

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)
21 de Fevereiro de 1995 *

No processo T-29/92,

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, associação de direito neerlandês, estabelecida em Amersfoort (Países Baixos),

Amsterdamse Aannemers Vereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Amsterdão,

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken, associação de direito neerlandês, estabelecida em Utreque (Países Baixos),

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers, associação de direito neerlandês, estabelecida em Soest (Países Baixos),

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken, associação de direito neerlandês, estabelecida em Velsen (Países Baixos),

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, associação de direito neerlandês, estabelecida em Heemstede (Países Baixos),

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders, associação de direito neerlandês, estabelecida em Apeldoorn (Países Baixos),

* Língua do processo: neerlandês.

Combinatie van Aannemers in het Noorden, associação de direito neerlandês, estabelecida em Leeuwarden (Países Baixos),

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, associação de direito neerlandês, estabelecida em Leeuwarden,

Delftse Aannemers Vereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Roterdão (Países Baixos),

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, associação de direito neerlandês, estabelecida em Utreque,

Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken», associação de direito neerlandês, estabelecida em Roterdão,

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen, associação de direito neerlandês, estabelecida em Arnhem (Países Baixos),

Gooise Aannemers Vereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Huizen (Países Baixos),

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em 's-Gravenhage (Países Baixos),

Leidse Aannemersvereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Leiden (Países Baixos),

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, associação de direito neerlandês, estabelecida em Tilburg (Países Baixos),

Nederlandse Aannemers-en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, associação de direito neerlandês, estabelecida em Dordrecht (Países Baixos),

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken, associação de direito neerlandês, estabelecida em Amsterdão,

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling, associação de direito neerlandês, estabelecida em Delden (Países Baixos),

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, associação de direito neerlandês, estabelecida em Groningen (Países Baixos),

Rotterdamse Aannemersvereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Roterdão,

Aannemersvereniging «de Rijnstreek», associação de direito neerlandês, estabelecida em Roterdão,

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, fundação de direito neerlandês, estabelecida em Leeuwarden,

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, associação de direito neerlandês, estabelecida em Nijmegen (Países Baixos),

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord, associação de direito neerlandês, estabelecida em Alkmaar (Países Baixos),

Utrechtse Aannemers Vereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Utreque,

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, associação de direito neerlandês, estabelecida em Zeist (Países Baixos), e

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, associação de direito neerlandês, estabelecida em Heeze (Países Baixos),

representadas por Louis H. van Lennep, advogado no foro de Haia, e Erik H. Pijnacker Hordijk, advogado no foro de Amsterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Luc Frieden, 6, avenue Guillaume,

recorrentes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Berend J. Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Paul Glazener, advogado no foro de Roterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto a declaração de inexistência e, subsidiariamente, a anulação da Decisão 92/204/CEE da Comissão, de 5 de Fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos; JO L 92, p. 1),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Primeira Secção),

composto por: R. Schintgen, presidente, H. Kirschner, B. Vesterdorf, K. Lenaerts
e C. W. Bellamy, juízes,

secretário: H. Jung

vistos os autos e após a audiência de 11 de Julho de 1994,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do recurso

- 1 A partir de 1952, surgiram no mercado neerlandês da construção diferentes associações agrupando os empreiteiros segundo critérios sectoriais ou regionais. Estas associações elaboraram para os seus membros regras de organização da concorrência.
- 2 Em 1963, essas diferentes associações criaram a Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (a seguir «SPO»), que, nos termos do artigo 3.º dos seus estatutos, tem por objectivo «promover e gerir uma concor-

rência organizada, evitar e combater condutas inadequadas por ocasião da proposta de preços e promover a formação de preços economicamente justificados». Para o efeito, a SPO elabora regulamentos ditos «regularização institucionalizada dos preços e da concorrência» e pode aplicar sanções às empresas filiadas nas organizações membros no caso de incumprimento das obrigações decorrentes dos referidos regulamentos. A aplicação desses regulamentos é confiada a oito gabinetes executivos cujo funcionamento é fiscalizado pela SPO. As associações membros da SPO são actualmente 28 e agrupam, no total, mais de quatro mil empresas de construção estabelecidas nos Países Baixos.

- 3 Em 1969, a maior parte das associações sectoriais ou regionais aderiram à SPO.
- 4 Entre 1973 e 1979, as diferentes associações procederam, sob a fiscalização da SPO, a uma uniformização dos seus regulamentos (a seguir «regulamentos anteriores»).
- 5 Em 3 de Junho de 1980 foi adoptado pela assembleia geral da SPO e declarado obrigatório para todas as empresas pertencentes às associações membros da SPO o Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf (a seguir «código de honra»). Este código de honra prevê um sistema uniforme de sanções das infracções aos regulamentos uniformizados entre 1973 e 1979, bem como certas regras materiais necessárias à aplicação desses regulamentos. O código de honra entrou em vigor em 1 de Outubro de 1980.
- 6 Em 16 de Agosto de 1985, a Comissão dirigiu um pedido de informações à SPO, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.º 17»), a fim de obter informações sobre a participação de empresas estrangeiras na SPO.

- 7 Por diploma de 2 de Junho de 1986, as autoridades neerlandesas adoptaram o Uniform Aanbestedingsreglement (a seguir «UAR») que define as regras de adjudicação dos contratos públicos e que entrou em vigor em 1 de Novembro de 1986.
- 8 Em 9 de Outubro de 1986, a assembleia geral da SPO adoptou dois Uniforme Prijsregelende Reglementen (a seguir «UPR») que têm por objectivo definir o quadro processual no qual se exerce a concorrência entre os empreiteiros que participam em concursos para adjudicação de contratos de construção. O primeiro UPR é relativo aos concursos limitados (a seguir «UPRR») e o segundo aos concursos públicos (a seguir «UPRO»). Os dois regulamentos têm estrutura idêntica e incluem disposições precisas e pormenorizadas definindo as obrigações das empresas que participam na organização e as condições de funcionamento desta. Os próprios UPR são completados por quatro regulamentos e três anexos. Todos estes regulamentos entraram em vigor em 1 de Abril de 1987.
- 9 Por diploma de 29 de Dezembro de 1986, o Governo neerlandês declarou estes regulamentos não obrigatórios, com excepção daqueles que preenchem determinadas condições. Este diploma entrou em vigor em 1 de Abril de 1987. Os UPR preenchem as condições previstas no diploma.
- 10 Em 15 de Junho de 1987, a Comissão procedeu a diligências de instrução junto da SPO nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17. Em Julho e em Novembro do mesmo ano, fez o mesmo junto da Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging (a seguir «ZNAV»). Estas diligências tinham por objecto examinar se os regulamentos da SPO eram susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros.
- 11 Em 13 de Janeiro de 1988, a SPO notificou os UPR, bem como o código de honra, à Comissão para obter, a título principal, um certificado negativo e, subsidiariamente, uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE (a seguir «Tratado»).

- 12 Em 23 de Junho de 1988, os UPR foram alterados. Essa alteração entrou em vigor em 1 de Julho de 1988.
- 13 Em 13 de Julho de 1989, a SPO completou a sua notificação de 13 de Janeiro de 1988.
- 14 Em 26 de Julho de 1989, o município de Roterdão (Países Baixos) apresentou uma denúncia à Comissão contra certas partes dos regulamentos.
- 15 Em 7 de Novembro de 1989, a Comissão decidiu dar início a um processo contra a SPO e enviou-lhe uma comunicação das acusações em 5 de Dezembro de 1989.
- 16 A SPO respondeu à comunicação das acusações em 5 de Abril de 1990.
- 17 A audição, prevista pelo artigo 19.º do Regulamento n.º 17, teve lugar em 12 de Junho de 1990.
- 18 Em 15 de Março de 1991, a SPO iniciou discussões com a Comissão com o objectivo de examinar se os regulamentos notificados não poderiam beneficiar de uma isenção se fossem alterados. A este respeito houve uma troca de correspondência entre a SPO e a Comissão entre 12 de Abril de 1991 e 15 de Janeiro de 1992.
- 19 Em 5 de Fevereiro de 1992, a Comissão adoptou a decisão impugnada.

- 20 Em 12 de Fevereiro de 1992, foi enviada às recorrentes uma decisão datada de 5 de Fevereiro de 1992 com o número C(92) 66 def. A mesma foi notificada em 17 de Fevereiro de 1992. Nessa decisão faltava uma passagem e os endereços de diferentes associações de empresas mencionadas no dispositivo da decisão estavam errados.
- 21 Em 26 de Fevereiro de 1992, foi enviada às recorrentes (e chegou à SPO em 2 de Março de 1992) uma decisão datada de 5 de Fevereiro de 1992 com o número C(92) 66 def. rev. Este texto incluía a passagem que faltava no texto notificado em 17 de Fevereiro de 1992 e que portanto lhe tinha sido acrescentada. Os erros relativos aos endereços das diferentes associações de empresas também tinham sido corrigidos.
- 22 Através do artigo 1.º da decisão, a Comissão verifica que os estatutos da SPO, de 10 de Dezembro de 1963, com as alterações que lhe foram introduzidas, os dois UPR de 9 de Outubro de 1986 e os regulamentos e anexos que deles fazem parte, os UPR anteriores e semelhantes que substituíram e o código de honra, com exclusão do seu artigo 10.º, constituem uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 23 Através do artigo 2.º da decisão, a Comissão indefere o pedido de isenção formulado em 13 de Janeiro de 1988 ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado a favor dos UPR de 9 de Outubro de 1986 e do código de honra.
- 24 Através do artigo 3.º, n.º 1 e 2, da decisão, a Comissão ordena à SPO e respectivas associações membros que ponham termo imediatamente às infracções verificadas e que informem por escrito as empresas interessadas do conteúdo da decisão e do facto de ter sido posto termo às infracções, precisando as consequências práticas daí decorrentes, como a liberdade de qualquer uma destas empresas deixar imediatamente de cumprir os regulamentos. Além disso, a SPO e as respectivas organizações membros devem, nos dois meses subsequentes à recepção da decisão, comunicar à Comissão a informação transmitida às empresas em conformidade com o n.º 2 desta disposição.

- 25 No artigo 4.º da decisão, a Comissão aplica às 28 associações em causa coimas num montante total de 22 498 000 ecus.

Tramitação processual

- 26 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 13 de Abril de 1992, a SPO bem como 28 associações que dela são membros interpuseram, nos termos do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado, um recurso em que concluíram pedindo que o Tribunal se dignasse declarar inexistente ou, subsidiariamente, anular a Decisão 92/204/CEE da Comissão, de 5 de Fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos; JO L 92, p. 1).
- 27 Por requerimento separado registado na Secretaria do Tribunal da Primeira Instância no mesmo dia, as recorrentes apresentaram, nos termos dos artigos 185.º e 186.º do Tratado e do artigo 105.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, um pedido de medidas provisórias destinado a obter a suspensão da execução da decisão impugnada.
- 28 Em 18 de Junho de 1992 as partes foram ouvidas em alegações.
- 29 Em 16 de Julho de 1992, o presidente do Tribunal de Primeira Instância proferiu um despacho cuja parte decisória é a seguinte:
- 1) É suspensa a execução do artigo 3.º da decisão da Comissão relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos), na parte em que este visa elementos das regulamentações em causa que não estão ligados à existência de uma concertação e de uma troca de informações entre os empreiteiros, à concessão da preferência

e à repercussão directa nos adjudicantes dos montantes de indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais.

- 2) As requerentes comunicarão à Comissão e ao Tribunal de Primeira Instância, o mais tardar até 1 de Outubro de 1992, as medidas que tiverem tomado para tornar o funcionamento do sistema conforme à presente decisão.

 - 3) O pedido de suspensão da execução é indeferido quanto ao restante.

 - 4) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.
- 30 Por carta apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 14 de Agosto de 1992, as recorrentes transmitiram ao presidente do Tribunal as instruções provisórias, aplicáveis desde 20 de Julho de 1992, que a primeira recorrente dirigiu às outras recorrentes nos termos do despacho do presidente do Tribunal de 16 de Julho de 1992.
- 31 Em 27 de Agosto de 1992, a sociedade de direito neerlandês Dennendael B. V. apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da recorrida, em conformidade com o disposto no artigo 37.º do Estatuto (CEE) do Tribunal de Justiça.
- 32 Por despacho de 12 de Janeiro de 1993, o Tribunal de Primeira Instância admitiu essa intervenção em apoio dos pedidos da recorrida.
- 33 Em 21 de Janeiro de 1993, a interveniente apresentou as suas alegações.

- 34 Por carta de 17 de Novembro de 1993, a interveniente comunicou ao Tribunal de Primeira Instância que retirava a sua intervenção, tendo o Tribunal registado a mesma em despacho de 4 de Maio de 1994.
- 35 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução prévia. Todavia, o Tribunal convidou as partes a responder a determinadas questões por escrito e antes da audiência.
- 36 Na sequência do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, Colect., p. I-2555), o Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 27 de Junho de 1994, ordenou à Comissão que «apresentasse a decisão adoptada pela Comissão na sua sessão de 5 de Fevereiro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos) autenticada então na língua em que faz fé, pelas assinaturas do presidente e do secretário executivo nos termos do artigo 12.º, primeiro parágrafo, do regulamento interno em vigor na altura» e que fizesse chegar esse documento ao Tribunal «o mais tardar até 6 de Julho de 1994».
- 37 Na sequência deste despacho, a Comissão, por carta de 4 de Julho de 1994, apresentou um exemplar da decisão da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992 com a referência C(92) 66 def. rev. e a assinatura do presidente da Comissão e do seu secretário-geral antecedida da menção «a presente decisão foi adoptada pela Comissão na sua 1 092.ª reunião efectuada em Bruxelas em 5 de Fevereiro de 1992. Tem 92 páginas + anexos». A Comissão apresentou também um determinado número de outros documentos.
- 38 O primeiro desses documentos é uma carta que um dos advogados das recorrentes dirigiu ao funcionário competente da direcção-geral da concorrência (DG IV), em 19 de Fevereiro de 1992, para lhe assinalar que, na decisão que lhe tinha sido notificada, faltava qualquer coisa na transição da página 86 para a página 87. Solicitava

a esse funcionário que fizesse as necessárias verificações e que tomasse as medidas que se impunham para fazer as correcções necessárias.

- 39 O segundo documento é uma telecópia, igualmente datada de 19 de Fevereiro de 1992, que o funcionário em questão dirige a um funcionário do Secretariado-Geral da Comissão para que o mesmo verifique «se a versão da decisão adoptada pela Comissão e notificada aos seus destinatários corresponde perfeitamente ao projecto e, se necessário, que faça o devido para que os destinatários da decisão sejam informados formalmente do seu texto completo».
- 40 O terceiro documento é uma carta de 21 de Fevereiro de 1992 dirigida ao funcionário competente da DG IV por um dos advogados das recorrentes em que este solicita à Comissão que notifique apenas à SPO os exemplares da versão corrigida da decisão devido ao facto de os endereços de algumas das suas organizações membros estarem incorrectos.
- 41 O quarto documento é uma carta do funcionário competente da DG IV, igualmente de 21 de Fevereiro de 1992, aos advogados das recorrentes em que indica que, seguidamente a uma conversa telefónica com uma delas, o Secretariado-Geral encarava diferentes modalidades de (re)notificação, e tal relativamente a todas as organizações destinatárias da decisão (eventualmente para o seu endereço corrigido).
- 42 Na audiência de 11 de Julho de 1994 as partes foram ouvidas em alegações e nas suas respostas às questões do Tribunal. No decurso da audiência, foi projectado a pedido das recorrentes um filme relativo aos regulamentos em causa no presente processo e foi ouvido o seu perito.

Pedidos das partes

43 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:

- 1) a título principal, declarar inexistente o acto da Comissão intitulado «decisão da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE» (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos);
- 2) a título subsidiário, anular a decisão da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos);
- 3) tomar quaisquer outras medidas que considere necessárias;
- 4) condenar a Comissão nas despesas, incluindo as relativas ao pedido de medidas provisórias apresentado nos termos dos artigos 185.º e 186.º do Tratado.

Por seu turno, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- 1) negar provimento aos pedidos das recorrentes;
- 2) condenar as recorrentes nas despesas da instância, incluindo as do pedido de medidas provisórias.

Fundamentos e argumentos das partes

- 44 As recorrentes formulam dois pedidos no seu recurso: o primeiro, apresentado a título principal, destina-se a que a decisão impugnada seja declarada inexistente ou, pelo menos, nula por violação de formalidades essenciais; o segundo, formulado a título subsidiário, tem por objecto a anulação dessa mesma decisão.

O pedido principal

Argumentos das partes

- 45 As recorrentes alegam, a título principal, que por força da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, a decisão impugnada é inexistente (acórdão de 27 de Fevereiro de 1992, BASF e o./Comissão, T-79/89, T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Colect., p. II-315) por violação do princípio da intangibilidade do acto e por incompetência — foi-lhe acrescentada uma página sem a mesma ter sido aprovada pelo colégio dos comissários — e por violação do regime linguístico, uma vez que o colégio dos comissários não teria adoptado a decisão na única língua que faz fé. Com efeito, na Decisão C(92) 66 def., de 5 de Fevereiro de 1992, que foi enviada às recorrentes em 12 de Fevereiro de 1992 e que lhes foi notificada em 17 de Fevereiro de 1992, faltava uma passagem e os endereços de diferentes associações de empresas mencionadas no dispositivo da decisão estavam incorrectos.
- 46 Em 26 de Fevereiro de 1992, foi enviada às recorrentes (e chegou à SPO em 2 de Março de 1992) uma decisão datada de 5 de Fevereiro de 1992 com o número C(92) 66 def. rev. Este texto incluía a passagem que faltava no texto notificado em 17 de Fevereiro de 1992 e que portanto lhe tinha sido acrescentada. Os erros relativos aos endereços das diferentes associações de empresas tinham igualmente sido corrigidos.

- 47 As recorrentes salientam ainda que o documento com a referência C(92) 66 def. foi em primeiro lugar enviado a cada uma das recorrentes por carta de 12 de Fevereiro de 1992 assinada pelo secretário-geral da Comissão e que o mesmo só teria sido notificado por volta de 17 de Fevereiro. O facto de o texto da decisão contestada não estar disponível no dia seguinte ao dia 5 de Fevereiro de 1992 confirmaria que o texto notificado às recorrentes não era o mesmo que o que tinha sido submetido ao colégio dos comissários. O facto de o documento revisto ter recebido uma nova referência [a saber, C(92) 66 def. rev.] permitiria a mesma conclusão. Aliás, a Comissão não contesta que o documento C(92) 66 def. rev. nunca foi submetido como tal ao colégio dos comissários.
- 48 Por conseguinte, as recorrentes convidam a Comissão a provar, através de um extracto autenticado da acta da reunião da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992, que efectivamente se reuniu para examinar a versão neerlandesa da decisão litigiosa e que foi esse o texto que adoptou.
- 49 A Comissão responde que as recorrentes não apresentaram qualquer indício que permita concluir que o princípio da intangibilidade do acto adoptado foi violado após a adopção da decisão. Ora, na falta de indicações nesse sentido, a decisão deve ser considerada legal (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Hoechst/Comissão, T-10/89, Colect., p. II-629, n.º 375).
- 50 A Comissão sustenta que a decisão foi enviada uma segunda vez às recorrentes porque faltava uma página no texto enviado em 12 de Fevereiro de 1992 e porque, relativamente a um certo número de recorrentes, tinha sido enviada para um endereço que já não estava correcto. O desaparecimento de uma página seria imputável a uma deficiência técnica do sistema interno do correio electrónico da Comissão ocorrida posteriormente à adopção da decisão.

- 51 Por outro lado, a Comissão alega que o colégio dos comissários pôde dispor, em 5 de Fevereiro de 1992, do texto do projecto de decisão em todas as línguas comunitárias, incluindo o neerlandês. Esse projecto teria sido adoptado nessa reunião.

Apreciação do Tribunal

- 52 O Tribunal verifica, em primeiro lugar, que resulta do acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., já referido (n.º 52), que as irregularidades apontadas pelas recorrentes, que dizem respeito ao processo de adopção da decisão da Comissão, não parecem ser de uma gravidade de tal modo evidente que a decisão deva ser considerada juridicamente inexistente.
- 53 Daqui resulta que o pedido principal das recorrentes deve ser rejeitado na medida em que se destina a obter a declaração de inexistência da decisão impugnada.
- 54 No entanto, há que examinar, em segundo lugar, se as irregularidades apontadas pelas recorrentes não devem conduzir, como alegam a título subsidiário, à anulação da decisão impugnada por violação do princípio da intangibilidade do acto e por violação do regime linguístico.
- 55 No que respeita à intangibilidade do acto, o Tribunal considera que resulta do acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., já referido (n.º 59), que só perante uma contestação no âmbito da qual tenham sido apresentados indícios sérios e convincentes de violação do princípio da intangibilidade do acto é que o Tribunal de Primeira Instância pode ser levado a ordenar a apresentação da decisão, na ou nas línguas que fazem fé, autenticada pelas assinaturas do presidente e do secretário executivo, a fim de verificar a correspondência perfeita dos textos notificados com o texto adoptado pelo colégio dos comissários.

56 No caso em apreço, o Tribunal considerou, com base nos dados de que dispunha na altura, que o facto de o texto da decisão notificada em 17 de Fevereiro de 1992 não corresponder ao texto notificado em 26 de Fevereiro de 1992 constituía, à primeira vista, um indício sério e convincente de que as modificações introduzidas no primeiro texto não tinham sido adoptadas pelo colégio dos comissários. Foi por esta razão que ordenou, em 27 de Junho de 1994, a apresentação da decisão adoptada pela Comissão na sua sessão de 5 de Fevereiro de 1992 autenticada então, na língua em que faz fé, pelas assinaturas do presidente e do secretário executivo, nos termos do artigo 12.º, primeiro parágrafo, do regulamento interno da Comissão em vigor na altura.

57 Todavia, o Tribunal verifica que os documentos apresentados pela Comissão em resposta ao seu despacho de 27 de Junho de 1994 confirmam que a diferença entre o primeiro texto notificado e o segundo resultava de uma deficiência técnica no funcionamento do seu sistema de correio electrónico que fez desaparecer uma página e que, por conseguinte, o texto notificado em 26 de Fevereiro de 1992 correspondia perfeitamente ao texto adoptado pelo colégio dos comissários na sua sessão de 5 de Fevereiro de 1992. Com efeito, os advogados das recorrentes assinalaram à Comissão em 19 de Fevereiro de 1992 que, «na decisão SPO, falta qualquer coisa na passagem da página 86 para a página 87. Solicita-se que tal seja verificado e que sejam tomadas as medidas necessárias para que se proceda à sua correcção. Se se afigurar que existe um erro no texto, pede-se que seja enviada uma rectificação a todos os destinatários». O destinatário dessa carta, funcionário competente da DG IV, enviou no mesmo dia uma nota à atenção do Secretariado-Geral da Comissão para que fossem efectuadas as verificações necessárias. Pode-se ler nessa nota: «Recebi do seu serviço o texto da decisão acima referida em língua neerlandesa. Nesse documento falta uma passagem que figurava efectivamente no projecto submetido à Comissão. Poderiam verificar se o texto que a Comissão adoptou e que foi notificado aos destinatários da decisão corresponde perfeitamente ao projecto e, se necessário, fazer com que os destinatários possam formalmente tomar conhecimento do texto integral da decisão? Junta-se como anexo I à presente nota: a página de cobertura do documento C(92) 66 def. (...) as páginas 86 e 87 deste documento. Junta-se como anexo II à presente nota: as páginas 85, 86 e 87 do projecto de decisão em questão (versão em língua neerlandesa, como tinha sido submetido à Comissão): a passagem que falta desse documento C(92) 66 def. está claramente indicada.»

- 58 Perante estes elementos, de que as recorrentes não contestaram a interpretação avançada pela Comissão, os indícios apresentados pelas recorrentes deixam de poder ser considerados sérios e convincentes.
- 59 Daqui resulta que ficou provado que o texto da decisão notificado às recorrentes em 26 de Fevereiro de 1992 está em perfeita consonância com o que foi adoptado pelo colégio dos comissários em 5 de Fevereiro de 1992.
- 60 Quanto ao respeito do regime linguístico, o Tribunal considera que resulta da carta enviada pelo funcionário da DG IV ao Secretariado-Geral que o projecto de decisão foi submetido à Comissão na sua versão em língua neerlandesa, o que é igualmente corroborado pelo facto de, em 5 de Fevereiro de 1992, o dispositivo da decisão ter sido comunicado por telecópia aos recorrentes em língua neerlandesa.
- 61 Assim, não se pode falar, no caso em apreço, de violação do regime linguístico.
- 62 Além disso, o Tribunal salienta que, em resposta ao seu despacho de 27 de Junho de 1994, a Comissão apresentou o texto da decisão da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992 com a referência C(92) 66 def. rev. e as assinaturas do presidente da Comissão e do seu secretário-geral precedidas da menção «a presente decisão foi adoptada pela Comissão na sua 1 092.^a reunião efectuada em Bruxelas em 5 de Fevereiro de 1992. Tem 92 páginas + anexos». Na audiência, as recorrentes criticaram o facto de esse documento não precisar a data em que as assinaturas do presidente e do secretário-geral foram apostas. Na sua carta de 4 de Julho de 1994 e na audiência, o agente da Comissão afirmou que esse documento é o texto da decisão tal como foi adoptado pelo colégio dos comissários em 5 de Fevereiro de 1992 e tal como foi então autenticado. Em resposta a uma questão do Tribunal, o agente da Comissão precisou que a sua afirmação quanto a este ponto é corroborada pelo facto de que, no momento da adopção da decisão, a Comissão tinha já consciência das consequên-

cias que poderiam ser atribuídas pelo Tribunal a uma falta de autenticação dos seus actos, uma vez que, nessa altura, a audiência no processo BASF e o./Comissão tinha já decorrido perante o Tribunal o qual tinha já ordenado a apresentação do texto da decisão em causa nesse processo autenticado pelas assinaturas do presidente e do secretário executivo, nos termos do artigo 12.º, primeiro parágrafo, do regulamento interno da Comissão em vigor na altura. O Tribunal salienta que as recorrentes não formularam qualquer objecção quanto à explicação dada pelo agente da Comissão.

- 63 Com base nestes documentos e nas informações prestadas pelo agente da Comissão, o Tribunal verifica que o documento com a referência C(92) 66 def. rev. apresentado pela Comissão é o texto da decisão tal como foi adoptado pelo colégio dos comissários em 5 de Fevereiro de 1992 e como foi então autenticado.
- 64 De tudo o precede resulta que o pedido formulado a título principal pelas recorrentes deve ser rejeitado.

O pedido subsidiário

- 65 Em apoio do seu pedido subsidiário, as recorrentes invocam nove acusações que podem ser resumidas em cinco fundamentos. O primeiro fundamento assenta na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, na medida em que a Comissão teria definido o mercado em causa de modo errado, teria ignorado o alcance dos regulamentos litigiosos e considerado injustificadamente que os mesmos afectavam de modo sensível o comércio entre Estados-membros. O segundo fundamento assenta na violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado na medida em que a Comissão não teria, em primeiro lugar, tido em conta as características específicas do sector da construção nos Países Baixos e teria invertido o ónus da prova, que teria, em segundo lugar, apreciado mal o alcance dos regulamentos em causa relativamente às quatro condições de concessão de uma isenção, designadamente, ao recusar tomar em consideração propostas de alteração formuladas pelas recorrentes «no âmbito da notificação» e que teria, em terceiro lugar, violado os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade ao recusar a isenção solicitada. O terceiro fundamento assenta

na violação dos artigos 4.º, n.º 2, alínea 1), e 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 na medida em que a Comissão teria aplicado uma coima quando a infracção não estava provada ou, pelo menos, beneficiava da sua inaplicabilidade, e na medida em que teria considerado injustificadamente que a infracção tinha sido cometida intencionalmente ou por negligência e teria aplicado uma coima excessiva. O quarto fundamento assenta na violação do artigo 190.º do Tratado na medida em que a Comissão não teria fundamentado suficientemente em termos de direito nem a violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado nem o indeferimento da isenção solicitada nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. O quinto fundamento assenta na violação dos direitos da defesa das recorrentes.

