

Acórdãos STA

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

Processo: 0275/22.4BECTB
 Data do Acórdão: 07-12-2023
 Tribunal: 1 SECÇÃO
 Relator: LILIANA VIEGAS CALÇADA
 Descritores: CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL
 CONTRATAÇÃO PÚBLICA
 CAUSAS DE EXCLUSÃO
 CONCORRÊNCIA
 INDÍCIOS SÉRIOS

Sumário: I – A adequada interpretação do que constituem os “*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência,*” previstos no artº 70º n.º 2, al. g) do CCP, tem de reportar-se às características exigidas pelo direito e jurisprudência comunitários, devendo, pois, ser considerados como tal aqueles que se mostrem objectivos e concordantes no sentido da demonstração da falta de autonomia e independência das propostas – cfr. Acórdão TJUE proferido em 17/5/2018, Proc. C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324, «Specializuotas transportas» UAB, n.º 37 “*No que respeita ao nível de prova exigido para demonstrar a existência de propostas que não são autónomas nem independentes, o princípio da efetividade exige que a prova de uma violação das regras de adjudicação de contratos públicos da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que estes sejam objetivos e concordantes e que os proponentes interligados estejam em condições de apresentarem prova em sentido contrário (v., por analogia, Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e o., C-74/14, EU:C:2016:42, n.º 37).*”

II - Conforme resulta da jurisprudência do TJUE, a referida causa de exclusão não pressupõe a prática de um ilícito concorrencial punível nos termos da Lei da Concorrência, mas sim a violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento no domínio da contratação pública, como se sublinhou no recente acórdão proferido em 15/9/2022, no Proc. n.º C-416/21, Landkreis Aichach-Friedberg c/ J. Sch. Omnibusunternehmen, ECLI:EU:C:2022:689: “*59 Em particular, no caso de proponentes interligados, o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25 seria violado caso se admitisse que estes proponentes podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem independentes, suscetíveis de lhes conferir vantagens injustificadas relativamente aos outros proponentes (v., por analogia, Acórdão de 17 de maio de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 29).*”

III - Os múltiplos indícios recolhidos nos autos através da análise das propostas são claramente objectivos e concordantes, abrangendo, para além de aspectos formais, igualmente aspectos substanciais, decorrentes não apenas do facto de serem os mesmos os administradores de ambas as empresas, mas também do conteúdo do texto das propostas, as quais apresentam os parágrafos escritos da introdução inicial e da saudação final com uma redacção absolutamente igual e os mesmos erros ortográficos, tudo indubitavelmente revelador da falta de autonomia e independência das mesmas – constituindo assim os fortes indícios a que se reporta o fundamento de exclusão constante do artº 70º n.º 2 al. g) do CCP.

IV - A jurisprudência do TJUE tem vindo a manter o entendimento de admissibilidade de apresentação de propostas por empresas em relação de domínio ou de grupo, impondo a sua não exclusão automática, mas impondo igualmente que as mesmas tenham a possibilidade de demonstrar e demonstrem efectivamente que a sua relação de grupo não impediu a formulação de propostas autónomas e independentes.

V – Em momento anterior à decisão de exclusão, após ter sido notificada do entendimento do júri, no âmbito do 1º relatório final, a recorrente teve efectiva oportunidade de se pronunciar sobre os indícios recolhidos e de apresentar prova em sentido contrário, através do exercício do seu direito de audiência prévia, direito que exerceu, sem ter logrado afastar tais indícios – pelo que tal exclusão não pode considerar-se automática, nem viola o princípio da proporcionalidade.

Nº Convencional: JSTA000P31657
 Nº do Documento: SAI202312070275/22
 Recorrente: A..., S.A.
 Recorrido 1: MUNICÍPIO DE COIMBRA
 Votação: UNANIMIDADE
 Aditamento:

▼ Texto Integral

Texto Recursos de revista de acórdãos dos TCA

Integral: **Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal A**

I - Relatório

1.A..., S.A., identificada nos autos, instaurou contra o MUNICÍPIO DE COIMBRA, também devidamente identificado, indicando com os demais sinais nos autos, a presente acção de contencioso pré-contratual, formulando o seguinte pedido:

“i) a anulação do ato impugnado, consubstanciado na homologação do designado 2.º Relatório Final e na decisão de adjudicação Lote 2, bem como do contrato outorgado;

ii) a anulação do ato impugnado, consubstanciado na decisão de exclusão da proposta do concorrente A..., ora A., decretando a iii) ou, subsidiariamente, condenando-se na admissão da mesma, com todos os efeitos legais; iv) a anulação do ato de não excl a consequente exclusão da mesma proposta;

v) ser decretada a adjudicação da proposta apresentada a concurso pela A., com as legais consequências;

vi) subsidiariamente, caso o pedido anterior não seja julgado procedente por o tribunal entender que não se pode substituir na p condenado na prática do ato devido de adjudicação da proposta apresentada a concurso pela A., com as legais consequências; vii) subsidiariamente, caso os dois pedidos anteriores não sejam julgados procedentes, deve ser ordenado que seja retomado o Relatório Final, declarando-se que o júri deve considerar o seguinte:

a. da proposta apresentada pela ora A. não decorrem quaisquer factos suscetíveis de falsear a concorrência, sendo inoperante o art.º 70º CCP, mantendo-se a admissão e proposta de adjudicação do relatório preliminar;

b. os desenhos renderizados submetidos pela B..., Lda. não cumprem as exigências do Programa do Procedimento, no ponto X

imagens fotográficas, mantendo-se a proposta de exclusão do Relatório Preliminar;

c. os resultados dos testes SORT submetidos pelo concorrente B..., foram elaborados com base em software inadequado, em c. Caderno de Encargos, e, como tal, não podem ser aceites.”

2. Em 22/01/2023 o Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra proferiu sentença julgando a ação improcedente e absolvendo c

3. Interposto recurso da sentença pela Autora, o Tribunal Central Administrativo Norte, por acórdão proferido em 02/06/2023, ne

4. Deste acórdão do TCAN interpõe a Autora a presente revista, apresentando alegações com as seguintes conclusões:

“1. O fundamento assente na alínea g), do n.º 2, do art.º 70, do CCP, ocupou um papel basilar na apreciação do douto Au início ditou a improcedência subsequente dos demais fundamentos que lhe estavam incindivelmente associados, manti Recorrente.

2. Os critérios de aplicação da mencionada cláusula legal de exclusão de Propostas em procedimentos de contratação importância fundamental, atenta a sua evidente relevância jurídica e social.

