ Cf. JOÃO MOREIRA, “Cartelização em contratação pública – A exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, in AA.VV., *Estudos de Contratação Pública – III* (org. Pedro Costa Gonçalves), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, página 257.

²¹ Desenvolvidamente sobre os cartéis, cf., por todos, MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, páginas 629 e seguintes.

²² Cf. o *Guia de Boas Práticas no Combate ao Conluio na Contratação Pública*, 2016 (disponível em www.concorrenca.pt).

submetida), a apresentação de propostas conjuntas por parte de empresas que, isoladamente, teriam capacidade para executar o contrato, a apresentação de propostas que, sendo distintas, apresentam os mesmos erros, as mesmas lacunas, a mesma terminologia (especialmente quando atípica), a mesma formatação e grafia, o mesmo papel timbrado, etc.²³.

Do mesmo modo, constituem padrões comerciais suspeitos nas propostas, designadamente, a apresentação de preços idênticos em propostas diferentes, subidas uniformes de preços não explicadas por aumento de custos, a descida de preços entre concorrentes quando entra um novo, flutuações de preços na proposta do mesmo concorrente em procedimentos parecidos, sem justificação nos custos, a apresentação, por empresas locais, de preços para a prestação de serviços a executar localmente que se revelam mais elevados do que os preços para os serviços a executar em regiões mais distantes, ou a apresentação dos mesmos custos de transporte por empresas locais e não locais.

Constituem comportamentos suspeitos por parte dos concorrentes a subcontratação reiterada dos mesmos concorrentes por parte da empresa adjudicatária, a subcontratação de uma empresa que foi a adjudicatária inicial do procedimento mas recusou a adjudicação, o facto de apenas alguns concorrentes solicitarem orçamento a um fornecedor imprescindível para a celebração do contrato, uma

²³ Como se vê, a concertação não implica que as propostas sejam iguais, nomeadamente quanto aos atributos que vão ser avaliados para efeitos de adjudicação: tanto pode indiciar conluio a apresentação das “mesmas propostas de preços e valores de inscrição anual”, bem como “os preços mensais” – como na situação apreciada pelo Acórdão do TCAS de 26.11.2015, processo n.º 12542/15 – como a apresentação de “preços muito díspares, um deles anormalmente baixo e outro acima desse patamar”, na medida em que, num procedimento em que o critério de adjudicação é o do mais baixo preço (o que é o cenário mais frequente em Portugal), “a apresentação por empresas com fortes laços de interdependência de dois preços com valores díspares, sendo um deles um preço anormalmente baixo, aumenta as hipóteses de uma delas vencer o concurso”, como se considerou no Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

De forma interessante, em alguns ordenamentos já começa mesmo a propor-se o recurso à inteligência artificial para detectar comportamentos colusivos entre concorrentes: sobre isto, cf. NOEMÍ JIMÉNEZ CARDONA, “La inteligencia artificial en la detección de les pràctiques de *bid rigging*: el paper capdavanter de l'ACCO”, in *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 65, 2022, páginas 129 a 145.

Aliás, na mesma linha, a própria Comissão Europeia, na sua recentíssima Comunicação intitulada *Contratação pública: um espaço de dados para melhorar a despesa pública, impulsionar a elaboração de políticas baseadas em dados e melhorar o acesso das PME aos concursos* (2023/C 98 I/01) – publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, C 98 I, em 16.03.2023 –, ao sublinhar as vantagens decorrentes da criação de um espaço de dados da contratação pública, destaca precisamente a circunstância de este espaço facilitar a detecção de padrões suspeitos e, dessa forma, auxiliar o combate à colusão e à corrupção (e quaisquer outros atos criminosos) nos procedimentos de contratação pública.

O acima exposto parece, pois, evidenciar a aposta crescente no desenvolvimento da tecnologia como instrumento de auxílio na luta contra comportamentos anti-concorrenciais em sede pré-contratual.

empresa solicitar as peças para si e para outro(s) concorrente(s), uma empresa entregar a sua proposta em conjunto com a de outra(s) empresa(s).

5. Também aqui, a prática do foro já tem propiciado alguns exemplos emblemáticos – vários deles, praticados por empresas com relações societárias entre si, mas que, em rigor, sempre constituiriam indícios de fraude à concorrência independentemente dessas relações, pelo que passamos desde já a descrever o acervo jurisprudencial nesta matéria.

Assim, de acordo com a jurisprudência, deve entender-se que há concertação prévia (e ilegal) de concorrentes relacionados entre si 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, mesmo igual”²⁴; ou “quando existe uma relação de interdependência entre ambas as empresas já que os sócios são os mesmos, casados entre si, sendo o sócio marido sócio maioritário em cada uma das sociedades e as propostas e circunstâncias anteriores são susceptíveis de conduzir à restrição da concorrência”²⁵.

Numa situação particularmente expressiva, o TCAS concluiu pela exclusão de propostas apresentadas por dois concorrentes por considerar verificados factos *objectivamente indiciadores* de ter havido uma articulação de ambas as propostas: desde logo, o facto de os administradores de ambos os concorrentes serem familiares (conforme evidenciado pelo respectivo apelido), mas também, e sobretudo, o facto de as empresas terem concorrido “aos mesmos horários com o cuidado de não sobreposição das propostas” e apresentado “as mesmas propostas de preços e valores de inscrição anual”, sendo diversos dos documentos que as instruíam “exactamente iguais, incluindo os erros ortográficos”, como iguais eram também “os preços mensais por elas indicados”, além de terem ambas as propostas sido assinadas electronicamente pela mesma pessoa. Com base em todos estes indícios, o tribunal concluiu que não só os concorrentes “conheciam as propostas mutuamente” – não estando a sua “confidencialidade (...) assegurada, na medida em que pelo menos aquela sócia gerente conhecia as duas propostas antes da sua abertura pública, propostas essas em tudo idênticas” – como tais propostas haviam mesmo sido “feitas articuladamente (uma com a outra)”²⁶.

Mais recentemente, o mesmo TCAS teve oportunidade de proferir decisão em sentido idêntico, num caso em que a factualidade provada era igualmente impressiva.

²⁴ Cf. Acórdão do TCAS de 25.30.2010, processo n.º 05806/09.

²⁵ Cf. Acórdão do STA de 13.07.2021, processo n.º 0123/17.7BELSB.

²⁶ Cf. Acórdão do TCAS de 26.11.2015, processo n.º 12542/15.

Embora tenha partido do princípio de que, “[s]e duas empresas com fortes laços de interdependência apresentam duas propostas num mesmo concurso público, é de presumir que possa haver um conhecimento mútuo das propostas apresentadas” – numa presunção “adveniente da estrutura societária e pessoal das referidas empresas” –, aquele tribunal considerou ser “lícito à entidade adjudicante concluir pela forte e real possibilidade de tais empresas terem um conhecimento prévio e mútuo das propostas apresentadas e terem concertado os preços propostos, a fim de ampliarem as suas chances de vencerem o concurso por via daquela diferença de preço”, tendo em conta que ambas as empresas *(i)* actuam na mesma área de negócios, *(ii)* oferecem no mercado o mesmo tipo de produtos, *(iii)* exercem a sua actividade em locais muito próximos, *(iv)* apresentam propostas com *layout* idênticos, *(v)* cometem um erro idêntico no âmbito dessas propostas, relativo ao critério de desempate, *(vi)* apresentam respostas em sede de audiência prévia também com um raciocínio e textos similares e *(vii)* aparentam apresentar plataformas electrónicas que partilham *hardware* físico e sistemas de comunicação de e para a *Internet*²⁷, corroborando também esta conclusão o facto de as empresas em causa terem já anteriormente adoptado um mesmo comportamento e padrão de preços em quatro outros concursos²⁸.

Também o Tribunal de Contas, para não nos cingirmos aos Tribunais administrativos, já se tem deparado com situações de conluio, registando-se, pelo seu carácter recente e pela natureza expressiva da factualidade subjacente ao caso, o Acórdão n.º 14/2020, processo n.º 53/2020, de 03.03.2020 (disponível em www.tcontas.pt), em que as duas únicas propostas haviam sido apresentadas num concurso público com publicidade internacional haviam sido apresentadas por “duas empresas (...) dominadas pelo mesmo sócio com mais de 94% dos respetivos capitais sociais” e “sido elaboradas pelo mesmo autor e em manifesta concertação”, pois, “além da mesma data, apresentam textos idênticos, tanto no corpo como nos Anexos, incluindo a mesma gralha (...), o mesmo tipo de letra, e formatação do texto, com uma única diferença relativa ao preço, não subsistindo dúvidas de terem a mesma autoria e o mesmo processamento de texto”, registando-se que, além do mais, eram empresas que “prestam serviço na mesma morada”, sendo uma delas referida como “parceiro” na página da *Internet* da outra empresa – tendo todos esses indícios levado o Tribunal de Contas a concluir que as empresas em causa teriam incorrido em práticas anti-concorrenciais que deveriam ter determinado a sua exclusão do procedimento.