Primeiro fundamento: violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado

Primeira parte: definição errada do mercado em causa

Argumentos das partes

⁶⁶ As recorrentes recordam que resulta da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância que a definição adequada do mercado em causa é condição necessária e prévia a qualquer julgamento que incida sobre um comportamento pretensamente anti-concorrencial (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, SIV e o./Comissão, T-68/89, 77/89 e 78/89, Colect., p. II-1403). No caso em apreço, a Comissão não definiu o mercado do produto nem o mercado geográfico em causa.

⁶⁷ No respeitante ao mercado do produto, as recorrentes expõem que os oito sectores da indústria da construção abrangidos pelos regulamentos em causa não fazem parte de um único mercado do produto constituindo pelo menos igual número — senão mais — de mercados de produtos distintos na medida em que as actividades que os mesmos cobrem não são intermutáveis nem sob a perspectiva da procura nem sob a da oferta.

- 68 As recorrentes acrescentam que, se consideraram na sua notificação que o mercado neerlandês da construção constitui um só e único mercado do produto, tal era na perspectiva de um pedido de certificado negativo/isenção a favor dos UPR que tinham sido adoptados em 1987 e que eram, pela primeira vez, aplicáveis indiferentemente aos oito mercados do produto em causa. A perspectiva da decisão impugnada seria totalmente diferente, uma vez que é dirigida não apenas contra os UPR de 1987, mas igualmente contra os regulamentos anteriores aos UPR que eram diferentes para cada um dos sectores da indústria da construção. Por conseguinte, a Comissão devia ter feito uma distinção consoante os mercados do produto em causa, pelo menos na medida em que pretendia incriminar os regulamentos aplicáveis antes de 1 de Abril de 1987.
- 69 No respeitante ao mercado geográfico, as recorrentes salientam que a Comissão verificou no n.º 23 da decisão que existem diferentes mercados geográficos relevantes no mercado das empreitadas a que se aplicam os regulamentos. Deste modo, teria admitido que a extensão do mercado geográfico em causa pode variar consoante o sector e a natureza das actividades em questão. Sendo mais limitado o mercado geográfico das empreitadas de menor importância, a Comissão devia ter verificado que todos os regulamentos escapam ao âmbito de aplicação do artigo 85.º do Tratado na medida em que digam respeito a essas empreitadas uma vez que não podem afectar o comércio entre Estados-membros (v., adiante, terceira parte do fundamento).
- 70 No que diz respeito ao mercado do produto, a Comissão responde, por um lado, que não se deve definir o mercado em causa a partir da possibilidade de substituição dos produtos em questão, mas sim a partir das actividades dos empreiteiros e do âmbito de aplicação dos regulamentos. Os UPR e o código de honra aplicar-se-iam, com efeito, indistintamente aos diferentes sectores mencionados pelas recorrentes sem distinção quanto à natureza, à importância ou à localização das empreitadas. Esta abordagem está inteiramente de acordo com o ponto de vista que as recorrentes defenderam no decurso do processo administrativo.
- 71 A Comissão alega ainda que não há que fazer distinção entre os regulamentos anteriores a 1987 e os UPR do ponto de vista da definição do mercado do produto em

causa, uma vez que os regulamentos anteriores aplicáveis nos diferentes sectores tinham sido uniformizados entre 1973 e 1979 sob a égide da SPO.

- 72 No respeitante ao mercado geográfico, a Comissão responde que as flutuações regulares da procura, o raio de acção das grandes e médias empresas e o facto de mesmo certas pequenas empresas por vezes apresentarem propostas para empreitadas situadas fora da região em que estão estabelecidas demonstram que não existem mercados geográficos distintos no mercado das empreitadas que é objecto dos regulamentos em causa. Além disso, salienta que, no decurso do processo administrativo, as recorrentes nunca evocaram a existência de diferentes mercados geográficos nem forneceram dados permitindo delimitá-los.

Apreciação do Tribunal

- 73 O Tribunal considera que há, em primeiro lugar, que determinar o alcance da obrigação de a Comissão definir o mercado em causa antes de declarar verificada uma infracção aos artigos 85.º e 86.º do Tratado.
- 74 Há que observar que a definição do mercado em causa não tem a mesma função consoante se trate de aplicar o artigo 85.º ou o artigo 86.º do Tratado. No âmbito da aplicação do artigo 86.º, a definição adequada do mercado em causa é condição necessária e prévia a qualquer julgamento que incida sobre um comportamento pretensamente anticoncorrencial (acórdão SIV e o./Comissão, já referido, n.º 159), uma vez que, antes de estabelecer a existência de um abuso de posição dominante, é necessário estabelecer a existência de uma posição dominante num dado mercado, o que pressupõe que este mercado tenha sido previamente delimitado. No âmbito da aplicação do artigo 85.º, é para determinar se o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada em causa é susceptível de afectar o comércio

entre Estados-membros e tem por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum que é necessário definir o mercado em causa.

75 É por esta razão que, no âmbito da aplicação do artigo 85.º, as acusações formuladas pelas recorrentes quanto à definição do mercado feita pela Comissão não podem ter uma dimensão autónoma relativamente às que dizem respeito à afectação do comércio entre Estados-membros e a ofensa à concorrência. A razoabilidade desta abordagem é corroborada pelo facto de, no seu pedido de certificado negativo ou de isenção, as recorrentes terem abordado a questão da definição do mercado exclusivamente na parte relativa à afectação do comércio entre Estados-membros.

76 É necessário salientar que, ao considerar mercado relevante o mercado da construção nos Países Baixos na sua globalidade, a Comissão mais não fez que seguir a abordagem que tinham adoptado as recorrentes na sua notificação dos UPR para a obtenção de um certificado negativo ou de uma isenção e na sua resposta à comunicação das acusações. No decurso do processo administrativo, as recorrentes nunca pretenderam que os oito sectores da indústria da construção constituíam mercados distintos para a aplicação das regras comunitárias da concorrência nem que existiam mercados geográficos distintos. Pelo contrário, referiram na sua notificação (p. 19, ponto 2.2.1) o que segue:

«Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouwwerken. Slechts die produktmarkt lijkt vanuit kartelrechtelijk oogpunt relevant. Dit is een omvangrijke markt. Weliswaar is het in beginsel (wellicht) mogelijk binnen deze markt talloze marktsegmenten te onderscheiden naar gelang de aard en de omvang van de aan te nemen bouwwerken, doch het is twijfelachtig of dergelijke segmenten zouden kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke produktmarkten in het licht van het Europees mededingingsrecht. Zowel de aanbodzijde als de vraagzijde van de betrokken markt heeft een dermate diverse samenstelling, dat het in beginsel onmogelijk lijkt bepaalde submarkten te isoleren, waarop bepaalde cate-

gorieën aanbesteders en aannemers bij uitsluiting opereren. Een — noodgewongen — kunstmatige indeling van de bouwmarkt in submarkten is bovendien niet dienschtig voor de beoordeling van de onderhavige mededingingsregelingen, aangezien enerzijds de Erecode van toepassing is op alle bouwwerken van alle categorieën, terwijl het UPR betrekking heeft op alle werken van de categorieën, genoemd onder nr. 2.1.1.».

[«Segundo a SPO, o mercado do produto relevante de um ponto de vista macro-económico é o da realização de obras de construção. Apenas esse mercado do produto parece relevante do ponto de vista do direito europeu da concorrência. É um mercado vasto. Se bem que seja de facto possível, em princípio, distinguir no interior desse mercado inumeráveis segmentos de mercado em função da natureza e da importância das obras a efectuar, é apesar disso duvidoso que estes segmentos possam ser qualificados de mercados do produto distintos relativamente ao direito europeu da concorrência. Tanto a oferta como a procura têm uma composição de tal modo diversificada neste mercado que parece, em princípio, impossível isolar submercados nos quais operariam unicamente certas categorias de adjudicantes e adjudicatários. Uma divisão forçosamente artificial do mercado da construção em submercados seria, além disso, inútil para apreciar os regulamentos de concorrência em questão, tendo em conta o facto, por um lado, de o código de honra ser aplicável a todos os trabalhos de construção e, por outro, de o UPR dizer respeito a todos os trabalhos das categorias mencionadas sob o n.º 2.1.1.» (quer dizer, a todas aquelas que a Comissão alega que os UPR são aplicáveis.)]

77 Foi acertadamente que a Comissão aderiu a esta definição do mercado na medida em que os regulamentos adoptados em 1987 se aplicam indiferentemente ao conjunto dos oito sectores em causa. Na fase da réplica, as recorrentes subscreveram aliás esta abordagem no que diz respeito à apreciação dos UPR adoptados em 1987.

78 Todavia, as recorrentes mantêm a sua crítica relativa à definição do mercado quanto aos regulamentos anteriores afirmando que a posição que tinham adoptado no decurso do processo administrativo se devia ao facto de o seu pedido de certificado negativo ou de isenção dizer respeito aos regulamentos adoptados em 1987, ao passo

que a decisão incrimina também os regulamentos anteriores que eram diferentes para cada sector.

79 A este respeito, importa salientar que, se é um facto que as considerações contidas na notificação diziam unicamente respeito aos regulamentos adoptados em 1987, a comunicação das acusações abrangia igualmente os regulamentos anteriores. Por conseguinte, a resposta das recorrentes a essa comunicação [v. pp. 23 a 71 e, em especial, o título 3 intitulado «De relevante markt: de bouwmarkt in Nederland» («O mercado relevante: o mercado da construção nos Países Baixos»)], em que mantiveram a mesma posição no respeitante à definição do mercado, era também ela relativa aos regulamentos anteriores.

80 Daqui resulta que no decurso do processo administrativo as recorrentes não consideraram que devia ser adoptada uma abordagem distinta quanto à definição do mercado para os regulamentos anteriores.

81 Além disso, o Tribunal considera que foi igualmente com razão que a Comissão subscreveu essa definição do mercado mesmo no que diz respeito aos regulamentos anteriores. Com efeito, por um lado, as recorrentes não puderam indicar as diferenças essenciais que podiam existir entre os regulamentos anteriores e os regulamentos adoptados em 1987, bem como entre os diferentes regulamentos anteriores entre si. Daí cabe concluir que os diferentes regulamentos anteriores se aplicavam do mesmo modo a cada um dos sectores e a cada uma das zonas geográficas que abrangiam. Por outro lado, as recorrentes declararam, na audiência, que a globalidade dos produtos da construção estavam abrangidos em relação à totalidade dos Países Baixos pelos diferentes regulamentos anteriores, ou estavam cobertos por um regulamento regional abrangendo diferentes produtos, ou por um regulamento específico de determinados produtos mas abrangendo a totalidade do território neerlandês.

- 82 Resulta do que precede que foi com razão que a Comissão considerou mercado em causa o mercado neerlandês da construção no que diz respeito quer aos regulamentos anteriores quer aos regulamentos adoptados em 1987 para apreciar se os mesmos afectavam o comércio entre os Estados-membros ou infringiam a concorrência.
- 83 Deste modo, esta parte do fundamento deve ser rejeitada na parte em que não se confunde com as outras duas partes do mesmo fundamento e ser examinada com elas quanto ao restante.

Segunda parte: ignorância do conteúdo e do alcance dos regulamentos controvertidos

I — Apresentação geral

Argumentos das partes

- 84 Segundo as recorrentes, seria essencial ter presente a finalidade dos regulamentos controvertidos quando se analisa a sua compatibilidade com o direito comunitário da concorrência: impedir a discussão de preços estabelecendo um sistema obrigatório em que a concorrência funciona num único momento e melhorar a estrutura transaccional do mercado imputando a cada obra adjudicada as despesas de estudo que ocasionou.
- 85 Alegam que a Comissão ignorou o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado ao considerar que os regulamentos infringem largamente essa disposição. Essa ignorância resultaria da aceção puramente teórica e abstracta que a Comissão teria da concorrência que deve ser preservada por essa disposição, aceção que se oporia *a priori* a toda e qualquer regulação do mercado.

86 A Comissão responde que, no âmbito do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a única coisa importante é saber se há restrição da concorrência e não saber se uma restrição de concorrência é aceitável ou não. Para responder a esta questão, a Comissão teria analisado o contexto económico e jurídico da infracção. Deste modo, teria feito a sua apreciação sobre o mercado da construção e não sobre um «mercado-tipo de funcionamento ideal». No entanto, recusou-se a admitir que os acordos são inevitáveis no mercado da construção e considera que uma concorrência não falseada constitui um meio concreto para atingir os objectivos do Tratado.

Apreciação do Tribunal

87 O Tribunal salienta que, segundo a decisão, o sistema criado pelos regulamentos adoptados em 1987 pode ser apresentado do seguinte modo. Esses regulamentos têm por objecto estabelecer um processo a que devem submeter-se os membros das recorrentes quando tenham intenção de apresentar uma proposta de preços para uma determinada obra. Este processo tem, segundo as recorrentes, um duplo objectivo: lutar contra a discussão de preços que os adjudicantes teriam tendência a fazer e corrigir os desequilíbrios entre a oferta e a procura resultantes da falta de transparência do mercado relativamente à oferta e dos custos de transacção elevados suportados pela oferta.

88 Para o efeito, as recorrentes criaram infra-estruturas materiais e humanas que estão encarregadas de aplicar o processo instituído pelos regulamentos. Esse processo, que pouco difere consoante os convites para a apresentação de propostas sejam públicos ou limitados, sejam simultâneos ou não, tem várias fases entre a notificação ao gabinete competente da SPO da intenção de apresentar uma proposta de preços em relação a uma determinada obra e a celebração do contrato entre o adjudicante e o adjudicatário.

89 Estas fases podem ser resumidas do seguinte modo: qualquer empreiteiro membro das recorrentes que tenha a intenção de apresentar uma proposta de preços em

relação a uma determinada obra deve notificar o gabinete competente da SPO para que este possa aplicar os regulamentos (decisão, n.º 24).

90 Se houver várias notificações, o gabinete convoca as empresas notificantes para uma reunião. Estas são obrigadas a comparecer sob pena de sanções. No decurso dessa reunião, presidida por um funcionário do gabinete, são adoptadas quer por maioria quer por unanimidade diferentes decisões (decisão, n.º 25). A primeira dessas decisões é relativa à questão de saber se será designado um titular, sendo o titular um dos empreiteiros que participam na reunião e que será o único a poder ter contactos com o adjudicante para negociar o conteúdo e o preço da sua proposta (decisão, n.ºs 26 e 39 a 41). Se se decidir designar um titular, a reunião prossegue a fim de se determinar com base em que dados serão comparadas as diferentes propostas de preços. Assim, a reunião decide, segundo as recorrentes, se os concursos são ou podem ser tornados comparáveis e, segundo a Comissão, se as propostas de preços dos diferentes empreiteiros são ou podem ser tornadas comparáveis (decisão, n.º 27). Se a resposta for afirmativa, poderá ser designado pela reunião um titular. Antes de proceder à designação do titular, a reunião decide em que termos serão definidos os aumentos de preços. Estes aumentos, que serão suportados pelo adjudicante, são essencialmente de dois tipos: as indemnizações por despesas de cálculo e as contribuições para as despesas de funcionamento das organizações profissionais entre as quais figura a SPO e os seus gabinetes (decisão, n.ºs 31 a 33). Uma vez adoptada essa decisão, cada empreiteiro apresentará a sua proposta de preço (chamada valor branco) e entrega-a ao presidente (decisão, n.º 28). Esse valor não engloba ainda os aumentos de preços. Nessa altura, um empreiteiro pode solicitar à reunião que lhe seja dada a preferência, quer dizer, que lhe seja conferida a qualidade de titular na condição de apresentar uma proposta de preços igual à do valor branco mais baixo (decisão, n.º 30). Em seguida, o presidente toma conhecimento desses valores e pode comunicá-los aos participantes se a reunião o decidir (decisão, n.º 28). Após terem tomado conhecimento dos valores dos outros, cada empreiteiro pode decidir retirar a sua proposta perdendo certos direitos (decisão, n.º 29). Em princípio, o empreiteiro que apresentou o valor branco mais baixo é designado titular (decisão, n.º 39). Depois disto, cada empreiteiro acrescenta ao seu valor branco os aumentos de preços calculados nos termos previamente decididos pela reunião. Estes aumentos são idênticos para cada empreiteiro e destinam-se, nomeadamente, a cobrir o conjunto das despesas de cálculo de todos os participantes na reunião. Serão suportados pelo adjudicante se este adjudicar a empreitada a um dos membros da SPO (decisão, n.ºs 31 a 33). O adjudicatário ao qual serão pagos deverá transferi-los para o gabinete que os pagará na quase totalidade aos empreiteiros, relativamente às despesas

de cálculo, e às organizações profissionais, relativamente às contribuições que lhe são devidas (decisão, n.ºs 42 a 46). Por último, as diferenças entre as propostas de preços dos diferentes empreiteiros podem ser aumentadas ou diminuídas pela reunião (decisão, n.º 38).

- 91 Se o gabinete só receber uma notificação em relação a um contrato, este será considerado celebrado por ajuste directo e a única empresa notificante beneficiará da qualidade de titular, quer dizer, as membros das recorrentes que sejam consultadas posteriormente só poderão apresentar uma proposta mediante o seu consentimento ou, no caso de contestação, mediante o de uma comissão de arbitragem (decisão, n.ºs 41, 52 e 53). Todavia, é possível que entre o momento da notificação do primeiro empreiteiro e a atribuição a este do contrato, o adjudicante consulte outros empreiteiros membros das recorrentes cuja notificação ocorrerá depois da adjudicação do contrato. Neste caso, o adjudicatário é obrigado a pagar ao gabinete um montante igual a 3% do preço a título dos aumentos de preços (decisão, n.º 60).
- 92 Existe também um regulamento que organiza um processo aplicável às propostas feitas por empresas de subcontratação que retoma, no essencial, as regras aplicáveis às outras propostas de preços adaptando-as à especificidade da subcontratação (decisão, n.ºs 55 a 59).
- 93 O Tribunal verifica que a decisão formula essencialmente quatro tipos de acusações contra os regulamentos adoptados pelas recorrentes. O primeiro tipo de acusação respeita ao facto de os mesmos implementarem uma concertação entre empreiteiros no decurso da qual são trocadas informações sobre os elementos de custo da empreitada, as características das propostas e os preços propostos por cada um. O segundo tipo de acusação é dirigido contra o facto de, no decurso dessa concertação, serem fixadas partes de preços, os preços propostos serem por vezes alterados e de serem também fixados preços parciais. O terceiro tipo de acusação é relativo ao facto de após essa concertação, um dos empreiteiros — o titular — beneficiar de uma protecção contra os outros participantes na concertação porque estes perdem o direito de negociar a sua proposta com o dono da obra. O titular beneficia também de uma protecção relativamente aos outros empreiteiros membros das recorrentes na medida

em que, se estes forem posteriormente consultados, só poderão apresentar uma proposta mediante o seu acordo ou o de uma comissão de empreiteiros e isto na condição de essa proposta ser inferior numa certa percentagem à do titular. O quarto tipo de acusação é relativo ao facto de os regulamentos conferirem aos membros das recorrentes vantagens na concorrência que os opõe a terceiros.

- 94 Perante estes diferentes tipos de acusações, as recorrentes respondem em planos diferentes: ou salientam os efeitos benéficos dos regulamentos para a concorrência e portanto para os consumidores, ou contestam a materialidade das acusações nos factos, ou recusam a qualificação jurídica dos factos face ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 95 O Tribunal verifica antes de mais que é justificadamente que a Comissão considera os regulamentos das recorrentes como um todo do qual não se podem isolar artificialmente os diferentes elementos constitutivos.
- 96 Em seguida, o Tribunal salienta que os efeitos benéficos dos regulamentos invocados pelas recorrentes não podem ser tomados em consideração para a aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e que devem sê-lo unicamente para a aplicação dos critérios fixados pelo artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Daqui resulta que estes diferentes argumentos devem ser examinados no âmbito do segundo fundamento.
- 97 Resulta do que precede que, no âmbito do presente fundamento, há que examinar exclusivamente os argumentos das recorrentes relativos à materialidade dos factos e à sua apreciação face ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Para o efeito, o Tribunal examinará sucessivamente os argumentos relativos à concertação entre empreiteiros que têm a intenção de apresentar uma proposta de preços, à fixação concertada de preços ou de partes de preços, à limitação da autonomia de negociação dos empreiteiros e ao comportamento da SPO relativamente aos empreiteiros não associados.

II — A concertação entre empreiteiros que têm a intenção de apresentar uma proposta de preços

Argumentos das partes

1. Notificação obrigatória da intenção de apresentar uma proposta de preços (decisão, n.ºs 24 e 79)

- 98 As recorrentes, que não contestam a apresentação deste elemento dos regulamentos contida no n.º 24 da decisão, alegam que a obrigação de notificação e a própria notificação não têm, enquanto tais, qualquer significado face ao direito da concorrência. Consideram, em especial, que o terceiro parágrafo do n.º 79 da decisão está mal fundamentado na medida em que censura o facto de o gabinete poder comunicar, a pedido, a uma empresa notificante o número das empresas que procederam a uma notificação.
- 99 A Comissão responde que a obrigação de notificação não deve ser considerada isoladamente, mas como parte integrante dos regulamentos. Acrescenta que as informações obtidas graças às notificações permitem às empresas notificantes preverem antecipadamente a intensidade da concorrência e, deste modo, indirectamente o nível previsível da proposta final.

2. As reuniões efectuadas em conformidade com os UPR (decisão, n.ºs 25 a 58, e 80 a 92)

a) Acordo sobre o princípio da designação de um titular (decisão, n.ºs 26 e 80)

- 100 As recorrentes contestam a afirmação contida no n.º 80 da decisão segundo a qual é reduzido o número de casos em que a reunião decide renunciar à designação de

um titular e afirmam que resulta das suas investigações que um titular só é designado em 39% dos casos.

- 101 A Comissão responde que o n.º 80 refere-se ao número de casos em que a reunião renuncia *a priori* à designação de um titular, quer dizer, antes de se pronunciar sobre a comparabilidade dos dados relativos à adjudicação, e não ao número de casos em que, sem a isso renunciar *a priori*, a reunião não designa qualquer titular, a maior parte das vezes porque verificou que os dados relativos à adjudicação não são comparáveis.

b) Confrontação dos elementos de custo do contrato (decisão, n.ºs 27 e 81)

- 102 As recorrentes sustentam que a decisão ignora a natureza das informações trocadas no decurso da reunião. Essas informações dizem exclusivamente respeito aos dados definidos pelo adjudicante. A sua troca é indispensável para verificar se os concursos em que os participantes na reunião tomam parte são comparáveis e para evitar, deste modo, que assim se comparem, seguidamente, valores brancos correspondentes a concursos diferentes. Essa troca favoreceria também a qualidade da concorrência, com grande satisfação dos adjudicantes.

- 103 Por outro lado, alegam que é necessário que as informações incidam igualmente sobre certas condições do concurso quando estas não sejam razoáveis para evitar que os adjudicantes não façam os empreiteiros suportar riscos imprevisíveis. Sem esta concertação, os empreiteiros confrontar-se-iam individualmente com o seguinte dilema: ou aceitar condições exorbitantes — e, desse modo, ter problemas aquando da execução —, ou acompanhar a sua proposta de preços de outras condições — e, deste modo, serem preteridos em favor de um concorrente. Assim, uma concertação quanto aos prazos de execução só pode ter lugar se os prazos indicados pelo adjudicante forem irrealistas.

- 104 As recorrentes acrescentam que as trocas de informações levam os empreiteiros a formular propostas de preços calculadas de modo mais rigoroso porque os riscos são mais previsíveis, facto de que beneficiam finalmente os adjudicantes.
- 105 Consideram que censurar a troca de informações sobre a encomenda do adjudicante assenta não apenas num erro quanto ao conteúdo dessas informações mas também numa amálgama entre o concurso e a situação de oligopólio que conduziu a Comissão a considerar qualquer troca de informações relativas a um concurso contrária ao Tratado.
- 106 Em suma, as recorrentes acusam a Comissão de considerar que toda e qualquer troca de informações entre concorrentes susceptíveis de reduzir as incertezas de um mercado totalmente opaco constitui em si uma restrição da concorrência.
- 107 A Comissão responde que as recorrentes dão uma falsa imagem do conteúdo das informações trocadas. Com efeito, é impossível verificar se as propostas solicitadas são comparáveis ou podem ser tornadas comparáveis sem saber como os participantes na reunião têm a intenção de reagir ao anúncio de concurso. Assim, a troca de informações incidiria sobre aspectos especiais da obra conhecidos apenas de um ou outro dos participantes a quem uma vantagem concorrencial seria, deste modo, retirada. Daqui não resultaria uma melhor concorrência mas sim uma concorrência truncada. A Comissão apresenta diferentes actas de reuniões de empreiteiros em apoio das suas afirmações.
- 108 Acrescenta que não compete aos empreiteiros decidirem em conjunto se determinadas condições do concurso, como os prazos de execução ou a dimensão das fundações, não são razoáveis e muito menos fixarem, se tal for o caso, as suas condições de modo concertado.

109 A Comissão expõe que a troca de informações ocorrida no decurso da reunião é tão prejudicial à concorrência como a que tem lugar entre concorrentes num mercado oligopolista.

c) Entrega dos valores brancos (decisão, n.ºs 28 e 82)

110 As recorrentes expõem que a entrega dos valores brancos intangíveis ao presidente do gabinete não restringe a concorrência, apenas antecipando o momento em que a mesma funciona. A entrega das propostas de preços ao adjudicante é substituída pela entrega dos valores brancos ao presidente independente do gabinete SPO em questão. A intangibilidade dos valores brancos depois de terem sido entregues garante que a concorrência não é falseada mas apenas antecipada para evitar a «discussão de preços».

111 Para a Comissão, não é a própria entrega dos valores brancos intangíveis que constitui uma infracção, mas sim o facto de os mesmos terem sido fixados com base em informações trocadas na reunião. Acrescenta que a entrega dos valores brancos faz parte integrante de um processo que substitui os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre empreiteiros, e que deve ser considerada como tal.

d) Possibilidade de retirar a proposta após comparação dos preços (decisão, n.ºs 29, 83 e 84)

112 As recorrentes sustentam que a possibilidade de retirar a proposta após comparação dos preços não só não implica qualquer restrição da concorrência como a reforça na medida em que permite aos empreiteiros calcularem as suas propostas de modo mais rigoroso uma vez que sabem que, em caso de erro podendo conduzir a preços economicamente injustificados, poderão retirar a sua proposta. De resto, esta possibilidade só é utilizada em caso de erro de cálculo da proposta feito por um dos empreiteiros que entregaram um valor branco.

