REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Edição: CEDIPRE | Director: Pedro Costa Gonçalves | Periodicidade: Quadrimestral | N.º 2 | Preço: € 21,20

cedipre

· U C ·

DOUTRINA E COMENTÁRIO

Mário Aroso de Almeida
Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos

João Pacheco de Amorim | Carla Granjo
As competências decisórias nos procedimentos de contratação pública municipal

Bernardo Diniz de Ayala
O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de *project finance*

Rodrigo Esteves de Oliveira
Empresas em relação de grupo e contratação pública

Alexandra Leitão
Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE)

Diogo Duarte de Campos | Carla Machado
Condições de participação em procedimento concursal (Ac. no proc. n.º 1327/09 do TCA-N)

INFORMAÇÃO E DIVULGAÇÃO

Legislação e Outros Actos

Jurisprudência Seleccionada (Europeia e Portuguesa)

EMPRESAS EM RELAÇÃO DE GRUPO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Advogado

Palavras-chave: Empresas em relação de grupo; participação simultânea; concorrência; igualdade de tratamento, proporcionalidade.

Keywords: Linked undertakings; simultaneous participation; competition; equality of treatment; proportionality.

Resumo: *Tendo por base o Acórdão do TJUE no caso* Assitur, *com o presente artigo o autor pretende tratar o fenómeno da participação simultânea de empresas do mesmo grupo nos procedimentos de contratação pública, começando pelo seu enquadramento geral e depois por considerações mais específicas à luz dos princípios da concorrência, da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade. Deve considerar-se que o direito comunitário não permite, por um lado, que se instituam proibições absolutas na matéria e, por outro lado, que só se justificará a exclusão de tais empresas quando a relação de domínio entre elas tenha influenciado o seu comportamento ou as suas propostas no âmbito do procedimento em causa.*

Abstract: *Based on the judgment of the ECJ on the* Assitur *case, in this article the author intends to deal with the phenomenon of companies of the same group simultaneously participating in the same public procurement procedure, starting with its general framework and then delivering more specific considerations in light of the principles of competition, equal treatment, transparency and proportionality. The author states that, at the present, one should consider that European law, on the one hand, doesn't allow that absolute prohibitions are established on this matter and, on the other, determines that the exclusion of such companies is only justified when their domination relationship has influenced their behavior or their proposals submitted within the relevant procedure.*

1. Como tivemos oportunidade de dizer em artigo anterior relacionado com este problema [1], a proibição ou limitação de acesso dos operadores económicos aos procedimentos da contratação pública, que é um sector dominado pelo paradigma da concorrência e que tem no mercado o seu suporte, suscita, quase por natureza, diríamos, questões juridicamente delicadas. Se mais não fosse, porque o tal princípio da concorrência não é de sentido único, apontando, a um tempo, para a maior concorrência possível (arvorando-se num princípio «*favor participationis*») e, a outro tempo, para uma concorrência sã, sem condições que a falseiem. Ali, portanto, o princípio será um obstáculo à instituição de barreiras jurídicas de acesso à contratação pública, aqui, pode ser o seu fundamento.

O problema das empresas em relações de grupo e a contratação pública pode, claro, pôr-se em diversas perspectivas ou relevar em vários assuntos, como o da contratação *in house*, o do aproveitamento da capacidade de terceiros (quando esse terceiro esteja em relação de grupo com o candidato ou concorrente), etc. Aqui, porém, só nos interessa saber, e apenas em parte, se o facto da relação de grupo é ou não impeditivo da participação dos operadores nos procedimentos de contratação pública, deixando por isso de fora essas outras questões.

E dissemos em parte porque, apesar de o tema proposto poder desdobrar-se em várias hipóteses, só se cuidará neste breve estudo de uma delas.

Assim, em primeiro lugar, pode tratar-se de operadores económicos (particulares ou públicos) que tenham entre si uma qualquer relação de grupo e que pretendam apresentar-se isoladamente a um mesmo procedimento (como concorrentes ou candidatos, portanto). Depois, pode tratar-se de operadores nessas condições, mas em que um pretende apresentar-se individualmente e o outro em agrupamento com outros operadores (ou então os dois agrupadamente com terceiros). Em ter-

---

[1] Ver "Restrições à participação em procedimentos de contratação pública", em *Revista de Direito Público e Regulação*, CEDIPRE, n.º 1, 2009, pp. 22 e ss., disponível *on-line*.

ceiro lugar, pode tratar-se de operadores também nessas condições, mas que pretendem apresentar-se em um único agrupamento. Em quarto lugar, pode tratar-se também de entidades em relações de grupo, mas em que uma é entidade adjudicante e a outra concorrente ou candidato ao procedimento aberto pela primeira, como quando um organismo de direito público (no sentido que este conceito tem no direito comunitário) [2] sujeito à influência dominante do Estado, de uma Região Autónoma ou de uma autarquia local ou de um outro organismo de direito público se apresenta a um procedimento de contratação pública aberto por qualquer um deles.