3. A admissão do presente Recurso de Revista é, em igual medida, claramente necessária para uma melhor aplicação d

4. O Acórdão de Revista citado pelas duas decisões recorridas não é aplicável a procedimentos concorrenciais abertos como o sub judicio.

5. O presente Recurso de Revista deve ser admitido, porquanto preenche ambos os pressupostos e cumpre, de igual m processuais.

6.1. a decisão de adjudicação e de homologação do Relatório Final, atinente ao LOTE 2, é ilegal, por violação de lei, por erro direito do normativo insito na alínea g), do n.º 2, do art.º 70, do CCP, considerando a inexistência de “fortes indícios de suscetíveis de falsear as regras de concorrência”;

6.2. A Proposta da Recorrente foi excluída com base numa (dupla) presunção abstrata, ostensivamente ilegítima, não consen meramente orgânicos e formais, nos termos seguintes:

6.3. A Proposta da Recorrente, Representante de uma marca de autocarros, cumpre o standard de autonomia e indepen representante de outra marca de autocarros: Ambas as sociedades concorrem uma contra a outra e contra todos.

6.4. As decisões prolatadas no âmbito do presente processo jurisdicional reconhecem uma discricionariedade ao Júri e decisão de exclusão e quanto à densificação normativa do conceito de indício plausível inconstitucional e claramente des a própria Comissão Europeia que adverte que uma tal liberdade de decisão administrativa não é possível quando a legislação n adjudicantes excluam o proponente. É o caso da lei portuguesa.

6.5. A Proposta da Recorrente foi ilegalmente excluída, porquanto o Júri não indicou nem provou nem os alegados factos n exemplo: (i) quais os atos que a Recorrente, alegadamente, adotou em conluio; (ii) que regras da concorrência foram, s danos efetivos que essas pretensas atuações ilegais causaram à Concorrência.

6.6. A sentença recorrida procede a uma deficiente interpretação do instituto jurídico da presunção, pois reconhece ao jú legal, incorrendo em erro de interpretação dos pressupostos de direito do artigo 350.º, n.º 1, do CC.

Em acréscimo, em cumprimento do ónus de não abandono,

7. A interpretação, sustentada pelo TAF de Coimbra e confirmada pelo Acórdão do TCA Norte, da cláusula de exclusão controve interpretações normativas claramente inconstitucionais:

7.1. É inconstitucional a interpretação extraída da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, segundo a qual a comunhão de administra mesmo mercado e oferecem o mesmo tipo de produtos e serviços; o facto de terem a mesma sede e exercerem a sua a mesmos contactos e o facto de as suas propostas apresentarem elementos gráficos e formais semelhantes configuram práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.

7.2. É inconstitucional a interpretação normativa a extrair da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, segundo a qual os júris Pública dispõem de uma ampla margem de livre decisão administrativa na interpretação do que são “fortes indícios de suscetíveis de falsear as regras de concorrência”.

7.3. É inconstitucional a interpretação normativa extraída da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, segundo a qual a sindic fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência se circunsr manifesto nessa apreciação.

7.3.1. Ambas as interpretações (6.2. e 6.3) configuram restrições inconstitucionais das liberdades de gestão e iniciativa privada, aos direitos, liberdades e garantias, por atentarem contra o respetivo regime de proteção, aplicável ex vi artigo 17.º da CRP, des da precedência de lei, princípio da proibição do excesso (cf. artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte) o direito a uma tutela jurisdicional efetiva

7.3.2. No caso específico do 6.2, para além do Princípio da Legalidade (cf. artigo 266.º, n.º 2, CRP), o reconhecimento aos jú competências normativas substitutivas do legislador na densificação normativa da cláusula legal configuraria um sério a Poderes (cf. artigo 11.º, n.º 1, CRP).

7.4. A alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, é, igualmente, ostensivamente inconstitucional, com os seguintes fundamentos

7.4.1. a falta de densificação legislativa dos “atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de uma causa de exclusão ofende o princípio do Estado de Direito Democrático (cf. art.º 2.º, da CRP) e as respetivas garantias re confiança e previsibilidade dos cidadãos, bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o direito a um processo equitativo

7.4.2. constitui uma restrição claramente inconstitucional das liberdades de gestão e de iniciativa privada e da propried 1, da CRP) por violação da reserva de lei e do princípio da precedência de lei (cf. artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alínea b)), pei irrazoabilidade, em preterição do princípio da proibição do excesso (cf. art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP).

Ademais,

8. são, inexoravelmente, inconstitucionais as interpretações normativas extraídas da alínea g), do n.º 2, do artigo 70.º, do CCP, :

8.1. o júri não tem o dever de informar os Concorrentes sobre quais os “atos, acordos, práticas ou informações susceti que lhes são imputados para fundamentar as respetivas propostas de exclusão do procedimento, por preterição do deve (cf. artigos 152.º, n.º 1, alínea c), do CPA e artigo 268.º, n.º 3, da CRP) e dos respetivos direitos ao contraditório e de defesa, be processo equitativo (cf. artigo 20.º, n.º 4, da CRP);

8.2. o júri não tem o dever de informar os Concorrentes sobre as regras de concorrência suscetíveis de ser falseadas p informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência” imputadas aos Concorrentes para fundamentar as respe procedimento, por atentar contra o dever de fundamentação dos atos administrativos (cf. artigos 152.º, n.º 1, alínea c), do CPA direitos ao contraditório e de defesa, bem como o princípio constitucional do processo equitativo (cf. artigo 20.º, n.º 4, da CRP);

8.3. o Júri não tem o dever de provar os “atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de coi imputa aos Concorrentes para fundamentar as respetivas propostas de exclusão, bem como a suscetibilidade de essas concorrência no procedimento, por violar o dever de fundamentação dos atos administrativos (cf. artigos 152.º, n.º 1, alínea c), respetivos direitos ao contraditório e de defesa, bem como o princípio constitucional do processo equitativo (cf. artigo 20.º, n.º 4,

9. Perante a notória ilegalidade que inquina a exclusão da Proposta da Recorrente, a admissão da Proposta da A... e a r devidos.

10. Por cautela de patrocínio, a Recorrente vem, por fim, requerer a dispensa do remanescente da taxa de justiça, ao abrigo das instâncias.

Termos em que, pelos presentes e demais de Direito que V.Exas. doutamente suprirão, vem requerer que:

(i) seja admitida a Revista e dado provimento ao presente Recurso e, por via dele, ser revogado o douto Acórdão recorrido com as legais consequências;

(ii) seja dispensado o remanescente da taxa da taxa de justiça, fazendo-se assim, como sempre, a acostumada Justiça!