- 113 Por outro lado, alegam que, ocorrendo a comparação dos preços depois da entrega dos valores brancos, não pode ter efeitos anticoncorrenciais uma vez que os valores brancos já não podem ser alterados. Além disso, as informações obtidas com essa comparação, como a diferença de preços entre a proposta do titular e as dos seus concorrentes, não podem ser exploradas pelo titular nas suas negociações com o adjudicante porque os valores brancos são valores definitivos.
- 114 A Comissão responde que mesmo pressupondo — *quod non* — que a retirada da proposta só é utilizada em caso de erro conduzindo a um preço economicamente injustificado, não compete aos empreiteiros decidir unilateralmente do carácter economicamente justificado de um preço e privar o adjudicante de uma proposta de preços vantajosa, sobretudo quando esses empreiteiros concorrentes fazem esse julgamento depois de terem trocado informações sobre os preços.
- 115 Acrescenta que o titular pode utilizar as informações de que dispõe quanto aos preços dos outros concorrentes nas suas negociações com o adjudicante uma vez que a diferença entre o seu preço e o dos outros constitui a margem em que está protegido, não podendo estes últimos apresentar um preço inferior (v., adiante, os números relativos à protecção do titular). Nesta perspectiva, a comparação dos preços restringe igualmente a concorrência.

Apreciação do Tribunal

- 116 O Tribunal verifica que a obrigação de os membros das recorrentes notificarem o gabinete competente da SPO da sua intenção de apresentarem uma proposta de preços constitui o ponto de partida da concertação. Cabe verificar, como o fez a Comissão, que o facto de o gabinete competente poder comunicar às empresas notificantes que o solicitem o número das empresas que efectuaram uma notificação pode ser susceptível de restringir a concorrência na medida em que tal permite às empresas notificantes prever antecipadamente a intensidade da concorrência entre elas e adaptar o seu comportamento a essa situação, bem como dispor de informações de que não dispõem ainda nessa fase as empresas não membros da SPO.

- 117 Seguidamente há que salientar que a concertação entre empreiteiros censurada na decisão só é desencadeada se a reunião não renunciar *a priori* à designação de um titular. Na falta de renúncia, os participantes trocam informações. Assim, há concertação, mesmo que esta conduza à conclusão de que as propostas de preços não são e não podem ser tornadas comparáveis, de modo que não poderá ser designado um titular. Perante a afirmação das recorrentes segundo a qual um titular só é designado em 39% dos casos, há que observar, por um lado, que pelo menos nesses casos, a concertação entre empreiteiros censurada na decisão pode funcionar plenamente e, por outro, que, no que diz respeito aos outros casos, as recorrentes não alegaram nem provaram que a reunião renuncia *a priori* à designação de um titular, tornando assim inútil qualquer concertação ulterior. Deste modo, as recorrentes não conseguiram refutar a afirmação contida no n.º 80 da decisão segundo a qual «é reduzido o número de casos em que a reunião dos empreiteiros decide renunciar a esta designação, permitindo assim o livre jogo da concorrência». Com efeito, esta afirmação é respeitante ao número de casos em que a reunião decide *a priori* renunciar à designação de um titular, ao passo que a afirmação das recorrentes é respeitante ao número de casos em que um titular não pode ser designado, ou porque a tal se renunciou *a priori*, ou porque as propostas de preços não eram comparáveis e não tinham podido ser tornadas comparáveis.
- 118 Quando a reunião não renuncia *a priori* à designação de um titular, convém, para os participantes, decidir com base em que dados técnicos e económicos compararão os preços, só podendo ser designado um titular com base em propostas de preços comparáveis. A este respeito, as partes divergem de opinião quanto à natureza das informações trocadas para decidir da comparabilidade das propostas de preços: as recorrentes sustentam que essas informações dizem apenas respeito ao concurso aberto pelo adjudicante e têm por único objectivo verificar se todos os participantes se baseiam nos mesmos dados. No entanto, não negam que as informações trocadas podem igualmente dizer respeito à atitude que convém adoptar em relação a certas condições impostas pelo adjudicante quando as mesmas não são razoáveis. A Comissão afirma que a troca de informações vai bem mais longe e é respeitante ao modo como os diferentes empreiteiros pretendem responder ao concurso.
- 119 A este respeito, o Tribunal verifica, antes de mais, que é incompatível com o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, que os empreiteiros se concertem sobre o modo como pre-

tendem responder a um concurso e isto mesmo que este estipule condições não razoáveis. Com efeito, compete a cada empreiteiro determinar autonomamente o que considera razoável e não razoável, bem como retirar daí as consequências em relação ao seu próprio comportamento.

- 120 Em seguida, é necessário salientar que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, as informações trocadas não são unicamente relativas ao concurso. Por um lado, resulta da leitura conjugada dos artigos 1.º, alínea b), e 6.º2 do UPRO e 6.º3 do UPRR que essas informações incidem sobre outros dados que não o concurso. Com efeito, os artigos 6.º2 e 6.º3 dos UPR dispõem o seguinte:

«Antes de as notas que contêm os CP (cálculos propostos para a realização da obra) serem preenchidas, a assembleia aprovará, com base *nos dados relativos à adjudicação* fornecidos pelo dono da obra e *em todos os outros dados úteis para se proceder ao estudo comparativo objectivo dos preços*, os dados que devem ser considerados para estabelecer o CP na nota prevista para o efeito. Aprovará igualmente, segundo as modalidades referidas no presente artigo, os valores e os pormenores que deverá mencionar a nota que contém o CP.»

O artigo 1.º, alínea b) estipula, por seu turno, que os «dados relativos à adjudicação» contêm «a globalidade dos documentos, de que fazem parte o caderno de encargos, os desenhos, o concurso, o impresso de declaração da intenção de apresentar uma proposta, todos os documentos similares, bem como todas as instruções ou notificações úteis à apresentação da proposta».

Tal demonstra que, entre os «outros dados úteis para se proceder ao estudo comparativo objectivo dos preços», figuram elementos que não aparecem nos dados relativos à adjudicação. Por outro lado, as actas de certas reuniões de empreiteiros demonstram claramente que aí se discute o modo como pretendem formular as suas propostas comparando as características da obra que têm a intenção de propor e, deste modo, os elementos que servem para a determinação dos preços. Foi assim

que numa reunião efectuada em 14 de Março de 1988, os participantes concluíram que as propostas não eram comparáveis porque um dos empreiteiros propunha um silo redondo e outro um silo quadrado (anexo 1 da tréplica). Além do facto de os empreiteiros compararem as características técnicas das propostas que pretendem apresentar, chegam a comparar os diferentes elementos de cada uma das propostas de preços. É assim que se pode ler na acta da reunião 040388 relativa a uma obra situada em Tilburg (Países Baixos) que um dos empreiteiros participantes na reunião «wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijking daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten» («quer apresentar um valor branco mas recusa comunicar a composição da sua proposta de preços. Assim, a comparação dos preços não é possível. VH vai-se embora furioso. Perde os seus direitos»). A menção de que «assim, a comparação dos preços não é possível» indica de que aquilo a que os recorrentes chamam um exame da comparabilidade dos dados relativos ao concurso pressupõe, na realidade, que os participantes na reunião estejam dispostos a comunicar entre si a discriminação das suas propostas de preços.

- 121 Daqui resulta que a Comissão produziu prova bastante de que no decurso das reuniões que efectuam em execução dos regulamentos, os empreiteiros trocam informações relativas designadamente aos custos do produto oferecido, às suas características específicas e à discriminação das propostas de preços, quando se tratam de informações que um operador independente preserva rigorosamente como segredos comerciais (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colect., p. II-1711, n.º 217).
- 122 Por outro lado, há que, salientar que no decurso dessas reuniões, os participantes trocam informações sobre os preços. Com efeito, os artigos 6.º e 7.º dos UPR prevêm a possibilidade de comunicar os valores brancos a todos os participantes na reunião. Embora seja um facto, como assinalam as recorrentes, que, em princípio, essa troca de informações é feita num momento em que esses valores já não podem ser alterados (v., todavia, adiante, n.º 157), as recorrentes não podem justificar tal facto afirmando que os regulamentos mais não fazem que deslocar no tempo o momento em que a concorrência funciona deslocando-a da entrega das propostas ao adjudicante para a entrega dos valores brancos ao presidente do gabinete e que, por conseguinte, a troca de informações relativas aos preços ocorre depois de a concorrência já ter funcionado. Com efeito, verifica-se, como as recorrentes o assinalaram nomeadamente na audiência, que a entrega dos valores brancos não põe

termo à concorrência, uma vez que subsistem possibilidades de negociação entre o adjudicante e o titular, bem como entre o adjudicante e os empreiteiros que não participaram na reunião. Ora, no âmbito destas negociações, o titular disporá de informações relativas, nomeadamente, às características específicas do produto e aos preços a que os participantes na reunião são autorizados a apresentar uma proposta ou não estão dispostos a apresentar uma proposta no caso de se retirarem nos termos do artigo 10.º do UPR, privando deste modo o adjudicante de uma proposta interessante cuja execução judicial poderia exigir, se a mesma lhe tivesse sido apresentada fora de toda e qualquer concertação dos empreiteiros entre si.

- 123 Resulta do que precede que foi acertadamente que a Comissão considerou na sua decisão (n.º 81) que esta concertação entre empreiteiros, na medida em que tem nomeadamente por objecto e por efeito revelar aos seus concorrentes o comportamento que cada empreiteiro decidiu, ou pretende adoptar no mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Recueil, p. 1663, n.ºs 173 e 174; v. igualmente o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Hercules Chemicals/Comissão, já referido, n.º 260) e na medida em que pode conduzir à fixação de certas condições da transacção, substitui conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre empreiteiros (acórdão Suiker Unie e o./Comissão, já referido, n.º 191), e constitui, deste modo, uma violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

III — A fixação concertada de preços ou de partes de preços

Argumentos das partes

1. Os aumentos de preços em caso de propostas simultâneas (decisão, n.ºs 31 a 34, 42 a 46, 86, 87 e 96)

- 124 As recorrentes sustentam, em primeiro lugar, que o sistema de indemnização por despesas de cálculo não prejudica de modo algum a concorrência entre os emprei-

teiros, uma vez que no momento da entrega do seu valor branco, cada um deles pode prever o montante da indemnização que receberá dado que esta é, em princípio, calculada com base na média dos valores brancos apresentados pelos empreiteiros e que essa média é previsível devido às poucas diferenças existentes entre os valores brancos apresentados. A indemnização poderia igualmente ser previsível se fosse calculada numa outra base. No quadro do UPRR, cada proponente poderia fazê-lo aplicando as tabelas de indemnização em vigor (para as obras de menor importância), prevendo antecipadamente a proposta de cada empreiteiro de que a indemnização constitui uma percentagem (quando não é entregue qualquer valor branco), ou presumindo que será ele próprio quem apresentou a proposta mais baixa (quando o montante da indemnização é fixado por aquele que apresentou o valor branco mais baixo). As recorrentes acrescentam que o facto de, no âmbito do UPRO, a transferência das indemnizações ter lugar anualmente por intermédio da caixa de cálculo não constitui obstáculo à antecipação das transferências, podendo cada empreiteiro prever antecipadamente o número de pontos que pode ganhar se apresentou o valor branco mais baixo, bem como o valor desses pontos que quase não varia de um ano para o outro. Por último, a tomada em consideração, para o cálculo da indemnização, do valor dos fornecimentos ou dos trabalhos efectuados pelo adjudicante ou por terceiros também não impede a antecipação, sendo este valor conhecido ou calculável aproximativamente.

125 Em segundo lugar, as recorrentes recordam que o sistema de indemnização por despesas de cálculo tem por objecto e por efeito melhorar a estrutura transaccional do mercado permitindo imputar a cada obra as despesas de transacção a que a mesma deu origem.

126 A Comissão responde, em primeiro lugar, que o sistema das indemnizações por despesas de cálculo prejudica a concorrência pelas razões apontadas na decisão. Com efeito, contrariamente às afirmações das recorrentes, o montante das indemnizações não pode ser calculado antecipadamente com suficiente precisão para que o sistema seja neutralizado porque depende sempre de elementos que não podem ser conhecidos com um grau de certeza suficiente aquando da entrega dos valores brancos. Por conseguinte, todos os empreiteiros teriam tendência para integrar simplesmente as indemnizações por despesas de cálculo na sua proposta de preços sem adaptar esta última. É por esta razão que as autoridades neerlandesas qualificam essas indemnizações de «acréscimos». De qualquer modo, mesmo que um cálculo antecipado

ocorresse regularmente, o sistema de indemnização não deixaria de ser uma fixação directa de uma parte dos preços de venda na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 127 A Comissão contesta, em segundo lugar, que o sistema das indemnizações por despesas de cálculo aumente a eficácia do mercado limitando os custos de transacção porque os adjudicantes não têm qualquer direito de interferência relativamente às indemnizações por despesas de cálculo que lhes são aplicadas.

2. Os aumentos de preços dos contratos por ajuste directo (decisão, n.ºs 60, 61 e 100)

- 128 As recorrentes contestam o n.º 61 da decisão segundo o qual os regulamentos implicam um aumento generalizado de 3% dos preços das empreitadas por ajuste directo porque, na hipótese de o dono da obra contactar outros empreiteiros depois de ter recebido a proposta do primeiro proponente e atribuir, apesar disso, a empreitada a este último depois de ter recebido as propostas solicitadas posteriormente, o primeiro proponente é obrigado a pagar um montante igual a, no máximo, 3% do valor do contrato a título dos aumentos de preços previstos pelos regulamentos.
- 129 Sustentam que a Comissão confunde assim uma obrigação de ceder 3% do preço ao gabinete SPO com uma obrigação de tomar em consideração esses 3% na proposta de preços. Além disso, o montante de 3% constitui um máximo que só raramente é aplicado. Além disso, a Comissão não teve em conta o facto de que se recorrer à possibilidade de os empreiteiros renunciarem *a priori* aos direitos decorrentes da qualidade de titular, os 3% não devem em caso algum ser pagos e se o adjudicante tiver efectivamente a intenção de celebrar o contrato com o primeiro empreiteiro consultado e negociar com orçamento aberto ou em equipa com ele, poderá verificar se está incluída no preço uma provisão para riscos e obter a sua anulação em caso de adjudicação sem qualquer outra consulta.

- 130 As recorrentes alegam, além disso, que o primeiro empreiteiro contactado dispõe de duas possibilidades de integrar o risco na sua proposta de preços sem que isso ocasione um aumento dos preços do contrato se o mesmo for celebrado por ajuste directo. Por um lado, pode reservar-se o direito de aumentar a sua proposta de preços de um montante de 3%, no máximo, no caso de o adjudicante solicitar posteriormente outras propostas. Por outro lado, pode, ao apresentar a sua proposta, indicar ao adjudicante que essa proposta contém uma provisão para riscos que pode ser suprimida no caso de o adjudicante não solicitar posteriormente outras propostas. A maior parte das vezes o empreiteiro não prevê qualquer provisão para riscos.
- 131 Por último, alegam que a viva concorrência entre os empreiteiros e a posição de força da procura garantem, em conclusão, que os 3% são finalmente restituídos aos adjudicantes no caso de os riscos previstos não se terem em seguida materializado.
- 132 Em primeiro lugar, a Comissão responde que verificou que os empreiteiros são regularmente levados a pagar um montante ao gabinete em aplicação da regra dos 3%.
- 133 Duvida que os empreiteiros utilizem as possibilidades que foram evocadas pelas recorrentes, e isto a fim de ter em conta o risco decorrente da regra dos 3%, porque os empreiteiros podem sem qualquer risco limitar-se a incluir na sua proposta de preços uma provisão cobrindo esses 3%.
- 134 Segundo a Comissão, o empreiteiro que integra essa provisão na sua proposta não incorre em qualquer desvantagem concorrencial, uma vez que os outros empreiteiros consultados posteriormente devem fazer o mesmo, salvo se foram convidados *outsiders*, o que raramente acontece.

135 A Comissão conclui que o que importa é que, na ausência da regra dos 3%, os empreiteiros não teriam de tomar em consideração, na sua proposta de preços, o risco de dever finalmente pagar esses 3%.

3. Os aumentos de preços no contexto da subcontratação (decisão, n.ºs 55 a 59 e 100, terceiro parágrafo)

136 As recorrentes alegam que o facto de ao empreiteiro principal só poderem ser imputadas as despesas de apresentação feitas pelos subcontratantes que lhe apresentaram uma proposta de preços, com exclusão, assim, das despesas feitas pelos subcontratantes que fizeram propostas a outros empreiteiros principais, não está de modo algum em contradição com a filosofia geral que preside à regulamentação relativa às despesas de apresentação de propostas na medida em que esta pretende imputar a cada dono da obra as despesas de transacção que a sua solicitação para a apresentação de propostas ocasionou. Com efeito, um empreiteiro principal não pode ser responsável por despesas de apresentação de propostas para as quais em nada contribuiu. Além disso, esse sistema de imputação específico permite evitar que os empreiteiros subcontratantes que apresentaram propostas a diferentes empreiteiros principais, no âmbito de uma mesma empreitada, possam beneficiar de uma dupla, e mesmo tripla, indemnização.

137 Por último, alegam que a Comissão não pode pretender que o regulamento relativo à subcontratação ocasiona um aumento sistemático do montante das propostas de preços de 3% nos casos em que o empreiteiro principal solicita uma proposta de preços numa base de ajuste directo. Referem-se a este respeito ao que disseram a propósito dos contratos por ajuste directo.

138 A Comissão alega que o sistema introduzido pelo regulamento relativo à subcontratação é incompatível com a filosofia geral do sistema de indemnização por despesas de apresentação de propostas tal como é apresentada pelas recorrentes. Com efeito, no âmbito da subcontratação, a totalidade das despesas de apresentação ocasionadas por uma obra não seria imputada a esta, uma vez que os subcontratantes de um empreiteiro principal ao qual não foi atribuída a obra não beneficiam de

qualquer indemnização e são, assim, obrigados a integrar as suas despesas de apresentação nas suas despesas gerais. Por conseguinte, no âmbito de adjudicações posteriores, o adjudicante deve suportar, além das indemnizações por despesas de cálculo, as despesas gerais ocasionadas pela não indemnização das despesas de apresentação efectuadas no âmbito de concursos anteriores.

- 139 A Comissão acrescenta que o sistema conduz efectivamente a um aumento de 3% do montante das propostas de preços, como é o caso no âmbito dos contratos por ajuste directo.

Apreciação do Tribunal

- 140 O Tribunal recorda, a título liminar, que os argumentos das recorrentes relativos à melhoria da estrutura transaccional do mercado são irrelevantes no âmbito de um fundamento assente na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e que os mesmos serão examinados no âmbito do fundamento assente na violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 141 Os regulamentos prevêm a fixação de dois tipos de aumentos de preços que serão acrescentados uniformemente às propostas de preços dos diferentes empreiteiros que participam na reunião e que serão, assim, suportados pelo adjudicante. Trata-se, por um lado, das indemnizações por despesas de cálculo (decisão, n.ºs 32, 33 e 86, 87) e, por outro, das contribuições para as despesas de funcionamento das organizações profissionais (decisão, n.ºs 34 a 37).
- 142 As acusações das recorrentes dizem essencialmente respeito ao modo como a Comissão analisou os primeiros tipos de aumentos de preços. As propostas de preços dos diferentes empreiteiros são acrescidas de um montante idêntico que é considerado representar a soma das despesas de cálculo feitas pelo conjunto dos emprei-

teiros que participam na reunião. Estes aumentos de preços são calculados através da aplicação das tabelas sectoriais anexas aos UPR. Essas tabelas, que fixam as indemnizações máximas, são aplicadas, consoante o caso, à média dos valores brancos ou ao valor calculado da obra (para mais pormenores, v. os n.ºs 32 e 33 da decisão, que não são contestados pelas recorrentes). Este sistema tem por consequência fazer suportar ao adjudicante a totalidade, avaliada de modo fixo, das despesas de cálculo a que deu origem o concurso por ele lançado, incluindo, deste modo, as despesas dos empreiteiros que não foram escolhidos. Tem por objectivo levar os adjudicantes a ponderar os prós e os contras do convite a um maior ou menor número de empreiteiros. Esses aumentos de preços, que são integrados na proposta de preços, são recebidos pelo empreiteiro adjudicatário que os deve entregar na sua quase totalidade ao gabinete que o reparte em seguida entre os diferentes empreiteiros e ele próprio. Este pagamento efectua-se concurso a concurso no caso dos UPR e por ano civil no caso dos UPRO. Além disso, este sistema de aumentos de preços tem o seu equivalente ao nível da celebração dos contratos por ajuste directo e dos contratos de subempreitada. Com efeito, no âmbito destes contratos, o empreiteiro consultado deve precaver-se contra o risco de ver o adjudicante ou o empreiteiro principal consultar outros empreiteiros e dever nesse caso pagar um montante de 3% do valor do contrato ao gabinete a fim de cobrir as despesas de cálculo dos empreiteiros posteriormente consultados e não escolhidos (para mais pormenores, v. decisão, n.ºs 55 a 59).

143 As recorrentes, sem contestarem a descrição do mecanismo dos aumentos de preços contida na decisão, sustentam que o mesmo não restringe a concorrência, uma vez que os empreiteiros participando numa adjudicação têm a possibilidade de prever antecipadamente o montante da indemnização que receberão a título das suas despesas de cálculo. Assim, o mecanismo, devido ao seu carácter fixo, seria neutro do ponto de vista da concorrência dado que, sabendo que receberão uma indemnização superior às despesas que fizeram, os empreiteiros mais eficazes ao nível dos cálculos poderiam diminuir na medida correspondente a sua proposta de preços. A Comissão responde que as possibilidades de previsão antecipada são insuficientes para neutralizar o sistema e que, de qualquer modo, a fixação em comum dessas indemnizações constitui uma fixação de uma parte do preço.

144 O Tribunal salienta que a decisão retém essencialmente três acusações contra o sistema dos aumentos de preços. Trata-se, em primeiro lugar, de uma fixação de uma

parte do preço; em segundo lugar, de uma cláusula de não concorrência quanto às despesas de cálculo (decisão, n.º 86, terceiro parágrafo); e, em terceiro lugar, esse sistema conduziria a um aumento do nível dos preços para os adjudicantes que solicitaram propostas a um grande número de empreiteiros, bem como em relação aos contratos celebrados por ajuste directo e aos contratos de subempreitada (decisão, n.ºs 57, 87 e 100).

- 145 Em primeiro lugar, é necessário verificar que as recorrentes não aduzem qualquer argumento de natureza a refutar que a fixação em comum de aumentos de preços que são acrescentados uniformemente às propostas de preços dos diferentes empreiteiros constitui uma fixação de uma parte do preço, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado. Com efeito, a argumentação das recorrentes relativa às possibilidades de previsão antecipada do montante dos aumentos de preços é desprovida de qualquer pertinência e diz exclusivamente respeito à questão de saber se o sistema dos aumentos de preços conduz à supressão da concorrência entre empreiteiros ao nível das suas despesas de cálculo, o que constitui uma acusação distinta.
- 146 Daqui resulta que foi justificadamente que a Comissão considerou que a fixação em comum dos aumentos de preços constitui uma fixação de uma parte do preço proibida pelo artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado.
- 147 Em segundo lugar, quanto à questão de saber se esta fixação de uma parte do preço conduz à supressão da concorrência entre empreiteiros ao nível das despesas de cálculo e favorece, assim, os empreiteiros menos eficazes a este nível relativamente aos mais eficazes, convém examinar se, como pretendem as recorrentes, os empreiteiros estão em situação de prever antecipada e perfeitamente o montante da indemnização que receberão a título das despesas de cálculo e se, na afirmativa, o sistema é, graças ao seu carácter fixo, totalmente neutro, uma vez que cada empreiteiro poderia diminuir a sua proposta de preços de um montante igual à diferença entre as despesas de cálculo que realmente fez e a indemnização a receber.
- 148 A este respeito, basta verificar que a capacidade de previsão antecipada do montante da indemnização está longe de ser perfeita. Com efeito, uma previsão anteci-

pada perfeita é impossível na medida em que a proposta de preços deve ser calculada num momento em que os parâmetros indispensáveis a tal previsão antecipada não são ainda conhecidos (média dos valores brancos, valor calculado da obra, proposta de preços mais baixa).

- 149 No âmbito do UPRO, uma previsão antecipada minimamente precisa é impossível devido ao sistema anual de pagamento das indemnizações e à dificuldade de prever o número de pontos e o seu valor.
- 150 O caso em que a previsão antecipada parece a melhor é aquele em que, no âmbito do UPRR, a reunião deixa ao empreiteiro que apresentou o valor branco mais baixo o cuidado de definir os aumentos de preços. Nesse caso, efectivamente, cada empreiteiro presume que é o que apresentou a proposta mais baixa e que poderá fixar ele próprio a indemnização. Todavia, há que assinalar que nessa hipótese o empreiteiro terá que ter em conta o risco de não ser o que apresentou a proposta mais baixa e de dever integrar na sua proposta de preços o montante decidido pelo empreiteiro que apresentou a proposta mais baixa, que pode ser superior ou inferior ao seu próprio nível de despesas de cálculo. Se é exacto que cada empreiteiro pôde adaptar o seu valor branco em função do montante da indemnização que ele próprio fixaria, também não deixa de ser verdade que, para que possa correctamente repercutir no seu valor branco o montante da indemnização finalmente fixado, é necessário que conheça as intenções a esse propósito de todos os seus concorrentes, dos quais cada um pode ser o que apresentou a proposta mais baixa e ser levado nesta qualidade a fixar o montante da indemnização em função das suas próprias despesas de cálculo. Ora, os empreiteiros não podem dispor dessa informação que constitui para cada um deles um segredo comercial.
- 151 Além disso, este sistema pode ter por consequência privar o adjudicante do benefício da maior eficácia de um determinado empreiteiro ao nível das suas despesas de cálculo. Assim, quando um empreiteiro A, que é muito eficaz ao nível das suas despesas de cálculo, se propõe fixar o montante da indemnização em 12 no caso de ser o que apresentou a proposta mais baixa com o seu valor branco de 105, ao passo que um empreiteiro B, que é menos eficaz, se propõe fixar aquele montante em 20 no caso de apresentar a proposta mais baixa com o seu valor branco de 100,

corre-se o risco de chegar à seguinte situação: sendo B o que apresentou a proposta mais baixa, decide fixar a indemnização em 20. Por conseguinte, o montante da proposta de preços que fará ao adjudicante será de 120, ao passo que o montante da proposta de A será de 125. Se a concorrência tivesse funcionado livremente, A teria feito uma proposta de preços de 117 e B de 120. Ao adjudicante é assim apresentado B em vez de A como tendo apresentado a proposta definitiva mais baixa e isto a um preço mais elevado do que o que se teria obtido se a concorrência não tivesse sido falseada. Se A tivesse sabido que B fixaria o montante da indemnização em 20, teria podido baixar o seu valor branco de 105 para 97, sabendo que no total obteria sempre os 117 que lhe eram necessários, e tornar-se assim o que apresentava a proposta mais baixa. Todavia, A só teria podido tomar conhecimento do montante em que B fixaria a sua indemnização após uma concertação proibida com B, o que já não tem nada a ver com a transparência objectiva do sistema e a possibilidade de um a previsão antecipada perfeita do montante da indemnização, alegadas pelas recorrentes.