Sendo certo que a segunda hipótese foi já tratada pela doutrina [3], que a terceira hipótese não suscita qualquer problema (os agrupamentos constituídos por empresas do mesmo grupo são tão legítimos quanto os constituídos por empresas independentes, estando sujeitos ao mesmo regime jurídico) e que a quarta tem um enquadramento jurídico próprio ou específico, centraremos a nossa atenção na primeira.

---

[2] Dizemos isto porque, embora (certamente por comodidade) seja usual identificar as entidades do artigo 2.º/2 do CCP como sendo os organismos de direito público do direito comunitário, a verdade é que este conceito é mais amplo. Basta ver que no regime das directivas são também organismos desses os institutos públicos e as corporações públicas, que, porém, no CCP, ficaram já qualificados como entidades do artigo 2.º/1.

E a clarificação tem o seu interesse. A título meramente exemplificativo (porque, como se sabe, há várias repercussões comunitárias dessa distinção), no considerando 6 da Directiva 2004/18 prevê-se que os "Estados-Membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um *organismo de direito público* num processo de adjudicação de contratos públicos não cause distorções de concorrência relativamente a proponentes privados" — o que parece querer significar que, nesse caso, o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais não poderiam ser proponentes, embora já o pudessem ser os institutos públicos (mesmo se integrados no artigo 2.º/1 do CCP a par daqueles).

[3] Ver Mário Esteves de Oliveira, "Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos ou concorrentes nos procedimentos de contratação pública", em *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, org. Pedro Costa Gonçalves, vol. II, pp. 128 e 129.

1.1. A questão, portanto, é, na sua essência, saber se são ou não admitidas (e em que termos) as *linked undertakings* nos procedimentos de contratação pública, ou seja, se as empresas associadas podem, cada uma por si, apresentar propostas ou se a circunstância de elas poderem ser imputadas a um centro de interesses (mais ou menos) comum é factor da sua exclusão.

O problema, como se vê, é distinto do da participação simultânea prevista no artigo 54.º/2 do CCP, nos termos do qual "*os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento* [...], *nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente*".

Aí, é o mesmo operador económico que integra dois agrupamentos distintos ou o mesmo operador que, a um tempo (mas no mesmo procedimento, claro), se apresenta isoladamente e, a outro, agrupadamente.

A essa hipótese e àquela em que um mesmo operador se apresenta ao mesmo procedimento duas vezes, com duas propostas, daríamos o nome de *participação simultânea em sentido próprio*. Embora o conceito sirva bem a ambas, a verdade é que as duas hipóteses, do ponto de vista dos princípios da contratação pública, não são equiparáveis.

Assim, a segunda implica sempre a exclusão das propostas apresentadas, por aplicação directa do artigo 59.º/7 do CCP, salvo em casos muito excepcionais, como, por exemplo, se estiver em causa um procedimento por lotes e o concorrente, por erro, em vez de se apresentar uma única vez com diferentes propostas para cada um dos lotes, "concorrer" tantas vezes quantos os lotes existentes e daí não advier qualquer prejuízo para os termos em que tiver sido lançado o procedimento.

A primeira hipótese, diversamente, embora seja intrinsecamente boa a razão geral em que se funda a sua estatuição, não é tão flagrante e poderia até, em alguns casos mais especiais, ser admitida, designadamente, quando se trate de PPP que peçam a intervenção constitutiva (é dizer, como candidatos ou concorrentes, não como subcontratados [4]) de

[4] A situação é de facto diferente no caso da "participação" (se é que pode dizer-se assim) como *subcontratado*, pois aí não há intervenção constitutiva no pro-

entidades bancárias, já que, nos tempos que correm, só os chamados "sindicatos bancários" conseguem muitas vezes disponibilizar o financiamento necessário a grandes (ou médios) projectos de infra-estruturas públicas. E não podendo esses bancos estar em ou com diferentes agrupamentos (porque isso é proibido pelo artigo 54.º/2 do CCP), isso acaba por diminuir sensivelmente a capacidade do mercado para responder positivamente a esses apelos públicos [5].

No caso em apreço, não é o mesmo, mas distintos operadores económicos que se apresentam simultaneamente a um procedimento de contratação pública. Acontece que há, entre eles, relações de afinidade empresarial, relações de domínio ou de grupo, que suscitam interrogações quanto à existência ou não de *competition-fixing agreements* ou, ao menos, de quebras na sempre saudável regra da *secret competition*, ou seja, de que os concorrentes devem elaborar as suas propostas sem acesso (mesmo que consentido) às dos outros.

De qualquer forma, como aí há, em certa medida, por força da relação de grupo, um interesse comum (o do grupo) e, em casos de domínio total, ao menos se se levantasse o véu da personalidade colectiva, uma "dupla participação", julgamos que estas hipóteses podem ser designadas de *participação simultânea em sentido amplo* — embora esta proximidade conceitual não deva fazer esquecer que entre uma e outra existem diferenças jurídicas significativas.

Antes ainda de nos debruçarmos sobre o problema, convém precisar em que é que consiste isso da relação de grupo para estes efeitos.

---

cedimento: o subcontratado não é candidato ou concorrente, nem tem qualquer posição jurídica autónoma ou em nome próprio no procedimento.