5. O Recorrido Município de Coimbra apresentou contra-alegações, concluindo do seguinte modo:

“(…) III - Se duas empresas com fortes laços de interdependência apresentam duas propostas num mesmo concurso público, é conhecimento mútuo das propostas apresentadas;

IV - Se, para além dessa presunção, adveniente da estrutura societária e pessoal das duas empresas, se verifica, também, que de negócios, oferecem no mercado o mesmo tipo de produtos, exercem a sua actividade no mesmo local, apresentam proposta idênticos no âmbito dessas propostas, é lícito à entidade adjudicante concluir pela forte e real possibilidade de tais empresas terem propostas apresentadas e terem concertado os preços propostos;

V - A garantia constitucional da liberdade económica privada tem de exercer-se sempre nos quadros definidos pela Constituição

VI - A concorrência consubstancia um bem jurídico que, em certos termos, o Estado tem o dever de proteger e promover e, no o cabe-lhe, num quadro de reconhecimento da ideia matriz de liberdade de iniciativa económica, fixar algumas regras fundamentadas dos agentes económicos, bem como, cada vez mais, a tarefa de, por via administrativa, executar ou aplicar tais regras;

VII - Por força da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, a entidade adjudicante vê-se convocada para o exercício de uma função concorrência e, nesse contexto, para sancionar comportamentos que infrinjam tais regras;

VIII - O direito à liberdade de iniciativa privada, não é um direito absoluto, mas sim um direito que pode ser objecto de limites máximos;

IX - A iniciativa privada pressupõe o respeito pelas regras que sectorialmente definem cada actividade económica, pelo que livre se quer quando se quer.

X - Na sobredita actividade de vigilância da aplicação das regras da concorrência, e em ordem a densificar o conceito indeterminado causa, dispõe a entidade adjudicante de alguma margem de discricionariedade;

XI - Quando a lei usa conceitos jurídicos indeterminados, embora daí resulte que a Administração vem a beneficiar de uma certa liberdade, haverá ofensa da Constituição desde que os dados legais contenham uma densificação tal que possam ser tidos pelos destinatários para determinar os pressupostos da actuação da Administração e que simultaneamente habilitem os tribunais a proceder ao controlo da actividade administrativa assim desenvolvida;

XII - No caso vertente, para além de ser evidente que o direito de livre iniciativa privada não é beliscado senão nos exactos termos em que o seja, é manifesto que a Recorrente dispõe de elementos mais do que suficientes para perceber os pressupostos que estão invocadas inconstitucionalidades não têm – seja qual for o prisma por que para elas se olhe – qualquer razão de ser.

Termos em que, Não admitindo o presente recurso, por não estarem preenchidos os pressupostos para essa admissão, ou, quando mesmo totalmente improcedente, farão V. Exas. Justiça!»

6 - A recorrida/contra-interessada B..., Lda. apresentou contra-alegações, com as seguintes conclusões quanto ao mérito:

“(…) 2.) Da fundamentação do recurso de revista

2.a) A recorrente apresentou proposta no concurso público para “Fornecimento por lotes de Veículos Eléctricos de Transporte U candidatura ao Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos (POSEUR), com o código de operação 2023-01-001”.

2.b) No mesmo concurso foram apresentadas mais duas propostas, uma pela contrainterssada C..., e outra pela contrainterssada D...

a) Analisadas as referidas propostas a Entidade Administrativa concluiu pela existência de “fortes indícios, de actos, acordos, pr as regras da concorrência”;

b) Confrontada com a conduta anti-concorrencial da recorrente a Entidade Administrativa decidiu, e bem, excluir a proposta apresentada pela recorrente;

c) Foi adjudicado o concurso à B..., Lda., aqui recorrida e contrainterssada;

2.c) Não se conformando com a exclusão da sua proposta a recorrente instaurou acção administrativa que correu termos no TA de Coimbra;

2.d) Por sentença proferida pelo TAF de Coimbra foi decidido julgar improcedente a acção de contencioso pré-contratual, absolvendo a contrainterssada;

2.e) Não se conformando com esta sentença a recorrente apelou para o TCA/Norte.

2.f) Em Acórdão proferido a 2/06/2023, o TCA/Norte decidiu “negar provimento ao recurso e confirmar a sentença recorrida”.

2.g) Quanto ao alegado pela recorrente nos diversos itens do seu recurso, a aqui recorrida confirma a posição por si defendida nos fundamentos de facto e de direito, vertidos de forma detalhada e judiciosa, no Acórdão recorrido.

Termos em que, não deve ser admitido o recurso de revista, por não estarem preenchidos os requisitos previstos no art.º 150.º do CPTA, pelo que não deve ser dado provimento ao recurso, com as legais consequências, com o que V. Exas. Venerandos Conselheiros, farão V. Exas. Justiça!»

7. O presente recurso de revista foi admitido, nos termos do art.º 150.º, nº 6 do CPTA, por Acórdão de 14/09/2023, designadamente:

“Conforme resulta do que ficou exposto, a questão que está em causa nos autos é sobretudo a de saber se a proposta da A. foi permitirem concluir pela aplicação da al. g) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP em virtude de existirem “fortes indícios” de falseamento. Averiguar se a situação é susceptível de falsear a concorrência e se os indícios colhidos são suficientemente fortes para que as superior ao comum e com grande relevância jurídica e social que, além de se prender com o direito da concorrência e o direito da concorrência suficientemente tratada neste Supremo, sendo uma temática que provavelmente se irá colocar num número indeterminado de s intervenção clarificadora.

Justifica-se, pois, a admissão da revista.”

8. Cumprido o disposto no artº 146º, nº 1 do CPTA, o Ministério Público emitiu parecer, em síntese, nos seguintes termos:

“(…) Afigura-se-nos que no caso dos presentes autos a administração, ao excluir a proposta do A., ora recorrente, invocando pa falseamento da concorrência, nos termos do estatuído na al. g) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP, o fez sem que tivesse fundamentada. Para o efeito, limitou-se a invocar factos meramente formais, sem que tenha atido a fazer uma comparação das propostas de m violasse a livre concorrência, ou seja sem que demonstrasse em que medida os restantes concorrentes fossem prejudicados co pelo A., ora recorrente.

Nomeadamente, não se refere a existência de práticas que falseiem os preços, a qualidade dos produtos, os prazos de entrega,

causa a livre concorrência.

Encontrando-se a A. recorrente, e uma outra empresa concorrente, numa relação de associação entre si, nada obsta a que part. concurso.

Sendo admissível que o concorrente apresentasse uma proposta, os indícios invocados para a exclusão da proposta, no que to. se atendendo a que os corpos gerentes são ocupados pelas mesmas pessoas.