²⁷ Não se tendo demonstrado que, à data da apresentação das propostas, as empresas apresentavam plataformas electrónicas totalmente autónomas, tendo ficado provado, pelo contrário, que, em 2020, tais plataformas partilhavam *hardware* físico e sistemas de comunicação de e para a *Internet*.

²⁸ Cf. Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

Em contrapartida, se da análise e comparação de duas propostas “decorre a absoluta divergência entre ambas”, será de concluir que, “no caso concreto, inexistem aspectos indiciadores de ter havido qualquer espécie de articulação entre as empresas, pelo que não se verifica a previsão do artigo 70º n.º 2 al. g) , inexistindo qualquer fundamento para a exclusão dessas propostas”²⁹.

Em síntese, os indícios da forte probabilidade da prática de condutas que afectam ou são susceptíveis de falsear a concorrência podem retirar-se, *v.g.*, da estrutura societária, das relações familiares, dos preços propostos, dos anteriores padrões de participação em concursos ou de adjudicações, do comportamento dos concorrentes nos anteriores concursos, dos teores das propostas apresentadas, ou outras respostas dadas no âmbito do concurso³⁰. Tudo está, portanto, em saber se da análise das propostas resulta ou não a existência de indícios de concertação ou conluio entre os concorrentes (estejam ou não especialmente relacionados entre si), devendo recordar-se que, nos termos da lei, à entidade adjudicante basta apenas comprovar a existência de “fortes indícios” da prática (mas não da prática efectiva) de uma conduta anti-concorrencial por parte dos concorrentes³¹.

6. As entidades adjudicantes devem, pois, estar particularmente atentas a estes fenómenos, devendo os respectivos agentes, idealmente, gozar de formação específica para saberem o que procurar e poderem detectar quaisquer indícios que evidenciem práticas anti-concorrenciais pelos, ou entre os, participantes nos procedimentos de contratação pública³².

Claro que podem ser os próprios operadores, *motu proprio*, a darem nota das práticas anti-concorrenciais em que se tenham envolvido, ao abrigo do estatuto do denunciante [Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Outubro de 2019, relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do Direito da União³³] e até com vista a gozarem do regime de clemência (artigos 75.º a 82.º da Lei da Concorrência³⁴); mas, naturalmente, tendo em conta as consequências

²⁹ Cf. Acórdão do TCAS de 03.02.2011, processo n.º 06545/10.

³⁰ Cf. Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

³¹ Cf. Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

A prova da prática efectiva caberá, quando muito, à AdC, em sede de procedimento sancionatório.

³² Daí, também, a importância acrescida da profissionalização do comprador público, a que a Comissão tem insistentemente feito referência (cf. a *Recomendação (UE) 2017/1805 da Comissão, de 3 de Outubro de 2017, sobre a profissionalização da contratação pública*, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L 259/28, de 7 de Outubro de 2017).

³³ Transposta para o ordenamento jurídico interno através da Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro.

³⁴ Note-se, porém, que, quando as práticas de *bid-rigging* levadas a cabo pelos operadores económicos

extremamente gravosas que decorrem da prática de condutas anti-concorrenciais, tais alegações devem ser analisadas com cuidado, porquanto o próprio denunciante é o primeiro interessado em assegurar que os rivais visados pela denúncia não mais constituirão competição para si em futuros procedimentos de contratação pública.

7. A concluir esta parte, duas outras questões se têm levantado a propósito de condenações de operadores económicos com fundamento em comportamentos anti-concorrenciais em procedimentos de contratação pública.

7.1. Uma primeira questão é a de saber qual deverá ser o termo inicial do período máximo de exclusão a que se refere o artigo 57.º, n.º 6 da Directiva 2014/24/UE, que, fixando um limite de “três anos a contar da data do facto pertinente”, se abstém de esclarecer que “facto pertinente” é esse: o início da infracção, o seu fim, a sua detecção pela entidade adjudicante, a aplicação de sanção por parte da autoridade competente?

Numa decisão marcante, mas não isenta de controvérsia, o TJUE enveredou por esta última opção, considerando que o período de três anos se contaria a partir da data da condenação do operador económico pela autoridade competente: referimo-nos ao Acórdão *Vossloh Laeis*³⁵.

Esta decisão suscita diversas questões³⁶, salientando-se, em particular, o facto de ter como consequência que uma empresa que tenha cessado de praticar o comportamento anti-concorrencial em causa há mais de três anos (ou tenha, entretanto, adoptado medidas de *self-cleaning* eficazes e adequadas) possa, ainda assim, vir a ser sancionada e os efeitos dessa sanção virem a repercutir-se sobre um período temporal que – eventualmente, até, por morosidade da autoridade sancionadora – já será bastante afastado da data da prática (e da cessação) da infracção.

Talvez por esse motivo, mais recentemente, no Acórdão *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, o TJUE decidiu que, no caso de um cartel constituído com vista a vencer um

estiverem também ligadas a actos de corrupção, uma empresa envolvida num cartel poderá ser levada a pensar duas vezes antes de recorrer ao estatuto de clemência, uma vez que, como bem salienta NUNO CUNHA RODRIGUES, “a invocação deste estatuto não evita nem atenua a gravidade do crime de corrupção”: cf. *Contratação Pública e Concorrência...*, cit., página 132.

³⁵ Cf. Acórdão de 24.10.2018, processo C-124/17.

³⁶ Para uma análise, cf. JOSÉ AZEVEDO MOREIRA, “Pressupostos, instrução e tempo na pronúncia de impedimentos: breves considerações a propósito do Acórdão *Vossloh Laeis*”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Janeiro de 2020, páginas 101 a 122, e VITTORIA MOCCIA, “Striking a Balance Between EU Competition Law and Public Procurement Law: Analysing the CJEU attempt in the *Vossloh Laeis* case”, in *European Journal of Public Procurement Markets*, 3rd Issue, July 2021, páginas 37 a 45.

determinado concurso público, a duração da infracção corresponderia ao período até à celebração do contrato que com artifícios fraudulentos se teria conseguido obter³⁷.

7.2. Uma segunda questão, por seu turno, prende-se com saber se uma entidade adjudicante pode excluir uma proposta com fundamento no facto de o respectivo proponente ter sido condenado por condutas anti-concorrenciais adoptadas no âmbito de outros procedimentos pré-contratuais.

Embora, em rigor, a dúvida possa colocar-se abstractamente em relação a qualquer sanção (independentemente da conduta ilícita que tenha estado na origem da sua aplicação), o *leading case* nesta matéria em Portugal prende-se, justamente, com a participação, num procedimento pré-contratual para a prestação de serviços na rede ferroviária nacional, de uma empresa que, no mês anterior, havia sido condenada pela AdC ao pagamento de uma coima, num processo de contra-ordenação pela prática de graves infracções à Lei da Concorrência, cometidas num procedimento pré-contratual idêntico e em que fora promovido pela mesma entidade adjudicante. Assim, numa decisão primeiramente proferida em 29.05.2020 e, após revogação pelo STA (por falta de fundamentação, em Acórdão de 22.04.2021), reiterada em 02.06.2021, o TCAN considerou que chocaria à consciência ético-jurídica que uma empresa recentemente sancionada por condutas lesivas para o funcionamento transparente do mercado e com prejuízo para a entidade adjudicante, fosse “premiada”, pela mesma entidade adjudicante a quem quis prejudicar, com uma adjudicação de prestação de serviços que incidia igualmente sobre a rede ferroviária nacional. De acordo com aquele Tribunal, “a interpretação da Ordem Jurídica, neste caso, a interpretação do artigo 70º, nº 2, alínea g), do CCP, face ao Direito da União Europeia, não pode permitir um tal “prémio”, sob pena de se permitir a subversão dos objetivos da União”, especialmente a protecção do mercado interno, “o qual assenta numa economia social de mercado altamente competitiva e na adopção de uma política económica conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência” (*vide* as decisões proferidas no processo n.º 00690/19.0BEALM).

Apesar de se perceber o racional da decisão e as preocupações de justiça material que a mesma visa prosseguir, julga-se que carece de ponderação mais cuidada saber se a condenação da AdC pode produzir efeitos (e quais) fora do procedimento contra-ordenacional em que foi proferida, bem como saber se o artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP permite fundamentar a exclusão de uma proposta relativamente

³⁷ Cf. Acórdão de 14.01.2021, processo C-450/19.

à qual não vêm concretamente formuladas suspeitas de ter sido elaborada em violação das regras da concorrência, sendo a única desconfiança suscitada pelo recente “histórico” negativo do proponente nesta matéria³⁸.

III. Em especial, a participação de operadores “especialmente relacionados” entre si

III.1. A discussão, em geral

8. Feito este enquadramento prévio, centrar-nos-emos agora, como acima referido, na discussão sobre a exclusão ou admissão de propostas apresentadas por concorrentes que tenham relações societárias entre si (*linked undertakings*)³⁹ e que, por essa via, tenham tido conhecimento prévio do (quando não, influência sobre o) teor das propostas apresentada pela empresa que integra o mesmo grupo.