Pensamos por isso, e por outras razões que agora não interessa adiantar, que é possível a um mesmo operador económico participar no procedimento como subcontratado de dois ou mais candidatos ou concorrentes, sobretudo (mas não exclusivamente) quando a prestação que ele assume só dificilmente possa ser encabeçada ou assumida por outro operador.

[5] Neste sentido, Martin Burgi, "The Role of Banks in PPP Procurement Procedures — existence and scope of an unwritten prohibition of "simultaneous participation" after the ECJ's "Assitur-Case", em *European Public Private Partnership Law Review*, 2010, pp. 17 e ss., em especial, pp. 20 e ss.

Como se sabe, no nosso Código das Sociedades Comerciais, as formas de organização das empresas plurisocietárias passam pelas sociedades gestoras de participações sociais (SGPS ou *holdings*) e pelas *sociedades coligadas*. As primeiras não têm grande relevo para o nosso tema (pois não exercem uma actividade económica directa) e as segundas, por sua vez, podem dividir-se em duas espécies, a saber, os *grupos de sociedades* e as *sociedades em relação de participação*.

Neste último caso, as hipóteses podem ir da "simples participação" (detenção de 10% ou mais do capital social da outra) até às "relações de participação recíproca" (quando ocorre o cruzamento de participações sociais de 10% ou mais) e às "relações de domínio simples" (quando a empresa dominante exerce, directa ou indirectamente, uma influência dominante sobre a outra ou outras). Nos grupos de sociedades, a direcção unitária comum pode corresponder a uma "relação de domínio total", a um "grupo paritário" (as sociedades são dirigidas por uma terceira entidade) ou a uma "relação de subordinação" (caso em que, haja ou não domínio, se subordina a gestão de uma sociedade a outra) [6].

Para estes efeitos, julgamos que, além dos grupos de sociedades, cabe aqui também, mesmo se matizada ou mitigadamente (relativamente aos problemas que os grupos suscitam), e com as necessárias adaptações, o caso das sociedades em relação de domínio simples.

2. Para aferir então da legitimidade ou não da proibição da participação simultânea e isolada de operadores económicos que tenham, entre si, uma relação de grupo, há que analisar, pelo menos, dois problemas centrais ou prévios:

i) O primeiro é o de saber se as causas de exclusão de operadores económicos dos procedimentos de contratação pública

[6] Seguimos aqui Paulo Olavo Cunha, *Lições de Direito Comercial*, 2010, pp. 100 e ss.

enunciadas no artigo 45.º da Directiva 2004/18 [7] são *taxativas*, é dizer, se são apenas os casos aí previstos que podem fundar uma decisão de exclusão por razões atinentes à pessoa do operador, não se admitindo portanto que os ordenamentos nacionais estabeleçam outras causas dessas [8];

ii) O segundo problema, que só aparece naturalmente em caso de resposta negativa à primeira questão, é o de saber de que *espécie podem ser as outras causas de exclusão*, quais podem ser os seus *motivos justificativos* ou os seus *princípios jurídicos habilitantes*, designadamente, se podem abranger a hipótese da participação separada de empresas entre as quais exista uma relação de grupo, e em que termos;

Estas questões foram tratadas, como se sabe, no acórdão do TJUE de 19.5.2009, proc. C-538/07 (doravante, acórdão *Assitur*) [9].

O caso descreve-se em breves palavras. Em 2003, uma entidade adjudicante italiana abriu um concurso público para a adjudicação, com base no critério do preço mais baixo, de um contrato para a prestação

---

[7] A questão é diferente no âmbito da Directiva 2004/17, como pode ver-se pelo seu artigo 54.º

[8] Se fosse esse o caso, a resposta estaria automaticamente encontrada, pois não se prevendo nas directivas esta específica causa de exclusão relacionada com a participação simultânea de empresas em relações de grupo no mesmo procedimento adjudicatório, não se admitiria que os sistemas jurídicos internos a instituíssem.

[9] Apesar de ter sido proferido no domínio da aplicação da anterior Directiva 92/50/CEE (respeitante aos processos de adjudicação de contratos de serviços), a jurisprudência do caso *Assitur* vale para o domínio de aplicação da actual Directiva 2004/18, além do mais, porque a matéria não recebeu tratamento diferente num e noutro desses diplomas.

Melhor, até: nenhuma dessas directivas cuidava do problema, tendo o TJUE suportado a sua solução unicamente nos princípios comunitários da contratação pública, que é um argumento mais, portanto, para o intérprete poder olhar para o acórdão *Assitur* como fazendo parte do *acquis* comunitário do direito geral dos procedimentos de contratação pública.