O que realmente se nos afigura relevante é se entre ambas as propostas apresentadas existem indícios fortes de concertação, concorrentes, e que indiciariamente demonstrem uma vontade de violar as disposições das normas da concorrência. Os factos i recorrente, são meramente formais.

Tais factos poderão ser suficientemente indiciários, o que determina que a entidade adjudicante os leve em conta, a fim de proci. propostas, no intuito de apurar a real existência de uma prática anti- concorrencial, mas tais indícios só por si não implicam a rej. Note-se, que a expressão fortes indícios, encontra paralelo na legislação processual penal, apenas quanto à fixação de medidas equivalentes (cfr. 202.º CPP), e que se contrapõem à expressão de indícios suficientes exigidos na dedução de uma acusação (Fortes indícios são aqueles resultam de provas sérias, provas que deixem uma impressão já nítida de que a atuação do concorr. violadora dos princípios da concorrência, tais como se encontram tipificados nos artigos 9.º a 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de m. Para subsumir uma conduta ao conceito de ilícito concorrencial, torna-se necessário concluir por falta de autonomia de ambas a deve ser patente, sem que haja necessidade de autoridade administrativa levar a cabo diversas diligências, bastando para o efe. ambas as propostas.

Uma entidade adjudicante pode estabelecer um juízo objetivo a partir das propostas apresentadas, determinar se todos os outr. provados apontam igualmente para a violação da concorrência.

No caso dos autos, tal avaliação comparativa das propostas não ocorreu, tendo a decisão da exclusão da proposta sido proferida indiciam a possibilidade de existir uma violação das leis da concorrência.

A interpretação do al.g) nº 2 do ART.70º do CCP, terá que ser conforme à Jurisprudência do TJEU, nomeadamente a interpretação por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, no caso Lloyd's of London, onde se « (...) 46 Por conseguinte, há que responder à questão submetida que os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não dis. TFUE e mencionados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação de um processo principal, que não permite a exclusão de dois sindicatos da Lloyd's da participação num mesmo concurso público de serviços de seguri. terem sido assinadas pelo representante geral da Lloyd's para esse Estado-Membro, mas permite, em contrapartida, excluí-los se se verificar, c. propostas não foram formuladas de forma independente.»

Uma vez aqui chegados, entendemos que a decisão da autoridade administrativa, violou as imposições que resultam de parâme. em conta os fins da norma, pelo que padece de erro notório.”

9. Notificadas as partes para se pronunciarem sobre o parecer do Ministério Público, nada disseram.

10. Sem vistos, nos termos do disposto no artº 36º nº 1, al. c) e nº 2 do CPTA, mas com prévia entrega do projecto de acórdão e vem o processo à conferência, cumprindo apreciar e decidir.

II — Questões a decidir

11. Tendo em conta as conclusões das alegações apresentados pela Recorrente - as quais delimitam o objeto do recurso (sem i. oficioso), nos termos dos art.ºs 635º nº 4 e 639º n.º 1 do CPC, ex vi do art.º 1º e 140º n.º 3 do CPTA - as questões a decidir na p. pontos 6. e 7. das conclusões, aí identificadas do seguinte modo:

“6.O Acórdão recorrido confirma a sentença da 1.ª Instância, a qual padece de ostensivos erros de julgamento, baseados nun. como provados, bem como numa interpretação errónea e ilegal dos pressupostos jurídicos da cláusula de exclusão co. do CCP;

7. A interpretação, sustentada pelo TAF de Coimbra e confirmada pelo Acórdão do TCA Norte, da cláusula de exclusão controve. interpretações normativas claramente inconstitucionais.”

Em síntese, como se sublinha no acórdão de admissão da revista, “a questão que está em causa nos autos é sobretudo a de se os factos provados permitirem concluir pela aplicação da al. g) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP em virtude de existirem “fortes indíc. havendo que averiguar, “se a situação é susceptível de falsear a concorrência e se os indícios colhidos são suficientemente forti.

III — FUNDAMENTAÇÃO

III - A — Fundamentação de facto

12 - Nos termos do artigo 663º, nº 6, do CPC, remete-se para a matéria de facto dada como provada no acórdão recorrido, a qual se dá por inte.

III - B— Fundamentação de direito

13 - Atentas as conclusões formuladas pela recorrente, importa começar por sublinhar que das mesmas não consta a arguição (d), do CPC, que se mostra invocada nos artºs 316º a 332º das alegações, onde se refere, no ponto C2, a ocorrência de “Omissé. recorrido”, que, segundo se defende, teria deixado de se pronunciar, no seu ponto 5, sobre uma das várias inconstitucionalidade. Por outro lado, não consta igualmente das conclusões – nem sequer das próprias alegações – a invocação de qualquer discordi. que foi apreciada no acórdão recorrido no seu ponto 6), respeitante à alegada ilegalidade da “readmissão e consequente não ex. LOTE 2 – a do Concorrente B...”.

Verifica-se assim que a recorrente, nas conclusões da alegação, restringiu tacitamente o objecto inicial do recurso, nos termos c. tribunal *ad quem* conhecer de questões que não foram levadas às conclusões.

Veja-se neste sentido o acórdão do STJ proferido em 6/6/2018, no Proc. nº 4691/16.2T8LSB.L1.S1, em cujo sumário se consign. “I. São as conclusões que delimitam o objeto do recurso, não podendo o Tribunal “ad quem” conhecer de questão que delas não conste.

II. Se o recorrente, ao explicar e ao desenvolver os fundamentos da sua alegação, impugnar a decisão proferida na 1ª instância sobre a matéri. alteração/modificação, mas omitindo nas conclusões qualquer referência a essa decisão e a essa impugnação, essa questão não faz parte do o. Por outro lado, uma vez que as nulidades previstas no artº 615º, nº 1, do CPC não são de conhecimento oficioso, não pode o tri. nulidade que não foi levada às conclusões do recurso, atento o disposto no artº 635º nº 4 do CPC - neste sentido Rui Pinto, “Os (artigos 613.º a 617.º do CPC)” revista Julgar Online, Maio de 2020, disponível em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/05/reclamat%C3%B3rios-comuns-da-decis%C3%A3o-civil-Rui-Pinto-v2.pdf>.

14 - Cabe então começar por apreciar a questão colocada pela recorrente nas conclusões da revista, enunciada no seu ponto 6 “padece de ostensivos erros de julgamento, baseados numa incorreta apreciação dos factos dados como provados, bem como numa interpreta.

cláusula de exclusão contida na alínea g), do n.º2, do artigo 70.º, do CCP”, uma vez que: “6.1. a decisão de adjudicação e de homologação da violação de lei, por erro sobre os pressupostos de facto e de direito do normativo insito na alínea g), do n.º 2, do art.º 70, do CCP, considerando práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”.