8.1. Discussão que, diga-se, suscita múltiplos focos de controvérsia, desde logo porque nem sequer há consenso doutrinário sobre se estamos efectivamente perante uma situação que deva determinar a exclusão das propostas apresentadas; e, em caso afirmativo, é também duvidoso qual a norma legal habilitante que permite fundamentar essa exclusão.

Assim, de um lado, encontramos posições no sentido da inexistência de qualquer previsão normativa para excluir propostas apresentadas por empresas em relação de grupo, sendo que tal conclusão apenas poderia ser retirada de uma regra expressa – que não existe – e nunca de um princípio (para mais, com um conteúdo tão vago como o da concorrência), sobretudo por não existir qualquer dever de

³⁸ Cf. MARCO CALDEIRA, “A posição do incumbente e a promoção da sã concorrência”, in AA.VV., *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública – Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)* (coord. Miguel Assis Raimundo), AAFDL Editora, Lisboa, 2021, páginas 60 e 61, nota 8.

De resto, deste Acórdão foi novamente interposto recurso de revista excepcional para o STA, que, por Acórdão de 23.09.2021, o admitiu, e que, por decisão de 13.01.2022 (ambas proferidas no processo n.º 0690/19.0BEALM), determinou o reenvio prejudicial para o TJUE, para esclarecimento das dúvidas suscitadas “sobre a interpretação do sentido e alcance do artigo 57.º, n.º 4, al. d) da Directiva 2014/24/UE e da conformidade das normas do artigo 55.º, n.º 1, al. f), 55.º-A e 70.º, n.º 2, al. g) do CCP com aquelas normas de direito da União”. É, pois, com a maior expectativa que se aguarda a intervenção clarificadora dos juízes do Luxemburgo sobre esta matéria.

³⁹ Por exemplo, para citar os casos mais simples, a apresentação de propostas por parte de duas empresas, detendo uma 100% o capital social da outra (numa relação “mãe/filha”) ou sendo ambas detidas por uma terceira empresa (numa relação de “irmãs”).

confidencialidade das propostas e também não se vislumbrar qualquer dano resultante da actuação concertada entre tais empresas: em qualquer caso, a proposta vencedora será sempre a mais vantajosa à luz do critério de adjudicação adoptado⁴⁰.

Com posição diametralmente oposta, a maioria dos autores tende a considerar que a concertação ou, pelo menos, o mero conhecimento prévio das propostas não se torna admissível por força das relações societárias entre os proponentes, tratando-se de uma actuação que desvirtua a competição intra-procedimental, por potenciar a apresentação de propostas menos favoráveis para a entidade adjudicante, a qual deverá, por isso mesmo, excluir tais propostas.

Quanto ao fundamento legal para semelhante exclusão, os entendimentos oscilam:

- (i) Numa primeira corrente, há quem entenda que caímos na previsão do artigo 54.º, n.º 2 do CCP⁴¹;
- (ii) De acordo com um outro entendimento, nesta situação, estamos perante um só concorrente que apresentou duas (ou mais) propostas no procedimento, sendo aplicável o disposto no artigo 59.º, n.º 7⁴²;
- (iii) Segundo uma orientação distinta, a situação em apreço constituiria uma violação das regras da concorrência, razão pela qual a exclusão das propostas se fundamentaria no artigo 70.º, n.º 2, alínea g)⁴³;
- (iv) Por fim, numa posição mais eclética, há quem, além do artigo 70.º, n.º 2, alínea g), acabado de citar, considere que poderão ainda ser convocáveis para o caso em apreço a alínea f) do mesmo preceito ou até mesmo, eventualmente, as alíneas j) e k) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP (todas, numa interpretação hábil e ampla das respectivas previsões)⁴⁴;

⁴⁰ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (org. José Miguel Júdice, António Lobo Xavier, Pedro Costa Gonçalves, Paulo Pinheiro e Lino Torgal), Almedina, Coimbra, 2017, páginas 14 e seguintes.

⁴¹ Cf. FERNANDO BATISTA, “Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrential, por operadores económicos ligados entre si”, in *Revista Regulação & Concorrência*, Ano X, n.º 38, Abril/Junho de 2019, páginas 111 e 112.

⁴² Cf. Acórdão do TCAS de 31.08.2010, processo n.º 06516/10.

⁴³ Cf. JOÃO MOREIRA, “Cartelização...”, cit., páginas 252 a 257 e JOANA AZEREDO, “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 Electrónica de Direito*, n.º 3, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Outubro de 2016, páginas 18 a 20 (disponível em www.cije.up.pt/revistared).

⁴⁴ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Empresas...”, páginas 121 e seguintes.

- (v) Isto, sem esquecer quem reconduz a situação em causa, simplesmente, a uma violação dos princípios da igualdade e da concorrência⁴⁵.

Qualquer uma destas posições, no entanto, suscita reservas, porquanto, em síntese, (i) a hipótese *sub judice* não corresponde, rigorosamente, à situação de “dupla participação” que os artigos 54.º, n.º 2 e 59.º, n.º 7 visam proibir⁴⁶, até porque o artigo 53.º do CCP, na definição do conceito de “concorrente”, faz apelo ao critério da personalidade jurídica, e não ao de unidade económica⁴⁷, (ii) as práticas anti-concorrenciais a que se refere o artigo 70.º, n.º 2, alínea g) só relevam quando praticadas por empresas diferentes, sendo que, nos termos do artigo 3.º, n.º 2 da Lei da Concorrência, as sociedades que se encontrem em relação de grupo constituem uma única empresa⁴⁸, e (iii) não é fácil a identificação da norma legal ou regulamentar que aqui seria violada, tal como não é linear a recondução desta situação à situação de “conflito de interesses” ou à “influência indevida” sobre a decisão final do procedimento, além de que duas empresas que integram o mesmo grupo não têm qualquer obrigação jurídica de “competirem” entre si.

Não obstante as divergências acima descritas, cabe sublinhar que há determinadas situações em que a doutrina está de acordo em que a apresentação de propostas por concorrentes especialmente relacionados entre si (e que constituem uma mesma unidade económica) tem inegável impacto no procedimento pré-contratual e, por conseguinte, tais propostas deverão ser excluídas, por se tratar de situações

⁴⁵ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os grupos de sociedades na contratação pública: em torno da jurisprudência europeia e nacional sobre a exclusão de propostas em concursos públicos”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II, 2010, n.ºs 3/4, páginas 643 e seguintes.

⁴⁶ Já neste sentido, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública”, in AA.VV., *Estudos de Contratação Pública – II* (org. Pedro Costa Gonçalves), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, páginas 130 a 132.

⁴⁷ Cf. JOANA AZEREDO, “A participação...”, cit., páginas 8 e 9, e JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A participação simultânea...”, cit., páginas 16 a 19; na jurisprudência, cf. o Acórdão do TCAS de 02.06.2016, processo n.º 13205/16.

⁴⁸ Cf. MIGUEL SOUSA FERRO, *Jurisprudência de Private Enforcement*, 2017, páginas 62 e 63 (disponível em www.cideeff.pt), JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A participação simultânea...”, cit., páginas 23 a 27, NUNO CUNHA RODRIGUES, “O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem a Rui Pena* (org. Rui Machete, José Matos Correia, Agostinho Pereira de Miranda, Pedro Melo e Nuno Pena), Almedina, Coimbra, 2019, páginas 880 e 881, e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume II, cit., páginas 25 e 276.

em que uma mesma unidade empresarial multiplica as hipóteses de obter a adjudicação⁴⁹. Tais situações são, *grosso modo*, as seguintes⁵⁰:

- (i) Procedimentos com fase de prévia qualificação (paradigmaticamente, os concursos limitados), pelo menos quando seja adoptado um modelo de selecção (artigo 181.º, n.º 1 do CCP), na medida em que, sendo restrito o número de propostas a apresentar, não deverá permitir-se que um mesmo grupo económico “monopolize” essa fase;
- (ii) Pelos mesmos motivos, os procedimentos para a celebração de acordos-quadro com várias entidades [artigos 252.º, n.º 1 e 259.º do CCP], que “fecham” o mercado (artigos 255.º, n.º 1 e 257.º, n.º 1) durante um período que pode ir até quatro anos (artigo 256.º, n.º 2), não devendo, também por esta via, proporcionar-se o acesso de um grupo económico ao que seria, na prática, um monopólio;
- (iii) Procedimentos que integrem uma fase de negociações, seja o procedimento de negociação propriamente dito (artigos 201.º e 202.º do CCP), seja o concurso público, quando nele se preveja a realização de negociações (artigos 149.º a 151.º);
- (iv) Procedimentos cujo objecto tenha sido dividido em lotes, quando a entidade adjudicante tenha limitado o número máximo de lotes a atribuir a cada concorrente (artigo 46.º-A, n.º 4), de modo a evitar que o intuito de dispersão preconizado pela entidade adjudicante saia frustrado⁵¹; e
- (v) Procedimentos em que o limiar do “preço anormalmente baixo” seja calculado por recurso ao “desvio percentual em relação à média dos preços das propostas” (como foi legalmente “sugerido” pela redacção do artigo 71.º, n.º 1, vigente entre 01.01.2018 e 21.06.2021, numa solução que, apesar de infeliz e desaconselhável, continua a poder ser

⁴⁹ Expressão de PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Volume II, cit., página 25.