Assim, para facilitar a leitura do texto (e evitar repetidas correspondências), o texto contempla já, quando isso se justifique, as necessárias actualizações de artigos.

de serviços, a que se apresentaram três concorrentes (as empresas *A*, *B* e a empresa Assitur). Tendo-se verificado que a totalidade das acções da empresa *A* era detida pela empresa *C* (empresa esta que não houvera participado no concurso), a qual, por sua vez, era inteiramente participada pela empresa *B*, a Assitur requereu a exclusão dessas empresas, com fundamento numa lei que, para as empreitadas de obras públicas, proibia que empresas em relações de grupo participassem (separadamente) como concorrentes. O requerimento foi indeferido pela entidade adjudicante (pois o contrato em causa não era de empreitada de obra pública), tendo os tribunais italianos questionado o TJUE, em sede de reenvio prejudicial, sobre se o artigo 29.º da antiga Directiva 92/50 (relativa aos processos de adjudicação de contratos de serviços) — correspondente ao artigo 45.º/2 da Directiva 2004/18 — enunciava de forma taxativa as causas de exclusão da participação nos concursos, se existia portanto nessa matéria um "numerus clausus" e, consequentemente, se seria ilegítima à luz do direito comunitário uma lei interna que proibisse a participação simultânea num procedimento adjudicatório de empresas que se encontrassem, entre si, em relação de domínio.

2.1. O TJUE, seguindo de perto a jurisprudência do acórdão *La Cascina*, [10] começou por dizer que as causas de exclusão previstas no artigo 45.º da Directiva 2004/18 — que correspondem às situações que, sob o nome de *impedimentos*, figuram no artigo 55.º do CCP [11] — assentam em razões ligadas à *honestidade profissional*, à *solvabilidade* ou à *fiabilidade* dos operadores, em suma, às suas *qualidades profissionais*, e, em segundo lugar, que elas são *taxativas*, não se admitindo por isso que os Estados-Membros prevejam nas suas leis internas (ou as entidades adjudicantes, nas peças dos seus procedimentos) outras causas de exclusão diferentes das que vão aí consagradas (ver n.º 21 do acórdão).

---

(10) Acórdão de 9.2.2006, processo C-226/04 e C-228/04.

(11) Com excepção da sua alínea *j)*.

Por outras palavras, as causas de exclusão são taxativas, é verdade, mas a limitação que daí resulta só vale na estrita medida dos motivos ou das razões a elas subjacentes, ligadas às qualidades profissionais dos operadores económicos. Aí, portanto, vigora uma *regra de exaustividade comunitária*, não podendo os sistemas jurídicos internos estabelecer, com base nessas razões, causas de exclusão que exorbitem do leque comunitário.

É essa, aliás, a jurisprudência que também se retira do acórdão *Michaniki* [12].

O que estava aí em causa era uma norma constitucional do Estado grego que instituía uma incompatibilidade geral entre o sector das obras públicas e o sector dos meios de comunicação social e da qual resultava uma proibição de participação nos procedimentos de empreitadas dos operadores com relações societárias com o sector dos meios de comunicação social, tendo o TJUE decidido que o artigo 24.º da antiga Directiva 93/37/CEE (hoje, artigo 45.º/2 da Directiva 2004/18) devia ser interpretado no sentido "de que enumera de forma exaustiva as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional susceptíveis de justificar a exclusão" de um operador económico.

Só essas, portanto, não outras com diferente fundamento [13].

---

[12] Acórdão do TJUE de 16.12.2008, proc. C-213/07.

[13] Note-se que os Estados-Membros não estão obrigados a transpor para a respectiva ordem jurídica as causas de exclusão enunciadas no n.º 2 do artigo 45.º da Directiva 2004/18, mas apenas as do seu n.º 1, que, estas sim, têm natureza vinculativa ou imperativa. O nosso legislador, no artigo 55.º do CCP [abstraindo do impedimento da sua alínea *j)*, que tem uma razão de ser completamente diferente), optou por uma transposição global, digamos assim, sem diferenciar umas e outras, mas podia ter optado por solução mais "amiga" da concorrência (embora correndo então outros riscos, naturalmente), como pode também uma lei avulsa vir a dispor em sentido diverso, admitindo (ou não proibindo) a participação de empresas em algumas das situações previstas no artigo 45.º/2 da Directiva 2004/18.

Como se disse no acórdão *La Cascina*, a propósito das causas hoje enunciadas no artigo 45.º/2 da Directiva 2004/18, "não [se] prevê na matéria uma aplicação uniforme das causas de exclusão nele indicadas a nível comunitário, na medida em

2.2. O que significa — e desta forma chegamos ao segundo problema — que podem existir outras causas de exclusão estabelecidas pelos sistemas jurídicos internos, contanto que tenham um fundamento ou natureza diferente, ou seja, que não assentem em considerações atinentes à honestidade profissional, à solvabilidade e à fiabilidade dos operadores económicos.

A que podem então ir votadas essas outras causas de exclusão? O referido acórdão *Michaniki*, depois de considerar que as directivas não impedem que um Estado-Membro "preveja outras medidas de exclusão" dos operadores económicos, já tinha adiantado a solução, afirmando que isso seria legítimo quando a norma de exclusão ou de proibição tenha em vista "garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência" e desde que a medida ou norma não fosse "além do necessário para alcançar esse objectivo".