15 – Dispõe-se no artº 70º, nº 2, al. g), do CCP que “são excluídas as propostas cuja análise revele: (...) g) a existência de forte informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.”

Defende a recorrente que a interpretação errónea dessa cláusula de exclusão, efectuada pelo acórdão recorrido, se baseia (6.2) ostensivamente ilegítima, não consentida pelo TJUE, adotada a partir de elementos meramente orgânicos e formais, nos termos seguintes:

- (1) a partir dos elementos aduzidos, de natureza meramente formal, seria possível extrair o conhecimento mútuo das propostas;
- (2) a partir do presumido conhecimento das propostas, presume-se a quebra do dever de confidencialidade, juridicamente relevante;
- (3) por sua vez, a partir dessa pretensa quebra do dever de confidencialidade, seria possível presumir-se, novamente, que ambas as empresas as regras da concorrência.”

Porém, não assiste razão à recorrente, uma vez que, no caso dos autos, não estamos perante uma presunção abstracta e ilegítima facta provada, de uma ilacção segura quanto ao conhecimento mútuo das propostas, extraída de abundantes factos concretos, actuações concertadas, não autónomas nem independentes.

16 - Na verdade, os elementos de facto provados, que a recorrente qualifica como “meramente orgânicos e formais”, são também inteiramente aptos a demonstrar com nitidez o conhecimento mútuo das propostas apresentadas pela A... e pela C..., constituindo ocorrência de práticas susceptíveis de falsear as regras da concorrência no domínio da contratação pública.

Sublinha o acórdão recorrido esses indícios nos seguintes termos:

“Importa pois, verificar e analisar todas as circunstâncias elencadas pelo júri e confirmadas pela sentença recorrida, sendo certo que apenas ca suficiente para presumir a existência de fortes indícios da prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear a concorrência, a verdade é que, da o júri do procedimento apresenta-se plenamente legítima e factualmente sustentada/justificada.

Senão vejamos:

- i) Os acionistas da A. são AA, BB, CC, DD e EE, enquanto os acionistas da C... são AA, BB, CC, DD e a própria A. A... – o que leva que exista u já que as respetivas participações sociais são tituladas, no essencial, pelo mesmo grupo de pessoas.
- ii) Os membros dos Conselhos de Administração da A. e da C... são AA (Presidente), BB e CC (vogais) (cfr. pontos 23, 24 e 25 dos factos prova administradores. Acrescendo as seguintes circunstâncias apuradas no procedimento, bastando para tal consultar o processo:
- iii) Ambas as empresas (A. e C...) atuam na mesma área de negócios e oferecem no mercado o mesmo (ou semelhante) tipo de produtos e serv permanentes, a A. é uma sociedade que tem por objeto o comércio e reparação de veículos automóveis, seus componentes e acessórios e, ain produção e comercialização de produtos e equipamentos de deteção na área de sensores, podendo acessoriamente explorar os serviços e efet financeiras relacionadas, direta ou indiretamente, no todo ou em parte, com o seu objeto, ou que sejam suscetíveis de facilitar ou favorecer a su rodoviário de passageiros; a C..., por seu turno, é uma sociedade que tem por objeto o comércio, reparação, adaptação e transformação de veíc incluindo serviços e operações relacionadas, tais como atividades civis, comerciais, industriais e financeiras que, direta ou indiretamente, sejam objeto social.
- iv) As empresas têm sede no mesmo local, situado na Rua ...,
- v) As empresas têm o mesmo número de telefone.
- vi) Ambas apresentaram a mesma pessoa de contacto no concurso, BB, com o endereço de correio eletrónico “...”;
- vii) A C... apresentou, como seu representante no concurso, FF, com o endereço de correio eletrónico “...” (isto é, que pertencerá ao mapa de pe
- viii) Os documentos das propostas da A. e da C... ao Lote 2 do concurso apresentam as seguintes características: os cabeçalhos e os rodapés t é o mesmo; a morada e o número de telefone são os mesmos; a formatação dos documentos é a mesma; os conteúdos, capítulos, ordem e org parágrafos e capítulos integralmente coincidentes; ambas as propostas apresentam os mesmos erros ortográficos, localizados exatamente nos custos unitários é coincidente; as tabelas são semelhantes; as referências numéricas das duas propostas são iguais (KP2206221 e OP2206221 submissão da plataforma eletrónica são coincidentes, com aproximadamente 2 horas de diferença.
- ix) A designação dos ficheiros das propostas das duas empesas é, em alguns casos, idêntica e, noutros casos, muito semelhante.
- x) As datas e horas da assinatura digital dos ficheiros das propostas da A. e da C... são muito semelhantes, sendo que a generalidade dos docu foi assinada em 22/06/2022, com apenas cerca de 2 horas de intervalo (cfr. pontos 1 e 21 a 31 dos factos provados).” (sublinhado aditado)

17 - Todos estes factos, que já constavam da pronúncia da contra-interessada B... sobre o relatório preliminar, vieram a integrar mesmos, concluiu dever ser “considerado pelo Júri como um cenário fortemente indiciador de que a elaboração das propostas concertada e de modo a não garantir a sua confidencialidade, violando os princípios da transparência e da concorrência, o que (nº 2 do artº 70º do CCP.”.

Ora, a recorrente teve oportunidade de se pronunciar sobre o conteúdo deste 1º relatório final, por ter sido devidamente notificada prévia, direito que a recorrente exerceu, como resulta do facto provado nº 13, não tendo logrado contrariar tais factos, nem alegar comprovar ter havido uma efectiva confidencialidade entre as propostas em causa.

Defende a recorrente no ponto 263 das alegações que esses supostos indícios “não poderiam ser afastados pela Recorrente, p realidade jurídica das empresas em causa.”

Com efeito, dessa realidade jurídica resulta que as empresas têm exactamente os mesmos administradores, o que torna obviar sejam tomadas com autonomia ou independência – ou seja, é absolutamente inverosímil que não exista um conhecimento mútuo

18 - Por outro lado, esse conhecimento mútuo das propostas resulta igualmente dos restantes factos provados, os quais não se gráficos das propostas, compreensíveis atenta a comunhão de instalações e porventura de equipamentos informáticos.

