

Processo C-416/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

7 de julho de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Supremo Tribunal da Baviera, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

24 de junho de 2021

Requerido e recorrente:

Landkreis A.-F.

Requerentes e recorridos:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Objeto do processo principal

Recurso interposto contra a exclusão de dois proponentes interligados de um procedimento de contratação por violação do princípio do segredo da concorrência e por distorção da concorrência

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE; artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. Deve o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado no sentido de que a autoridade adjudicante deve ter indícios suficientemente plausíveis para concluir que os operadores económicos violaram o artigo 101.º TFUE?
2. Deve o artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, enquanto disposição que regula de forma exaustiva os motivos facultativos de exclusão, ser interpretado no sentido de que o princípio da igualdade de tratamento (artigo 18.º, n.º 1, desta diretiva) – quando as propostas apresentadas não são autónomas nem independentes – não pode obstar à adjudicação de um contrato?
3. Deve o artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE ser interpretado no sentido de que se opõe à adjudicação de um contrato a empresas que constituem uma unidade económica, uma vez que cada uma delas apresentou uma proposta?

A segunda e a terceira questões só necessitam de resposta se for dada resposta afirmativa à primeira questão.

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65): artigo 18.º, n.º 1, e artigo 57.º, n.º 4

Disposições de direito nacional invocadas

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei Relativa às Restrições da Concorrência, a seguir «GWB»), §§ 1, 97 e 124:

§ 1 Proibição dos acordos restritivos da concorrência

São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

§ 97 Princípios relativos à adjudicação

(1) Os contratos públicos e as concessões devem ser adjudicados em concorrência e através de procedimentos transparentes. Os princípios da boa gestão financeira e da proporcionalidade devem ser respeitados.

(2) Os participantes num procedimento de contratação devem ser tratados da mesma forma, a menos que seja expressamente exigida ou permitida uma diferença de tratamento nos termos da presente lei.

§ 124 Motivos facultativos de exclusão

(1) As autoridades adjudicantes podem, respeitando o princípio da proporcionalidade, excluir uma empresa da participação num procedimento de contratação em qualquer momento desse procedimento, quando:

[...]

2. [...] tiver sido requerido ou instaurado um processo de insolvência ou um processo análogo contra o património da empresa, [...]
3. a empresa tiver comprovadamente cometido uma falta profissional grave que ponha em causa a sua idoneidade; [...]
4. a autoridade adjudicante dispuser de elementos suficientes para concluir que a empresa celebrou com outras empresas acordos ou práticas concertadas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência;

[...]

8. a empresa tiver prestado declarações falsas ou tiver retido informações em relação aos motivos de exclusão ou aos critérios de seleção [...]

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O requerido, um município, pretende adjudicar, por concurso público, serviços públicos de transporte por autocarro. O valor estimado do contrato excede o limiar previsto no artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2014/24/UE. Segundo o anúncio de concurso, o preço não é o único critério de adjudicação e não são admitidas variantes/propostas alternativas.
- 2 Foram apresentadas várias propostas no prazo fixado, entre as quais as dos dois requerentes. O primeiro requerente é um empresário que atua em nome da sua empresa inscrita no registo comercial e a segunda requerente é uma sociedade de responsabilidade limitada cujo gerente e único sócio é o primeiro requerente. Por Despacho de 1 de novembro de 2019 foi instaurado um processo de insolvência relativamente ao património do primeiro requerente. Por carta datada de 1 de dezembro de 2019, o administrador da insolvência excluiu da massa falida a exploração da atividade independente do primeiro requerente. As propostas de ambos os requerentes de 27 de fevereiro de 2020 foram apresentadas pelo mesmo declarante que foi, respetivamente, indicado como sendo o primeiro requerente. Na sua proposta, o primeiro requerente afirmou, nomeadamente, que não tinha

sido requerido nem instaurado nenhum processo de insolvência relativamente ao património da empresa.