- 152 Daqui resulta que, em todas as hipóteses, a concorrência entre os empreiteiros no que respeita às suas despesas de cálculo é restringida pelo sistema de indemnização por despesas de cálculo e que o adjudicante é, assim, privado dos frutos dessa concorrência.
- 153 Em terceiro lugar, há que verificar se o sistema de indemnização por despesas de cálculo, como o sistema de contribuição para as despesas de funcionamento das organizações profissionais, conduz a um aumento generalizado dos preços. A este respeito, é necessário fazer uma distinção entre três níveis: o das propostas simultâneas, o dos contratos por ajuste directo e o da subcontratação.
- 154 No primeiro nível, não se pode contestar que o sistema dá origem a um aumento dos preços para os adjudicantes que solicitam a apresentação de propostas a um grande número de empreiteiros, uma vez que terão de suportar as despesas de cálculo de cada um deles. Do mesmo modo, este sistema priva os adjudicantes de propostas mais vantajosas do que a do titular sempre que a maior eficácia de um empreiteiro ao nível das despesas de cálculo faz mais do que compensar a sua menor eficácia noutros planos e que esse empreiteiro, ignorando a amplitude da sua maior eficácia, não a pôde repercutir totalmente no seu valor branco (v., atrás, n.º 151). Por

último, a contribuição para as despesas de funcionamento das organizações profissionais conduz igualmente a um aumento dos preços.

155 Nos segundo e terceiro níveis, as partes estão de acordo em que os empreiteiros que apresentam uma proposta com base no ajuste directo ou no âmbito da subcontratação estão sujeitos ao risco de dever pagar ao gabinete da SPO uma quantia correspondente a 3% do preço relativo ao contrato no caso de o adjudicante ou o empreiteiro principal proceder a outras consultas tendo em vista a atribuição do contrato em causa. Embora seja um facto, como salientam as recorrentes, que é possível ao adjudicante ou ao empreiteiro principal negociar com os empreiteiros a fim de estes não incluírem nas suas provisões esse risco e de não o repercutirem no preço, verifica-se no entanto que o sistema, enquanto tal, incentiva os empreiteiros a repercutirem esse risco nos seus clientes e obriga-os a negociações se pretendem escapar-lhe. Daqui se conclui que também a este nível, este sistema pode ter por consequência um aumento dos preços.

156 Resulta do que precede que foi acertadamente que a Comissão considerou que o sistema de aumentos de preços constitui uma fixação de uma parte do preço, restringe a concorrência entre empreiteiros ao nível das despesas de cálculo e conduz a um aumento dos preços que, no que diz respeito aos ÚPR, é tanto mais importante quanto o adjudicante pretende fazer funcionar a concorrência entre um maior número de empreiteiros.

157 Além disso, o Tribunal salienta que as recorrentes não contestam que depois de os aumentos de preços terem sido acrescentados aos valores brancos, os preços apresentados pelos empreiteiros que não o titular podem ser diminuídos desde que não seja posta em causa a ordem de sucessão dos valores brancos, de tal modo que as diferenças de preços entre as propostas de preços feitas ao dono da obra não se afigurem excessivas. Também não contestam que aqueles preços podem ser aumentados quando a preferência foi concedida a fim de assegurar uma posição preferencial ao titular e que podem ser fixados preços parciais ou preços unitários a fim de evitar que o adjudicante adjudique a obra aos bocados.

- 158 Ora, tais manipulações de preços constituem incontestavelmente fixações concertadas de preços na acepção do artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do Tratado, uma vez que é possível, como as recorrentes afirmaram reiteradamente, que o adjudicante atribua o contrato a um empreiteiro diferente daquele que apresentou a proposta mais baixa.

IV — A limitação da autonomia de negociação dos empreiteiros e do dono da obra

Argumentos das partes

1. A preferência (decisão, n.ºs 30 e 85)

- 159 As recorrentes sustentam que o sistema da preferência não ocasiona uma repartição do mercado, porque cada adjudicação deve ser considerada um mercado «ad hoc» em que a identidade dos proponentes é determinada pelos adjudicantes. Os empreiteiros não podem repartir os trabalhos entre si, dado que nenhum de entre eles tem a garantia de se encontrar posteriormente em concorrência com o empreiteiro ao qual concedeu a preferência e de poder, deste modo, beneficiar de uma compensação por parte deste último.
- 160 Além disso, sublinham que em princípio é necessário um acordo unânime de todos os participantes na reunião para que a preferência seja concedida. As concessões da preferência são raras (0,3% de casos em 1988).
- 161 Por último, as recorrentes sublinham o facto de o beneficiário da preferência ser obrigado a apresentar uma proposta equivalente à proposta mais baixa, o que aumentaria os seus riscos, sendo esses riscos proporcionais ao interesse que atribui à obra.

- 162 A Comissão responde que o interesse que um empreiteiro atribui a uma obra deve manifestar-se no preço que apresenta e não na obtenção por parte dos seus concorrentes de um direito de preferência.
- 163 Sublinha que a concessão da preferência a um dos proponentes constitui uma repartição do mercado em causa, uma vez que são os concorrentes que decidem, entre eles, quem será protegido contra a concorrência dos outros.

2. A protecção do titular (decisão, n.^{os} 39 a 41, 52 a 54 e 93 a 95)

- 164 As recorrentes, que não contestam a descrição teórica do funcionamento do sistema contida na decisão, acusam-na de ter negligenciado o objectivo do sistema, isto é, a protecção contra a «discussão de preços», e de ter analisado incorrectamente as consequências práticas do sistema no funcionamento da concorrência.
- 165 No que respeita à protecção contra a «discussão de preços», que consiste no facto de um dono da obra pôr em concorrência as propostas que obteve simultânea ou sucessivamente de diferentes empreiteiros a fim de obter uma diminuição dos preços, as recorrentes alegam que essa protecção é desejada pela totalidade dos intervenientes no mercado e que a mesma é indispensável para lutar contra o risco de formação de preços economicamente injustificados devido à posição de força da procura relativamente à oferta, contra a perda de eficácia da estrutura transaccional do mercado imputável à previsão antecipada da discussão de preços nas primeiras propostas de preços e contra a violação do carácter objectivo da adjudicação resultante do facto de que no decurso das negociações de discussão de preços, os adjudicantes poderiam fazer prevalecer preferências subjectivas em vez do preço mais baixo. Afirmam que o sistema em causa não ultrapassa o que é indispensável para fazer face à discussão de preços e salientam que é menos rigoroso do que as legislações nacionais e comunitárias com o mesmo objecto.

- 166 Nesta perspectiva, as recorrentes sublinham que a protecção do titular é o resultado de um processo objectivo que leva a designar automaticamente como titular o proponente que apresentou a proposta mais baixa e que assim, longe de restringir a concorrência, apenas faz deslocar no tempo o momento em que a mesma funciona. Acrescentam que a Comissão não pode acusar os regulamentos de impedirem o adjudicante de fazer prevalecer outras considerações que não o preço nas suas negociações com os empreiteiros, na medida em que o facto de o adjudicante pedir propostas comparáveis revelaria a sua intenção de concentrar a concorrência no preço.
- 167 Consideram que o regulamento relativo às propostas de preços não simultâneas e às propostas de preços parciais é indispensável para evitar que o regulamento relativo às propostas de preços simultâneas seja contornado pela oposição de propostas de preço sucessivas ou propostas de preços parciais.
- 168 No que respeita às consequências práticas do sistema, as recorrentes sustentam que é inexacto que o sistema crie, de facto, em relação ao titular, um monopólio temporário para uma determinada obra. Por um lado, o sistema não se opõe a que, no caso das propostas simultâneas, o adjudicante atribua a obra a um proponente diferente do titular. Por outro, no caso das propostas não simultâneas, o sistema não impede os empreiteiros que apresentam propostas depois do titular de formularem uma proposta de preços mas sujeita-a, no caso de concursos comparáveis, ou ao consentimento do titular, ou ao de uma comissão *ad hoc* constituída para verificar se essas propostas não são o resultado de uma discussão de preços. Esse consentimento é, de facto, raramente recusado e não pode sê-lo se a nova proposta for inferior numa determinada percentagem à proposta do titular. Essa percentagem, que varia segundo o sector em causa, seria proporcional à vantagem de que poderia dispor o autor da nova proposta se tivesse conhecimento da antiga proposta. Se as novas propostas relativas à adjudicação corresponderem a um pedido que não é comparável ao que correspondiam as antigas propostas, resulta do estudo empírico feito por Hartelust, intitulado «La rencontre de la demande et de l'offre sur le marché néerlandais de la construction au cours de la période 1975-1979», que o titular nunca é protegido. Em suma, o sistema só conduziria a uma protecção do titular, no caso das propostas não simultâneas, em 10,5% dos casos.

- 169 A Comissão responde que o sistema de protecção do titular conduz não apenas à protecção dos empreiteiros contra a discussão de preços e a concorrência ruínosa daí resultante, mas igualmente contra toda e qualquer forma de concorrência, uma vez que exclui os proponentes que não o titular das negociações com o adjudicante ou, pelo menos, sujeita a participação nessas negociações ao acordo do titular ou de uma comissão de empreiteiros.
- 170 A Comissão sustenta que as recorrentes não podem comparar o sistema de protecção do titular às regulamentações de direito público que se aplicam noutros Estados e às que foram introduzidas pela Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9, a seguir «Directiva 71/305»). Com efeito, estas regulamentações só abrangem os contratos públicos e têm um objecto diferente dos regulamentos em causa, uma vez que se destinam a preservar a igualdade de oportunidades dos empreiteiros em relação aos poderes públicos. Por outro lado, os regulamentos em causa não só limitam a liberdade de negociação do adjudicante, como o fazem as normas comunitárias e nacionais, mas prevêm igualmente uma troca de informações e o ajustamento mútuo e prévio das propostas de preços. Por último, a Comissão salienta que a própria legislação neerlandesa também concede uma certa protecção aos empreiteiros aquando das negociações que se seguem à obtenção das propostas de preços e que o sistema dos regulamentos não era, assim, tão indispensável como o pretendem as recorrentes.
- 171 A Comissão alega ainda que as recorrentes não podem pretender que a protecção do titular só se verifica depois de a concorrência ter funcionado. No que diz respeito às propostas simultâneas, o processo de designação do titular não é, efectivamente, tão objectivo como o pretendem as recorrentes, em especial, quando se trata de os próprios empreiteiros decidirem da comparabilidade das propostas. A Comissão acrescenta que a argumentação das recorrentes assenta na falsa ideia de que o adjudicante que reúne várias propostas de preços decidiu, assim, que determinará a sua escolha em função do preço. O adjudicante pode, com efeito, ter legitimamente a necessidade de negociar com outros proponentes que não o que apresentou a proposta mais baixa e nada justifica que seja privado dessa possibilidade por uma decisão unilateral dos empreiteiros.

- 172 A Comissão sustenta, em seguida, que o sistema de protecção do titular ainda menos se justifica relativamente às propostas de preços não simultâneas. Neste caso, com efeito, a protecção do titular verifica-se a partir do momento em que o adjudicante decide, depois de ter recebido inicialmente uma única proposta de preços, pedir uma ou várias outras, quer dizer, num momento em que a concorrência ainda não funcionou. Ora, esta protecção do titular teria por consequência que os empreiteiros convidados posteriormente só poderão, se o pedido de proposta for comparável àquele a que respondeu o titular, apresentar a sua proposta ao adjudicante se ela for inferior numa determinada percentagem à do titular. Esta percentagem ultrapassa em muito o que é necessário para proteger o primeiro proponente da utilização, pelos ulteriores proponentes, do conteúdo da sua proposta.
- 173 A Comissão alega ainda que o sistema de fixação de preços parciais ou unitários não é de modo algum necessário para preservar os empreiteiros da discussão de preços uma vez que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, dispõem da possibilidade de sujeitar as suas propostas de preços parciais à condição de lhes ser atribuído o conjunto da obra.
- 174 Salienta que, de qualquer modo, as recorrentes admitiram que, em 10,5% dos casos, o titular conserva o seu estatuto graças ao direito de prioridade consagrado pelo regulamento relativo às propostas de preços não simultâneas. Segundo a Comissão, esses 10,5% representam os casos em que o estatuto de titular permitiu a este último impedir que sejam apresentadas propostas de preços posteriores inferiores à sua.
- 175 A Comissão sublinha, no que diz respeito à transparência do mercado, que o sistema criado pelas recorrentes redundava em tornar o mercado totalmente opaco para os adjudicantes ocasionais. Neste caso, seriam os empreiteiros que estariam numa posição de força no mercado e não o inverso.

3. A subcontratação (decisão, n.ºs 55 a 59 e 100, terceiro parágrafo)

- 176 As recorrentes sustentam que o regulamento relativo à subcontratação tem por objectivo evitar que os empreiteiros principais discutam os preços a partir das propostas que lhes são apresentadas por diferentes subcontratantes. Para este efeito, o regulamento geral teria sido adaptado à especificidade da subcontratação, a partir de uma transposição da relação dono da obra/proponentes para a relação empreiteiro principal/subcontratantes.
- 177 A Comissão remete para o que disse a propósito da protecção do titular no que diz respeito à necessidade de proteger os subcontratantes contra os riscos de discussão de preços.

Apreciação do Tribunal

- 178 O Tribunal salienta, a título liminar, que os argumentos das recorrentes tendentes a estabelecer que a protecção do titular é indispensável para evitar a discussão de preços, a qual conduziria a uma concorrência ruínosa, são desprovidos de pertinência no âmbito de um fundamento assente na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e serão examinados no âmbito do fundamento relativo à violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 179 Uma vez as propostas de preços dos diferentes participantes na reunião consideradas comparáveis ou tornadas comparáveis pela reunião, o processo instituído tem por objecto conduzir à designação de um titular. É necessário recordar o objectivo da protecção de que beneficia o titular. Só o titular tem o direito de negociar a sua proposta de preços com o dono da obra. Com efeito, os outros proponentes são privados do direito de entrar em contacto com o dono da obra para negociar o preço das prestações ou os elementos do contrato em causa [artigo 28.º dos UPRR, artigo 30.º dos UPRO e artigo 5.º (2) do código de honra]. Assim, só podem obter o contrato aceitando-o ao preço que propuseram e em conformidade com o caderno de

encargos. No caso de propostas de preços não simultâneas, a protecção do titular abrange também as propostas de preços posteriores [artigo 28.º dos UPRR, artigo 30.º dos UPRO e artigo 5.º (3) do código de honra, bem como o regulamento relativo às propostas de preços não simultâneas]. É proibido aos empreiteiros que foram contactados posteriormente por um dono da obra apresentarem um preço sem o consentimento do titular ou, no caso de recusa, sem o consentimento de uma comissão *ad hoc* designada pelo gabinete em causa. Esta só pode tomar uma decisão positiva se o preço da proposta posterior apresentar uma diferença considerável no sentido da baixa (de 2,5% a 10% segundo o sector em causa) em relação ao preço proposto pelo titular. Esta protecção do titular tem a duração de dois ou cinco anos (segundo o valor do contrato em causa).

180 Os regulamentos prevêm três modos de designação do titular. Será ou o empreiteiro que apresentou a proposta mais baixa na reunião, ou o empreiteiro que foi consultado em primeiro lugar no caso de propostas de preços não simultâneas, ou, por último, o empreiteiro designado *a priori* como tal pela reunião em aplicação do mecanismo da preferência.

181 No que diz respeito às propostas de preços simultâneas não havendo retirada nem preferência, há que assinalar que o titular é o empreiteiro cujo valor branco seja o mais baixo. Convém todavia saber se essa protecção, além do facto de ocorrer depois de ter havido uma troca de informações anticoncorrencial e de se suceder a fixações de partes de preços, não conduz também a restringir, por si mesma, a concorrência.

182 O sistema de protecção do titular tem por objecto conferir ao empreiteiro que apresentou o valor branco mais baixo na reunião (quer dizer, a proposta de preços mais baixa à qual se retiraram os aumentos de preços) uma protecção da sua proposta quanto ao seu conteúdo e quanto ao seu preço contra as negociações que poderiam ocorrer entre o adjudicante e outros membros da SPO, tanto os que participaram na reunião como os que não participaram, uns não podendo negociar a sua proposta ao passo que os outros devem obter o consentimento do titular ou de uma

comissão de arbitragem para poderem apresentar uma proposta. Para o efeito, os empreiteiros que participam na reunião começam por determinar entre eles os termos em que concorrerão. Assim, determinam qual deverá ser o conteúdo das diferentes propostas para que possam constituir alternativas equivalentes para o adjudicante, que só deverão ser desempatadas com base no preço.

183 Convém sublinhar que mesmo pressupondo que, na reunião, o julgamento feito quanto à comparabilidade das propostas é o mais objectivo possível, não se pode aceitar que os empreiteiros substituam unilateralmente o julgamento do adjudicante pelo seu próprio, dado que o adjudicante deve legitimamente ter a possibilidade de fazer intervir preferências subjectivas, como a reputação do empreiteiro, a sua disponibilidade, a sua proximidade, e de fazer ele próprio, como futuro utilizador, um julgamento sobre a equivalência, do seu próprio ponto de vista, das diferentes propostas.

184 No respeitante às propostas de preços não simultâneas, é necessário observar que as recorrentes se limitam a sublinhar que designar o primeiro empreiteiro consultado como titular é indispensável para evitar que o regulamento sobre as propostas de preços simultâneas seja contornado, mas não contestam que a esse nível é concedida uma protecção sem que a concorrência tenha funcionado. Daqui resulta que o carácter restritivo da concorrência da protecção de que beneficia o titular em caso de propostas de preços não simultâneas não é contestado, mas haverá que examinar se este mecanismo, como complemento indispensável do regulamento sobre as propostas de preços simultâneas, preenche as condições necessárias para a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado (v., adiante, segundo fundamento).

185 No que respeita à preferência, convém salientar que esta permite ao seu beneficiário ser designado como titular pelos participantes na reunião, independentemente do valor branco que apresentar, mas na condição de adoptar como valor proposto definitivo o valor branco mais baixo aumentado das indemnizações aplicáveis. Como a Comissão salientou (decisão, n.º 85), o mecanismo da preferência constitui uma

repartição de mercado na medida em que são os participantes na reunião que decidem qual de entre eles beneficiará da protecção do titular num momento em que a concorrência ainda não funcionou. Ao agir deste modo, repartem o mercado entre si e atentam contra a livre escolha pelos consumidores do seu fornecedor (acórdão Suiker Unie e o./Comissão, já referido, n.º 180). A este respeito, pouco importa que os participantes na reunião não se encontrem em concorrência entre si de modo permanente e estruturado devido às especificidades de cada obra. Com efeito, não há de modo nenhum necessidade de saber quais as motivações das empresas que repartem entre si um mercado para determinar se essa repartição do mercado é abrangida pela proibição consagrada no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

186 É um facto que o mecanismo de protecção do titular não suprime totalmente as possibilidades de escolha do adjudicante que pode ainda atribuir o contrato a um outro participante na reunião que não o titular (mas sem poder negociar a sua proposta) ou a um outro empreiteiro (mediante consentimento do titular ou de uma comissão de arbitragem se for membro da SPO). Todavia, deve-se salientar que estas possibilidades de escolha são extremamente restringidas pela protecção concedida ao titular, uma vez que os outros participantes na reunião só poderão aceitar o contrato na forma contida nas suas propostas de preços. Assim, o adjudicante será privado do direito de fazer prevalecer as suas preferências em termos de conteúdo e de preço dentro de cada uma dessas propostas e ficará, deste modo, limitado a uma escolha entre propostas consideradas globalmente. Além disso, a sua possibilidade de fazer escolhas dentro da própria proposta do titular é muito limitada, uma vez que este se sabe protegido e conhece a amplitude da protecção de que beneficia em matéria de preços relativamente aos empreiteiros membros da SPO, dado que tem conhecimento das propostas dos outros participantes na reunião e das tabelas aplicáveis às propostas de preços não simultâneas.

187 Resulta do que precede que a protecção de que beneficia o titular restringe a concorrência, mas há que examinar no âmbito do segundo fundamento se esta protecção, destinada a preservar os empreiteiros da discussão de preços, devia beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

V — Comportamento da SPO em relação aos empreiteiros não associados (decisão, n.ºs 49 a 51, 98 e 99)

Argumentos das partes

- 188 As recorrentes sustentam que os empreiteiros são totalmente livres de aderir ou não à SPO de modo permanente ou de se sujeitarem aos seus regulamentos para um determinado contrato. Não é exercida qualquer pressão sobre os empreiteiros não associados para aderirem a ela. Todavia, consideram, para evitar que determinados empreiteiros abusem do sistema, umas vezes sujeitando-se ao mesmo outras não, que é necessário prever sanções. Com efeito, constituindo o sistema dos regulamentos um todo, é necessário evitar que alguns deles só retirem as vantagens sem suportarem no entanto os encargos.
- 189 As recorrentes reconhecem, é um facto, que os gabinetes da SPO têm contactos com empreiteiros não membros mas estes são pontuais e não podem de nenhum modo ser equiparados a pressões. Quando muito, certos não membros são convidados de tempos a tempos a participar numa reunião.
- 190 As recorrentes contestam, além disso, a afirmação contida no n.º 99, segundo parágrafo, da decisão, segundo a qual as empresas estrangeiras devem, para operar no mercado neerlandês, associar-se a uma empresa neerlandesa sujeita aos regulamentos. Essa afirmação é contestada pelos números que apresentam tanto no respeitante ao número de contratos de cooperação celebrados como no que diz respeito ao número de contratos obtidos por empresas estrangeiras sem que tenham aderido aos regulamentos.
- 191 As recorrentes não desmentem que, durante as reuniões, se procura saber se, além dos participantes, terceiros são igualmente convidados a apresentar propostas, mas afirmam que essa troca de informações não restringe a concorrência. Com efeito, as informações trocadas têm pouco valor e não permitem aos participantes adaptar o

seu comportamento em conformidade, nomeadamente para fixarem o seu valor branco dado que este depende de outros factores económicos.

- 192 As recorrentes contestam o facto de os regulamentos permitirem aos membros da SPO protegerem-se eficazmente contra a concorrência de terceiros. Essa tese da Comissão ignora o facto de que os empreiteiros membros da SPO continuam a ser concorrentes que competem entre si e em relação a terceiros. É assim que negam que, no que diz respeito à designação de um titular ou à fixação das indemnizações por despesas de cálculo, os participantes adoptem um comportamento diferente consoante se apresentem ou não concorrentes exteriores. A Comissão não estabeleceu qualquer correlação entre estes dois elementos e os números que cita não são nem significativos nem relevantes. Em especial, o número de 80%, citado no n.º 51 da decisão, não indica que os participantes na reunião tenham mais oportunidades de obter um contrato que os não participantes e ainda menos que essas melhores oportunidades sejam o resultado de um conluio.
- 193 As recorrentes concluem que as acusações que a Comissão faz sem ter efectuado qualquer inquérito são desprovidas de fundamento. Como prova disso, alegam que se os empreiteiros não membros fossem realmente vítimas do comportamento da SPO, ou teriam apresentado uma denúncia contra esse comportamento, ou ter-se-iam tornado membros da SPO. Além disso, seria necessário não deixar de ter presente que, na maior parte dos casos, é o adjudicante que, ao recorrer a um concurso limitado, determina o número e a identidade dos empreiteiros que serão colocados em concorrência para a obra a adjudicar.
- 194 A Comissão responde que o sistema de sanções previsto pelos regulamentos pode incitar os não membros a sujeitarem-se aos regulamentos de modo mais ou menos permanente e isto mesmo se este sistema tem por objectivo evitar que se abuse dos regulamentos.

- 195 Salienta que as recorrentes não negam que os gabinetes entram em contacto com as empresas não membros e afirma que o seu inquérito provou que esses contactos não se limitavam a solicitar a essas empresas que se sujeitassem aos regulamentos.
- 196 A Comissão alega ainda que a liberdade de aderir ou não aos regulamentos é muito relativa para as empresas estrangeiras na medida em que estas devem a maior parte das vezes passar pela colaboração com um empreiteiro neerlandês para aceder ao mercado, como o demonstra uma recomendação da Câmara de Comércio germano-neerlandesa. Ora, a maior parte dos empreiteiros com os quais seria possível uma colaboração são membros da SPO. A Comissão considera que os números apresentados pelas recorrentes são parciais porque dizem unicamente respeito às associações formais de empreiteiros.
- 197 Recorda que a natureza das informações trocadas no decurso das reuniões permite aos participantes disporem de uma vantagem em relação às empresas exteriores, como a decisão demonstrou (n.ºs 49 a 51, 98 e 99).
- 198 A Comissão conclui que há restrição da concorrência dado que cada *outsider* é colocado perante o seguinte dilema: ou atacar sozinho a frente unida dos participantes na reunião ou participar nessa frente unida e restringir, assim, as suas possibilidades de fazer concorrência às outras empresas.

Apreciação do Tribunal

- 199 O Tribunal considera que, independentemente de qualquer pressão pontual exercida pelas recorrentes sobre os não membros para que estes adiram à SPO, o sistema dos regulamentos em si mesmo, na medida em que atribui aos empreiteiros que dele fazem parte vantagens consideráveis, nomeadamente em termos de troca

de informações e de reembolso de despesas de cálculo, constitui pela sua própria existência uma pressão exercida sobre os não membros para que a ele adiram (v. decisão, n.º 98).

- 200 Além disso, pela sua natureza, o sistema dos regulamentos atinge melhor os seus objectivos se nele participar um grande número de empresas. Com efeito, a limitação das despesas de transacção e a luta contra a discussão de preços são eficazes visto que o número de casos em que os contratos são atribuídos a não membros da SPO é reduzido. Nessa perspectiva, a adjudicação de um contrato a um não membro é considerada um risco contra o qual é necessário prevenir-se, transferindo uma parte dos aumentos de preços para um fundo de garantia destinado, nomeadamente, a cobrir este risco (decisão, n.º 43).
- 201 Daqui decorre que estão reunidas as condições para que sejam exercidas pressões sobre os não membros para que adiram ao sistema. Nestas circunstâncias, o simples facto, admitido pelas recorrentes, de os gabinetes da SPO entrar em contacto com empresas não membros pode ser equiparado a pressões.
- 202 Por outro lado, não é contestado pelas partes que os regulamentos prevêem a possibilidade de a reunião renunciar *a priori* à designação de um titular (v., atrás, n.ºs 100, 101 e 117) e à aplicação dos aumentos de preços. Estas possibilidades permitem aos participantes na reunião adaptarem o seu comportamento no mercado à intensidade da concorrência exterior. Podem assim participar nesta concorrência com o benefício que retiraram anteriormente do sistema de indemnização por despesas de cálculo que lhes permite pontualmente não imputar qualquer despesa de cálculo na obra relativamente à qual estão em concorrência com empresas que não são membros das recorrentes. Do mesmo modo, a renúncia *a priori* à designação de um titular permite-lhes participar, se for caso disso, numa discussão de preços que os oporia a empresas não membros e aumentar, assim, as oportunidades de uma delas obter o contrato.