Foi isso que veio também a ser perfilhado pelo TJUE no acórdão *Assitur*, afirmando que o direito comunitário não obsta a que um Estado-Membro preveja outras causas de exclusão destinadas a garantir o respeito pelos *princípios da igualdade de tratamento* e *da transparência*, com a condição de que tais medidas não ultrapassem o que é necessário para alcançar este objectivo (*princípio da proporcionalidade*).

---

que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar de nenhum modo essas causas de exclusão, optando pela participação mais ampla possível nos processos de adjudicação de contratos públicos, ou de as integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que poderá variar consoante os casos, em função de considerações de ordem jurídica, económica ou social que prevaleçam a nível nacional. Neste contexto, os Estados-Membros têm o poder de moderar ou de tornar mais flexíveis os critérios estabelecidos" no artigo 45.º/2 da Directiva 2004/18.

Acontece é que, repete-se, em matéria de honestidade profissional, solvabilidade e fiabilidade dos concorrentes e candidatos, os sistemas jurídicos internos não podem criar outras causas de exclusão, diferentes das enunciadas nas directivas.

No sentido de que o legislador, nestes tempos de crise, poderia transformar em facultativos alguns dos impedimentos obrigatórios do artigo 55.º do CCP, na parte correspondente à transposição do artigo 45.º/2 da Directiva 2004/18, ver Pedro Costa Gonçalves, "Gestão de contratos públicos em tempo de crise", em *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, vol. III, p. 14.

A ideia portanto é que como são os Estados-Membros que se encontram em melhor posição para identificar, à luz de considerações de ordem histórica, económica ou social, que lhes são próprias, situações susceptíveis de conduzir a violações dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, o direito comunitário da contratação pública reconhece-lhes uma certa margem de apreciação para efeitos da adopção de medidas destinadas a garantir o respeito desses princípios. No entanto, essas medidas não devem ser injustificadamente restritivas da concorrência, não devem ir além do que é necessário para alcançar o objectivo a que se propõem. Ou seja, devem ser proporcionais.

Em suma, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência são os princípios cuja tutela ou salvaguarda pode justificar, neste aspecto, a instituição de barreiras ou proibições de acesso aos procedimentos de contratação pública. O princípio da proporcionalidade, como sempre, há-de funcionar como fiel da balança, tornando ilegítimas as normas (ou os seus segmentos ideais) que exorbitem da medida necessária à tutela daqueles princípios.

3. Relativamente à específica hipótese da proibição da participação simultânea num procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem, entre si, em relação de grupo, a primeira ideia que subjaz ao acórdão *Assitur* (embora, estranhamente, isso não tenha sido afirmado em lado algum seu) é a que essa causa da exclusão não se reporta à honestidade profissional, à solvabilidade ou à fiabilidade dos candidatos, ou seja, não versa sobre as suas qualidades profissionais.

O que significa que, por ser matéria que exorbita da *ratio* dos impedimentos ou das condições de aptidão pessoal, não haveria violação da regra da exaustividade comunitária do artigo 45.º da Directiva 2004/18.

A segunda ideia (que também poderia estar aí enunciada de forma mais clara) é a de que a circunstância de haver uma relativa comunhão de interesses entre as empresas pode de alguma forma perturbar o jogo da livre concorrência e da sã competição, falseando a lógica da contratação pública, e que isso pode, portanto, constituir uma violação da

igualdade de tratamento de todos os concorrentes e da transparência dos processos de adjudicação dos contratos públicos.

O que significa, por sua vez, que, por ser uma causa de exclusão que tem em vista a tutela dos valores essenciais da contratação pública, o direito comunitário, por princípio, não se opõe à adopção de medidas nacionais desse tipo.

O problema, para o TJUE, não estava na legitimidade de princípio da causa de exclusão das propostas apresentadas por empresas em relação de grupo, mas no modo (abstracto e automático) como essa causa funcionava, se se preferir, na forma desproporcional da sua estatuição.

Com efeito, uma disposição de exclusão abstracta e automática, fundada na proposição iniludível de que as propostas em causa foram necessariamente influenciadas uma pela outra, ou na presunção irrefutável do conhecimento mútuo ou recíproco do conteúdo das respectivas propostas, sem conceder às empresas a possibilidade de demonstrar que, no seu caso, não existe um risco real de ocorrência de práticas susceptíveis de ameaçar a transparência e falsear a concorrência entre os proponentes, implicaria a proibição sistemática de quaisquer empresas com relações de grupo entre si de participarem num mesmo procedimento de adjudicação de um contrato público e reduziria consideravelmente a concorrência a nível comunitário, excedendo portanto o que seria necessário para alcançar o objectivo de assegurar a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência.

Como refere o TJUE, as "relações de grupo podem assumir formas e objectivos variáveis e não excluem que as empresas dominadas gozem de uma certa autonomia na condução da sua política comercial e das suas actividades económicas, designadamente no domínio da participação em adjudicações públicas". Além do mais, "as relações entre empresas de um mesmo grupo podem ser regidas por disposições particulares, por exemplo de ordem contratual, susceptíveis de garantir tanto a independência como a confidencialidade da elaboração de propostas que são simultaneamente apresentadas pelas empresas em causa no âmbito de um mesmo concurso".