- 3 Em 2 de abril de 2020, os dois requerentes foram respetivamente informados de que as suas propostas tinham sido excluídas por violação do princípio do segredo da concorrência e por distorção da concorrência, uma vez que tinham sido elaboradas pela mesma pessoa.
- 4 Os dois requerentes impugnaram esta decisão na Vergabekammer (Câmara dos Contratos Públicos), que deu provimento ao seu recurso. O requerido interpôs recurso da decisão da Vergabekammer para o órgão jurisdicional de reenvio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 Os requerentes alegam que não houve violação do princípio do segredo da concorrência nem distorção da concorrência. Devido ao poder de direção abrangente do primeiro requerente, bem como ao controlo total da segunda requerente, constituíram uma empresa única que não estava sujeita a concorrência interna. Uma concorrência inexistente não pode ser restringida ou falseada. As regras de concorrência nos termos do § 97, n.º 1, da GWB não são aplicáveis às empresas que constituem uma unidade económica. As propostas dos requerentes devem ser consideradas várias propostas (principais) apresentadas por um mesmo proponente. Tal não foi excluído, no caso em apreço, nos documentos do procedimento de adjudicação. O risco de distorção da concorrência não existe nesse caso e não é, de qualquer modo, problemático quando as propostas se distinguem não apenas pelo preço mas também em termos materiais e técnicos. Este requisito está preenchido no presente caso, na medida em que as suas propostas comportam combinações de veículos diferentes.
- 6 Os requerentes baseiam-se, em especial, no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de maio de 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça distinguiu claramente dois casos. Só no segundo caso de as empresas em causa não constituírem uma unidade económica é que o Tribunal de Justiça (n.º 29) salientou que o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem independentes, que sejam suscetíveis de, desta forma, lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes. O esclarecimento subsequente, segundo o qual não é necessário examinar se a apresentação de tais propostas constitui também um comportamento contrário ao artigo 101.º TFUE sublinha expressamente que todas as considerações que constam do n.º 29 só se aplicam em caso de inexistência de uma unidade económica.
- 7 No caso em apreço, os requerentes constituem uma unidade económica e não obtiveram uma vantagem injustificada. Resulta do princípio da igualdade de

tratamento, segundo o qual o que é desigual deve ser tratado de forma desigual, que os proponentes não devem ser excluídos em caso de concertação autorizada.

- 8 O requerido sustenta, em especial, que o direito dos contratos públicos tem por missão assegurar uma concorrência real entre os proponentes que participam no concurso, os quais têm direito a que as propostas sejam apresentadas com desconhecimento das propostas dos concorrentes. Não respeitar este princípio, quando dois proponentes constituem uma unidade económica prejudica os interesses dos outros proponentes. Os proponentes que constituem uma unidade económica são favorecidos em relação aos outros proponentes sem uma base juridicamente sustentável, o que constitui uma violação do princípio da igualdade de tratamento e uma infração ou distorção da concorrência que deve ser acautelada. Com efeito, estas empresas que constituem uma unidade económica, na medida em que constituem formalmente duas entidades jurídicas distintas, podem obter uma vantagem, por exemplo, participando no concurso através de propostas concertadas, estabelecendo condições de elegibilidade diferentes. Se um proponente da unidade económica for excluído devido à falta de elegibilidade, o outro proponente da unidade económica permanece em concorrência com a proposta concertada entre esses proponentes. Os acordos e práticas concertadas a que se refere o § 124, n.º 1, ponto 4, da GWB não visam unicamente a proteção da concorrência entre as empresas participantes nesses acordos e práticas concertadas.
- 9 O Acórdão Specializuotas transportas já referido também não corrobora a opinião dos requerentes, pelo contrário, a violação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência impede a adjudicação do contrato aos requerentes. De qualquer modo, trata-se de um caso de apresentação inadmissível de uma dupla proposta.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 10 Nos termos do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE, as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência. Nos termos da primeira frase do considerando 101, as autoridades adjudicantes deverão poder excluir os operadores económicos que, por falta profissional grave, como a violação das regras da concorrência, se tenham revelado pouco fiáveis.
- 11 Na transposição da referida disposição, o legislador alemão adotou, no § 124, n.º 1, ponto 4, da GWB, a formulação da proibição dos acordos restritivos da concorrência do § 1 da GWB, que corresponde em grande medida à do artigo 101.º TFUE.