- 203 Aliás, convém salientar que o facto de os membros das recorrentes se verem obrigados a adoptar em concertação uma atitude defensiva quando são confrontados com uma concorrência exterior, corrobora o interesse que têm em ver aumentar o número dos membros e, assim, diminuir o número de concorrentes exteriores susceptíveis de os levar a renunciar às vantagens da sua adesão às recorrentes.
- 204 Resulta de tudo o que precede que foi justificadamente que a Comissão considerou que o sistema dos regulamentos adoptados em 1987 atenta efectivamente contra a liberdade de os empreiteiros aderirem ou não a ele, na medida em que a sua não adesão os priva de um certo número de vantagens ligadas a esse sistema e os coloca em concorrência, não com uma série de empreiteiros agindo independentemente uns dos outros, mas sim com um certo número de empreiteiros com interesses e informações comuns e, deste modo, comportamentos comuns.
- 205 Daqui decorre que os regulamentos adoptados em 1987 constituem uma violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 206 No que diz respeito aos regulamentos anteriores, o Tribunal salienta que depois de ter verificado que eles diferiam dos regulamentos adoptados em 1987 em certos aspectos essenciais como a existência de um processo de contranotificação, de uma possibilidade de melhorar e de corrigir os preços e de um mecanismo de preferência que conduzia a um aumento dos preços de todos os participantes, a Comissão considerou na decisão (n.ºs 62 a 65) que os regulamentos adoptados em 1987 mais não eram, no essencial, que a continuação dos regulamentos anteriores e que, por conseguinte, a apreciação jurídica que tinha sido feita relativamente a uns era válida também *mutatis mutandis* em relação aos outros (n.º 114). A Comissão considera, além disso (decisão, n.º 138), que a partir de 1 de Outubro de 1980 os diferentes regulamentos anteriores, por um lado, estavam suficientemente uniformizados uma vez que eram aprovados pela SPO (n.ºs 15, 62 e 138) e, por outro, eram objecto de um sistema de sanções uniforme estabelecido pelo código de honra e tornado obrigatório para os membros da SPO por decisão da sua assembleia geral com efeitos em 1 de Outubro de 1980 (n.ºs 12, 13 e 138).

- 207 O Tribunal verifica que, perante estas afirmações, as recorrentes sustentam, por um lado, que os regulamentos adoptados em 1987 não constituem «a continuação de acordos da mesma natureza celebrados anteriormente», mas sim «uma mudança total» em relação àqueles (petição, ponto 3.14, questão de direito e, por outro, que a SPO nunca aprovou o texto de um UPR «Burger-& Utiliteitsbouw Openbaar» (construção residencial e não residencial por concurso público) que teria entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1973, uma vez que as diferentes associações continuaram a aplicar individualmente os seus próprios regulamentos até 1987 (réplica, p. 24).
- 208 Saliente-se, em primeiro lugar, que, longe de contradizer os n.ºs 62 e 65 da decisão, o raciocínio apresentado pelas recorrentes equivale, na realidade, a admitir a razoabilidade da análise que a Comissão aí desenvolve. Com efeito, para demonstrar que os regulamentos adoptados em 1987 surgem como uma «mudança total» em relação aos acordos da mesma natureza celebrados anteriormente, sublinham que esses regulamentos já não prevêm determinadas possibilidades, como a «contranotificação» ou os «melhoramentos» e as «correções de preços», em relação às quais admitem, quanto à primeira, que «corria o risco de dar aos empreiteiros em causa a possibilidade de fazerem uma concertação ilícita» e, em relação à segunda, que tinha sido proibida «porque era aplicada não apenas numa situação de concorrência desastrosa, mas igualmente porque, destinando-se a medir o fenómeno de compressão dos preços, esse sistema comportava inevitavelmente um determinado número de elementos arbitrários» (petição, ponto 3.14, questão de direito). Deste modo, ao afirmarem que os regulamentos adoptados em 1987 são menos restritivos da concorrência que os regulamentos anteriores e que é nessa medida que constituem uma mudança total em relação àqueles, as recorrentes indicaram que eles eram a sua continuação.
- 209 Por conseguinte, foi acertadamente que a Comissão considerou que havia uma continuidade entre os regulamentos anteriores e os regulamentos adoptados em 1987 e que, em certos aspectos, os primeiros comportavam restrições de concorrência pelo menos tão importantes como os segundos.
- 210 Observe-se, em segundo lugar, que, contrariamente ao que parecem considerar as recorrentes na sua réplica, a decisão não afirma que, a partir de 1 de Outubro de

1980, os diferentes regulamentos anteriores foram adoptados pela SPO. A decisão afirma unicamente que a partir dessa data, esses regulamentos deviam ser aprovados pela SPO, o que não foi contestado pelas recorrentes que se limitaram a dizer que, até 1987, eram as diferentes associações que adoptavam esses regulamentos. Aliás, convém salientar, como o faz a Comissão, que a decisão apenas retomou, quanto a esses aspectos, os elementos que as recorrentes lhe tinham comunicado nas respostas que tinham dado, em 19 de Dezembro de 1988, aos pedidos de informações que a Comissão lhes tinha dirigido (tréplica, anexo 2). Além disso, é necessário assinalar que as recorrentes não contestaram que a partir de 25 de Novembro de 1980, o artigo 4.º do Besluit Algemene Bepalingen exigia a aprovação da SPO para a adopção e a aplicação dos regulamentos das diferentes recorrentes.

211 Cabe observar, em terceiro lugar, que a partir de 1 de Outubro de 1980 os diferentes regulamentos anteriores foram efectivamente objecto de um sistema de sanções uniforme estabelecido pelo código de honra e tornado obrigatório, a partir dessa data, em relação aos membros da SPO por decisão da sua assembleia geral.

212 Daqui decorre que, nas circunstâncias do caso em apreço, foi justificadamente que a decisão não procedeu a uma análise distinta do conteúdo dos regulamentos anteriores e considerou que restringiam pelo menos tanto a concorrência como os regulamentos adoptados em 1987, que eram a sua continuação. Também justificadamente a decisão considerou que a partir de 1 de Outubro de 1980 os diferentes regulamentos tinham sido suficientemente uniformizados pelo sistema de aprovação pela SPO e pelo sistema uniforme de sanções para poderem ser considerados um conjunto homogéneo.

213 Resulta de tudo o que precede que a segunda parte do primeiro fundamento deve ser rejeitada.

Terceira parte: não afectação do comércio entre Estados-membros

Argumentos das partes

- 214 As recorrentes sustentam que, para que o artigo 85.º do Tratado seja aplicável a acordos limitados ao território de um só Estado-membro, é necessário que os mesmos afectem sensivelmente o comércio entre Estados-membros. Tal pressupõe, por um lado, que haja trocas comerciais entre Estados-membros no mercado em causa (acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 1979, Hugin/Comissão, 22/78, Recueil, p. 1869) e, por outro, que essas trocas sejam afectadas de modo negativo e tangível pelos acordos em causa (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 1989, Ottung, 320/87, Colect., p. 1177, n.º 19). No caso em apreço, não está preenchida nenhuma destas condições e o artigo 85.º do Tratado não pode ser aplicado.
- 215 No respeitante à primeira condição, as recorrentes alegam que resulta nomeadamente do estudo de Hartelust que o comércio entre Estados-membros é quase inexistente no mercado da construção, quer este seja considerado sob o ângulo do número de obras ou do seu valor, e que o mesmo é totalmente inexistente em mercados de determinados produtos como os da demolição ou da marcação de estradas. Na fase da réplica, acrescentam que a Comissão não podia fazer referência ao acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 1978 Miller/Comissão (19/77, Recueil, p. 131), para sustentar que é necessário não apenas ter em conta as trocas existentes mas também a sua evolução futura provocada por alterações legislativas ou por outros factores. Com efeito, consideram que as alterações legislativas a que se refere a Comissão não eram previsíveis no momento em que as recorrentes elaboraram e aplicaram os seus respectivos regulamentos.
- 216 No respeitante à segunda condição, as recorrentes consideram, em suma, que, não havendo trocas, estas não podem ser afectadas de um modo negativo e tangível pelos regulamentos, excepto se a Comissão provar que a falta de trocas significativas é imputável aos regulamentos. No caso concreto, a Comissão não teria feito tal prova pela simples razão de que a falta de trocas é imputável a factores estruturais, como o limitado raio de acção geográfico das empresas, os custos de transporte elevados, o papel do empreiteiro principal, os problemas ligados à diversidade dos cadernos

de encargos (normalizados), das culturas, dos gostos, das línguas, etc., bem como o facto de que é o adjudicante que define o número e a qualidade dos empreiteiros que convida. Além disso, a Comissão não demonstrou, em relação a cada um dos regulamentos anteriores, que houve trocas internacionais em cada mercado do produto e em cada um dos mercados geográficos que esses regulamentos cobriam separadamente. A este respeito, consideram que a Comissão não pode invocar a teoria do efeito cumulativo na medida em que a mesma pressupõe que os diferentes acordos se situam no mesmo mercado do produto e no mesmo mercado geográfico. Ora, as recorrentes teriam demonstrado que cada sector constituía um mercado distinto (v., atrás, primeira parte do fundamento). Por último, haveria que comparar esses regulamentos com a legislação comunitária sobre as empreitadas de obras públicas que, ao fixar um limite de 5 milhões de ecus (que é claramente mais elevado que o limite de 200 000 ecus fixados pela directiva relativa aos contratos de fornecimento de direito público), indica que apenas as obras muito importantes podem dar origem a trocas internacionais importantes.

217 Alegam ainda que, de qualquer modo, os regulamentos não têm por efeito compartimentar o mercado neerlandês, uma vez que são indistintamente aplicáveis aos empreiteiros estrangeiros e aos empreiteiros neerlandeses, sendo uns e outros livres de se sujeitarem a eles ou não.

218 As recorrentes contestam o facto de os regulamentos diminuírem o recurso ao processo do concurso público e desfavorecerem, deste modo, as empresas estrangeiras. Com efeito, os concursos públicos não são mais raros nos Países Baixos do que noutros Estados e os estrangeiros não participam mais neles do que nos concursos limitados.

219 Por outro lado, as recorrentes consideram que os efeitos que os regulamentos pretensamente exerceriam sobre a procura nos Países Baixos proveniente de donos de obras estabelecidos noutros Estados-membros não cabem no conceito de comércio entre Estados-membros na acepção do artigo 85.º do Tratado e que, de qualquer modo, o raciocínio da Comissão assenta na ideia falsa de que os regulamentos provocam um aumento uniforme dos preços nos Países Baixos.

- 220 Por último, as recorrentes sustentam que a tese da pretensa «vantagem» concorrencial de que dispõem as empresas neerlandesas quando agem no mercado de outros Estados-membros, graças aos regulamentos e mais particularmente graças ao sistema de imputação das despesas de cálculo, é desmentida pela fraca rentabilidade das empresas de construção nos Países Baixos, bem como pela comparação efectuada pelo gabinete PRC BV Management Consultants (a seguir «PRC») entre, por um lado, o montante das despesas gerais acrescidas das indemnizações por despesas de cálculo nos Países Baixos e, por outro, a percentagem praticada a título das despesas gerais em quatro outros Estados-membros.
- 221 A Comissão responde fazendo referência aos n.ºs 103 a 108 da decisão. Acrescenta que, longe de exigir que os regulamentos afastem os empreiteiros estrangeiros do mercado neerlandês, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça exige apenas que os regulamentos sejam susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre Estados-membros. Por conseguinte, é necessário ter em conta não apenas o comércio interestadual actual, mas também o comércio interestadual potencial (acórdão Miller/Comissão, já referido).
- 222 A Comissão considera que é totalmente deslocado invocar o acórdão do Tribunal de Justiça Hugin/Comissão, já referido, na medida em que se tratava então de ofensas à concorrência que, longe de dizerem respeito à totalidade do território de um Estado-membro, abrangiam apenas uma pequena parte do mesmo ou eram completamente diferentes das presentes regulamentações. Ora, como é aqui o caso, acordos que abrangem a totalidade do território de um Estado-membro seriam, pela sua própria natureza, susceptíveis de dar origem a uma compartimentação do mercado nacional contrária à interpenetração económica visada pelo Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 1972, Vereniging van Cementhandelaren/Comissão, 8/72, Recueil, p. 977). Com efeito, tais acordos teriam por resultado uma fragmentação do mercado comum em vários mercados nacionais caracterizados por condições artificialmente diferenciadas (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1989, Belasco e o./Comissão, 246/86, Colect., p. 2117). Segundo a Comissão, não lhe compete provar que os regulamentos afastam os empreiteiros estrangeiros do mercado neerlandês da construção, mas sim, como o teria demonstrado na decisão, que os mesmos modificam radicalmente as condições de concorrência em que devem operar os empreiteiros estrangeiros, quer quando participam no sistema quer quando apresentam propostas fora dele. A Comissão

acrescenta que esse modo de afectar o comércio entre Estados-membros estava abrangido pela comunicação das acusações (n.ºs 98 e segs.) e pela decisão (n.ºs 106 e segs.).

- 223 No caso em apreço, a Comissão considera que o comércio entre Estados-membros é reduzido mas existe e que o estudo de Hartelust não é significativo porque não toma em consideração as trocas que se efectuam fora dos regulamentos, e não especifica se incide sobre as actas da totalidade das reuniões efectuadas em aplicação dos regulamentos e que só diz respeito a um período limitado compreendido entre 1 de Janeiro de 1986 e 1 de Outubro de 1988.
- 224 Por outro lado, considera que, através do sistema de indemnização por despesas de cálculo, os regulamentos têm por efeito desencorajar os adjudicantes de recorrer ao concurso público. Ora, o concurso público constitui o melhor meio para os empreiteiros estrangeiros terem acesso ao mercado neerlandês uma vez que, nesse caso, a identidade dos proponentes não é determinada pelo adjudicante. A Comissão produz como prova disso a denúncia apresentada pelo município de Roterdão.
- 225 Daqui a Comissão deduz que os regulamentos são efectivamente susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros. Acrescenta que é inútil, para as recorrentes, distinguirem consoante os períodos e o carácter unificado ou não das regulamentações, dado que os regulamentos anteriores a 1 de Abril de 1987 tinham um conteúdo ainda mais repreensível face ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado do que os regulamentos actualmente em vigor. Tinham sido adoptados e uniformizados sob a égide ou sob o controlo da SPO e, a partir de 1980, eram objecto de um sistema uniforme de sanções previsto pelo código de honra. Por conseguinte, importa não de saber se, em certos sectores, havia ou não trocas entre os Estados-membros, mas se os regulamentos, considerados no seu conjunto, são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros (v., atrás, primeira parte do fundamento).

Apreciação do Tribunal

- 226 O Tribunal verifica que a Comissão considerou que os regulamentos afectavam o comércio entre Estados-membros de três modos diferentes: afectavam a oferta proveniente de outros Estados-membros (n.ºs 103 a 111 da decisão), a procura proveniente de outros Estados-membros (n.º 112) e a oferta das empresas participantes nos outros Estados-membros (n.º 113).
- 227 O Tribunal recorda, em primeiro lugar, que a condição relativa aos efeitos sobre o comércio entre Estados-membros, prevista nos artigos 85.º e 86.º do Tratado, tem por objectivo determinar o domínio do direito comunitário relativamente ao direito dos Estados-membros (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Recueil, p. 429).
- 228 Assim, basta que se prove uma única das três formas de afectação do comércio entre Estados-membros salientadas pela Comissão nos n.ºs 103 a 113 da decisão para que o artigo 85.º do Tratado seja aplicável aos regulamentos adoptados pelas recorrentes.
- 229 Importa também recordar que resulta de jurisprudência constante que um acordo que abrange a totalidade do território de um dos Estados-membros tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar compartimentações de carácter nacional, impedindo, deste modo, a interpenetração económica pretendida pelo Tratado (acórdãos do Tribunal de Justiça Vereniging van Cementhandelaren/Comissão, já referido, n.º 29, e de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.º 22).
- 230 No caso em apreço, é incontestável que os regulamentos adoptados em 1987 se aplicam à totalidade do território neerlandês. No que diz respeito aos regulamentos anteriores, é necessário recordar que os mesmos são análogos uns aos outros e que, considerados no seu conjunto, abrangem a totalidade do território neerlandês,

bem como a globalidade do mercado da construção (v., atrás, n.º 81). Por conseguinte, nenhum desses regulamentos pode ser analisado separadamente dos outros nos quais se insere, tanto mais que estes regulamentos eram objecto de processos uniformizados de sanções no âmbito de uma associação única desde 1980. Os regulamentos anteriores devem assim ser equiparados aos regulamentos adoptados em 1987 (v., atrás, n.ºs 206 a 212). Assim, todos estes regulamentos são, pela sua própria natureza, susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros dado que alteram as condições de concorrência nos Países Baixos diferenciando-as artificialmente das que existem noutros Estados-membros e conduzem, assim, a uma fragmentação do mercado comum.

231 De qualquer modo, o Tribunal considera que foi acertadamente que a Comissão verificou que os regulamentos são susceptíveis de ter uma incidência sensível sobre a oferta proveniente de outros Estados-membros e sobre a oferta das empresas participantes nos outros Estados-membros.

232 No que diz respeito à incidência dos regulamentos sobre a oferta proveniente dos outros Estados-membros, saliente-se, como a Comissão, que as próprias recorrentes indicaram que o sistema de indemnização por despesas de cálculo tem, designadamente, por objectivo incitar os adjudicantes a ponderar os prós e os contras do convite a um maior ou menor número de proponentes uma vez que, tendo-se as despesas de transacção tornado manifestas, o adjudicante sabe que terá de suportar o seu custo. Tal sistema conduziria, no plano global, a custos de transacção menos elevados. Para atingir esse objectivo, o sistema incita os adjudicantes a ajustarem melhor os seus convites para a apresentação de propostas e a convidarem, deste modo, um número menos elevado de proponentes, fazendo suportar aos adjudicantes as despesas de cálculo da totalidade dos proponentes que convidaram. Só sendo possível limitar o número de proponentes convidados pelos adjudicantes no âmbito do concurso limitado, o sistema favorece os concursos limitados em relação aos públicos e, entre os limitados, os mais limitados, como refere a denúncia do município de Roterdão (n.ºs 19 e 34 da denúncia).

- 233 Ora, é acertadamente que a Comissão considera que o concurso público constitui o melhor meio de que dispõem os empreiteiros estrangeiros para penetrar no mercado neerlandês.
- 234 Conclui-se que a este título os regulamentos são susceptíveis de ter um efeito directo ou indirecto sobre a oferta proveniente dos outros Estados-membros.
- 235 Como sustenta a Comissão, as recorrentes não podem invocar o reduzido comércio entre Estados-membros contra esta análise, uma vez que não contestam os números apresentados pela Comissão na decisão, os quais demonstram a existência de um comércio entre Estados-membros bem real, ainda que reduzido. Assim, as recorrentes não contestam que cerca de 150 empresas estabelecidas nos outros Estados-membros aderem, de modo mais ou menos permanente, aos UPR. Essas empresas estão estabelecidas principalmente na Alemanha e na Bélgica, e entre elas figuram todas as maiores empresas alemãs e belgas, sendo as outras empresas francesas, luxemburguesas ou italianas. Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que para que os acordos, decisões ou práticas concertadas sejam proibidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, não é exigido que afectem de modo sensível as trocas comerciais entre Estados-membros mas apenas que sejam susceptíveis de ter esse efeito (acórdão Miller/Comissão, já referido, n.º 15). Uma vez que basta um efeito potencial, a evolução futura das trocas pode ser tomada em consideração para apreciar o efeito do acordo sobre o comércio entre Estados-membros, quer este tenha sido previsível ou não. Por último, no respeitante ao carácter sensível desse efeito, saliente-se, como a Comissão, que quanto mais reduzidas forem as trocas, mais as mesmas são susceptíveis de ser afectadas pelo acordo.
- 236 O Tribunal considera, também, que as recorrentes não podem invocar o limiar de 5 milhões de ecus fixado pela Directiva 71/305. Com efeito, como o salientou a Comissão na sua decisão (n.º 105), os objectivos do artigo 85.º do Tratado e os da directiva são muito diferentes para que o limiar fixado por esta última possa servir de referência ao nível de aplicação da primeira disposição. A este respeito, é necessário salientar que essa directiva tem uma base jurídica diferente do artigo 85.º do Tratado e que não menciona essa disposição em nenhum dos seus considerandos.

Deste modo, não se pode pretender que o limiar previsto por essa directiva deve esclarecer a Comissão quando aplica o artigo 85.º do Tratado.

- 237 No respeitante à incidência dos regulamentos sobre a oferta das empresas participantes nos outros Estados-membros, é incontestável que, relativamente a uma determinada obra, quando operam fora do âmbito de aplicação dos regulamentos, como é o caso fora dos Países Baixos, as empresas membros das recorrentes dispõem de vantagens relativamente às empresas não membros.
- 238 A este respeito, a comparação invocada pelas recorrentes é uma comparação global ao passo que a vantagem de que dispõem os empreiteiros neerlandeses quando operam no estrangeiro deve ser apreciada em relação a cada obra. Ora, é incontestável que o sistema de imputação das despesas de cálculo, incluindo o fundo de garantia, permite aos membros das recorrentes não integrarem nas suas despesas gerais as despesas de cálculo suportadas no âmbito de apresentação de propostas em que depois não foram adjudicatários, ao passo que os empreiteiros estrangeiros devem integrar essas despesas nas suas despesas gerais. Assim, em relação a um determinado contrato, posto a concurso fora dos Países Baixos, os membros das recorrentes só devem integrar na sua proposta as despesas de cálculo geradas por este, ao passo que os outros empreiteiros devem integrar na mesma uma parte das despesas de cálculo ocasionadas pelo conjunto dos concursos em que participaram sem sucesso. Assim, dispõem de uma vantagem concorrencial artificial relativamente aos empreiteiros concorrentes que exercem o essencial das suas actividades noutros Estados-membros. O comércio entre Estados-membros é, assim, afectado.
- 239 As recorrentes não podem refutar a força probatória destes elementos invocando as reduzidas margens de lucro das empresas de construção neerlandesas que seria comprovada por uma comparação entre, por um lado, o montante das despesas gerais acrescidas das indemnizações por despesas de cálculo nos Países Baixos e, por outro, a percentagem praticada a título das despesas gerais em quatro outros Estados-membros. Com efeito, a pouca rentabilidade das empresas neerlandesas pode ser atribuída a numerosos factores que não o sistema de imputação das despesas de cálculo.

240 Daqui decorre que os regulamentos são susceptíveis de afectar de modo sensível o comércio entre Estados-membros e que essa parte do fundamento deve portanto ser rejeitada.

241 Resulta de tudo o que precede que o primeiro fundamento não pode ser acolhido.

Segundo fundamento: violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado

Primeira parte: ignorância das características do mercado e das regras do ónus da prova

1. As características do mercado

Argumentos das partes

242 As recorrentes alegam que resulta do acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1987, *Verband der Sachversicherer/Comissão* (45/85, *Colect.*, p. 405, n.ºs 14 e 15), que, embora o regime comunitário da concorrência se aplique plenamente ao sector neerlandês da construção, tal não implica, de forma alguma, que o direito comunitário da concorrência não permite ter em conta as particularidades de determinados sectores da actividade económica. Caberia à Comissão, no âmbito da sua competência para conceder, nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, isenções às proibições previstas pelo artigo 85.º, ter em conta a natureza particular dos diferentes sectores económicos e as dificuldades específicas desses sectores. Ora, no caso em apreço, a Comissão não teria tomado em consideração as características especiais do sector da construção, como o facto de se tratar de um sector típico de pequenas e médias empresas, e as dificuldades específicas desse sector, as quais teriam justificado a adopção dos regulamentos notificados que seriam tipicamente sectoriais.

- 243 Entre essas características, salientam muito especialmente o facto de que é cada um dos adjudicantes que define o seu produto e que este só pode, assim, ser utilizado uma única vez, a natureza das empresas de construção (caracterizadas pela relação assimétrica entre a dimensão da empresa e a dimensão da obra; pelos problemas de continuidade; pela ausência de economias de escala; pelo facto de num mesmo mercado do produto as empresas de construção serem largamente intermutáveis; pela ausência de limiar de acesso para os operadores modestos), o facto de que o preço da obra deve ser fixado antecipadamente, de que a elaboração de uma proposta suscita custos de transacções elevados e, por último, o facto de que o recurso ao concurso como modo de adjudicação dos contratos faz correr o risco de conduzir a preços economicamente injustificados.
- 244 As recorrentes sustentam que estas diferentes características conduzem a desequilíbrios estruturais no mercado entre, por um lado, uma procura relativamente à qual o mercado é totalmente transparente, que dispõe da faculdade de determinar a identidade dos empreiteiros que terão acesso ao contrato, bem como a faculdade de contrapor umas às outras as diferentes propostas que lhe são apresentadas e, por outro, uma oferta relativamente à qual o mercado não é transparente, que depende das escolhas dos adjudicantes e que deve suportar custos de transacção elevados para aceder ao contrato. Este desequilíbrio estrutural conduziria a preços economicamente injustificados e a uma concorrência ruínosa.
- 245 Segundo as recorrentes, este desequilíbrio estrutural entre a oferta e a procura, comprovado por numerosos estudos científicos, seria especialmente marcante nos Países Baixos, por um lado, porque o empreiteiro principal seria responsável, perante o dono da obra, pela boa execução dos trabalhos, incluindo os efectuados pelos subcontratantes, e, por outro, porque a legislação neerlandesa não proíbe, de modo tão rigoroso como a legislação de outros Estados-membros, que o adjudicante contraponha umas às outras as propostas formuladas pelos diferentes proponentes, prática qualificada de discussão de preços.
- 246 As recorrentes alegam que os regulamentos censurados têm unicamente por objectivo corrigir este desequilíbrio estrutural essencialmente diminuindo as despesas de transacção suportadas pela oferta e ao impedir a discussão de preços. As reduzidas

margens de lucro registadas no mercado neerlandês da construção corroborariam essa análise. Esse objectivo seria comum à totalidade dos intervenientes no mercado e às próprias autoridades neerlandesas porque, na ausência dos regulamentos proibidos, assistir-se-ia ou a uma concorrência ruínosa ou a acordos secretos destinados a corrigir esses desequilíbrios.

247 Na réplica, as recorrentes alegam que o conjunto das alegações da Comissão relativas ao funcionamento de outros mercados de serviços ou ao da construção noutros Estados-membros não assentam em qualquer análise ou inquérito efectuado pela Comissão e são, assim, gratuitas. A Comissão limita-se a procurar a um nível microeconómico em que medida a liberdade de acção dos operadores é restringida e equipara toda e qualquer restrição da liberdade de acção a uma restrição da concorrência, ao passo que devia examinar os regulamentos ao nível macroeconómico.

248 A Comissão admite, na verdade, que as características do sector da construção devem ser tomadas em consideração na medida em que as mesmas determinam o contexto económico e jurídico em que deve situar-se a apreciação dos regulamentos controvertidos. Todavia, essas características não podem ter por consequência subtrair total ou parcialmente esses regulamentos ao âmbito de aplicação do artigo 85.º Nestas circunstâncias, uma discussão abstracta das características do mercado, como a que fazem as recorrentes, é desprovida de pertinência.

249 A Comissão sustenta que o sector da construção nos Países Baixos não difere nem de outros sectores de serviços nem do sector da construção noutros Estados-membros a ponto tal que o mesmo deva ser apreciado de modo sensivelmente diferente em relação ao artigo 85.º do Tratado. Por conseguinte, o facto de o mercado desses diferentes sectores funcionar correctamente na ausência de regulamentos do tipo dos que foram proibidos retira todo o fundamento à tese segundo a qual os regulamentos em litígio constituem a necessária correcção dos desequilíbrios estruturais do sector neerlandês da construção.

250 Quanto ao demais, a Comissão faz referência aos n.ºs 71 a 77 da decisão onde já respondeu aos argumentos das recorrentes.