Assim, disse, "a questão de saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso público exige um exame e uma apreciação dos factos que cabe às entidades adjudicantes efectuar. A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão. Pelo contrário, a mera constatação de uma relação de domínio entre as empresas em causa, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que possam exercer nas assembleias-gerais ordinárias, não basta para que a entidade adjudicante possa excluir automaticamente estas empresas do processo de adjudicação, sem verificar se tal relação teve uma incidência concreta sobre o seu comportamento no âmbito desse processo".

Tendo sido esta a jurisprudência do TJUE para o caso *Assitur*, ela já teve alguns reflexos posteriores, designadamente, no caso *Serrantoni* (acórdão de 23.12.2009, proc. C-376/08), em que estava em causa uma lei italiana que proibia a participação, no mesmo procedimento, como concorrentes, de um "consórcio estável" e de uma sociedade que fazia parte deste, tendo o TJUE voltado a decidir — apesar da delicadeza da questão e do problema que ela suscitava ao nível da igualdade de tratamento e transparência — que o "direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional [que], no procedimento de adjudicação de um contrato público cujo montante não atinge o limiar previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea *c)*, da Directiva 2004/18, mas que reveste um interesse transfronteiriço certo, prevê a exclusão automática da participação nesse procedimento e a aplicação de sanções penais tanto a um consórcio estável como às empresas que sejam membros deste, quando estas últimas tenham apresentado propostas concorrentes da proposta desse consórcio, no âmbito do mesmo procedimento, mesmo não tendo a proposta do referido consórcio sido apresentada por conta e no interesse dessas empresas".

Por outro lado, a jurisprudência *Assitur* tem sido, convém dizê-lo, correctamente interpretada e observada pelos tribunais administrativos.

Sem pretensões de exaustividade, começa-se pelo acórdão do STA de 11.1.2009 (proc. 851/10), tirado em revista, no qual se decidiu, e bem, que "não 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" e que "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 concorrência, não se podendo fundar esse falseamento numa mera presunção decorrente da sua antecedente e originária relação de domínio".

Posterior a esse, temos o acórdão do TCA Sul de 30.9.2010 (proc. 6517/10), onde se afirmou que, "em face do acórdão Assitur, é hoje evidente que o simples facto de duas empresas (que fazem duas propostas no mesmo concurso) fazerem parte do mesmo grupo económico, não é de *per si* motivo para as excluir, sem lhes permitir demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento no âmbito desse concurso".

Depois, do mesmo tribunal, o acórdão de 3.2.2011 (proc. 6545/10), onde também se começou por afirmar que não há "qualquer norma no nosso ordenamento jurídico que proíba a participação, no mesmo concurso, de empresas que se encontrem entre si em relação de domínio ou de grupo, não podendo, deste modo, ser determinada a exclusão automática de duas ou mais concorrentes apenas por se encontrarem numa relação de subordinação" e que a "verificação de uma prática concertada entre empresas não decorre de qualquer presunção, mas há-de traduzir-se na ocorrência de factos concretos". E como do "confronto das propostas apresentadas pelas concorrentes [em causa decorria] a absoluta divergência entre ambas, [impunha-se] a conclusão de 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 70.º, n.º 2, al. *g)*", ou seja, não havia qualquer fundamento para a exclusão dessas propostas.

E, por último, ao menos à data em que se escrevem estas linhas, o acórdão também do TCA Sul de 12.5.2011, proc. 7536/11, onde se decidiu igualmente que "a existência de uma relação de domínio ou de

grupo em que se encontrem certas empresas não obsta, por si só, a que estas participem, simultaneamente, num mesmo procedimento pré-contratual, com propostas autónomas e distintas" e que "só perante as circunstâncias concretas da actuação dessas empresas em tal procedimento e perante a análise das propostas que apresentem se poderá avaliar se foi falseada a concorrência, não podendo esse juízo fundar-se numa mera presunção, decorrente daquela relação de domínio".

Enfim, tudo isto para mostrar que a solução geral do problema está muito claramente assumida pelos nossos tribunais, sem divergências. Onde as questões podem agora aparecer é naquilo que se considerará relevante ou irrelevante para efeitos da concreta exclusão das propostas apresentadas por empresas em relação de grupo. Dedicaremos ao assunto algumas considerações, adiante.

4. Considerando a jurisprudência do caso Assitur e também a jurisprudência nacional, são quatro as ideias fundamentais em matéria de participação isolada de empresas em relações de grupo.

4.1. Assim, em primeiro lugar, não pode haver nesta matérias, como noutras [14], presunções iniludíveis ou automáticas, proibições absolutas ou abstractas, no que respeita à ilegitimidade da participação em procedimentos de contratação pública de operadores que se encontrem entre si em relações de grupo.

O que significa, primeiro, que não pode a lei portuguesa instituí-la, como não o podem os programas de procedimento.