⁵⁰ Cf., em especial, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A participação simultânea...”, cit., páginas 54 a 57, bem como NUNO CUNHA RODRIGUES, “O conceito de concorrente...”, cit., páginas 882 a 887.

⁵¹ Cf., com desenvolvimento, NUNO CUNHA RODRIGUES, “O conceito de concorrente...”, cit., *maxime* páginas 873 e seguintes.

Topicamente sobre esta questão, mais recentemente, cf. JOÃO FILIPE GRAÇA, “Participação Simultânea de Sociedades com Relações de Grupo e Divisão do Procedimento em Lotes: Concorrência “À Saída” V.s. Concorrência “À Entrada””, in *Newsletter CEDIPRE*, n.º 15, Maio de 2022, páginas 11 e 12 (disponível em www.fd.uc.pt/cedipre), republicado em JOÃO FILIPE GRAÇA, *Comentários sobre Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2022, páginas 227 a 229.

adoptada pelas entidades adjudicantes), já que, num tal cenário, a própria média – e, por arrasto, o limiar do “preço anormalmente baixo” – poderiam ser indevidamente influenciados, com o propósito de desvirtuar a concorrência.

8.2. Sendo este o panorama doutrinário, o que dizer da jurisprudência?

8.2.1. Como em quase todas as matérias relacionadas com a contratação pública, vale a pena começar pela jurisprudência europeia, contando-se já na actividade do TJUE diversas decisões marcantes nesta sede.

Assim, no célebre Acórdão *Assitur*, o TJUE concluiu pela inadmissibilidade de uma disposição procedimental que estabelecia uma proibição de apresentação de propostas por parte de empresas do mesmo grupo, que não poderia ser, em caso algum, afastada pelos concorrentes⁵²; no Acórdão *Serrantoni* julgou-se incompatível com o Direito Europeu a proibição de apresentação de propostas separadas por parte de um consórcio e por parte de uma empresa que, integrando normalmente o *consorzio stabile*, naquele caso em concreto, não havia subscrito a proposta do agrupamento e concorrera autonomamente⁵³; posteriormente, no Acórdão *Impresa Edilux*, o TJUE censurou a obrigatoriedade de os concorrentes subscreverem (e juntarem às suas propostas) uma declaração de compromisso no sentido de não se encontrarem em relação de grupo com outros concorrentes no mesmo procedimento⁵⁴. No Acórdão *Lloyd's of London*, o Tribunal de Justiça admitiu que, em abstracto, o facto de várias propostas serem assinadas por um único representante não implicaria necessariamente o conhecimento do seu teor por este representante e a existência de concertação, sendo possível que, em concreto, as propostas tivessem sido elaboradas com autonomia⁵⁵; já no Acórdão *Specializuotas Transportas*, o TJUE decidiu que, (i) na falta de imposição expressa por parte da lei ou das peças procedimentais, os concorrentes não são obrigados a revelar à entidade adjudicante, por sua própria iniciativa, a eventual existência de relações societárias entre si (e não podendo, portanto, as suas propostas ser excluídas com fundamento na omissão da prestação dessas informações), bem como que (ii) devem ser excluídas propostas elaboradas de forma concertada e apta a desvirtuar a concorrência, mesmo que não se esteja estritamente perante uma actuação proibida

⁵² Cf. Acórdão de 29.05.2009, processo C-538/07.

⁵³ Cf. Acórdão de 23.12.2009, processo C-376-/08.

⁵⁴ Cf. Acórdão de 22.10.2015, processo C-425/14.

⁵⁵ Cf. Acórdão de 08.02.2018, processo C-144/17.

ao abrigo do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁵⁶; mais recentemente, no Acórdão *Landkreis Aichach-Friedberg*, o Tribunal de Justiça decidiu que, se “a constatação de que as ligações entre os proponentes tiveram uma influência sobre o conteúdo das propostas apresentadas no âmbito de um mesmo procedimento basta para que essas propostas não possam ser tidas em conta pela entidade adjudicante, uma vez que tais propostas devem ser apresentadas com total autonomia e independência quando provenham de proponentes interligados”, então, por maioria de razão, o mesmo deverá suceder “no caso de proponentes que não estão simplesmente interligados, mas que constituem uma unidade económica”, razão pela qual devem ser excluídas as propostas apresentadas por “operadores económicos que constituem uma unidade económica” e que “embora apresentadas separadamente, não são autónomas nem independentes”⁵⁷. Por fim, vale ainda a pena fazer referência ao Acórdão *AAS «BTA Baltic Insurance Company»*, em que estava em causa uma regulamentação legal (da Letónia) que impunha o encerramento do procedimento pré-contratual caso o adjudicatário inicial se recusasse a celebrar o contrato com a entidade adjudicante e o concorrente cuja proposta tivesse ficado ordenada no lugar subsequente tivesse uma relação tão estreita com o adjudicatário que ambos devessem ser considerados como um único operador económico. Neste âmbito, o Tribunal de Justiça salientou que, “[e]mbora a retirada do proponente inicialmente selecionado por ter apresentado a proposta economicamente mais vantajosa, quando o proponente que apresentou a proposta seguinte economicamente mais vantajosa constitua com este um único operador económico possa constituir o indício de uma concertação anticoncorrencial, uma vez que essa retirada pode afigurar-se motivada pelo propósito de ser selecionada a proposta mais elevada apresentada pelo grupo considerado no seu conjunto”, a verdade é que “não pode ser instituída nenhuma presunção inilidível nesse sentido, sob pena de privar esses proponentes da possibilidade de demonstrarem o caráter independente das suas propostas”, razão pela qual a legislação letã deveria ser considerada incompatível com o Direito europeu⁵⁸.

8.2.2. No que toca à jurisprudência nacional, pode dizer-se que, em termos gerais, os nossos tribunais administrativos têm seguido o entendimento do TJUE, reconhecendo que a participação simultânea, num mesmo procedimento de contratação pública, de duas (ou mais) empresas relacionadas entre si não é necessariamente proibida ou sequer

⁵⁶ Cf. Acórdão de 17.05.2018, processo C-531/16.

⁵⁷ Cf. Acórdão de 15.09.2022, processo C-416/21.

⁵⁸ Cf. Acórdão de 08.12.2022, processo C-769/21.

geradora de suspeita: isto é, nem constitui causa de exclusão automática *de per se*, nem ao menos faz recair sobre os concorrentes qualquer presunção de conluio, tendo a análise de cada proposta – e, a final, a decisão sobre a respectiva admissão ou exclusão, com fundamento na verificação de práticas anti-concorrenciais – de ser efectuada casuisticamente e basear-se nos indícios detectados na proposta em concreto.

Assim, “[a] circunstância de duas sociedades juridicamente distintas se mostrarem estruturadas num modelo organizacional de “empresa de grupo” sob a forma jurídica de domínio total por parte de terceira sociedade que detém integralmente o capital social de ambas, é factor que em si mesmo considerado não autoriza a subsunção no conceito normativo de “práticas restritivas de concorrência” (...) por apresentarem candidaturas isoladas uma da outra com propostas separadas ao mesmo procedimento concursal”⁵⁹, tal como “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”⁶⁰; em suma, “[n]ão é proibida, só por si, a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas, de empresas que se encontram entre si numa relação de domínio ou de grupo”⁶¹, nem mesmo, sublinhe-se, que tais propostas se encontrem assinadas pela mesma pessoa⁶². Só perante as circunstâncias concretas da actuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas é que se terá de avaliar se foi falseada a concorrência⁶³, não se podendo fundar esse falseamento numa mera presunção decorrente da sua antecedente e originária relação de domínio⁶⁴. Na verdade, não existe “qualquer norma no nosso ordenamento jurídico que proíba a participação, no mesmo concurso, de empresas que se encontrem entre si em relação de domínio ou de grupo”, não podendo também confundir-se a “unidade económica” tal como definida no regime jurídico da concorrência com a definição de “acordo” ou “prática concertada” constante

⁵⁹ Cf. Acórdão do TCAS de 11.08.2010, processo n.º 05146/09.

⁶⁰ Cf. Acórdão do TCAS de 30.09.2010, processo n.º 06517/10.

⁶¹ Cf. Acórdãos do STA de 11.01.2011, processo n.º 0851/10, e de 31.03.2011, processo n.º 017/11, bem como Acórdão do TCAS de 12.05.2011, processo n.º 07536/11.

⁶² No sentido de que “não é proibida, só por si, a apresentação de duas propostas de duas empresas diferentes assinadas pela mesma pessoa”, Acórdão do TCAN de 04.12.2015, processo n.º 03469/14.2BEPRT.

⁶³ Cf. Acórdãos do STA de 11.01.2011, processo n.º 0851/10, e de 31.03.2011, processo n.º 017/11, Acórdãos do TCAS de 25.30.2010, processo n.º 05806/09, e de 12.05.2011, processo n.º 07536/11, bem como Acórdão do TCAN de 04.12.2015, processo n.º 03469/14.2BEPRT.