251 Em especial recorda, em resposta à afirmação segundo a qual o recurso ao concurso como modo de adjudicação dos contratos conduziria a um nível de preços economicamente injustificado, que não existe nível de preços economicamente justificado porque o preço de custo global de cada empresa é diferente e varia segundo as circunstâncias. Em certas condições, seria, com efeito, economicamente justificado praticar preços inferiores ao custo médio para amortizar os custos fixos.

252 Por último, a Comissão alega que não pode ser acusada de não ter dado atenção à dimensão macroeconómica dos regulamentos. Com efeito, para obter uma isenção, competiria às recorrentes provar, nomeadamente, que os regulamentos contribuem concretamente para melhorar a produção, a distribuição ou para promover o progresso técnico ou económico. Nesta perspectiva, invocar progressos macroeconómicos, que, de forma alguma, se provou poderem ser atribuídos aos regulamentos, não pode bastar.

Apreciação do Tribunal

253 O Tribunal recorda que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que cabe à Comissão, no âmbito da sua competência para conceder, nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, isenções às proibições previstas pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, tomar em consideração a natureza específica de diversos sectores económicos e as dificuldades próprias desses sectores (acórdão Verband der Sachversicherer/Comissão, já referido, n.º 15).

- 254 No caso em apreço, as recorrentes acusam a Comissão de ter procedido a uma análise microeconómica dos regulamentos, quando estes teriam por objecto corrigir desequilíbrios existentes ao nível macroeconómico entre a oferta e a procura devido às características das empresas que operam nesse sector, às características dos produtos em causa, e às insuficiências da legislação neerlandesa que torna responsável o empreiteiro principal e não permite lutar eficazmente contra a discussão de preços.
- 255 O Tribunal verifica que a Comissão atendeu, na sua decisão, às características do mercado descritas pelas recorrentes (n.ºs 71 a 77), mas que considerou que essas características não justificavam uma isenção (n.ºs 115 a 128). Deste modo, é aquando da análise do indeferimento do pedido de isenção que as recorrentes tinham apresentado ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado a favor dos regulamentos em causa, que a sua argumentação relativa às características do mercado deverá ser tomada em consideração.
- 256 Quanto ao mais, há que salientar que foi justificadamente que a Comissão se referiu, sem objecção das recorrentes, ao facto de não existirem regulamentos análogos aos que são objecto do presente processo, nem noutros sectores de serviços cujas características são próximas das do mercado da construção, nem no sector da construção de outros Estados-membros. Foi também justificadamente que a Comissão se recusou a admitir, como o desejavam as recorrentes, que os acordos eram inevitáveis no sector da construção. Com efeito, não se pode justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, afirmando que, se não se conceder uma isenção ao acordo notificado, constituir-se-ão ainda outros acordos mais graves. Do mesmo modo, não se pode aceitar que as empresas obviem aos efeitos de uma legislação que consideram excessivamente favorável aos consumidores através da celebração de acordos que têm por objecto corrigir as vantagens conferidas por essa legislação aos consumidores sob pretexto de que a mesma cria um desequilíbrio em seu detrimento.
- 257 Resulta do que precede que a argumentação relativa à insuficiente tomada em consideração das características do mercado pela Comissão deve ser rejeitada na medida

em que as recorrentes lhe atribuem um alcance autónomo relativamente à segunda parte do presente fundamento.

2. O ónus da prova

Argumentos das partes

- 258 A título preliminar, as recorrentes alegam que, atendendo ao conjunto dos factos que deram a conhecer à Comissão para obterem a isenção solicitada, a Comissão não podia limitar-se a refutar simplesmente os seus argumentos e devia demonstrar que em termos económicos não se justificava uma isenção. Assim, devia nomeadamente ter demonstrado que, sem os regulamentos, o mercado neerlandês da construção funcionaria melhor ou indicar o que considera aceitável nos regulamentos.
- 259 Além disso, sustentam que a Comissão devia ter discutido com elas as vantagens e os inconvenientes dos regulamentos no plano económico, em vez de afastar *a priori* toda e qualquer justificação económica. No caso em apreço, a Comissão não teria cumprido a obrigação que lhe incumbe por força da jurisprudência de contribuir activamente para a obtenção de uma isenção (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido).
- 260 A Comissão responde que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, compete antes de mais às empresas convencerem-na, com base em provas documentais, do carácter justificado de uma isenção. A cooperação que as empresas podem obter da Comissão consiste numa análise dos argumentos que as empresas apresentam em apoio do seu pedido de isenção (v. acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido, pp. 449 e 521). Essa cooperação não implica para a

Comissão a obrigação de propor outras soluções. *A fortiori* não se pode exigir à Comissão que demonstre que uma isenção não é justificada nem que indique o que considera aceitável.

- 261 A Comissão recorda que os regulamentos formam um todo, como as próprias recorrentes sempre sublinharam. É por esta razão que considera que se certos aspectos dos regulamentos em litígio satisfizessem as condições do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado não poderia isentá-los separadamente. Nessas circunstâncias, não se podia tratar de uma isenção condicional.

Apreciação do Tribunal

- 262 O Tribunal recorda, a título preliminar, que resulta de jurisprudência constante que compete às empresas que solicitam o benefício de uma isenção, ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, estabelecer com base em provas documentais o carácter justificado de uma isenção. Nesta perspectiva, a Comissão não pode ser acusada de não ter proposto outras soluções nem indicado o que consideraria como justificando a concessão de uma isenção (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.º 52). Compete unicamente à Comissão, a título da sua obrigação de fundamentação, mencionar os elementos de facto e de direito e as considerações que a levaram a tomar uma decisão que indefere o pedido de isenção, sem que as recorrentes possam exigir que ela discuta todas as questões de facto e de direito que suscitaram no decurso do processo administrativo (acórdão Remia e o./Comissão, já referido, n.ºs 26 e 44).
- 263 Daqui se conclui que cabe às recorrentes provar, no caso em apreço, que a Comissão cometeu um erro de direito ou de facto ao recusar conceder-lhes uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

264 A este respeito, é necessário salientar que no decurso do processo administrativo as recorrentes sublinharam repetidamente que os regulamentos constituíam um todo coerente que devia ser objecto de uma isenção enquanto tal. Nessa perspectiva, foi justificadamente que a Comissão se limitou na sua decisão a examinar se os dois elementos que estão no cerne dos regulamentos e que têm especificamente por objecto corrigir os pretensos desequilíbrios macroeconómicos do mercado, isto é, a protecção do titular e a indemnização por despesas de cálculo, satisfaziam ou não as quatro condições de concessão de uma isenção fixadas pelo artigo 85.º, n. 3, do Tratado.

265 Daqui resulta que a primeira parte do segundo fundamento deve ser rejeitada.

Segunda parte: ignorância das condições de concessão de uma isenção

266 O Tribunal considera que se deve examinar, em primeiro lugar, se os regulamentos contribuem para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, reservando aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante e, em segundo lugar, se os regulamentos impõem às empresas em causa restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos e se dão a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, a fim de verificar se foi justificadamente que a Comissão recusou conceder aos regulamentos uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

267 Convém salientar, em primeiro lugar, que as quatro condições de concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado são cumulativas (v. nomeadamente o acórdão Consten e Grundig, já referido, e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Fevereiro de 1994, CB e Europay/Comissão, T-39/92 e T-40/92, Colect., p. II-49, n.º 110) e que basta, deste modo, que uma única dessas condições não esteja preenchida para que a decisão de indeferimento do pedido de isenção apresentado pelas recorrentes deva ser confirmada. É esta a razão pela qual o Tribunal examinará mais em particular se foi justificadamente que a Comissão consi-

derou que os regulamentos não reservavam aos utilizadores uma parte equitativa do lucro resultante dos regulamentos e que as restrições de concorrência impostas pelos regulamentos aos empreiteiros não eram indispensáveis para a consecução desses objectivos.

1. A contribuição dos regulamentos para melhorar a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico e a parte equitativa reservada ao consumidor

Argumentos das partes

268 No respeitante à contribuição dos regulamentos para melhorar a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, as recorrentes recordam que os regulamentos incriminados têm, no essencial, um duplo objecto: por um lado, lutar contra a discussão de preços resultante da fraqueza estrutural da oferta em relação à procura e podendo conduzir a uma concorrência ruínoza e, por outro, melhorar a estrutura transaccional do mercado imputando o mais possível as despesas de transacção na obra em relação à qual foram incorridas. O mecanismo de indemnização por despesas de cálculo instituído para esse fim incitaria cada adjudicante a ponderar os prós e os contras do convite a um maior ou menor número de proponentes e, deste modo, a dirigir melhor os seus convites, bem como a ponderar os prós e os contras de uma redacção mais ou menos rigorosa do convite uma vez que, tendo-se as despesas de transacção tornado manifestas, o adjudicante sabe que terá de as suportar. Tal sistema conduziria globalmente a despesas de transacção menos elevadas e repartidas mais equitativamente do que um sistema em que as despesas de transacção impostas pelos adjudicantes aos empreiteiros são imputadas nas despesas gerais destes últimos que as repercutem indiscriminadamente no conjunto dos seus preços, fazendo assim suportar a todos os adjudicantes as despesas de transacção elevadas causadas por alguns. Os objectivos dos regulamentos são comuns a todos os intervenientes no mercado e às próprias autoridades neerlandesas porque, na ausência dos regulamentos proibidos, assistir-se-ia ou a uma concorrência ruínoza ou a acordos secretos destinados a corrigir esses desequilíbrios.

- 269 Consideram que a Comissão cometeu um erro ao limitar-se a examinar os efeitos do sistema de indemnização por despesas de cálculo ao nível de cada concurso considerado isoladamente sem tomar em consideração os seus efeitos de redução dos custos de transacção e, deste modo, dos preços ao nível macroeconómico. A necessidade de proceder a uma análise macroeconómica é corroborada por estudos científicos que provam, por um lado, que o sistema não dissuade os adjudicantes de organizarem adjudicações por concurso público — o que seria confirmado pelo facto de que a suspensão do sistema na sequência do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Julho de 1992 não deu origem a um aumento desse tipo de adjudicações — e, por outro, que as despesas gerais, incluindo as despesas de apresentação de propostas, são iguais ou superiores, em vários Estados-membros vizinhos, às despesas gerais nos Países Baixos, acrescidas das indemnizações por despesas de cálculo e das contribuições para despesas de funcionamento das organizações profissionais.
- 270 Segundo as recorrentes, o funcionamento do mercado neerlandês da construção comprova a realidade dos efeitos benéficos dos regulamentos sobre a produção e o progresso técnico e económico. Com efeito, as análises económicas demonstram que o mercado neerlandês da construção funciona de um modo, tendo em conta as devidas proporções, muito eficaz e que a produtividade deste sector tem um dos mais fortes crescimentos da Europa, ao passo que os custos, os preços e as margens de lucro praticados nesse sector são dos mais baixos da Europa.
- 271 Sustentam que foi desvirtuando esses mecanismos criados pelos regulamentos que a Comissão considerou que estes não satisfaziam a primeira condição de concessão de uma isenção. A este respeito remetem para as críticas que formularam no âmbito da segunda parte do primeiro fundamento.
- 272 No respeitante à parte equitativa do lucro reservada aos utilizadores, as recorrentes sustentam que o carácter errado da apreciação pela Comissão dessa condição é demonstrado pelo facto de que os adjudicantes estão satisfeitos com o funcionamento do mercado e que o único adjudicante que teceu críticas ao mesmo (o município de Roterdão) prefere adaptações dos regulamentos em vez da sua proibição pura e simples. Por essência, o critério da «parte equitativa» não é um critério «fixo», de modo que só raramente se pode considerar impor-lhe a prova positiva ou nega-

tiva. É precisamente sob este ângulo que os elementos que acabam de ser evocados teriam uma grande importância. Na fase da réplica, as recorrentes afirmam que, talvez contrariamente aos particulares, o interesse dos grandes adjudicantes reside não na exploração máxima da estrutura transaccional do mercado, que lhes daria uma vantagem a curto prazo, mas na existência de uma situação sã nesse mercado. É por essa razão que são unanimemente partidários dos regulamentos.

- 273 As recorrentes sustentam que, contrariamente ao que afirma a Comissão, o estudo de PRC teria demonstrado que um sistema de indemnização por despesas de cálculo não é de forma alguma menos eficaz do que um sistema de imputação das despesas feitas pelo proponente afastado nas suas despesas gerais.
- 274 Acrescentam que a Comissão ignora o facto de que, no final de contas, o dono da obra retiraria também ele uma vantagem de um sistema de adjudicação que conduz a resultados claros e líquidos. Além disso, o mecanismo antidiscussão de preços contribui para a abertura do mercado neerlandês porque tornaria mais difícil para os adjudicantes favorecer empreiteiros neerlandeses em detrimento dos empreiteiros estrangeiros.
- 275 As recorrentes fazem aqui de novo referência ao que afirmaram no âmbito da segunda parte do primeiro fundamento.
- 276 As recorrentes concluem que toda esta análise é corroborada pelas baixas margens de lucro dos empreiteiros neerlandeses que demonstram que o resultado da sua grande produtividade é equitativamente repartido entre os empreiteiros e os adjudicantes.

- 277 No respeitante à primeira condição, a Comissão responde que já refutou os argumentos das recorrentes relativos ao conteúdo dos regulamentos no âmbito da segunda parte do primeiro fundamento.
- 278 A Comissão precisa que, sem direito de controlo sobre as indemnizações por despesas de cálculo, o adjudicante não poderia, segundo a terminologia das recorrentes, «ponderar eficazmente os prós e os contras» do recurso a uma ou outra técnica de adjudicação de contratos. Além disso, as tabelas anexas aos UPR só indicam máximos e não permitem, deste modo, aos adjudicantes avaliar a amplitude das despesas de transacção realmente ocasionadas.
- 279 A Comissão alega ainda que as indemnizações por despesas de cálculo podem levar o dono da obra a não recorrer ao concurso público. A este respeito, o facto, invocado pelas recorrentes, de que o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Julho de 1992 não ocasionou um aumento do número de concursos públicos não é significativo, tendo em conta a duração do período tomado em consideração.
- 280 Além disso, sustenta, no que diz respeito à redistribuição das indemnizações por despesas de cálculo, que a diferença entre os montantes recebidos pelo adjudicatário, por um lado, e os pagos aos outros empreiteiros, por outro, conduz ao reforço da posição dos empreiteiros que obtiveram contratos relativamente aos que não os obtiveram.
- 281 A Comissão acrescenta que o relatório de PRC não demonstra em que é que o sistema de indemnização por despesas de cálculo torna o processo de adjudicação mais eficaz na medida em que esse relatório diz respeito ao nível das despesas gerais, o qual depende de tantos factores que é impossível tirar daí qualquer conclusão.

- 282 Por outro lado, assinala que as recorrentes não demonstraram que os bons resultados que caracterizavam o sector neerlandês da construção no seu conjunto eram devidos aos regulamentos e contesta que os regulamentos funcionem a contento de todas as partes envolvidas. Produz, designadamente, como prova a denúncia apresentada pelo município de Roterdão e a intervenção de Dennendael BV no presente processo.
- 283 No que diz respeito à segunda condição, a Comissão considera que o facto de certos adjudicantes preferirem adaptações dos regulamentos em vez da sua proibição pura e simples não é suficiente para se poder afirmar que essa condição está preenchida. A intervenção de Dennendael BV demonstra, também, que certos adjudicantes são muito críticos em relação aos regulamentos, os quais lhes ocasionam aumentos importantes e inúteis dos custos.
- 284 Acrescenta que o nível das margens de lucro do sector neerlandês da construção no seu conjunto depende de tantos factores que é impossível daí tirar conclusões sobre a questão de saber se uma parte equitativa do pretensu lucro é reservada aos utilizadores.
- 285 Quanto ao restante, a Comissão remete para a sua resposta à segunda parte do primeiro fundamento.

Apreciação do Tribunal

- 286 O Tribunal recorda que tendo em conta o carácter cumulativo das quatro condições a que o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado sujeita a concessão de uma isenção, concentrará especialmente a sua análise na condição relativa à parte equitativa reservada aos utilizadores.

287 Deve-se salientar que os argumentos das recorrentes e da Comissão se situam em planos diferentes. As recorrentes fundamentam a sua argumentação numa análise macroeconómica das vantagens que podem, em seu entender, resultar dos regulamentos. Consideram, fazendo referência a análises macroeconómicas como a efectuada por PRC, que os resultados do sector neerlandês da construção, que pratica preços muito baixos e margens de lucro muito limitadas, comprovam o efeito benéfico dos regulamentos. As recorrentes consideram que estes melhores resultados são a consequência dos regulamentos devido nomeadamente ao facto de que permitem evitar que sejam celebrados acordos secretos nos Países Baixos, como seria o caso noutros Estados-membros da Comunidade. Em contrapartida, a argumentação da Comissão situa-se no plano microeconómico, na medida em que parte da posição de cada adjudicante e analisa os efeitos que os regulamentos têm na sua situação. Considera que esta abordagem microeconómica é a única possível porque recusa categoricamente admitir, diferentemente das recorrentes, que os acordos secretos entre os empreiteiros são inevitáveis no sector da construção e que os regulamentos têm o mérito de impedir esses acordos. Considera, além disso, que as recorrentes não conseguiram provar a existência de um nexo entre os regulamentos e os resultados do sector neerlandês da construção, podendo estes ser atribuídos a outros factores.

288 Face a estas diferentes abordagens dos regulamentos que conduzem a opiniões divergentes quanto à questão de saber se estes podem beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, é necessário recordar que a fiscalização exercida pelo Tribunal sobre as apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe confere o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado relativamente a cada uma das quatro condições que ele contém deve limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, n.º 62, e acórdão CB e Europay/Comissão, já referido, n.º 109).

289 No caso em apreço, compete portanto ao Tribunal verificar se os factos em que a Comissão baseou a sua decisão de indeferimento do pedido de isenção são exactos no plano material e se a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação

ao afastar a abordagem macroeconómica proposta pelas recorrentes para adoptar uma abordagem microeconómica dos regulamentos.

290 A este respeito, o Tribunal verifica, em primeiro lugar, que foi justificadamente que a Comissão considerou que não era necessário tomar como ponto de partida da análise dos efeitos dos regulamentos em causa o facto de que na sua ausência seriam cometidas, no mercado neerlandês da construção, infracções ainda mais graves ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, e que podia legitimamente considerar que a celebração de acordos secretos não era inevitável.

291 O Tribunal verifica, em segundo lugar, que foi também justificadamente que a Comissão considerou que as recorrentes não chegaram, nomeadamente através dos estudos macroeconómicos que apresentaram, a provar a existência de um nexo de causalidade entre os regulamentos e os resultados do sector neerlandês da construção que, pressupondo que existem, podem ser atribuídos a um grande número de outros factores. Assim, resulta do primeiro estudo de PRC (petição inicial, anexo 11, p. 13) que a produtividade horária é muito elevada nos Países Baixos e que os materiais de construção são mais baratos que nos países vizinhos. Além disso, resulta do estudo datado de 22 de Janeiro de 1993 (réplica, anexo 2, pp. 22 a 24) que, segundo o mesmo, a melhor maneira de comparar a eficácia da organização do processo de construção é provavelmente transferir os custos de transacção para os custos de produção do empreiteiro. Ora, esse estudo demonstra que, desse ponto de vista, o mercado neerlandês não é mais eficaz que o mercado francês e é menos eficaz que o mercado belga, mercados em que não existe regulamentação análoga aos regulamentos que são objecto do presente processo.

292 Perante estes dois elementos, tendo tido em conta a declaração das recorrentes que afirmavam, com base na análise macroeconómica que propuseram, que os regulamentos teriam tido efeitos benéficos, e ao confrontar a análise daquelas com uma análise microeconómica baseada num exame concreto, contrato a contrato, dos efeitos práticos dos regulamentos na concorrência (decisão, n.ºs 76 e 120 a 123), a Comissão não cometeu qualquer erro manifesto de apreciação.

- 293 Há que sublinhar, em especial, que a razoabilidade da abordagem adoptada pela Comissão resulta nomeadamente do facto de que as recorrentes assinalaram repetidamente que o mecanismo de protecção do titular tinha por objectivo impedir que os preços atingissem um nível injustificado, o que indica que as próprias recorrentes admitem que esse aspecto dos regulamentos visa a manutenção dos preços a um nível mais elevado do que o que resultaria de uma concorrência não afectada pelos regulamentos. O benefício da luta contra a discussão de preços, pressupondo-a lícita, é dos empreiteiros. Além disso, o adjudicante só pode, por causa desse mecanismo, negociar com o titular, ao passo que na ausência dos regulamentos teria podido negociar a sua proposta tanto com o titular como com os outros empreiteiros que participam na reunião.
- 294 A isto as recorrentes só podem responder que essas negociações conduziriam necessariamente a uma concorrência ruínosa que acabaria por se virar contra os próprios adjudicantes. Com efeito, como observou a Comissão, não é possível distinguir a concorrência normal da concorrência ruínosa. Toda a concorrência é potencialmente ruínosa para as empresas menos eficazes. É por esta razão que ao lutarem contra o que qualificam de concorrência ruínosa, as recorrentes restringem necessariamente a concorrência e, deste modo, privam os consumidores dos benefícios da mesma.
- 295 Do mesmo modo, há que sublinhar que a alegada limitação das despesas de transacção aproveita quase exclusivamente aos empreiteiros. Com efeito, ao fazê-las suportar totalmente pelo adjudicante, o sistema criado permite uma diminuição das despesas de transacção que, se o sistema não existisse, deveriam ser suportadas pelos empreiteiros, nomeadamente quando não conseguem obter um contrato. Por conseguinte, trata-se de uma transferência de custos da oferta para a procura. Embora essa transferência de custos não seja totalmente desprovida de justificação económica na medida em que a importância das despesas de transacção está ligada nomeadamente ao número de empreiteiros convocados pelo adjudicante, que é, assim, o único a poder limitá-los, não deixa de ser um facto que essa limitação das despesas de transacção pressupõe que o adjudicante limite o número de empreiteiros que consulta, o que constitui uma limitação da sua escolha e, deste modo, da concorrência. Mesmo se essa limitação pode conduzir a uma diminuição das despesas de transacção do adjudicante na medida em que este deve examinar um menor número de propostas, esse benefício parece bem reduzido em relação aos inconvenientes que deve suportar e em relação ao benefício que os empreiteiros retiram desse sistema.

- 296 Por outro lado, o benefício que os adjudicantes seriam supostos tirar do facto de os empreiteiros já não deverem imputar nas suas despesas gerais as despesas de cálculo que tiveram de suportar relativamente a todos os contratos que não lhes foram atribuídos, permite compensar o inconveniente que para eles resulta de deverem suportar as indemnizações por despesas de cálculo unicamente em relação àqueles de entre eles que celebram regularmente um grande número de contratos no âmbito dos regulamentos. Com efeito, o adjudicante que só adjudica raramente contratos deve necessariamente pagar indemnizações por despesas de cálculo que ultrapassam em larga medida o benefício que pode retirar do facto de que, graças ao sistema, o empreiteiro adjudicatário pôde diminuir as suas despesas gerais e, deste modo, o montante da sua proposta de preços. Além disso, este sistema tem por consequência que os adjudicantes que têm a necessidade de pedir propostas a um grande número de empreiteiros devem necessariamente pagar indemnizações por despesas de cálculo que ultrapassam em larga media as despesas que teriam de suportar na ausência desse sistema.
- 297 Além disso, há que recordar que foi acertadamente que a Comissão considerou que este sistema diminui o recurso aos concurso públicos (v., atrás, n.º 232) e que o período que se seguiu ao despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância não era significativo.
- 298 Por conseguinte, o sistema de indemnização por despesas de cálculo, mesmo se devia ocasionar uma diminuição global das despesas de transacção no mercado, não permite uma repartição equitativa dessa diminuição entre os empreiteiros e o adjudicante.
- 299 Contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a sua opinião não é partilhada pela globalidade dos intervenientes no mercado. Com efeito, resulta muito claramente da denúncia apresentada à Comissão pelo município de Roterdão que este se opõe à manutenção do regime de indemnização por despesas de cálculo tal como foi organizado pelos regulamentos. Em especial, insiste no facto de que o montante das indemnizações por despesas de cálculo é excessivo e que nada justifica que essas indemnizações sejam calculadas não com base no menor valor branco, mas com base na média dos valores brancos apresentados pelos diferentes empreiteiros.

300 Resulta de tudo o que precede que foi justificadamente que a Comissão considerou que os regulamentos, nomeadamente na medida em que prevêm uma indemnização por despesas de cálculo suportada pelos adjudicantes e uma protecção do titular contra as negociações que o adjudicante poderia efectuar com outros empreiteiros participantes na reunião, não reservam aos utilizadores uma parte equitativa do lucro deles resultante.

2. O carácter indispensável das restrições e a ausência de possibilidade de eliminar a concorrência

Argumentos das partes

301 No respeitante aos regulamentos notificados, as recorrentes sustentam que as restrições de concorrência são indispensáveis para atingir o seu objectivo, isto é, lutar contra a discussão de preços e melhorar a eficácia da estrutura transaccional do mercado. Recordam que a Comissão ignora o alcance do mecanismo da protecção do titular e do mecanismo da indemnização por despesas de cálculo, bem como a função do fundo de garantia. As recorrentes consideram normal que o primeiro só funcione no caso de propostas comparáveis e que o n.º 125 da decisão é, assim, errado. No respeitante ao segundo, o carácter fixo e global da indemnização seria precisamente o que permite promover a concorrência, diferentemente de um sistema de indemnização individualizado que, além disso, seria impraticável, contrariamente àquilo que é afirmado no n.º 126 da decisão. O regulamento relativo à subcontratação também não corroboraria a tese da Comissão.

302 Por outro lado, as recorrentes recordam que tinham comunicado à Comissão que estavam dispostas a discutir com ela a necessidade dos diferentes elementos dos regulamentos e que tinham, a esse propósito, formulado uma série de propostas de alterações relativas a aspectos essenciais do sistema. Em resposta a essas propostas, a Comissão teria deixado entender que não tinha a intenção de proibir integralmente os regulamentos, tornando assim vã qualquer discussão sobre o carácter indispensável de alguns dos seus aspectos. Ao recusar discutir essas propostas, a Comissão

teria cometido um erro de apreciação da condição relativa ao carácter indispensável das restrições da concorrência verificadas.

303 Sustentam, contra a Comissão, que as propostas de alterações formuladas pela SPO podem ser objecto do presente processo. Com efeito, tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço, é a globalidade do comportamento que a Comissão adoptou no âmbito do processo administrativo que deveria ser sujeita à apreciação do Tribunal, sem o que os direitos da defesa das recorrentes seriam violados. Tratar-se-ia, com efeito, do único meio de submeter à apreciação do Tribunal a legalidade da rejeição das propostas de alterações formuladas pela SPO, dado que as recorrentes não podiam interpor recurso ao abrigo do artigo 173.º do Tratado das diferentes cartas administrativas que rejeitam essas propostas (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 1990, Vereniging Prodifarma e o./Comissão, T-116/89, Colect., p. II-843).

304 As recorrentes acrescentam que, atendendo às circunstâncias do caso em apreço, não podem ser acusadas de não terem transposto essas modificações para os regulamentos e de não terem alterado formalmente a notificação dos regulamentos. Com efeito, a extensão das consequências dessas alterações para a organização da SPO bem como para o seu pessoal era tal que não era nem racional nem possível elaborar UPR totalmente alterados antes de ter obtido a aprovação da Comissão, pelo menos quanto às suas grandes linhas. Além disso, a SPO teria expressamente submetido estas propostas à Comissão no âmbito da sua notificação de 13 de Janeiro de 1988, comunicando que estava disposta a alterar os regulamentos notificados no sentido das propostas a partir do momento em que a Comissão desse a sua autorização para o efeito.