O que importa sublinhar como factos mais relevantes são, na verdade, aqueles que se encontram indicados em diversos segme que “Os documentos das propostas da A. e da C... ao Lote 2 do concurso apresentam as seguintes características: (...) existem coincidentes; ambas as propostas apresentam os mesmos erros ortográficos, localizados exatamente nos mesmos parágrafos; propostas são iguais (KP2206221 e OP2206221). (...)” (sublinhado aditado)

Não estamos perante simples aspectos gráficos ou de formatação semelhantes – estamos sim perante elementos materiais, rel propostas, as quais apresentam no seu texto os parágrafos da introdução inicial e da saudação final com uma redacção absolut nos seguintes termos:

“Tomando conhecimento do Vosso Concurso Público, Ref. CP1/7/2022- “Fornecimento por lotes de Veículos Elétricos de Transporte Urbano de nossa proposta para fornecimento de veículos pesados de passageiros para o Lote 1 e Lote 2, [no caso da C... apenas para o lote 2] de elevada qualic melhor tecnologia do sector pelo preço mais equilibrado.

Tratam-se de autocarros pensados e desenhados de raiz para o transporte urbano de passageiros, com as tecnologias mais avançadas do sec monobloco e homologação europeia promovendo um aumento na fiabilidade, no conforto e na segurança da Vossa frota.” Disponíveis para qualquer informação complementar e gratos pela atenção que nos dispensaram, ficamos a aguardar com expectativa Vossa p ortográficos)

Do mesmo modo, no segmento das propostas relativo à Homologação, consta em cada uma das propostas uma frase com o me

veículos serão **entregue** devidamente homologados com Certificado de Conformidade Europeu (COC) e matrícula nacional”. (negrito aditado nc A recorrente defende que estes indícios são absolutamente inócuos e que a autonomia e independência das Propostas são óbv que, manifestamente, não tem o mínimo de plausibilidade – pois é totalmente inverosímil, para não dizer impossível, que duas p elaborado cada uma das propostas de forma independente e autónoma, tivessem escrito o conteúdo dos parágrafos acima tran com erros ortográficos iguais.

19 - Trata-se aqui de uma situação de facto distinta da que foi analisada no Acórdão TJUE de 8/2/2018, P. C-144/17, Lloyd's of L disponível em [O que o TJUE salientou, nos parágrafos 39 e 41 do referido acórdão, foi a natureza automática da exclusão, sem possibilidade das propostas, referindo que “o simples facto de propostas como as que são objeto do processo principal terem sido assinadas, especial do representante geral da Lloyd's para ..., não pode justificar a sua exclusão automática do concurso público em causa assinatura das propostas pelo mandatário especial do representante geral da Lloyd's para ... para excluir os sindicatos, as decis uma concertação, sem que os sindicatos tenham tido a possibilidade de demonstrar que as respetivas propostas foram elaborac da outra.”](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199201&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&que em tal acórdão o representante geral da LLOYDS que assinou as propostas não tinha poderes de administração e gerência quaisquer outros indícios adicionais de não terem sido elaboradas com autonomia.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Ora, no caso dos autos, a situação é totalmente diferente.

Os administradores da A... e da C... não são meros representantes ou mandatários especiais, antes detendo poderes de gerênc se deveu “apenas”, automaticamente, a essa coincidência de administradores, mas sim à apreciação conjugada desse facto cor plenamente demonstrativos de que as propostas foram elaboradas por uma única pessoa, atenta a absoluta identidade do texto erros ortográficos.

Por outro lado, no caso dos autos, a recorrente teve a possibilidade efectiva de demonstrar que as propostas “foram elaboradas outra”, uma vez que, após ter sido notificada do entendimento do júri, no âmbito do 1º relatório final, exerceu o seu direito de au oportunidade de se pronunciar sobre os factos que do mesmo constavam - mas não logrou realizar tal demonstração, quer no p presentes autos.

Assim, como concluiu o TJUE neste referido Processo C-144/17, “os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não c TFUE e mencionados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação de um processo principal, que não permite a exclusão de dois sindicatos da Lloyd's da participação num mesmo concurso público de serviços de segui terem sido assinadas pelo representante geral da Lloyd's para esse Estado-Membro, mas permite, em contrapartida, excluí-los se se verificar, c propostas não foram formuladas de forma independente.” (sublinhado aditado)

20 - Trata-se, aliás, de conclusão semelhante à que já constava do anterior acórdão Assitur, proferido em 19/5/2009, no P. C-531 [lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0538](https://curia.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0538), onde se concluiu que “o direito comunitário opõe-se a uma prossequindo os objectivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas er concorrente num mesmo concurso, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o se desse concurso.”

Analisando este acórdão Assitur, entende Rodrigo Esteves de Oliveira, “Empresas em relação de grupo e contratação pública”, 1 Agosto de 2011, a fls 108/109, que “a quarta ideia fundamental que se retira do Acórdão Assitur é a de que a prova da “inexistêr causa (ou a que tiver a melhor proposta). (...) Há portanto aqui uma espécie de inversão do ónus da prova. Se em geral é à enti aqui é às empresas que, a solicitação do júri ou da própria entidade adjudicante, e uma vez constatado qualquer facto suspeito, confidencialidade e da independência das suas propostas.”

Importa sublinhar que a jurisprudência do TJUE tem vindo a manter este entendimento de admissibilidade de apresentação de p domínio ou de grupo, impondo a sua não exclusão automática, mas impondo igualmente que as mesmas tenham a possibilidade que a sua relação de grupo não impediu a formulação de propostas autónomas e independentes.

Neste sentido são elucidativos os considerandos 37 a 40 do Acórdão TJUE proferido em 17/5/2018, Proc. C-531/16, ECLI:EU:C disponível em [“37 No que respeita ao nível de prova exigido para demonstrar a existência de propostas que não são autónomas nem independentes, o princípio violação das regras de adjudicação de contratos públicos da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através q concordantes e que os proponentes interligados estejam em condições de apresentarem prova em sentido contrário \(v., por analogia, Acórdão c EU:C:2016:42, n.º 37\).](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=202044&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=propostas%2Baut%25C3%25B3nomas%2Be%2Bindepen onde se refere o seguinte:</p>
</div>
<div data-bbox=)

38 No que se refere a um caso como o que está em causa no processo principal, a constatação de que as ligações entre os proponentes tiverai apresentadas no âmbito de um mesmo procedimento, em princípio, basta para que essas propostas não possam ser tidas em conta pela entida ser apresentadas com total autonomia e independência quando provenham de proponentes interligados. Em contrapartida, a mera constatação causa, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que possam exercer nas assembleias-gerais ordinárias, não ba automaticamente estas propostas do processo de adjudicação do contrato, sem verificar se tal relação teve uma incidência concreta na indepen Acórdão de 19 de maio de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 32).

39 Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, à luz dos factos do litígio no processo principal, proceder às verificações e apreciações que se impõe circunstâncias assinaladas no âmbito da quarta questão, alínea a), e da força probatória da declaração espontânea feita por um proponente, me hipótese de, após estas verificações e apreciações, esse órgão jurisdicional chegar à conclusão de que as propostas em causa no processo pri autónoma e independente, há que recordar que o artigo 2º da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à adjudicação c apresentado tais propostas.