⁶⁴ Cf. Acórdãos do STA de 11.01.2011, processo n.º 0851/10, e de 31.03.2011, processo n.º 017/11, bem como Acórdãos do TCAS de 12.05.2011, processo n.º 07536/11 e, mais recentemente, de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

do mesmo regime, os quais não decorrem de qualquer presunção, pelo que não pode “ser determinada a exclusão automática de duas ou mais concorrentes apenas por se encontrarem numa relação de subordinação”⁶⁵. Pelo contrário, para esse efeito, é necessário invocar a “ocorrência de factos concretos que se consubstanciem nos pressupostos de facto exarados” nas normas do citado regime jurídico da concorrência que tipificam os comportamentos ilícitos censurados pelo legislador⁶⁶, sendo que a apreciação de alegadas práticas anti-concorrenciais tem de ser realizada casuisticamente e deve basear-se em provas trazidas aos autos⁶⁷, não bastando (como se afirmou a outro propósito) “meras considerações e generalidades que não se conseguem sequer concretizar”⁶⁸.

Em síntese, como só existe “concertação suscetível de falsear as regras da concorrência”, para efeitos de habilitar a exclusão de propostas ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP, “quando se atenua ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado e restrição da concorrência entre empresas”⁶⁹, em termos que permitam concluir que “as propostas não são sigilosas na perspectiva de todos os concorrentes, sendo falseada a oposição entre concorrentes no mercado administrativo”⁷⁰, “é necessário avaliar o conteúdo das propostas para concluir se a relação de domínio teve influência na actuação dos concorrentes”⁷¹; ou, por outras palavras, é necessário que da análise das propostas seja possível concluir que entre os concorrentes relacionados “houve troca de conhecimentos sobre o conteúdo concreto de cada uma delas aquando da sua formulação preparatória, permitindo-lhes avançar de forma articulada para o concreto concurso com duas propostas concertadas, 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”⁷².

9. Aqui chegados, as questões mais delicadas que se colocam são as de saber se, perante a verificação de determinados factos que, em tese, podem configurar uma prática anti-concorrencial, é a entidade adjudicante ou os concorrentes que têm o ónus da demonstração e, em qualquer caso, qual é a extensão deste ónus.

⁶⁵ Cf. Acórdão do TCAS de 03.02.2011, processo n.º 06545/10.

⁶⁶ Cf. Acórdão do TCAS de 03.02.2011, processo n.º 06545/10.

⁶⁷ Cf. Acórdão do STA de 13.05.2021, processo n.º 0325/20.9BESNT.

⁶⁸ Cf. Acórdão do TCAN de 24.02.2012, processo n.º 01957/10.9BEBRG.

⁶⁹ Cf. Acórdão do STA de 13.07.2021, processo n.º 0123/17.7BELSB.

⁷⁰ Cf. Acórdão do TCAS de 11.08.2010, processo n.º 05146/09.

⁷¹ Cf. Acórdão do TCAS de 03.02.2011, processo n.º 06545/10.

⁷² Cf. Acórdão do TCAS de 03.02.2011, processo n.º 06545/10.

A doutrina parece ir no sentido de, perante a imputação dos factos, caber aos concorrentes o ónus de demonstrar a auto-determinação, confidencialidade e independência das suas propostas⁷³: recorde-se que a relação societária, em si mesma, não pode determinar a exclusão automática e, de acordo com algumas decisões, nem mesmo pode fundar uma presunção (ainda que ilidível) de concertação; mas se, à relação existente entre concorrentes, se aliar a verificação de outros factos suspeitos, nesse caso, caberá “aos concorrentes visados (...) ilidir procedimentalmente a presunção do júri, provando no indicado procedimento administrativo que apresentaram propostas autónomas e independentes”, demonstrando que, “não obstante a sua estrutura societária, não poderiam ter conhecimento mútuo das propostas e não o fizer[a]m concertando preços”⁷⁴.

Isto leva-nos, então, à pergunta sobre *até onde vai* o ónus da prova ou, dito de outro modo, o que cabe aos concorrentes provar. Como se viu, se é certo que ao concorrente tem sempre de ser concedida a oportunidade de se defender das imputações que contra si vêm formuladas, alguma jurisprudência entende que, em sede de contraditório, basta aos concorrentes demonstrarem que a sua ligação societária a outro(s) concorrente(s) – eventualmente, com a assinatura de todas as propostas pela mesma pessoa – “não teve influência sobre o seu comportamento respectivo no âmbito desse concurso”⁷⁵, a orientação mais recente surge como mais exigente, impondo que os concorrentes provem “que não ocorreu, *nem poderia ter ocorrido*, o indicado falseamento”, que não só não tinham como “*não poderiam ter conhecimento mútuo das propostas*”⁷⁶. O que, como se vê, faz recair sobre os operadores económicos uma prova negativa que poderá revelar-se extremamente difícil de produzir, uma verdadeira *probatio diabolica*.

III.2. A alteração legislativa de 2021 relativamente aos procedimentos “por convite”

10. No entanto, apesar da relevância deste problema, o legislador veio recentemente reduzir drasticamente o campo onde o mesmo pode ter aplicação, ao aprovar proibições específicas de participação de entidades relacionadas nos

⁷³ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Empresas em relação de grupo e contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, Maio-Agosto de 2011, página 109, e FERNANDO BATISTA, “Apresentação de propostas...”, cit., página 105.

⁷⁴ Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

⁷⁵ Acórdão do TCAS de 30.09.2010, processo n.º 06517/10.

⁷⁶ Ambas as expressões (sem destaques no original) foram retiradas do recente Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

procedimentos “por convite”, isto é, actualmente, o ajuste directo (*stricto sensu*) e a consulta prévia.

10.1. Antes de mais, deve dizer-se que estes procedimentos são, de longe, os procedimentos pré-contratuais mais frequentemente adoptados pelas entidades adjudicantes em Portugal⁷⁷, o que significa que a maior parte dos contratos públicos é celebrada num contexto de concorrência reduzida, já que estes procedimentos são intrinsecamente anti-concorrenciais, na medida em que é a entidade adjudicante que escolhe quem pode ou não apresentar proposta; consciente disto, o legislador não deixou de prever mecanismos para tentar evitar que os procedimentos “por convite” se transformassem numa forma de “encapotadamente” atribuir vantagens económicas excessivas directamente a um mesmo operador económico, sem concorrência.

Mais concretamente, o artigo 113.º, n.º 2 do CCP consagra uma limitação à contratação reiterada por consulta prévia e por ajuste directo, num período trienal, estabelecendo que “[n]ão podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

Compreensivelmente, esta disposição suscitou a dúvida de saber quando é que estaríamos perante “o mesmo operador económico” e, mais concretamente, saber se empresas em relação de grupo poderiam indefinidamente ser convidadas para apresentar proposta em ajustes directos ou consultas prévias.

Alguns Autores entendem que o convite a (e a participação de) empresas que integram o mesmo grupo, por si só, não é violador de qualquer obrigação jurídica, sendo “fantasiosa a interpretação segundo a qual duas entidades que pertencem a um mesmo grupo de empresas não são “entidades distintas”” para efeitos do Código⁷⁸; levando esta linha de raciocínio às suas últimas consequências, outros Autores concluíam assim que nada impede que diferentes empresas pertencentes ao mesmo grupo económico possam “dispersar os contratos celebrados, por via

⁷⁷ De acordo com os dados do IMPIC, em 2021, 75,1% dos contratos públicos em Portugal foram celebrados através de ajuste directo (53,2%) ou de consulta prévia (21,9%): cf. o relatório *Contratação Pública em Portugal – 2021*, de Novembro de 2022, página 21, disponível em www.impic.pt.

⁷⁸ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, página 349.

de ajuste directo, por cada uma das empresas autónomas que os compõem, deste modo evitando que todas ou algumas delas ultrapassem os limites legais”⁷⁹.

No entanto, esta posição está longe de ser incontroversa, já que, bem diferentemente, outros Autores consideram que a proibição de convite estabelecida no artigo 113.º, n.º 2 do CCP “se estende a todas as entidades que, embora possam ter um número de pessoa coletiva distinto do da adjudicatária anterior, são materialmente a mesma entidade de tal forma que não existiria verdadeira «alternância» – verdadeira concorrência – se fossem convidadas (numa análise que tem de ser feita casuisticamente; pense-se, por exemplo, em situações em que os serviços iriam ser prestados através das mesmas pessoas físicas, embora contratadas por um veículo empresarial diferente)”⁸⁰; posição que acaba por ser aceite inclusivamente por vezes que, entendendo que o conceito de “entidade” consagrado na lei se reconduz ao conceito de pessoa jurídica autónoma, dotada de personalidade jurídica própria, admitem que, caso se verifique que “o convite a empresas integradas no mesmo grupo atentava contra as regras da contratação pública em virtude de ofender os princípios da concorrência e da imparcialidade na escolha do co-contratante”, poderá ser “legítimo proceder a um “levantamento do véu” da personalidade jurídica formal de cada uma das entidades integradas no grupo de empresas” convidadas a apresentar proposta⁸¹. Num plano distinto – mas, ainda assim, próximo –, poderia também questionar-se se este mecanismo de “rotatividade forçada” de operadores económicos só deveria operar em sede da escolha dos operadores a convidar a apresentar proposta ou, também, a jusante, no contexto da autorização à subcontratação e à cessão da posição contratual⁸².