- 12 O artigo 101.º TFUE não se aplica quando os acordos ou práticas que proíbe são executados por empresas que constituem uma unidade económica (Acórdãos do Tribunal de Justiça, *Specializuotas transportas*, n.º 28 e jurisprudência referida, e de 12 de julho de 1984, *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, n.º 11).
- 13 Na opinião da Secção, os requerentes constituem uma unidade económica neste sentido. Dois operadores económicos devem ser considerados uma unidade económica, isto é, uma empresa na aceção do artigo 101.º TFUE, quando, embora tendo uma personalidade jurídica distinta, a filial não determina de modo autónomo o seu comportamento no mercado, mas aplica essencialmente instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, tendo em conta, em particular, as ligações económicas, organizacionais e jurídicas que unem as duas entidades jurídicas (v. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2021, *Goldman Sachs*, C-595/18, EU:C:2021:73, n.º 31, e de 24 de junho de 2015, *Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, n.º 75 e jurisprudência referida). O facto de a «mãe» aqui não ser uma sociedade mas um empresário em nome individual inscrito no registo comercial não conduz a uma apreciação diferente.
- 14 Nestas condições, a Secção interroga-se sobre a questão de saber se o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE deve ser interpretado no sentido de que a autoridade adjudicante deve ter indícios suficientemente plausíveis para concluir pela violação do artigo 101.º TFUE.
- 15 A Secção considera que se deve responder afirmativamente à primeira questão prejudicial, na medida em que o considerando 101 menciona a violação das regras de concorrência.
- 16 Na opinião da Secção, o artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/UE não pode ser interpretado no sentido de que também os proponentes interligados que constituem uma unidade económica e apresentam propostas concertadas podem ser excluídos por força desta disposição. Pelo contrário, uma violação do princípio do segredo da concorrência só pode justificar uma exclusão ao abrigo desta disposição, se a mesma violar uma norma em matéria de concorrência; não é esse o caso quando as empresas participantes estão abrangidas pelo denominado privilégio de grupo do direito da concorrência.
- 17 Na presente situação, a Secção considera igualmente que uma exclusão por falta profissional grave [artigo 57.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2014/24/UE], que é mencionada na doutrina como um pressuposto de facto residual, não pode ser tida em consideração.
- 18 É certo que os proponentes que constituem uma unidade económica e que apresentam uma proposta podem assim obter vantagens injustificadas relativamente aos outros proponentes, já que relativamente a um proponente que apresente várias propostas principais, os proponentes que formam uma unidade económica e que apresentam cada um deles uma proposta têm, no que respeita aos

motivos de exclusão e aos critérios de seleção (relacionados com o proponente), melhores hipóteses de ganhar um concurso. No caso em apreço, por exemplo, relativamente à abertura do processo de insolvência, é possível excluir o primeiro requerente nos termos do § 124, n.º 4, ponto 2 ou ponto 8, da GWB, ao passo que a proposta da segunda requerente, coordenada com o primeiro requerente continua a ser objeto de avaliação, a menos que seja excluída nos termos de alguma outra disposição. No entanto, na opinião da Secção, este elemento deve ser tido em conta no que diz respeito à segunda questão prejudicial.

- 19 A segunda e terceira questões prejudiciais revelam as dúvidas da Secção quanto à questão de saber se a enumeração dos motivos facultativos de exclusão que figura no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE se opõe ao recurso ao princípio da igualdade de tratamento para justificar que as propostas de dois proponentes, que formam uma unidade económica, não podem ser tidas em conta devido a uma violação do princípio do segredo da concorrência.
- 20 A segunda questão prejudicial visa determinar se a jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Michaniki, C-213/07, n.ºs 44 e segs.) pode ser aplicada ao artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE.
- 21 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Diretiva 2004/18/CE, o artigo 2.º desta diretiva deve ser interpretado no sentido de que se opõe à adjudicação de um contrato aos proponentes cujas interligações tenham influenciado o conteúdo das suas propostas apresentadas no âmbito do mesmo procedimento. As propostas devem ser apresentadas com total autonomia e independência quando provenham de proponentes interligados (Acórdão Specializuotas transportas, n.ºs 38 e segs.). A Secção entende que tal significa que a autoridade adjudicante – ao contrário da formulação prevista no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE («pode») – não dispõe de nenhuma margem de apreciação ao abrigo desta jurisprudência.
- 22 Todavia, uma exclusão baseada nos princípios gerais enunciados no § 97, n.ºs 1 e 2, da GWB só pode ser considerada em situações como a que está em causa se a enumeração dos motivos facultativos de exclusão referidos no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE não revestir um carácter exaustivo que se oponha a essa exclusão.
- 23 É certo que o Tribunal de Justiça declarou que a enumeração taxativa dos motivos de exclusão baseados na falta de qualidade profissional que consta do artigo 24.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 93/37/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não afasta a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou aprovarem normas substantivas destinadas a garantir, nomeadamente em matéria de contratos públicos, o respeito do princípio da igualdade de tratamento e o concomitante princípio da transparência, que se impõem às autoridades adjudicantes em qualquer processo de adjudicação de um desses contratos (Acórdão Michaniki, n.ºs 44 e segs.). Além disso, declarou que o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 2.º da