40 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à terceira a quinta questões que o artigo 2º da Diretiva 2004/18 deve ser interpi quando disponha de elementos que ponham em causa o carácter autónomo e independente das propostas apresentadas por certos proponentes esses proponentes informações suplementares, se as suas propostas são efetivamente autónomas e independentes. Caso se conclua que esta o artigo 2º da Diretiva 2004/18 opõe-se à adjudicação do contrato aos proponentes que tenham apresentado tais propostas.” (sublinhado aditad

21 - Verifica-se, pois, que o direito comunitário não exige uma prova directa da violação das regras de adjudicação dos contratos indícios, conforme previsto no artº 70º, nº 2, al. g) do CCP, “desde que estes sejam objetivos e concordantes e que os proponen apresentarem prova em sentido contrário.”

Assim, uma adequada interpretação do que constituem os “fortes indícios” previstos na referida norma tem de reportar-se às cai jurisprudência comunitários, devendo, pois, ser considerados como tal aqueles que se mostrem objectivos e concordantes no se

de autonomia e independência das propostas.

No caso dos autos, os múltiplos indícios recolhidos através da análise das propostas são claramente objectivos e concordantes, meramente formais, mas igualmente a aspectos substanciais, decorrentes do conteúdo escrito do texto das propostas, indubitavelmente a independência das mesmas – pelo que constituem os fortes indícios a que se reporta o fundamento de exclusão constante do a Acresce igualmente que, em momento anterior à decisão final de exclusão, é conferida aos proponentes a oportunidade de se apresentarem prova em sentido contrário, através do exercício do seu direito de audiência prévia, como sucedeu efectivamente que tal exclusão não pode considerar-se automática, nem viola o princípio da proporcionalidade, sendo certo que a recorrente n “standard de autonomia e independência decisória relativamente à C...”, ao contrário do que invoca ponto 6.3 das suas conclusões. Há que notar, aliás, que não tem qualquer sentido a referência da recorrente no ponto 6.6 das suas conclusões, a um erro de int artº 350º nº 1 do CC, por parte da “sentença recorrida”, dado que, nem a sentença, nem o acórdão recorrido fizeram qualquer in jurídico da presunção legal, constante de tal norma.

22 – Defende ainda a recorrente, quanto aos indícios provados, (265 das alegações) que “a jurisprudência do TJUE não consid corresponde à realidade.

Na verdade, o TJUE vem desde há muito referindo a existência de um poder atribuído às entidades adjudicantes de verificarem a suspeitar da falta de autonomia e independência das propostas apresentadas no âmbito da contratação pública, de modo a g consagradas, no artº 101º do TFUE (ex artº 81 TCE), bem como no artº 57º nº 4 al. d) da Directiva nº 2014/24/EU, relativa aos c

Dispõe o artº 101º do TFUE que “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, toc e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objeti concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por ess
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela : comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

Por sua vez, dispõe o artº 57º nº 4 al. d) da Directiva nº 2014/24/EU que:

“4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participaç seguintes situações: (...)

d) Se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros oq a concorrência; (...)”

Importa assim analisar a adequada interpretação destes preceitos do direito comunitário, dado que o direito nacional, por força c à luz do direito da UE.

Mostra-se relevante para este efeito verificar que a Comissão Europeia publicou em 18/3/2021 uma “Comunicação sobre ferram contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão” (2021/C 91/01), disponível em [content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2021/18/pt/content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)&from=EN), visando fornecer “orientações concisas, intuitivas e facilmente l sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão previsto nas diretivas relativas aos contratos públicos”.

Refere-se no respectivo preâmbulo que “No domínio da contratação pública, o termo «colusão» (também muitas vezes denominado «mani, entre operadores económicos, com o objetivo de distorcer a concorrência em processos de adjudicação” e que, “Nos termos do direito da União no artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o qual proíbe expressamente os acordos ou as práticas concertac restringir ou falsear a concorrência no mercado interno e que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Além do mais, geração de diretivas da UE relativas aos contratos públicos, a existência de indícios de colusão suficientemente plausíveis passou a ser, expres operador económico de um processo de adjudicação.”

Na secção nº 5. da referida Comunicação são enunciadas “as opiniões não juridicamente vinculativas da Comissão sobre a forma de apl artigo 38º, nº 7, alínea e), da Diretiva 2014/23/UE, no artigo 57º nº 4, alínea d), da Diretiva 2014/24/EU e no artigo 80º, nº 1, da Diretiva 2014/25, significativo para a situação em causa nos autos, citando-se as seguintes passagens relevantes, apesar da sua extensão:

“5.3. Competências das autoridades adjudicantes para aplicar o motivo de exclusão: ampla margem discricionária e limites à sua margem de m autoridades adjudicantes uma ampla margem discricionária quanto à decisão de excluir ou não um proponente de um concurso, nos casos em c plausíveis. O artigo 57º, nº 4, alínea d), não especifica melhor nem deixa implícito o que pode ser classificado como um indício ou de que modo plausível para excluir o proponente. Visivelmente, a intenção do legislador da UE terá sido permitir às autoridades adjudicantes apreciar, em cac excluir um proponente pelo motivo em apreço, sem ser demasiado prescritivo” (...)

5.4. Noção de «indício suficientemente plausível»: factos suscetíveis de serem considerados indícios, o que constitui um «indício» por oposição clemência.

(...) Outros aspetos que as autoridades adjudicantes podem avaliar (através dos métodos analíticos disponíveis ou com base nas listas dos ch comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso (por exemplo, proponentes que nunca apresentam propostas n que apenas apresentam propostas em determinadas regiões ou proponentes que parecem revezar-se na participação em processos de adjudic. erros ortográficos ou formulações repetidos em propostas diferentes, ou comentários mantidos por lapso no texto da proposta e que indiciam un propostos no processo de adjudicação (por exemplo, proponentes que oferecem um preço mais alto do que noutros concursos semelhantes ou baixos); — Pormenores de ordem administrativa (por exemplo, propostas apresentadas por um mesmo representante comercial)

(...) Relativamente a algumas questões mais específicas no tocante ao que pode ser entendido com um indício suficientemente plausível para e Em primeiro lugar, atendendo à análise feita na secção 5.3, pode considerar-se que as diretivas permitem aos Estados-Membros elaborar norm autoridades adjudicantes podem considerar indícios suficientemente plausíveis» para efeitos da aplicação do motivo de exclusão. No entanto, te nacionais devem respeitar tanto a letra como o espírito da Diretiva, que exige apenas «indícios» da participação em acordos ilegais que distorça não provas formais, como um acórdão judicial que confirme essa participação. Se o legislador europeu exigisse provas para desencadear esse r esse requisito, à semelhança do disposto no seu artigo 26º, nº 4, alínea b), e artigo 35º, nº 5. O Tribunal confirmou igualmente que uma violaçã pública, por exemplo, um comportamento anticoncorrencial, pode ser provada «[...] não apenas através de provas diretas mas também através concordantes e que os proponentes interligados estejam em condições de apresentarem prova em sentido contrário» (39-Ver o acórdão do Trib C-531/16, Ecoservice projektai, n.º 37.)