E o que significa também que — da mesma forma que não é legítima qualquer extensão do art. 54.º/2 do CCP à hipótese em apreço [15], também — não é válido o argumento de que, como, por força do artigo 2.º/2 da Lei da Concorrência, se considera uma única

---

[14] Foi o que também demonstrou Margarida Olazabal Cabral em artigo publicado no 1.º número desta *Revista*, sob o título "O artigo 55.º, alínea *j)*, do CCP: mais vale ser do que parecer", pp. 125 e ss.

[15] Assim, Mário Esteves de Oliveira, "Agrupamentos", cit., p. 129 a 133.

empresa o conjunto das empresas em relação de grupo, quando duas delas apresentassem, isoladamente, proposta a um procedimento de contratação pública, haveria, porque afinal tais empresas seriam uma só, violação da proibição de cada operador poder apresentar duas ou mais propostas [16].

4.2. Em segundo lugar, o mero facto da participação (isolada, já se sabe) de duas empresas em relação de grupo num mesmo procedimento não é indício de que haja aí uma qualquer prática concertada com vista a falsear as regras da concorrência, muito menos, que de tal participação se retire a prova dessa prática [17].

Se duas sociedades ligadas entre si por relações dessas apresentarem propostas isoladas e independentes, uma mais fraca ou mais cara, outra melhor ou mais barata, ou até duas quase iguais, não há qualquer ilegalidade e, diga-se, não deriva daí qualquer prejuízo, seja para os outros concorrentes, seja para a entidade adjudicante, pois que a proposta ordenada em primeiro lugar escolhida para adjudicação será sempre a melhor de entre as duas [18].

A participação de duas empresas ligadas por relações de grupo pode ser, sim, um factor de (maior) alerta por parte da entidade adjudicante

---

[16] Nesse art. 2.º/2 da Lei da Concorrência (a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) dispõe-se o seguinte: "*considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º*", como é o caso da participação maioritária no capital, da detenção de mais de metade dos votos, da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização ou do poder de gerir os negócios da empresa.

[17] Ver, concretamente neste sentido, acórdão do TCA de 3.2.2011, p. 6545/10.

[18] E se, porventura, ficassem ambas nos dois primeiros lugares da ordenação final e a melhor fosse retirada, não só estaria a denunciar-se com isso o propósito de falseamento da concorrência — levando a que se excluíssem então as duas propostas apresentadas —, como teria ainda que indemnizar-se a entidade adjudicante pelos prejuízos decorrentes dessa retirada.

(e do júri do procedimento), para que averigúe se há aí algo que objectivamente levante uma suspeita minimamente fundada.

4.3. Em terceiro lugar, só se justifica a exclusão das propostas, nessas situações, quando se demonstre que a relação de grupo ou a proximidade entre os operadores teve influência no conteúdo de tais propostas.

Nas palavras do TJUE, a "*constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão*".

A verdade é que essa proposição não é muito esclarecedora, justificando-se uma sua leitura adequada.

Desde logo, deve dizer-se que, como é natural, se duas empresas do mesmo grupo actuam em segmentos de mercado distintos (um mais sofisticado, outro mais genérico, digamos assim), as propostas que irão apresentar vão, com alta probabilidade, não só reflectir esse seu diferente posicionamento, como também revelar (é ao menos normal que isso aconteça) aspectos comuns, documentais e materiais, pois afinal elas são do mesmo grupo e podem ter, aqui ou ali, métodos idênticos na abordagem às compras públicas.

Além disso, essa influência no conteúdo das propostas, que serve de critério para a respectiva exclusão, há-de consubstanciar uma prática ou acordo ou acto susceptível (ou feito com o intuito de) de falsear a livre concorrência ou, ao menos, revelar fortes indícios disso.

Parece-nos, assim, que a participação de empresas em relação de grupo deve ser avaliada *em regra* nos termos gerais do artigo 70.º/2, alínea *g)*, do CCP [19], segundo o qual devem ser excluídas as propostas que revelem "a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência" — vg, se tiverem concertado posições (atributos), para dessa forma ampliar as

[19] É também este o enquadramento normal feito pela nossa jurisprudência (ver, por exemplo, acórdão do STA de 11.1.2009, proc. 851/10, e acórdão do TCA de 3.2.2011, p. 6545/10).

chances de vitória do grupo —, mesmo se, em algumas hipóteses, não seja necessária a prova de um *competition-fixing agreement*.

Por outras palavras, se, quando se trata de duas empresas absolutamente independentes, o legislador se contenta, para efeitos da exclusão das suas propostas, com a "existência de fortes indícios" de práticas susceptíveis de falsear as regras da concorrência, não parece que nas hipóteses de participação simultânea de operadores económicos, em que os receios de eventual prática concertada são objectivamente mais justificados, se deva exigir mais e melhor prova para a exclusão das respectivas propostas. Não se quer dizer com isto que deva haver aqui qualquer atitude menos "amiga" das *linked undertankings*, mas apenas que elas não devem ser objecto de tratamento mais favorável do que os concorrentes independentes.