305 Em seguida, explicam por que razão as suas propostas de alterações dos regulamentos eram susceptíveis de satisfazer as exigências do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

306 As recorrentes concluem que essas alterações suprimiam qualquer possibilidade — teórica — de os empreiteiros falsearem a concorrência.

- 307 A Comissão responde, no que diz respeito aos regulamentos notificados, remetendo para o conteúdo da decisão (n.ºs 124 a 128) e para a refutação da segunda parte do primeiro fundamento. Repete, em especial, que um sistema em que todos os proponentes recebem uma indemnização suportada pelo dono da obra não contribui para a eficácia do processo de adjudicação. Acrescenta que os pagamentos efectuados pelo fundo de garantia, quando o contrato foi atribuído a um *outsider*, proporcionam aos proponentes membros da SPO uma defesa mútua contra os *outsiders*.
- 308 A Comissão responde, relativamente às propostas de alterações dos regulamentos que foram objecto de uma concertação com os seus serviços, que essas propostas não eram susceptíveis de sanar as acusações que tinha formulado contra os regulamentos. Foi por essa razão que as mesmas teriam sido rejeitadas pelos serviços da Comissão.
- 309 A Comissão acrescenta que não tendo as recorrentes introduzido as alterações propostas nos regulamentos e também não tendo alterado a sua notificação, não existia, para a Comissão, qualquer razão para examinar as propostas de alterações na decisão. Por conseguinte, a decisão diz exclusivamente respeito aos regulamentos na forma que os mesmos tinham no momento da decisão e não às propostas de alterações formuladas pelas recorrentes. Neste âmbito, as propostas de alterações seriam irrelevantes (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 1992, *Publishers Association/Comissão*, T-66/89, *Colect.*, p. II-1995, n.º 90). Ao fazê-lo, a Comissão não teria privado as recorrentes de recurso contra a rejeição das suas propostas de alterações uma vez que teria sido suficiente introduzir as referidas modificações nos regulamentos ou modificar a notificação para que a Comissão fosse obrigada a pronunciar-se sobre as mesmas, sob pena de a tal ser obrigada através de uma acção por omissão (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 1991, *Peugeot/Comissão*, T-23/90, *Colect.*, p. II-653). A alteração da notificação é indispensável porque só os acordos efectivamente notificados podem ser objecto de uma isenção. Observa que as recorrentes teriam podido limitar-se a alterar a notificação sem porem imediatamente em prática as alterações propostas, na medida em que a sua execução esbarrava com dificuldades de ordem prática.

Apreciação do Tribunal

- 310 O Tribunal verifica, a título de reforço atendendo ao facto de que os regulamentos não reservam uma parte equitativa do lucro aos utilizadores, que as restrições de concorrência provocadas pelos regulamentos também não são indispensáveis para atingir os objectivos que lhe são atribuídos pelas recorrentes, isto é, melhorar a estrutura transaccional do mercado limitando as despesas de transacção e lutar contra a discussão de preços que ocasionaria uma concorrência ruínosa. Com efeito, foi acertadamente que a Comissão considerou que as graves restrições de concorrência que tinha verificado não eram indispensáveis para atingir os objectivos prosseguidos pelos regulamentos.
- 311 A este respeito, há que salientar, em primeiro lugar, que o facto de que todo o processo que deve conduzir à designação de um titular decorre na ausência do adjudicante, não parece, de forma alguma, indispensável para atingir estes objectivos. Com efeito, é o próprio adjudicante quem está melhor colocado para com os empreiteiros apreciar a comparabilidade das suas propostas de preços, para se assegurar de que as informações trocadas no decurso da reunião não infringem a concorrência e para evitar que os preços propostos pelos diferentes empreiteiros não sejam modificados a fim de aumentar a vantagem concorrencial de uns ou diminuir a vantagem concorrencial dos outros.
- 312 Em segundo lugar, há que assinalar o facto de que, no âmbito do regulamento relativo à subcontratação, só os subcontratantes que apresentaram uma proposta ao empreiteiro principal que foi designado adjudicatário beneficiam de uma indemnização por despesas de cálculo, indica que as próprias recorrentes não consideram que seja indispensável, para melhorar a estrutura transaccional do mercado, imputar a cada dono da obra o conjunto das despesas de cálculo a que o seu convite para a apresentação de propostas deu origem. Além disso, as recorrentes não conseguiram estabelecer que o montante das indemnizações por despesas de cálculo correspondia globalmente às despesas realmente feitas pela média dos empreiteiros. Nesta perspectiva, convém salientar que as diferentes bases de cálculo destas indemnizações se afiguram demasiado elevadas, como o município de Roterdão o sublinhou

na sua denúncia. Por outro lado, o facto de as tabelas aplicadas para o cálculo da indemnização por despesas de cálculo constituírem máximos que nem sempre são atingidos, quando o adjudicante não é informado da tabela que foi aplicada e não tem qualquer possibilidade de recurso contra a aplicação da tabela máxima, demonstra que nada é feito nos regulamentos para assegurar que a indemnização por despesas de cálculo não ultrapassará o que é indispensável para cobrir as despesas de transacção dos diferentes empreiteiros.

313 No respeitante à protecção do titular, o Tribunal recorda que a mesma ocorre na sequência de uma concertação entre os empreiteiros que desejam apresentar propostas, concertação de que é excluído o adjudicante e que substitui a escolha do adjudicante apenas pelas decisões comuns dos empreiteiros.

314 Resulta do que precede que as restrições de concorrência contidas nos regulamentos notificados pelas recorrentes à Comissão não são indispensáveis para atingir os objectivos prosseguidos pelos mesmos.

315 Daqui se conclui que as acusações que as recorrentes formularam a este respeito devem ser rejeitadas.

316 Por outro lado, o Tribunal considera que foi justificadamente que a Comissão não se pronunciou na decisão impugnada sobre as propostas de alterações formuladas pelas recorrentes no âmbito das discussões que tinham tido entre Abril de 1991 e Janeiro de 1992 com a Comissão, na medida em que as recorrentes não tinham retirado a sua primeira notificação nem formalmente notificado essas alterações à Comissão. Por conseguinte, a Comissão era obrigada a pronunciar-se sobre os regulamentos tal como tinham sido notificados e não tinha, na ausência de notificação

formal, competência para decidir sobre a compatibilidade das propostas de alterações com o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

- 317 Daqui resulta que as recorrentes não podem acusar a Comissão de só se ter pronunciado sobre os regulamentos tal como lhe foram notificados.
- 318 Como a Comissão observou, esta solução não priva as recorrentes da possibilidade de recurso para pedir a apreciação da conformidade com o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, da rejeição informal por parte da Comissão das suas propostas de alterações. Com efeito, se as recorrentes tivessem querido que o Tribunal aplicasse sanções a essa rejeição, bastar-lhes-ia terem introduzido as referidas alterações nos regulamentos e notificá-los novamente ou modificarem a notificação. Se, em presença dessas notificações, a Comissão não se pronunciasse, as recorrentes estariam em situação de a obrigar a pôr fim ao seu silêncio através da introdução de uma acção por omissão (acórdão Peugeot/Comissão, já referido).
- 319 As recorrentes também não podem invocar o facto de que uma modificação imediata dos regulamentos teria tido consequências excessivamente importantes no seu funcionamento e que não podiam, assim, proceder a essa modificação sem garantia de obterem uma isenção por parte da Comissão. Com efeito, para que a Comissão seja obrigada a pronunciar-se sobre as propostas de alterações apresentadas pelas recorrentes, não é necessário que estas as façam efectivamente entrar em vigor, mas unicamente que as adoptem e as notifiquem formalmente à Comissão.
- 320 Resulta do que precede que tendo em conta o carácter cumulativo das quatro condições de concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, há que rejeitar a segunda parte do segundo fundamento invocado pelas recorrentes, sem que seja necessário examinar se a quarta condição está preenchida.

Terceira parte: violação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade

Argumentos das partes

- 321 As recorrentes sublinham que ao recusar isentar os regulamentos nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, a Comissão ignorou os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.
- 322 Quanto ao princípio da proporcionalidade, alegam que ao recusar conceder uma isenção aos regulamentos e ao proibi-los assim pura e simplesmente, a Comissão ultrapassou o que é necessário para atingir os objectivos do Tratado, e conduziu mesmo a um resultado contrário a esses objectivos, tendo em conta as características do sector em causa. Apresentam como prova disso as tomadas de posição dos diferentes intervenientes no mercado que se teriam todos oposto a uma proibição pura e simples dos regulamentos. Ao defender uma visão rígida e abstracta da concorrência, impedindo toda e qualquer medida de regulação da concorrência num mercado, a Comissão ignorou o princípio da proporcionalidade que exige que a Comissão promova uma «concorrência eficaz». Por outro lado, a Comissão ignorou o princípio da proporcionalidade ao nem sequer encarar a possibilidade de conceder uma isenção com condições ou uma isenção de duração limitada, acompanhada da obrigação de elaborar relatórios. A Comissão ignorou também o princípio da proporcionalidade ao não limitar a sua intervenção ao estritamente necessário para assegurar o livre acesso ao mercado neerlandês da construção por parte dos operadores estabelecidos noutros Estados-membros. A Comissão devia intervir com mais reserva na medida em que se trata, no caso em apreço, de um simples mercado nacional relativamente ao qual a política de concorrência a seguir está estreitamente ligada à política de ordenamento do território, que é um domínio que escapa à competência da Comissão.
- 323 Quanto ao princípio da subsidiariedade, as recorrentes alegam que devido à sua experiência do mercado neerlandês da construção, as autoridades neerlandesas estavam muito melhor colocadas do que a Comissão para aplicar o direito da concor-

rência aos regulamentos em causa. A este respeito, precisam que não se podem acusar as autoridades neerlandesas de não terem intervindo para preservar a concorrência, uma vez que elas proibiram certos aspectos dos regulamentos que julgavam contrários ao direito nacional da concorrência.

324 Por último, acrescentam que compete ao juiz aplicar sanções às violações do princípio da subsidiariedade e que tendo em conta o facto de que, segundo a própria Comissão, esse princípio existia implicitamente antes da sua consagração expressa no artigo 3.º-B, segundo parágrafo, do Tratado CE, a Comissão não pode pretender que uma decisão, porque é anterior à entrada em vigor do Tratado da União Europeia que introduziu essa disposição, não pode ser fiscalizada face a esse princípio.

325 A Comissão responde que, através deste fundamento do recurso, as recorrentes contestam a oportunidade da decisão e que esse fundamento é inoperante uma vez que as suas apreciações face ao artigo 85.º, n.ºs 1 e 3, são legais.

326 Quanto à violação do princípio da subsidiariedade, a Comissão alega que, no estado actual das coisas, o princípio da subsidiariedade não faz parte dos princípios gerais de direito relativamente aos quais a legalidade dos actos comunitários anteriores à entrada em vigor do Tratado da União Europeia deva ser apreciada.

Apreciação do Tribunal

327 O Tribunal considera que, uma vez que verificou que foi justificadamente que a Comissão tinha considerado que os regulamentos notificados não preenchiam as

segunda e terceira condições necessárias à concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, não pode estar em questão uma violação do princípio da proporcionalidade. Tanto é assim que, no decurso do processo administrativo e do processo perante o Tribunal, as recorrentes insistiram no facto de que os regulamentos constituem um todo de que os diferentes elementos não podem ser artificialmente isolados.

328 Por outro lado, os argumentos invocados pelas recorrentes para contestar a oportunidade da decisão assentam, como salientou a Comissão, na ideia inexacta de que o conjunto dos intervenientes no mercado são favoráveis à manutenção dos regulamentos, quando tanto o município de Roterdão como as organizações de consumidores consideraram que os mesmos deviam ser substancialmente modificados para poderem beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3 do Tratado.

329 Resulta do que precede que a acusação das recorrentes relativa ao princípio da proporcionalidade deve ser rejeitada.

330 No que diz respeito à violação do princípio da subsidiariedade, o Tribunal verifica que o artigo 3.º-B, segundo parágrafo, do Tratado CE não tinha ainda entrado em vigor na altura da adopção da decisão e ao mesmo não deve ser atribuído efeito retroactivo.

331 Além disso, é necessário sublinhar que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, o princípio da subsidiariedade não constituía, antes da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, um princípio geral de direito em relação ao qual devia ser fiscalizada a legalidade dos actos comunitários.

- 332 Daqui se conclui que a acusação das recorrentes assente na violação do princípio da subsidiariedade deve ser rejeitada.
- 333 Resulta de tudo o que precede que o segundo fundamento das recorrentes, assente na violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, deve ser rejeitado.

Terceiro fundamento: violação dos artigos 4.º, n.º 2, alínea 1), e 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17

Primeira parte: ausência de infracção e inaplicabilidade de coimas

Argumentos das partes

- 334 As recorrentes recordam que demonstraram no âmbito do seu primeiro fundamento que não tinham cometido qualquer infracção. Assim, consideram que, se esse fundamento for acolhido, a coima que lhes foi aplicada deve ser anulada.
- 335 Sustentam, além disso, que, ao considerar que os regulamentos anteriores estavam sujeitos à obrigação de notificação prevista pelo artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, a Comissão violou o n.º 2, alínea 1), desta disposição. Sendo os regulamentos decisões de associações de empresas, os mesmos estariam dispensados de notificação uma vez que os membros da associação em causa pertencem todos ao mesmo Estado-membro com uma única excepção (a ZNAV), não tendo nunca nenhum empregado estrangeiro sido membro de uma destas associações durante o período em causa.

- 336 As recorrentes alegam, a título subsidiário, que, se se deve consagrar o critério da participação nos regulamentos, como pretende a Comissão, nenhum empreiteiro estrangeiro participou nos três regulamentos pelo menos durante o período em causa e que, em relação aos outros, a Comissão não provou que a situação era diferente e ainda menos que era diferente em relação a todo o período.
- 337 Sustentam que, tendo em conta a aplicabilidade do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a Comissão não as podia acusar de não terem notificado os regulamentos anteriores. As recorrentes teriam podido, com efeito, considerar razoavelmente que a ausência de notificação não suprimia a possibilidade de conceder uma isenção. Para poder justificar as coimas em relação ao artigo 4.º, n.º 2, a Comissão devia pelo menos ter demonstrado que cada uma das recorrentes se devia ter apercebido, desde há muitos anos, que os regulamentos anteriores nunca teriam podido beneficiar de isenções. A Comissão não o conseguiu demonstrar.
- 338 A Comissão começa por recordar que provou à sociedade a existência de uma infração ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 339 No respeitante à violação do artigo 4.º, n.º 2, alínea 1), do Regulamento n.º 17, observa que a argumentação das recorrentes não é pertinente na medida em que as coimas dizem respeito ao período compreendido entre 1 de Abril de 1987 e 13 de Janeiro de 1988.
- 340 A Comissão acrescenta que, mesmo pressupondo, *quod non*, que os regulamentos anteriores não deviam ser notificados, o artigo 4.º, n.º 2, alínea 1), do Regulamento n.º 17 não confere qualquer benefício de inaplicabilidade de coimas, uma vez que os regulamentos anteriores nunca teriam podido beneficiar de uma isenção já que comportavam restrições da concorrência ainda mais graves que os UPR aos quais tinha sido igualmente recusada uma isenção.

- 341 Por último, a Comissão recorda que a dispensa de notificação prevista pelo artigo 4.º, n.º 2, alínea 1), do Regulamento n.º 17 não implica que não possa ser aplicada uma coima para penalizar o acordo ou a decisão em causa.

Apreciação do Tribunal

- 342 O Tribunal verifica que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a proibição de aplicar as coimas previstas pelo artigo 15.º, n.º 5, alínea a), do Regulamento n.º 17 só é aplicável aos acordos efectivamente notificados e não aos acordos dispensados de notificação nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea 1), desse regulamento (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1985, Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão, 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, Recueil, p. 3831, n.ºs 73 a 78).
- 343 Por conseguinte, mesmo que os regulamentos anteriores estivessem abrangidos pelo artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a Comissão podia infligir coimas às recorrentes que os aplicaram, uma vez que esses regulamentos não tinham sido notificados.
- 344 Além disso, o Tribunal recorda que foi justificadamente que a Comissão considerou que os regulamentos constituíam uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 345 Daqui se conclui que esta parte do fundamento deve ser rejeitada.

Segunda parte: ausência de intenção ou de negligência

Argumentos das partes

- 346 As recorrentes salientam que a Comissão afirmou na decisão que elas tinham cometido as infracções «deliberadamente ou, pelo menos, por negligência grave», quer dizer, por negligência intencional. Observam que o montante da coima foi fixado em função dessa apreciação quando não teria havido negligência e muito menos negligência grave. A Comissão devia ter demonstrado que elas sabiam ou deviam ter sabido que os regulamentos eram abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, e não podiam ser isentos ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Sustentam que resulta dos dois primeiros fundamentos que, se houve infracção, a mesma não era evidente e que não ter tido consciência dela não constituía uma negligência.
- 347 Alegam que diferentes elementos contribuíram para as manter na convicção da legalidade dos regulamentos: em primeiro lugar, as autoridades neerlandesas competentes em matéria de concorrência sempre intervieram activamente em relação aos regulamentos e as suas intervenções traduziram-se no diploma legal de 29 de Dezembro de 1986, pelo qual os UPR teriam novamente sido expressamente homologados face ao direito da concorrência propriamente dito; em segundo lugar, os especialistas e os operadores interessados, que teriam sempre prestado atenção aos regulamentos, também eles nunca exprimiram a menor dúvida quanto à compatibilidade dos regulamentos com o direito comunitário da concorrência; alguns especialistas seriam mesmo de opinião que os regulamentos não restringiam a concorrência; em terceiro lugar, a atitude dos diferentes intervenientes no mercado, em especial da parte da procura, apoiaram as recorrentes na sua convicção; em quarto lugar, o facto de a Comissão não ter levantado objecções contra os regulamentos antes de 1987, quando tinha deles conhecimento verosimilmente há muito tempo devido ao seu carácter público e certamente desde 1982 devido ao facto de os regulamentos terem sido objecto de um processo prejudicial no Tribunal de Justiça no processo Peters Bauunternehmung (acórdão de 22 de Março de 1983, 34/82, Recueil, p. 987), teria

também contribuído para manter as recorrentes na convicção de que os regulamentos eram conformes ao direito comunitário. A este respeito, as recorrentes citam também um relatório da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) de 1976 que é especialmente consagrado aos conluios no sector da construção. Nesse relatório, que não pôde escapar à Comissão, um dos regulamentos anteriores aos UPR é comentado *in extenso*.

348 Segundo as recorrentes, a gravidade extrema da infracção que a Comissão alega também não seria adequada devido ao facto de que o desenrolar do processo administrativo demonstrou que, durante muito tempo, a própria Comissão não tinha a certeza de que se aplicavam as regras europeias da concorrência. Além disso, resultaria da contestação que a própria Comissão teria deliberadamente adiado a abertura de uma verificação através dos contactos que teve com as autoridades neerlandesas.

349 Acrescentam que, tendo em conta o facto de que a própria Comissão reconhece que as coimas foram aplicadas a título dos regulamentos anteriores, o seu raciocínio vale *a fortiori* uma vez que a Comissão tinha a obrigação de demonstrar a intenção ou a negligência grave em relação a cada uma das associações responsáveis dos regulamentos sectoriais ou regionais, quando essas associações não tinham podido aperceber-se de que a condição relativa ao efeito negativo sobre as trocas intracomunitárias estava preenchida, dado que não havia praticamente trocas internacionais nos mercados geográficos nem nos mercados do produto a que se referiam estes regulamentos.

350 A Comissão responde que é indiferente saber se foi intencionalmente ou não que as recorrentes transgrediram a proibição consagrada no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. O que importa é saber se as recorrentes sabiam ou deviam ter sabido que os regulamentos restringiam a concorrência e podiam afectar o comércio intracomunitário (v. acórdãos do Tribunal de Justiça Miller/Comissão, já referido, de 12 de Julho de 1979, BMW e o./Comissão, 32/78, 36/78 a 82/78, Recueil, p. 2435, de 8 de

Novembro de 1983, IAZ e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão, já referido, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comissão, T-61/89, Colect., p. II-1931, n.º 157). No caso em apreço, a Comissão interroga-se sobre a questão de saber como é que as recorrentes tinham podido ignorar que um sistema, como o que é objecto do presente processo, restringia a concorrência.

351 Em seguida, a Comissão refuta os diferentes elementos pelos quais as recorrentes contestam ser culpadas de uma negligência grave. Em primeiro lugar, as recorrentes suscitam erradamente a impressão de que os regulamentos beneficiavam da aprovação total das autoridades públicas neerlandesas, ao passo que certos elementos dos regulamentos anteriores foram declarados não obrigatórios pelo diploma legal de 29 de Dezembro de 1986 com base no artigo 10.º da Wet economische mededinging. Segundo a finalidade dessa disposição, o facto de um regulamento relativo à concorrência não ser declarado não obrigatório implica quando muito que os poderes públicos consideram que o mesmo não é contrário ao interesse geral. Esta atitude não significa, de forma alguma, que o regulamento em questão não restrinja a concorrência. Além disso, os seus efeitos sobre o comércio entre Estados-membros não têm qualquer função no âmbito dessa disposição.

352 Em segundo lugar, sustenta que os dois técnicos citados pelas recorrentes consideraram que os regulamentos restringiam a concorrência. Por outro lado, as recorrentes não podiam pensar que os regulamentos não podiam afectar as trocas intracomunitárias por a sua aplicação ser limitada ao território dos Países Baixos (v. igualmente a este respeito o acórdão Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão, já referido, n.º 65). Mesmo que as autoridades neerlandesas tivessem de alguma forma suscitado a impressão de que o artigo 85.º não era aplicável no caso em apreço, as recorrentes não podiam por esse facto eximir-se à sua responsabilidade.

353 A Comissão salienta que, se as recorrentes tivessem efectivamente pressuposto que os regulamentos podiam ser objecto de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3,

do Tratado, tê-lo-iam notificado. Ora, só o fizeram depois da Comissão ter dado início ao seu inquérito.

354 A Comissão sustenta que, nunca lhe tendo sido notificados os regulamentos anteriores, as recorrentes não podem invocar a ausência de intervenção da Comissão, não estando esta ao corrente nem da existência nem do conteúdo de todos esses regulamentos que nunca tinham sido tornados públicos. Tendo o acórdão Peters Bauunternehmung, já referido, sido proferido na sequência de um pedido prejudicial do Hoge Raad der Nederlanden relativo à interpretação do artigo 5.º, ponto 1, da Convenção de Bruxelas quanto à aplicação de um dos regulamentos em litígio, os aspectos ligados ao direito da concorrência não tiveram qualquer papel.

355 A Comissão acrescenta que é exacto que dirigiu um pedido de informações à SPO em 1985 e que, depois de ter examinado as respostas a esse pedido, a Comissão acordou com ela em proceder a diligências de instrução no mês de Abril de 1986. Teria também informado as autoridades públicas neerlandesas desse facto. No mês de Abril de 1986, o Ministério dos Assuntos Económicos teria solicitado à Comissão que renunciasse às diligências de instrução projectadas ou, pelo menos, que as adiasse devido à adopção iminente do diploma de 29 de Dezembro de 1986. Tendo este sido promulgado em 29 de Dezembro de 1986, a Comissão teria novamente informado o Ministério dos Assuntos Económicos, em Março de 1987, da sua intenção de proceder a diligências de instrução junto da SPO. As mesmas ocorreram em Junho de 1987 e foi seguida de diligências de instrução junto de uma das outras recorrentes, em Julho de 1987. As recorrentes não poderiam, em caso algum, ter deduzido dessas diligências que a Comissão considerava então que os regulamentos controvertidos não eram abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Acrescenta que as recorrentes não podem invocar o facto de ela não ter utilizado a faculdade de que dispõe ao abrigo do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, uma vez que essa disposição teria podido levar a Comissão a aplicar-lhes coimas mais severas.

Apreciação do Tribunal

- 356 O Tribunal recorda a título liminar que, como a Comissão sublinhou, é jurisprudência constante que, para que uma infracção possa ser considerada como tendo sido cometida deliberadamente, não é necessário que a empresa tenha tido consciência de infringir uma proibição consagrada pelo artigo 85.º do Tratado; basta que não pudesse ignorar que a conduta incriminada tinha por objectivo ou efeito restringir a concorrência no mercado comum (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 1990, Tipp-Ex/Comissão, C-279/87, Colect., p. I-261, n.º 29; v. igualmente acórdão Dansk Pelsdyravlereforening/Comissão, já referido, n.º 157).
- 357 No caso em apreço, tendo em conta a gravidade das restrições da concorrência provocadas tanto pelos regulamentos adoptados em 1987 (v., atrás, n.ºs 116 a 123, 140 a 158, 178 a 187, 199 a 205) como pelos regulamentos anteriores (v., atrás, n.ºs 206 a 212), as recorrentes não podiam ignorar que os acordos em que participavam restringiam a concorrência.
- 358 Do mesmo modo, as recorrentes não podiam ignorar que os regulamentos adoptados em 1987 e os regulamentos anteriores eram susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros. Com efeito, na sua qualidade de associações de empresas, membros de uma associação que abrangia a totalidade do território neerlandês, as recorrentes não podiam ignorar que os seus próprios regulamentos, mas aprovados por essa última associação, se inseriam num conjunto mais vasto de regulamentos que cobria a totalidade do sector da construção nos Países Baixos e que o efeito cumulativo destes regulamentos era susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros (v., atrás, n.ºs 226 a 240). A este respeito, importa sublinhar que a Comissão só aplicou uma coima para o período no decurso do qual os diferentes regulamentos anteriores foram uniformizados sob a égide da SPO e sujeitos a um

sistema de sanções (v., atrás, n.º 206) e para o período no decurso do qual os regulamentos adoptados em 1987 não estavam notificados à Comissão.

- 359 Nestas circunstâncias, as recorrentes não podiam ter qualquer dúvida quanto ao facto de que os seus regulamentos eram abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. A atitude relativamente tolerante das autoridades neerlandesas em relação aos regulamentos teria no máximo podido incitar as recorrentes a notificarem os regulamentos à Comissão com vista a obterem uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado e beneficiarem da inaplicabilidade da coima que é reservada aos acordos notificados formalmente.
- 360 As recorrentes não podem acusar a Comissão de não ter intervindo mais cedo em relação aos regulamentos. Com efeito, o facto de os regulamentos serem públicos e de terem sido objecto de numerosos comentários na imprensa especializada não podia obrigar a Comissão, na ausência de denúncia formal, a dar início a um processo nos termos do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. A esse nível ainda, a argumentação das recorrentes tende a acusar a Comissão de não ter agido mais cedo quando as recorrentes dispunham da faculdade de notificar os seus regulamentos à Comissão a fim de beneficiarem de uma isenção e da não aplicação de coimas.
- 361 Resulta do que precede que foi justificadamente que a Comissão considerou no n.º 136 da decisão que as infracções cometidas pelas recorrentes tinham sido cometidas intencionalmente ou, pelo menos, por negligência grave e que, assim, aplicou coimas.
- 362 Resulta de tudo o que precede que a segunda parte do terceiro fundamento deve ser rejeitada.