⁷⁹ Cf. MIGUEL LUCAS PIRES, “Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo”, in *Publicações CEDIPRE ONLINE* – 3, Coimbra, Novembro de 2010, página 15 (disponível em www.cedipre.fd.uc.pt).

⁸⁰ Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O artigo 113.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 2, Maio-Agosto de 2018, página 49.

⁸¹ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas...*, cit., página 349.

⁸² Com efeito, pode perguntar-se se e até que ponto pode uma empresa abrangida pelo limite previsto no artigo 113.º, n.º 2 do CCP vir a ser subcontratada por uma empresa convidada no âmbito de um ajuste directo ou de uma consulta prévia (ou, por maioria de razão, a ser beneficiária de uma cessão de posição contratual), sabendo-se que a cessão de posição contratual e a subcontratação são sempre vedadas quando existam “fortes indícios” de que tais operações “resultem de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência” [artigo 317.º, n.º 1, alínea c) do CCP] e que a subcontratação, em alguns cenários, já foi identificada pela AdC como representando uma prática *suspeita* [cf. o já acima citado *Guia de Boas Práticas no Combate ao Conluio na Contratação Pública*, páginas 2 e 5]. Suscitando esta questão, cf. MARCO CALDEIRA, “Considerações em torno da relevância do elemento *peçoal* na contratação pública”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 18, Setembro de 2018, página 135, nota.

O que é certo é que, na prática, diversas entidades adjudicantes, de forma mais ou menos “liberal” e aproveitando a obscuridade da lei (bem como a inesgotável criatividade dos operadores económicos⁸³...), enveredaram frequentemente pelo convite a entidades relacionadas, com o exposto intuito de “contornar” a limitação imposta pelo artigo 113.º, n.º 2 do CCP. Sirva de exemplo o caso recentemente exposto no Relatório n.º 7/2020 do Tribunal de Contas, que contém os resultados da auditoria relativamente aos contratos celebrados pela Junta de Freguesia de Arroios para a manutenção e reabilitação de jardins no triénio 2015-2017⁸⁴. Na sequência de uma denúncia no sentido de que “as firmas a quem são adjudicados os contratos de manutenção de espaços pertencem todas ao mesmo dono, “A” e são adjudicados serviços para os quais esta firma não tem CAE, como obras de construção civil. As firmas têm nomes como “B”, “C”, “D”, “E”, “F”, “G”, verificou o Tribunal de Contas que:

- (i) Em 01.06.2015, a Junta de Freguesia de Arroios adjudicou um contrato de prestação de serviços de manutenção e reabilitação de espaços verdes à sociedade comercial “E”, tendo a adjudicatária sido representada na outorga do contrato (em 01.07.2015) por “A”;
- (ii) Em 01.07.2015, a mesma Freguesia celebrou outro contrato com o mesmo objeto, com a empresa “F”, sendo a empresa representada por “H”, familiar de “A” e ambos sócios das duas empresas;
- (iii) Em 01.07.2016, a Freguesia de Arroios celebrou dois novos contratos com o mesmo objeto, com as empresas a “F” e “G”, cujos representantes legais eram, respectivamente, “H” e “A”, familiares e sócios das duas empresas;
- (iv) Por sua vez, em 01.07.2017, foram celebrados mais dois contratos, com o mesmo objeto, com as empresas “C” e “D”, cujo representante legal foi o mesmo – “I”.

Pelo que, atentos estes factos, considerando que “as empresas, embora sendo pessoas coletivas, jurídicas, distintas, têm os mesmos representantes legais e/ou são familiares e sócios de mais que uma das empresas em causa”, o Tribunal de Contas considerou ter-se verificado a “instrumentalização da personalidade coletiva para a realização de um fim contrário ao Direito”, razão pela qual decidiu pela verificação de uma infração financeira.

⁸³ Um exemplo paradigmático consistiu no sistemático “desdobramento” ou “multiplicação”, sob vestes societárias, de uma pessoa singular: uma consulta ao Portal Base permite facilmente detectar diversos casos em que, após determinado consultor ter atingido o limite trienal da sua contratação enquanto pessoa operador individual, este surgia depois como sócio único da “Consultoria, Unipessoal, Lda.”...

⁸⁴ Cf. o *Relatório da 2.ª Secção do Tribunal de Contas*, de 10.09.2020, Processo n.º 1/2020 – ARF – 2.ª S DA IX – EP (disponível em www.tcontas.pt).

Esta preocupação com a substância em detrimento da forma (societária) foi também manifestada pelo IMPIC, que, depois da revisão do CCP operada através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto – que, para o que aqui importa, dividiu o anterior procedimento de ajuste directo no procedimento de ajuste directo *stricto sensu* (com convite a apenas uma entidade) e no procedimento de consulta prévia (com convite a pelo menos três entidades) –, emitiu uma Orientação Técnica a recomendar às entidades adjudicantes que, no âmbito da mesma consulta prévia, evitassem convidar entidades especialmente relacionadas entre si: “[d]e modo a que a consulta prévia se traduza em efetiva concorrência, não devem ser convidadas, num mesmo procedimento, várias entidades que estejam interligadas entre si, designadamente pelo facto dos sócios ou accionistas serem os mesmos”⁸⁵.

Também a jurisprudência administrativa teve já ensejo de afinar pelo mesmo diapasão, ressaltando que, “[n]um procedimento de acesso limitado, já de si restritivo da concorrência, exige-se um especial cuidado para que os candidatos convidados se apresentem efectivamente em condições de igualdade. Exige-se, identicamente, que não se defraude a (quase inexistente) concorrência por via da participação duplicada de empresas que não actuam no mercado com autonomia e independência”⁸⁶.

10.2. Ora, apesar de alguma doutrina considerar que seria inútil a introdução de uma proibição de participação simultânea de empresas relacionadas – por, nos procedimentos por convite, ser a entidade adjudicante quem escolhe as entidades a convidar⁸⁷ – a verdade é que foi precisamente isso que o legislador veio agora fazer.

Assim, a revisão do CCP levada a cabo pela Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio – e em concretização do desiderato proclamado na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, de proceder a “um melhor recorte das entidades relacionadas para efeitos de escolha de convidados a participação no procedimento”⁸⁸ –, incorporou na lei essa preocupação, a dois níveis:

- (i) Por um lado, no que diz respeito à escolha das entidades convidadas a apresentar proposta numa consulta prévia, as quais “não podem ser especialmente relacionadas entre si, considerando-se como tais, nomeadamente, as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes

⁸⁵ Cf. o ponto 2 da *Orientação Técnica 01/CCP/2018* do IMPIC, de 02.02.2018 (disponível em www.impic.pt).

⁸⁶ Cf. o Acórdão do TCAS de 04.03.2021, processo n.º 123/17.7BELSB.

⁸⁷ Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A participação simultânea...”, cit., página 54, nota 71.

⁸⁸ Cf. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 18 de Março de 2021, publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 66, de 6 de Abril de 2021.

- legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo”⁸⁹;
- (ii) Por outro lado, no que respeita aos impedimentos trienais, impedindo-se o convite, não apenas às entidades já abrangidas pelos limites estabelecidos no n.º 2 (e no n.º 5) do artigo 113.º do CCP, mas também às entidades “especialmente relacionadas” com aquelas – também aqui, considerando-se como tais, nomeadamente, “as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo”⁹⁰.

Assim, como assinala o Tribunal de Contas, “[n]o que se refere ao cumprimento de limites de adjudicações sucessivas aos mesmos adjudicatários, (...) as entidades adjudicantes têm o dever de adotar adequados procedimentos de controlo interno que assegurem o cumprimento dos limites à formulação de convites às mesmas entidades ou a outras com elas relacionadas, designadamente quanto a esse relacionamento e a eventuais subcontratações”⁹¹.

De referir que, caso operadores económicos abrangidos por esta proibição apresentem proposta no procedimento, tal constituirá uma contra-ordenação muito grave, punível com aplicação de coima entre € 2.000 e € 3.700 (no caso de

⁸⁹ Cf. artigo 114.º, n.º 2 do CCP.

⁹⁰ Artigo 113.º, n.º 6 do CCP.

Esta previsão é, aliás, também aplicável à “consulta prévia simplificada” prevista na Lei n.º 30/2021, por força da remissão do respectivo artigo 12.º, n.º 2.

De referir que também alguma doutrina preconizava a consagração de uma solução deste género: assim, questionando se “o relevante”, para efeitos da aplicação do limite trienal do ajuste directo, “não deveriam ser os acionistas ou os sócios em causa, e não apenas as entidades societárias, por vezes consecutivamente constituídas, apenas veículos da prestação dos serviços ou da venda dos bens pelos mesmos prestadores materiais?”, cf. MIGUEL ROMÃO, *Futuro e lobisomens – Uma proposta de trabalho para Portugal: melhorar a democracia, aumentar a decência do Estado, viver em liberdade*, Âncora Editora, Lisboa, 2022, página 77.