Assim, deverá considerar-se aqui aplicável não só a doutrina do referido preceito legal do CCP [20], como também a jurisprudência do acórdão do TCA Sul de 29.1.2009, proc. 4105/08, no sentido de que "a prática concertada entre duas ou mais empresas no âmbito dos procedimentos concursais não necessita (...) da prova do conhecimento mútuo antecipado das respectivas propostas, mas basta-se com um juízo de objectividade resultante das próprias propostas, traduzido em factos" — em factos, diríamos, passíveis de suportar o juízo da "existência de fortes indícios" sobre o facto de a proximidade entre os operadores ter tido "influência" no conteúdo das suas propostas.

Ponto é que, nesta matéria, não se abstraia das especificidades das propostas provindas de empresas em relações de grupo. É que, como se disse atrás, sendo do mesmo grupo (muitas vezes, com a mesma designação comercial inicial, só mudando a parte relativa ao objecto) e dispondo às vezes dos mesmos produtos ou serviços (ou produtos e serviços do mesmo género) para oferecer ao mercado, é natural que as

---

[20] Sobre esta matéria, ver o esclarecedor artigo de João Moreira, "Cartelização em contratação pública — a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência", em *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, org. Pedro Costa Gonçalves, vol. III, p. 201.

respectivas propostas se façam eco, seja na parte documental (incluindo o seu aspecto gráfico), seja na parte dos seus atributos, dessa sua genética "marca de grupo", sem que isso constitua (ou devendo admitir-se ao menos que isso não constitua) qualquer indício de uma prática concertada.

Por outras palavras, aquilo que pode ser indício forte de prática concertada na hipótese das empresas independentes pode não o ser na hipótese das empresas em relação de grupo, sobretudo quando esse indício seja imputável à "marca do grupo", é dizer, às políticas, às características dos bens e serviços, à estrutura gráfica, etc., do grupo em que as empresas se inserem.

Decisivo, nesta matéria, é que as propostas apresentadas sejam fruto, em primeiro lugar, da (relativa) autodeterminação das empresas em causa, é dizer, da respectiva "autonomia na condução da sua política comercial e das suas actividades económicas, designadamente no domínio da participação em adjudicações públicas" e que revelem as características da "independência" e "confidencialidade" (ver n.º 31 do acórdão *Assitur*).

Se, pelo contrário, for objectivamente demonstrável que houve um *competition-fixing agreement* ou ao menos uma prática concertada, as propostas devem ser excluídas.

Da mesma forma, se houver fortes indícios de troca de informações ou prova de um evidente conhecimento mútuo das propostas por parte das empresas (como quando haja identidade dos membros das respectivas administrações ou das gerências ou quando haja coincidências nos atributos não imputáveis à "marca do grupo", revelando antes falta de independência), em violação da *secret competition*, as propostas devem igualmente ser excluídas.

Assim, por exemplo, no acórdão do STA de 1.6.2006, proc. 1126/05, decidiu-se, e bem, que, se duas "empresas concorrentes a um concurso público de concessão e exploração [tiverem] como único sócio e gerente a mesma pessoa, entre elas não pode haver concorrência, pelo que se impõe a respectiva exclusão do concurso".

Com efeito, quando as empresas são unipessoais (no seu capital e na sua gestão), a manipulação objectiva das propostas é um dado

inquestionável, sendo seguro que não haveria aí forma de assegurar qualquer *secret competition* ou sequer a independência das empresas (ou das respectivas propostas). Aliás, este é mesmo um caso evidente.

Já para não falar das hipóteses em que há criação fraudulenta de empresas colectivas ou em que a participação isolada de empresas do mesmo grupo consubstancia uma adulteração dos objectivos ou do regime de um determinado procedimento (ou de uma sua fase), como por exemplo sucederá quando duas empresas dessas sejam seleccionadas para a fase de negociações (levando a que uma deva retirar a sua proposta).

A terminar esta parte, deve dizer-se — aspecto relevante nesta matéria — que um dos objectivos mais perniciosos que poderia resultar da recíproca influência das propostas (a saber, a adulteração dos resultados do procedimento, procurando as empresas que os atributos de uma, postos de determinada forma, alterassem a pontuação dos atributos da outra), dificilmente terá sucesso nos procedimentos ao abrigo do CCP, pois, como se sabe, estabelece-se no art. 139.º/4 do CCP que na "elaboração dos modelos de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar" [21].

4.4. A quarta ideia fundamental que se retira do Acórdão *Assitur* é a de que a prova da "inexistência de influência" cabe às empresas em causa (ou à que tiver a melhor proposta). O TJUE também não é muito claro nesta matéria, mas, atendendo à sua parte dispositiva, não vemos que outra interpretação pudesse fazer-se quando se afirma aí que "o direito comunitário [se] opõe a uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objectivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam asso-

[21] É uma boa solução do nosso direito.

ciadas entre si, de participar de forma simultânea e concorrente num mesmo concurso, *sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respectivo no âmbito desse concurso*".

Há portanto aqui uma espécie de inversão do ónus da prova. Se em geral é à entidade adjudicante que cabe a prova do ilícito, aqui é às empresas que, a solicitação do júri ou da própria entidade adjudicante, e uma vez constatado qualquer facto suspeito, cabe a prova da autodeterminação, da confidencialidade e independência das suas propostas.