Diretiva 2004/18/CE é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem independentes, que sejam suscetíveis de, desta forma, lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes (Acórdão Specializuotas transportas, n.º 29), embora o artigo 45.º, n.º 2, desta diretiva também contivesse um catálogo de motivos facultativos de exclusão. Por último, o Tribunal de Justiça invocou esta jurisprudência num pedido de decisão prejudicial relativo à Diretiva 2014/24/UE (Acórdão de 11 de julho de 2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, n.ºs 51 e segs.).

- 24 No entanto, as dúvidas da Secção que justificam a questão prejudicial resultam da economia das regras. Os motivos de exclusão correspondentes às alíneas e) e f) do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE, que não estão ligados a um incumprimento de uma obrigação por parte da empresa mas a um conflito de interesses e a uma distorção da concorrência devido ao envolvimento prévio da empresa, não estavam previstos nem no artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 93/37/CEE nem no artigo 45.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18/CE. Por conseguinte, a doutrina alega que o legislador da União regulamentou igualmente de forma exaustiva, através da Diretiva 2014/24/UE, uma exclusão em razão da igualdade de tratamento e da transparência. É certo que o Tribunal de Justiça deduziu dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência que a entidade adjudicante está obrigada a verificar a existência de eventuais conflitos de interesses e a tomar as medidas adequadas a evitar, detetar e remediar conflitos de interesses (Acórdão de 12 de março de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, n.º 43). No artigo 57.º, n.º 4, alínea f), e no artigo 41.º da Diretiva 2014/24/UE, o legislador da União retomou a jurisprudência do Tribunal de Justiça – também baseada no princípio da igualdade de tratamento – relativa às pessoas que já estavam envolvidas na preparação do procedimento de contratação (Acórdão de 2 de março de 2005, Fabricom, C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, n.ºs 26 e segs.). Contudo, tendo em conta a importância do princípio da igualdade de tratamento referida pelo Tribunal de Justiça e as obrigações que dele decorrem para a autoridade adjudicante, a Secção tende a considerar que, independentemente da extensão do catálogo dos motivos facultativos de exclusão que figuram no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, o princípio da igualdade de tratamento opõe-se sempre à tomada em consideração das propostas de empresas interligadas que não sejam autónomas nem independentes. Ainda que se deva ter em conta o facto de que, segundo o considerando 101 da Diretiva 2014/24/UE, ao aplicar esses motivos facultativos de exclusão, as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, prestar especial atenção ao princípio da proporcionalidade, a Secção tende a responder negativamente à segunda questão prejudicial.
- 25 O facto de a jurisprudência nacional considerar que as disposições nacionais relativas aos motivos obrigatórios e facultativos de exclusão são exaustivas atendendo à sistemática da lei, está, segundo a Secção, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdão Michaniki, n.º 43) e não exclui o recurso ao princípio da igualdade de tratamento para justificar que não sejam tidas

em consideração propostas apresentadas por dois proponentes cujas propostas sejam concertadas ou coordenadas entre si.

- 26 A terceira questão prejudicial tem por objeto saber se o Acórdão Specializuotas transportas, que visa expressamente os proponentes interligados que não constituem uma unidade económica e segundo o qual as propostas devem ser apresentadas de forma autónoma e independente, se aplica às propostas de proponentes que constituem uma unidade económica.
- 27 Segundo a Secção, o princípio da igualdade de tratamento opõe-se, por maioria de razão, à adjudicação de um contrato a proponentes que formem uma unidade económica e que não possam apresentar propostas autónomas ou independentes. Não seria coerente poder adjudicar o contrato a empresas interligadas que não constituem uma unidade económica apenas na condição de as suas propostas serem de facto autónomas e independentes, enquanto as empresas que constituem uma unidade económica e, por conseguinte, não podem satisfazer esta condição, poderiam fazê-lo sem mais.
- 28 Por conseguinte, a Secção propõe que a resposta à terceira questão prejudicial seja afirmativa.

DOCUMENTO DE TRABALHO