⁹¹ Cf. *Relatório n.º 1/2021 – OAC/PG (Acompanhamento da Contratação Pública abrangida pelas Medidas Especiais previstas na Lei n.º 30/2021)*, de Dezembro de 2021, ponto 161 (páginas 52 e 53), disponível em www.tcontas.pt.

De resto, esta advertência surge na linha do que já anteriormente havia sido preconizado pelo Conselho de Prevenção da Corrupção, que, na sua Recomendação n.º 4/2019, de 02.10.2019, já havia instado as entidades adjudicantes a, “[n]os casos de recurso à consulta prévia ou ao ajuste directo, adotar procedimentos de controlo interno que assegurem o cumprimento dos limites à formulação de convites às mesmas entidades” [cf. a alínea f) do ponto 1 da mencionada Recomendação, publicada no *Diário da República*, II Série, Parte E, n.º 231, de 02.12.2019].

pessoas singulares) ou entre € 7.500 e € 44.800 (no caso de pessoas colectivas) [artigo 456.º, alínea *a*) do CCP], além da eventual aplicação da sanção acessória de proibição de participação em procedimentos pré-contratuais (artigo 460.º, n.º 1 do CCP). Para este efeito, as entidades adjudicantes devem comunicar tais factos ao IMPIC (artigo 461.º, n.º 3 do CCP), de modo a permitir a este Instituto instaurar o competente procedimento sancionatório. Inexplicavelmente, porém, o legislador não cuidou de prever expressamente aquelas que, no rigor dos princípios, deveriam ser as consequências imediatas da participação daquelas empresas no procedimento: a exclusão das suas propostas e, caso tal não suceda, a invalidade da decisão de adjudicação que venha a ser proferida e do contrato que venha a ser celebrado nessa sequência^{92/93}. Além disso, contrariamente ao que se estabelece no artigo 12.º, n.º 3 da Lei n.º 30/2021, em sede das “medidas especiais de contratação pública”, não se prevê qualquer obrigação de comunicação à AdC.

Seja como for, desde a entrada em vigor da Lei n.º 30/2021, o problema da eventual violação das regras da concorrência por força da participação simultânea de duas (ou mais) sociedades em relação de grupo passou a colocar-se unicamente nos procedimentos por anúncio: nestes, e só nestes, poderá suceder que sejam apresentadas propostas por parte de empresas com relações societárias entre si⁹⁴, cabendo depois à entidade adjudicante proceder à respectiva análise para indagar se das mesmas (propostas) resulta ou não algum indício de prática concertada; quanto aos procedimentos por convite – que, repete-se, são e continuarão a ser a maioria –, o problema em apreço deixará de se colocar, pura e simplesmente, porque nestes procedimentos só os operadores convidados podem apresentar proposta... e as entidades adjudicantes passam a estar impedidas de formular convite a empresas que se encontrem especialmente relacionadas. E, mesmo se porventura

⁹² A exclusão das propostas corresponde à consequência expressamente prevista no artigo 12.º, n.º 3 da Lei n.º 30/2021, sendo também aplicável no âmbito do CCP, por se tratar de um impedimento legal de contratação (cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, LICÍNIO LOPES MARTINS e PEDRO SANTOS AZEVEDO, *As Medidas Especiais de Contratação Pública Anotadas*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, páginas 93 e 94).

⁹³ Questão distinta será a de saber o que sucede quando as práticas anti-concorrenciais apenas vêm a ser detectadas quando já nos encontramos em plena fase de execução do contrato, afigurando-se que, nesse caso, estamos perante um vício oculto que não poderá deixar de determinar a invalidade do contrato.

⁹⁴ Isto se as peças do procedimento o admitirem, sendo certo que, na prática, já nos temos deparado com programas de concurso que, pura e simplesmente, determinam a exclusão de propostas apresentadas por concorrentes que se encontrem “especialmente relacionados” com outros concorrentes no procedimento – solução que nos parece, no mínimo, muito discutível, afigurando-se, salvo melhor opinião, que não existe qualquer fundamento jurídico nem base legal para esta causa de exclusão *ad hoc*.

tal vier efectivamente a suceder – *v.g.*, por erro ou desleixo por parte da entidade adjudicante, ou por artifício fraudulento dos concorrentes em causa –, as propostas em causa serão necessariamente excluídas: não por se presumir inilidivelmente que as mesmas foram elaboradas em concertação, mas porque os respectivos proponentes se encontravam impedidos de participar no procedimento, o que dispensa liminarmente qualquer indagação adicional sobre outras causas de exclusão, e sem que pareça haver forma de ultrapassar a proibição legal⁹⁵. Estamos assim perante um mecanismo que, “com base na experiência de conhecimentos dos casos em que se procura ou consegue manipular as normas (alguns deles objecto de condenação judicial)”, visa “assegurar o mais possível o carácter efectivo da concorrência que se estabelece na consulta prévia” e garantir a obrigatoriedade de efectiva rotação de fornecedores⁹⁶, o que justifica o aplauso da doutrina⁹⁷.

11. De todo o modo, embora se compreendam as intenções subjacentes a esta nova solução normativa, deve dizer-se que o legislador disse, simultaneamente, “demais” e “de menos”, já que, por um lado, a sua formulação é tão extensa que abrange situações que objectivamente não colocam problemas concorrenciais, ao passo que, por outro lado, deixa de fora situações problemáticas que deveriam claramente estar abrangidas.

⁹⁵ Segundo pensamos, será por este motivo que alguns Autores já qualificaram esta solução como surgindo num sentido “contra-jurisprudência” (cf. CARLOS JOSÉ BATALHÃO, “A revisão da revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos”, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 30, Abril/Junho de 2021, página 48).

Note-se que o que a lei não permite é os concorrentes demonstrarem que, apesar de se encontrarem especialmente relacionados, não se concertaram entre si; mas, naturalmente, nada impede que eles possam demonstrar que não existe entre eles qualquer “relação especial”, para efeitos de procurar desmentir a verificação dos factos que tenham estado na base da sua exclusão (cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, LICÍNIO LOPES MARTINS e PEDRO SANTOS AZEVEDO, *As Medidas Especiais...*, cit., páginas 94 e 95).

⁹⁶ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Medidas especiais de contratação pública – notas gerais, âmbito dos regimes e algumas medidas em especial”, in AA.VV., *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 (Atas da Conferência de 27 e 28 de maio de 2021 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)* (coord. Maria João Estorninho, Ana Gouveia Martins e Pedro Fernández Sánchez), AAFDL Editora, Lisboa, 2021, página 82.

⁹⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, LICÍNIO LOPES MARTINS e PEDRO SANTOS AZEVEDO, *As Medidas Especiais...*, cit., página 92, que consideram esta medida “positiva”, bem como MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Medidas especiais...”, cit., página 82, e RICARDO BRANCO, “Alterações ao regime do ajuste direto e da consulta prévia: novidades nos critérios materiais e nos impedimentos ao convite”, in AA.VV., *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 (Atas da Conferência de 27 e 28 de maio de 2021 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)* (coord. Maria João Estorninho, Ana Gouveia Martins e Pedro Fernández Sánchez), AAFDL Editora, Lisboa, 2021, página 109.

11.1. Quanto ao primeiro ponto, a formulação legal afigura-se excessiva, em primeiro lugar, por o impedimento se bastar com a existência de participação de uma empresa no capital social de outra, não exigindo que essa participação seja maioritária ou confira àquela uma influência dominante sobre esta, não se vislumbrando fundamento para que uma participação de, por hipótese, 1%⁹⁸ seja impedimento ao envio de convite para a apresentação de proposta; e isso é tanto mais assim, em segundo lugar, quando o legislador “apertou” agora a “malha” na participação de empresas relacionadas sem ao menos recuperar o (problemático, é certo) segmento que constava da redacção inicial do CCP e que foi abandonado em 2017: o de as prestações do objecto do contrato a celebrar serem similares⁹⁹.

Nesta linha, caso o bloco normativo resultante da conjugação dos n.ºs 2 e 6 do artigo 113.º do CCP não seja alvo de uma interpretação funcionalmente adequada, esta proibição de envio de convite vedará a participação de operadores económicos nos procedimentos pré-contratuais mesmo em casos em que, manifestamente, as relações de participação não têm a menor relevância na conformação dos termos das ofertas comerciais de cada um dos operadores em causa e em que, por ambas as empresas (ou a empresa e os seus sócios) actuarem em sectores de mercado totalmente distintos, as razões que subjazem à proibição legal não têm qualquer aplicação: pense-se, por exemplo, no caso de um arquitecto que tenha uma participação irrisória no negócio de restauração do respectivo cônjuge, podendo esta relação, por absurdo, assumir relevância tanto no âmbito de convites para a elaboração de projectos de arquitectura como para a prestação de serviços de *catering*.

Face ao exposto, a lei reclama aqui uma leitura funcionalizada ao fim que se destina a atingir, não podendo ser aplicada de forma “cega”, acrítica e automática, sob pena de desproporcionalidade¹⁰⁰.