Terceira parte: carácter excessivo do montante da coima

Argumentos das partes

- 363 A título mais subsidiário, as recorrentes alegam que as coimas aplicadas são demasiado elevadas tendo em conta a gravidade e a duração das infracções e os limites previstos pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.
- 364 No respeitante à gravidade, as recorrentes sustentam que resulta do conjunto dos fundamentos que invocaram em apoio do seu recurso que, se a Comissão pôde detectar uma infracção nos regulamentos elaborados no âmbito da SPO, essa infracção não tem a gravidade alegada pela decisão. Alegam, em especial, por um lado, que, tratando-se da primeira intervenção da Comissão no sector da construção, esta última devia ter-se absterido de aplicar coimas, como se tinha absterido de as aplicar, por essa razão, na sua Decisão 95/521/CEE, de 27 de Outubro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/33.384 e 33.378 — Distribuição de pacotes turísticos por ocasião do campeonato do mundo de futebol de 1990; JO L 326, p. 31, n.º 125). Por outro lado, alegam que foi erradamente que a Comissão considerou circunstância agravante o facto de os regulamentos terem sido notificados apenas em 1988, tanto mais que antes de 1987 os mesmos estavam dispensados de notificação por força do artigo 4.º, n.º 2, alínea 1), do Regulamento n.º 17. Acrescentam que é impossível, lendo a decisão, saber como é que a Comissão teve em conta as circunstâncias atenuantes que pretende ter tomado em consideração. Consideram que, atendendo ao montante absoluto das coimas, se pode pensar que a Comissão não teve em conta, de forma alguma, essas circunstâncias atenuantes.
- 365 No que respeita à duração das infracções alegadas, sustentam que se a Comissão tivesse intervindo mais cedo contra os regulamentos, como devia ter feito uma vez que estava ao corrente da sua existência, a duração da infracção teria sido mais curta. A Comissão devia ter tido em conta essa passividade inexplicável no cálculo do montante das coimas, como o fez o Tribunal de Justiça no acórdão de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico e Commercial Solvents/Comissão, 6/73 e 7/73, Recueil, p. 223). Por outro lado, alegam que a Comissão não apresentou qualquer

elemento de prova nem efectuou o menor inquérito no que diz respeito ao período compreendido entre 1980 e 1982, ao passo que tomou em consideração este período para calcular o montante da coima.

- 366 Além disso, na réplica as recorrentes sustentam que os regulamentos anteriores retomados sob os pontos IV, V, VI e IX do anexo 9 da decisão já tinham sido revogados antes do período tomado em consideração pela Comissão na decisão controvertida, quer dizer, antes de 1980. Assim, foi erradamente que os mesmos foram objecto do presente processo.
- 367 No que diz respeito ao cálculo das coimas, as recorrentes sustentam que a Comissão ultrapassou o limite de 10% do volume de negócios realizado no ano precedente pelas diferentes associações de empresas e que não diferenciou essas coimas em função dos diferentes mercados em causa.
- 368 Por último, comparando o montante da coima que a Comissão lhes aplicou ao da coima que aplicou na sua Decisão 88/491/CEE, de 26 de Julho de 1988, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer, JO L 262, p. 27), quando estava em causa uma regulamentação contando igualmente mais de 4 100 membros e que a aplicabilidade do artigo 85.º do Tratado parecia mais evidente que no caso em apreço, as recorrentes alegam que a Comissão violou o princípio da igualdade de tratamento.
- 369 A Comissão responde remetendo no essencial para os n.ºs 136, 140 e 141 da decisão. Afirma que não teve em conta a notificação tardia como circunstância agravante, mas que indicou porque é que considerava que a notificação dos regulamentos em causa constituía uma circunstância atenuante, como o tinha decidido noutros casos. Acrescenta que as recorrentes não tomam em consideração no seu raciocínio a função dissuasiva que as coimas devem ter.

- 370 No que diz respeito à duração da infracção, repete que não pôde intervir mais cedo porque não estava ao corrente do conteúdo das regulamentações pelas razões acima invocadas e que a alusão feita pelas recorrentes ao acórdão Istituto Chemioterapico e Commercial Solvents, já referido, é deslocada. Acrescenta, em relação ao período compreendido entre 1980 e 1982, que não tinha que realizar qualquer inquérito distinto, uma vez que as recorrentes não tinham alegado que a situação tinha sido diferente durante esse período.
- 371 Por outro lado, a Comissão salienta que ao alegarem, na réplica, que diferentes regulamentos anteriores tinham sido revogados antes de 1980, as recorrentes suscitam um fundamento novo que deve ser declarado inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.
- 372 Acrescenta, a título subsidiário, que é inexacto que esses regulamentos tenham sido revogados antes de 1980, como o comprovam as respostas dadas pelas recorrentes, citadas nos n.ºs 3, 5, 6 e 26 do artigo 4.º da decisão, mas entre 12 e 16 de Dezembro de 1988.
- 373 A Comissão considera que as infracções cometidas pelas recorrentes não têm nada de inédito e o facto de se tratar da sua primeira intervenção no sector da construção não deve conduzir à não aplicação de uma coima, sob pena de permitir a todas as empresas que operam em sectores que ainda não foram objecto de uma decisão da Comissão cometerem impunemente infracções às regras da concorrência.
- 374 No que diz respeito ao cálculo das coimas, a Comissão considera que é erradamente que as recorrentes consideram que o limite das coimas deve ser determinado em função do seu próprio volume de negócios. Com efeito, resulta dos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, que são os volumes de negócios dos membros

das recorrentes que devem ser tomados em consideração a este respeito. No caso em apreço, a Comissão ficou sensivelmente abaixo desses limites.

- 375 Considera que as coimas não podem ser qualificadas de elevadas uma vez que, no total, representam menos de 0,5% do valor anual médio dos contratos em causa e são portanto sensivelmente inferiores às coimas geralmente aplicadas a este tipo de infracção.
- 376 Por último, a Comissão considera que a referência feita pelas recorrentes à Decisão 88/491, de 26 de Julho de 1988, que proferiu no processo Bloemenviligen Aalsmeer é irrelevante devido à diferença de natureza e de efeitos das duas infracções.

Apreciação do Tribunal

- 377 O Tribunal recorda, a título preliminar, que resulta da análise do primeiro fundamento que a infracção tinha efectivamente a gravidade verificada pela decisão. A este respeito, é necessário sublinhar que a coima incide, relativamente a seis anos e meio, sobre os regulamentos anteriores e, em relação a nove meses e meio, sobre os regulamentos adoptados em 1987. Ora, é necessário recordar a gravidade especial das restrições da concorrência contidas nos regulamentos anteriores, nomeadamente do ponto de vista das concertações de preços mencionadas no n.º 64 da decisão. Tendo o Tribunal considerado esse facto fundamentado (v. atrás, n.ºs 206 a 212), é à luz dele que deve ser lido o n.º 140 da decisão, segundo o qual «as concertações de preços e a atribuição dos contratos fazem parte das infracções mais graves, proibidas, accionadas e sancionadas pela Comissão».
- 378 Convém salientar, em seguida, que todas as circunstâncias atenuantes evocadas pelas recorrentes nos seus articulados foram tomadas em consideração para a fixação do

montante da coima, como o demonstra o n.º 141 da decisão e como o indica o facto de a Comissão ter aplicado uma coima às recorrentes que, segundo a Comissão que não foi contestada quanto a este aspecto pelas recorrentes, só representa 0,5% do valor anual médio dos contratos em causa.

379 No entanto, observe-se que, por mais importantes que sejam, nomeadamente na medida em que dizem respeito ao carácter público dos regulamentos, essas circunstâncias atenuantes não devem ocultar o facto de que as recorrentes não utilizaram a faculdade de notificar os regulamentos à Comissão para obterem ou um certificado negativo ou uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

380 Além disso, há que salientar que as recorrentes não podem acusar a Comissão de não ter intervindo mais cedo, uma vez que dispunham da faculdade de a obrigar a tal notificando-lhe os regulamentos. As circunstâncias que deram origem ao acórdão Istituto Chemioterapico e Commercial Solvents/Comissão, já referido, eram muito diferentes das do caso em apreço na medida em que, como a Comissão o salientou, nesse processo, tinha-lhe sido apresentada uma denúncia a que ela não deu seguimento de imediato. Ora, no caso em apreço, só foi apresentada uma denúncia à Comissão pelo município de Roterdão depois de as recorrentes terem notificado os regulamentos. Esta diferença é importante na medida em que, quando é apresentada uma denúncia à Comissão, ela é informada do conteúdo do comportamento incriminado, ao passo que, no caso em apreço, a Comissão só foi informada do conteúdo objectivo dos regulamentos através da sua notificação.

381 Daqui se conclui que este argumento deve ser rejeitado.

382 No respeitante ao facto de a Comissão não ter efectuado inquérito em relação aos anos 1980-1982, o Tribunal considera que é justificadamente que a Comissão invoca o facto de que as recorrentes não alegaram, nem durante o processo administrativo nem nos articulados que apresentaram ao Tribunal, que a situação era diferente durante esses anos.

- 383 No que diz respeito à revogação dos regulamentos anteriores retomados sob os pontos IV, V, VI e IX do anexo 9 da decisão, o Tribunal considera que se trata de um fundamento novo que deve ser declarado inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.
- 384 Além disso, cabe verificar que se foi erradamente que a Comissão abrangeu esses regulamentos no presente processo, tal deveu-se a erros cometidos por certas recorrentes nas suas respostas aos pedidos de informações da Comissão (v. a resposta da Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers de 12 de Dezembro de 1988, a da Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek de 16 de Dezembro de 1988, a da Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders de 15 de Dezembro de 1988 e a da Utrechtse Aannemers Vereniging de 12 de Dezembro de 1988). Estas não podem, deste modo, invocar um erro provocado pelos seus próprios erros.
- 385 Por último, o Tribunal considera que é sem razão que as recorrentes sustentam que a coima ultrapassa o limite fixado pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, isto é, 10% do volume de negócios realizado durante o exercício anterior. Com efeito, convém recordar que o termo genérico «infracção» utilizado no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 abrange sem distinção os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas e que a sua utilização indica que os limites previstos nessa disposição se aplicam do mesmo modo aos acordos e práticas concertadas, bem como às decisões de associações de empresas. Daqui resulta que o limite de 10% do volume de negócios deve ser calculado relativamente ao volume de negócios realizado por cada uma das empresas que são partes nos acordos e práticas concertadas em causa ou pelo conjunto das empresas membros das associações de empresas, pelo menos quando as suas regras internas permitam à associação responsabilizar os seus membros. A razoabilidade desta análise é corroborada pelo facto de que, ao fixar o montante das coimas, podem-se ter em conta, nomeadamente, a influência que a empresa pôde exercer no mercado, nomeadamente devido à sua dimensão e ao seu poder económico em relação aos quais o volume de negócios da empresa dá indicações (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, *Musique diffusion française e o./Comissão*, 100/80 a 103/80, *Recueil*, p. 1825, n.ºs 120 e 121), bem como o efeito dissuasivo que devem exercer essas coimas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, *Solvay/Comissão*, T-12/89, *Colect.*, p. II-907, n.º 309). Com efeito, a influência que uma associação de empresas pôde exercer no mercado não depende do seu próprio «volume de negócios», que não revela nem a sua dimensão nem o seu poder eco-

nómico, mas efectivamente do volume de negócios dos seus membros que constitui uma indicação da sua dimensão e do seu poder económico (acórdão CB e Europay/Comissão, já referido, n.ºs 136 e 137).

386 Além disso, convém sublinhar que as recorrentes não podem invocar o facto de que, na sua Decisão 88/491, de 26 de Julho de 1988 proferida no processo Bloemenveilingen Aalsmeer, a Comissão aplicou coimas inferiores na medida em que, nesse processo, a natureza da infracção e os seus efeitos eram, como sublinhou a Comissão, totalmente diferentes.

387 Resulta do que precede que esta parte do fundamento deve ser rejeitada.

388 Resulta de tudo o que precede que o fundamento assente na violação do Regulamento n.º 17 deve ser rejeitado.

Quarto fundamento: violação do artigo 190.º do Tratado

Argumentos das partes

389 As recorrentes alegam que a Comissão violou a obrigação que lhe incumbe de fundamentar as suas decisões. Por força dessa obrigação, a Comissão devia não apenas reproduzir na sua decisão os fundamentos de defesa principais suscitados pelas recorrentes aquando do processo administrativo, mas responder igualmente de modo fundamentado a cada um dos fundamentos suscitados. Resulta, com efeito, do acórdão SIV e o./Comissão, já referido (n.º 159), que «mesmo que a Comissão não seja obrigada a discutir nessa decisão todos os argumentos suscitados pelas empresas... em presença dos argumentos aduzidos pelas recorrentes... a Comissão deveria

proceder a uma análise mais aprofundada... a fim de demonstrar as razões pelas quais os pedidos aduzidos pelas recorrentes eram desprovidos de fundamento».

390 No caso em apreço, sustentam que a Comissão nem mesmo retomou na decisão os principais argumentos que elas tinham desenvolvido no articulado de resposta à comunicação das acusações e no decurso da audição.

391 Por outro lado, as recorrentes alegam, na réplica, que, na medida em que visa o código de honra enquanto tal, a totalidade dos estatutos da SPO, bem como todos os regulamentos anteriores, o dispositivo da decisão não está coberto pela exposição dos fundamentos. Com efeito, no respeitante ao código de honra, sustentam que, na medida em que verifica que com excepção do seu artigo 10.º, o código de honra, tal como foi tornado obrigatório para as empresas filiadas nas organizações membros da SPO pela sua decisão de 3 de Junho de 1980, constitui uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, o artigo 1.º, n.º 2, do dispositivo da decisão impugnada tem um alcance mais lato do que o n.º 1 dos fundamentos da decisão que indica que o processo diz respeito à decisão da SPO de 3 de Junho de 1980 tornando o código de honra e os seus anexos obrigatórios para as empresas filiadas nessas organizações membros. Por conseguinte, não há nada que fundamente que a verificação de que o código de honra enquanto tal constitui uma infracção.

392 No respeitante aos estatutos da SPO, as recorrentes observam que, na medida em que declara que os estatutos da SPO de 10 de Dezembro de 1963, com as subsequentes alterações, constituem uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, o artigo 1.º, n.º 1, do dispositivo da decisão tem um alcance mais lato que os fundamentos da decisão que só dizem respeito ao artigo 3.º desses estatutos. Ora, a maior parte das disposições desses estatutos nada têm a ver com as questões de concorrência e dizem exclusivamente respeito ao funcionamento interno da SPO. Sustentam que a Comissão confundiu os estatutos da SPO com as decisões baseadas nesses estatutos, o que leva a Comissão a proibir a SPO enquanto tal, sem qualquer razão.

- 393 Por último, no que diz respeito aos regulamentos anteriores, afirmam que os mesmos são muito mais numerosos do que os que figuram no anexo 9 da decisão e que, contrariamente ao que afirma a decisão, o UPR «Burger-& Utiliteitsbouw Openbaar» não foi adoptado pela SPO, mas por uma associação individual de empreiteiros. Além disso, acusam a Comissão de ter feito uma apreciação global e indiferenciada sobre o conjunto dos regulamentos anteriores sem ter tomado em consideração as suas diferenças e as suas especificidades. Por último, salientam que um certo número de regulamentos anteriores foram revogados antes de 1980.
- 394 A Comissão responde que a sua decisão está suficientemente fundamentada e que não tinha de apresentar estudos científicos para refutar os estudos apresentados pelas recorrentes na medida em que estes eram desprovidos de pertinência.
- 395 No que diz respeito mais especificamente aos motivos pelos quais a decisão indefere o pedido de isenção apresentado pelas recorrentes, a Comissão considera que impor-lhe, como o desejariam as recorrentes, que demonstre que os regulamentos não podiam beneficiar de uma isenção constituiria uma inversão do ónus da prova.
- 396 Além disso, a Comissão alega que os argumentos pelos quais as recorrentes contestam a condenação do código de honra enquanto tal, os estatutos da SPO no seu conjunto e os regulamentos anteriores não aparecem sob essa forma na petição inicial e são, pelo menos, parcialmente baseados em acusações que não foram invocadas. Deste modo, considera que se trata de um fundamento novo, que deve ser declarado inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Subsidiariamente, alega que a menção, no n.º 1 da decisão, da decisão de 3 de Junho de 1980 como objecto do processo, na medida em que a mesma torna o código de honra e os seus anexos obrigatórios para as empresas filiadas nas organizações membros da SPO, só pode visar o código de honra enquanto tal, uma vez que a decisão de 3 de Junho de 1980 não tem qualquer alcance autónomo face ao direito da concorrência.

- 397 No que diz respeito aos estatutos da SPO, a Comissão concorda que apenas o seu artigo 3.º coloca um problema em relação ao direito da concorrência, não tendo as outras disposições desses estatutos alcance autónomo a esse respeito. Todavia, considera que, na medida em que essas outras disposições têm por objectivo permitir à SPO realizar o seu objecto social definido no artigo 3.º, devem ser abrangidas pela decisão. Afirma que a decisão não tem por objectivo proibir a SPO enquanto tal, mas unicamente proibir a SPO na medida em que ela tem por objecto social restringir a concorrência.
- 398 No que respeita aos regulamentos anteriores, a Comissão afirma que se baseou nas respostas das recorrentes aos seus pedidos de informações para determinar o número de regulamentos existentes e o papel da SPO em relação aos UPR «Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar». Acrescenta que se se pôde limitar a uma referência geral aos regulamentos anteriores na decisão, é porque todos eles restringem mais a concorrência do que os UPR. Por último, recorda que é falso que certos regulamentos anteriores foram revogados antes de 1980.

Apreciação do Tribunal

- 399 O Tribunal considera que não se pode acusar a Comissão de ter violado a obrigação de fundamentação consagrada no artigo 190.º do Tratado. Com efeito, a Comissão respondeu à globalidade dos argumentos pertinentes aduzidos pelas recorrentes durante o processo administrativo, tanto no que diz respeito à aplicação do artigo 85.º, n.º 1 como do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 400 No que diz respeito mais particularmente a esta última disposição, o Tribunal considera que foi justificadamente que a Comissão concentrou a sua análise dos regulamentos controvertidos na protecção do titular e nas indemnizações por despesas

de cálculo. Com efeito, trata-se dos dois elementos centrais que permitem atingir os objectivos prosseguidos pelos regulamentos, isto é, lutar contra a discussão de preços e limitar as despesas de transacção. Dado que as recorrentes afirmaram durante todo o processo administrativo que os regulamentos formavam um todo e que a Comissão tinha chegado à conclusão que os dois regulamentos que estavam no cerne desse conjunto não podiam beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, já não era necessário que examinasse as eventuais vantagens podendo resultar pontualmente de uma ou outra disposição dos regulamentos em causa.

401 No que diz respeito à falta de fundamentação do indeferimento da Comissão às propostas de alterações dos regulamentos formuladas pelas recorrentes, basta remeter para a refutação da segunda parte do segundo fundamento do qual resulta que a Comissão não tinha a obrigação de tomar posição sobre propostas de alterações que não lhe tinham sido notificadas.

402 Por último, o Tribunal considera que ao alegarem, na réplica, que o dispositivo da decisão não seria abrangido pelos fundamentos na medida em que visa o código de honra enquanto tal, a totalidade dos estatutos da SPO, bem como todos os regulamentos anteriores, as recorrentes suscitaram um fundamento novo que é inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo. Além disso, há que recordar que o dispositivo deve ser lido à luz dos fundamentos e que, deste modo, o artigo 1.º, n.º 2, do dispositivo da decisão impugnada não tem por objectivo proibir a SPO enquanto tal. Do mesmo modo, o n.º 1 da decisão, ao fazer referência à «decisão de 3 de Junho de 1980 que tornou vinculativo para as empresas que aderem às suas organizações membros o 'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf' e respectivos anexos», não visou a decisão de 3 de Junho de 1980 enquanto tal, mas o código de honra tornado obrigatório por essa decisão, como é o caso do dispositivo da decisão impugnada.

403 Por último, o Tribunal considera que foi justificadamente que a Comissão se limitou a fazer globalmente referência na decisão aos regulamentos anteriores. Com

efeito, ela verifica aí que os regulamentos anteriores tinham o mesmo objecto que os regulamentos adoptados em 1987 e que, na medida em que eram diferentes destes, restringiam igualmente a concorrência (decisão, n.ºs 62 a 65 e 114; v., atrás, n.ºs 206 a 212).

404 Ora, é necessário salientar que, durante o processo administrativo, as recorrentes não aduziram argumentos específicos destinados a demonstrar que os regulamentos anteriores diferiam em aspectos fundamentais dos regulamentos adoptados em 1987 nem que restringiam menos a concorrência que aqueles.

405 Por conseguinte, a Comissão também podia, no que diz respeito aos regulamentos anteriores, limitar-se a remeter no essencial para os fundamentos da decisão relativos aos regulamentos adoptados em 1987.

406 Daqui resulta que o fundamento deve ser rejeitado.

Quinto fundamento: violação dos direitos da defesa

Argumentos das partes

407 Na réplica, as recorrentes alegam essencialmente que a Comissão violou os direitos da defesa, por um lado, ao considerar que o código de honra constituía uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, quando o código de honra não teria, como tal, sido objecto do processo administrativo (réplica, p. 19), uma vez que este apenas respei-

tava à decisão obrigatória da SPO, de 3 de Junho de 1980, que tornou obrigatório o código de honra para os membros das associações filiadas na SPO e, por outro, baseando-se nas «leading questions» apresentadas a empreiteiros estrangeiros sobre as razões da sua pertença à SPO para concluir, na decisão, que as medidas incriminadas afectavam o comércio entre Estados-membros.

408 A Comissão responde que se trata de um fundamento novo que deve ser declarado inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. A Comissão refuta-o a título subsidiário.

Apreciação do Tribunal

409 O Tribunal considera que o fundamento das recorrentes assente na violação dos seus direitos da defesa constitui um fundamento novo que deve ser declarado inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo e que, de qualquer modo, não é procedente.

410 Com efeito, há que sublinhar que, na audiência, as recorrentes não contestaram a Comissão que tinha afirmado na tréplica que as acusações contra o código de honra tinham sido objecto dos n.ºs 18, 33 a 35, 41, 42, 44 e 46 a 48 da comunicação das acusações. Por outro lado, a Comissão não se baseou nas respostas às questões criticadas pelas recorrentes para declarar que as medidas em causa afectavam o comércio entre Estados-membros.

411 De tudo o que precede resulta que deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

- 412 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido. Tendo as recorrentes sido vencidas, há que dar provimento aos pedidos da Comissão e condenar solidariamente as recorrentes nas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **As recorrentes são solidariamente condenadas nas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.**

Schintgen

Kirschner

Vesterdorf

Lenaerts

Bellamy

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 21 de Fevereiro de 1995.

O secretário

O presidente

H. Jung

R. Schintgen

Índice

Factos na origem do recurso	II - 299
Tramitação processual	II - 304
Pedidos das partes	II - 308
Fundamentos e argumentos das partes	II - 309
O pedido principal	II - 309
Argumentos das partes	II - 309
Apreciação do Tribunal	II - 311
O pedido subsidiário	II - 314
Primeiro fundamento: violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado	II - 315
Primeira parte: definição errada do mercado em causa	II - 315
Argumentos das partes	II - 315
Apreciação do Tribunal	II - 317
Segunda parte: ignorância do conteúdo e do alcance dos regulamentos controvertidos	II - 321
I — Apresentação geral	II - 321
Argumentos das partes	II - 321
Apreciação do Tribunal	II - 322
II — A concertação entre empreiteiros que têm a intenção de apresentar uma proposta de preços	II - 326
Argumentos das partes	II - 326
1. Notificação obrigatória da intenção de apresentar uma proposta de preços (decisão, n.ºs 24 e 79)	II - 326
2. As reuniões efectuadas em conformidade com os UPR (decisão, n.ºs 25 a 58, e 80 a 92)	II - 326
a) Acordo sobre o princípio da designação de um titular (decisão, n.ºs 26 e 80)	II - 326
b) Confrontação dos elementos de custo do contrato (decisão, n.ºs 27 e 81)	II - 327
c) Entrega dos valores brancos (decisão, n.ºs 28 e 82)	II - 329
d) Possibilidade de retirar a proposta após comparação dos preços (decisão, n.ºs 29, 83 e 84)	II - 329
Apreciação do Tribunal	II - 330

III — A fixação concertada de preços ou de partes de preços	II - 334
Argumentos das partes	II - 334
1. Os aumentos de preços em caso de propostas simultâneas (decisão, n.ºs 31 a 34, 42 a 46, 86, 87 e 96)	II - 334
2. Os aumentos de preços dos contratos por ajuste directo (decisão, n.ºs 60, 61 e 100)	II - 336
3. Os aumentos de preços no contexto da subcontratação (decisão, n.ºs 55 a 59 e 100, terceiro parágrafo)	II - 338
Apreciação do Tribunal	II - 339
IV — A limitação da autonomia de negociação dos empreiteiros e do dono da obra	II - 345
Argumentos das partes	II - 345
1. A preferência (decisão, n.ºs 30 e 85)	II - 345
2. A protecção do titular (decisão, n.ºs 39 a 41, 52 a 54 e 93 a 95)	II - 346
3. A subcontratação (decisão, n.ºs 55 a 59 e 100, terceiro parágrafo)	II - 350
Apreciação do Tribunal	II - 350
V — Comportamento da SPO em relação aos empreiteiros não associados (decisão, n.ºs 49 a 51, 98 e 99)	II - 354
Argumentos das partes	II - 354
Apreciação do Tribunal	II - 356
Terceira parte: não afectação do comércio entre Estados-membros	II - 361
Argumentos das partes	II - 361
Apreciação do Tribunal	II - 365
Segundo fundamento: violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado	II - 369
Primeira parte: ignorância das características do mercado e das regras do ónus da prova	II - 369
1. As características do mercado	II - 369
Argumentos das partes	II - 369
Apreciação do Tribunal	II - 372
2. O ónus da prova	II - 374
Argumentos das partes	II - 374
Apreciação do Tribunal	II - 375
Segunda parte: ignorância das condições de concessão de uma isenção	II - 376
1. A contribuição dos regulamentos para melhorar a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico e a parte equitativa reservada ao consumidor	II - 377
Argumentos das partes	II - 377
Apreciação do Tribunal	II - 381
	II - 419

2. O carácter indispensável das restrições e a ausência de possibilidade de eliminar a concorrência	II - 386
Argumentos das partes	II - 386
Apreciação do Tribunal	II - 389
Terceira parte: violação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade ...	II - 392
Argumentos das partes	II - 392
Apreciação do Tribunal	II - 393
Terceiro fundamento: violação dos artigos 4.º, n.º 2, alínea 1), e 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17	II - 395
Primeira parte: ausência de infracção e inaplicabilidade de coimas	II - 395
Argumentos das partes	II - 395
Apreciação do Tribunal	II - 397
Segunda parte: ausência de intenção ou de negligência	II - 398
Argumentos das partes	II - 398
Apreciação do Tribunal	II - 402
Terceira parte: carácter excessivo do montante da coima	II - 404
Argumentos das partes	II - 404
Apreciação do Tribunal	II - 407
Quarto fundamento: violação do artigo 190.º do Tratado	II - 410
Argumentos das partes	II - 410
Apreciação do Tribunal	II - 413
Quinto fundamento: violação dos direitos da defesa	II - 415
Argumentos das partes	II - 415
Apreciação do Tribunal	II - 416
Quanto às despesas	II - 417