⁹⁸ Ou, seja como for, uma participação inferior aos 10% a que se referem o n.º 1 do artigo 483.º e do artigo 485.º do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro.

De lembrar, em qualquer caso, que, por exemplo, nas empresas cotadas em Bolsa, um sócio com 3% ou 5% controla materialmente a sociedade.

⁹⁹ Com efeito, o limite trienal à contratação reiterada por ajuste directo previsto no artigo 113.º, n.º 2 do CCP, desde 2008, cingia-se apenas à celebração de “contratos cujo objecto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar”, segmento que desapareceu com a revisão de 2017.

¹⁰⁰ Como sublinham PEDRO COSTA GONÇALVES, LICÍNIO LOPES MARTINS e PEDRO SANTOS AZEVEDO, *As Medidas Especiais...*, cit., página 94, referindo-se aos casos, frequentes, de “sócios puramente formais”, que não têm “qualquer participação real e efetiva na vida societária e pouco ou nada sabendo dos negócios e contratos das sociedades”.

11.2. Quanto ao segundo ponto, apesar da amplitude da formulação legal, a verdade é que, ainda assim, a mesma continua a não cobrir (formal e expressamente) situações que poderia dizer-se estarem no *espírito* do legislador. Sem prejuízo de muitos outros cenários que a realidade não deixará de apresentar, “testando” os limites da *letra* da lei, veja-se, desde logo, que o legislador não se refere a ligações familiares entre os órgãos decisórios de cada empresa, podendo dois irmãos, ou um casal, ter cada um a sua empresa e participar na mesma consulta prévia¹⁰¹, o que comprova que é virtualmente impossível impedir-se por via legal a fraude à lei¹⁰².

É certo que o alcance deste reparo sai claramente mitigado quando se constata que, por um lado, nenhuma formulação legal seria suficientemente abrangente para abarcar todas as situações possíveis e equacionáveis, sendo forçoso concluir que não existe “uma solução de flexibilização da contratação pública absolutamente isenta de riscos, e totalmente à prova de fraudes”¹⁰³; e, por outro lado, ao empregar o advérbio “nomeadamente”, o legislador consagrou uma cláusula geral, que, por esse motivo, não é nem pretende ser exaustiva¹⁰⁴, cabendo ao intérprete dilucidar a *ratio* da norma e densificar “essa cláusula geral que não se esgota nos exemplos que a concretiza, embora os respetivos contornos sejam fielmente apercebidos através do espírito que anima esses exemplos como paradigmas”, substituindo as normas que firmam a personalidade jurídica colectiva “por outras normas, de recurso possível em situações de abuso de direito ou outras em que a personalidade colectiva é usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros, existindo uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios”¹⁰⁵. Seja como for, não há dúvida de que esta solução legal, sendo porventura a desejável quanto à finalidade a prosseguir e a possível quanto à redacção adoptada,

¹⁰¹ Para este e outros exemplos, cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Visão geral sobre a revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021”, in AA.VV., *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 (Atas da Conferência de 27 e 28 de maio de 2021 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)* (coord. Maria João Estorninho, Ana Gouveia Martins e Pedro Fernández Sánchez), AAFDL Editora, Lisboa, 2021, páginas 45 e 46.

¹⁰² Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, página 29.

¹⁰³ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Medidas especiais...”, cit., página 82.

¹⁰⁴ Julga-se que, por exemplo, esta cláusula geral também poderá ser preenchida por apelo ao conceito de “pessoas especialmente relacionadas com o devedor” que se encontra prevista no artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março – a similitude linguística e a proximidade material das situações justifica o paralelismo. Do mesmo modo, também será – pelo menos, na maior parte dos casos – de concluir pela existência de uma relação especial se os operadores económicos tiverem o mesmo beneficiário efectivo.

¹⁰⁵ Cf. RICARDO BRANCO, “Alterações...” cit., página 109.

gerará sem dúvida as maiores incertezas para o decisor público¹⁰⁶, antecipando-se que a jurisprudência será chamada por diversas vezes a esclarecer as dúvidas que seguramente não deixarão de se colocar.

12. Num plano mais prático, o legislador não esclarece (nem tinha de esclarecer, reconhece-se) de que modo podem as entidades adjudicantes indagar da existência das *especiais relações* entre os operadores económicos que tencionam vir a convidar a apresentar proposta na consulta prévia.

Uma solução possível seria, naturalmente, no próprio convite, obrigar os operadores a instruírem a sua proposta com todos os documentos relevantes que permitam à entidade adjudicante verificar a eventual existência de relações entre concorrentes (*v.g.*, certidão do registo comercial, relatório e contas do último ano, registo central do beneficiário efectivo¹⁰⁷); no entanto, esta opção tem o inconveniente de apenas permitir à entidade adjudicante obter esta informação no momento em que já formulou os convites, revelando a ilegalidade involuntariamente já cometida e obrigando à exclusão da proposta, reduzindo (ainda mais) a concorrência no procedimento.

Uma outra solução, parecida, seria obrigar o concorrente a declarar que não tem qualquer relação com qualquer outra das entidades a convidar; mas esta alternativa teria todos os inconvenientes da primeira proposta acima adiantada, a que se somariam mais dois: por um lado, a entidade adjudicante teria de confiar nas declarações do próprio concorrente (enquanto, no cenário anterior, seria ela a proceder à verificação *ex ante*, em vez de proceder apenas a um controlo *ex post*, em caso de dúvida) e, por outro lado, a implementação deste procedimento implicaria revelar antecipadamente a cada interessado quem seriam os demais operadores a convidar. Eventualmente, poderá apenas pensar-se na apresentação de uma declaração de compromisso de independência na elaboração da proposta¹⁰⁸. O que não parece ser possível é a entidade adjudicante solicitar a cada operador económico uma lista de todas as empresas que se encontram “especialmente relacionadas” consigo, permitindo à entidade adjudicante recolher um conjunto muito

¹⁰⁶ Cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2021...*, cit., página 29.

¹⁰⁷ Cf. a Lei n.º 89/2017, de 21 de Agosto, regulamentada pela Portaria n.º 233/2018, de 21 de Agosto.

¹⁰⁸ Solução que já vimos implementada na prática, com a exigência, em alguns programas do procedimento, de que a proposta seja instruída, entre outros documentos, com uma declaração de independência da proposta ou de não colusão entre concorrentes, na qual cada concorrente declara, sob compromisso de honra, que não alinhou em qualquer tipo de concertação com outros concorrentes, designadamente, assegurando que não houve entre eles qualquer troca de informações ou outros comportamentos passíveis de desvirtuar a concorrência.

significativo de dados comercialmente sensíveis (ficando na posse de informações sobre todas as participações societárias de cada empresa no mercado), sem que para tal pareça legalmente habilitada e, em rigor, sem que tal seja estritamente necessário para os fins a que tal solicitação se destina¹⁰⁹.

Tudo visto e ponderado, parece preferível, portanto, que a entidade adjudicante se socorra da fase pré-procedimental das consultas preliminares ao mercado (artigo 35.º-A do CCP) para, aí, recolher toda a informação relevante para definir quem serão os destinatários do convite à apresentação das propostas no futuro procedimento a promover. Sendo certo que a adopção desta fase pode contribuir para alguma morosidade (atenuando, de algum modo, a celeridade característica da celebração de contratos através de procedimentos por convite), a verdade é que esta solução se mostra mais apta a permitir, não apenas que as peças procedimentais sejam elaboradas com pleno conhecimento da realidade do mercado, mas também que o universo concorrencial do procedimento seja delimitado de acordo com as regras agora imperativamente estabelecidas na lei.

IV. Conclusão

13. Em jeito de brevíssima conclusão, a colusão entre concorrentes continua a ser um problema candente na contratação pública, que assume contornos específicos quando as práticas potencialmente colusivas provêm de operadores económicos *especialmente relacionados* entre si (*maxime*, quando se trate de empresas com relações societárias).

Neste último âmbito, a penúltima revisão do CCP veio consagrar medidas que resolvem, logo *a montante*, as questões que poderiam colocar-se a este propósito no âmbito dos procedimentos pré-contratuais “por convite” (que são, de longe, os mais frequentemente adoptados em Portugal), impedindo que operadores relacionados sequer sejam convidados a apresentar proposta nesses procedimentos.

Não obstante, as novas soluções legais, por bem intencionadas que sejam, não deixam de suscitar algumas dúvidas, impondo-se alguma cautela nas suas interpretação e aplicação prática no dia-a-dia da contratação pública.

¹⁰⁹ Em sentido muito crítico quanto a esta actuação que já tem sido levada a cabo por diversas entidades adjudicantes desde a entrada em vigor da Lei n.º 30/2021, cf. JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES, “As confusões do artigo 113º do CCP”, in *Observatório Almedina*, de 20.09.2021 (disponível em <https://observatorio.almedina.net>), IDEM, “Práticas excessivas no cumprimento do Artigo 113.º do CCP”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 14, Maio-Agosto de 2022, páginas 113 a 116.