Por outras palavras, na prática, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a dispor de provas de colusão num processo de adjudicação pei Diretiva. (...)

5.5. Empresas filiadas que participam no mesmo processo de adjudicação: direito de os operadores sobre os quais possam recair suspeitas de apresentação de propostas:

As autoridades adjudicantes são frequentemente confrontadas com o problema da gestão de propostas distintas apresentadas no mesmo proce com algum tipo de filiação entre si (por exemplo, membros do mesmo grupo de empresas, operadores que são filiais de outras, empresas que p administração ou representantes legais, ou empresas com participação no capital social da mesma empresa terceira). A autoridade adjudicante apresentadas por proponentes afiliados são coordenadas (isto é, não autónomas nem independentes), pondo assim em causa o respeito pelos tratamento dos proponentes.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal, a autoridade adjudicante deve abster-se de fazer suposições de carácter geral passíveis de redundância. Pelo contrário, deve dar aos operadores em causa a possibilidade de comprovar, através dos meios de prova que estes considerem adequados independentes e não prejudicam a transparência nem distorcem a concorrência no processo de adjudicação. Essas provas podem incluir, por exemplo, respetivas formas de organização independente, que pessoas diferentes estiveram envolvidas na sua preparação, etc. A autoridade adjudicante tem o direito de apreciar se essas explicações são prova suficiente de que a filiação dos operadores não influenciou o conteúdo das propostas respetivas, na aceção do artigo 57.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva, e de decidir se autoriza ou não a parti (sublinhado aditado)

23 – Mais recentemente ainda o TJUE reformou o seu entendimento nesta matéria, «Reenvio prejudicial — Procedimentos de contratação pública alínea d) — Motivos facultativos de exclusão — Acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência — Diretiva 2014/25/UE — Artigo 36.º, n.º 1 — Tratamento dos proponentes — Artigo 80.º, n.º 1 — Utilização dos motivos de exclusão e dos critérios de seleção previstos na Diretiva 2014/24/UE — Proponentes que constituem entidades separadas que não são autónomas nem independentes — Necessidade de indícios suficientemente plausíveis para concluir pela existência de uma violação do artigo 101.º TFEU. Proc. n.º C-416/21, Landkreis Aichach-Friedberg c/ J. Sch. Omnibusunternehmen, ECLI:EU:C:2022:689, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/lexuris/ui.do?text=propostas%2Baut%25C3%25B3nomas%2Be%2Bindependentes%2B&docid=265551&pageIndex=0&doclang=pt&mode=re> no qual estava em causa uma situação com contornos semelhantes à dos presentes autos, recorrendo do seguinte modo:

“57 Todavia, o facto de os motivos facultativos de exclusão que figuram no artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, a que se refere o artigo 80.º, n.º 1, enumerados exaustivamente não impede que o princípio da igualdade de tratamento, previsto no artigo 36.º, n.º 1, desta última diretiva, possa ser aplicado a operadores económicos que constituem uma unidade económica e cujas propostas, embora apresentadas separadamente, não são autónomas. 58 Com efeito, esta enumeração exaustiva não exclui a faculdade de os Estados-Membros manterem ou estabelecerem regras materiais destinadas a garantir a igualdade de tratamento e o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento e pelo princípio da transparência que decorre deste último, que se impõe no procedimento de adjudicação desses contratos e que constituem a base das diretivas da União relativas aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, a ser observado (v., por analogia, Acórdãos de 19 de maio de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 21, e de 8 de fevereiro de 2018, EU:C:2018:78, n.º 30).

59 Em particular, no caso de proponentes interligados, o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE aplica-se a proponentes que não são autónomas nem independentes, suscetíveis de lhes conferir vantagens (v., por analogia, Acórdão de 17 de maio de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 29).

60 Neste contexto, o respeito do princípio da proporcionalidade exige que a entidade adjudicante seja obrigada a examinar e a apreciar os factos das entidades que exercem uma influência concreta no conteúdo das respetivas propostas apresentadas no âmbito de um mesmo procedimento de adjudicação de natureza, independentemente da sua forma, suficiente para excluir as referidas empresas do procedimento (v., neste sentido, A Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, n.º 38).

61 Com efeito, a constatação de que as ligações entre os proponentes tiveram uma influência sobre o conteúdo das propostas apresentadas no procedimento de adjudicação não podem ser tidas em conta pela entidade adjudicante, uma vez que tais propostas devem ser apresentadas com total independência (v., neste sentido, Acórdão de 17 de maio de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 38).

62 Estas considerações aplicam-se a fortiori no caso de proponentes que não estão simplesmente interligados, mas que constituem uma unidade económica (v., neste sentido, Acórdão de 17 de maio de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 38).

63 Assim, caso o órgão jurisdicional de reenvio chegue à conclusão, na sequência das verificações e das apreciações necessárias, de que as propostas apresentadas de maneira autónoma e independente, o artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25 opõe-se à adjudicação do contrato em causa aos proponentes.

64 À luz das considerações precedentes, há que responder à segunda e terceira questões que o artigo 57.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, lido em conjunto com o artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25, deve ser interpretado no sentido de que este artigo 57.º, n.º 4, regula exaustivamente os motivos facultativos de exclusão da participação num procedimento de contratação por razões baseadas em elementos objetivos relativos à sua qualidade ou a uma distorção da concorrência que resultaria da sua participação nesse procedimento. Todavia, o referido artigo 57.º, n.º 4, não impede que o artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25, possa obstar à adjudicação do contrato em causa a operadores económicos que constituem uma unidade económica apresentadas separadamente, não são autónomas nem independentes.” (sublinhado aditado)

E, assim, patente, a inteira consonância quer do acórdão recorrido, quer do acto impugnado, com o direito e a jurisprudência com

23 – Defende a recorrente na conclusão 6.5 que a sua proposta “foi ilegalmente excluída, porquanto o Júri não indicou nem provou nem indícios, como por exemplo: (i) quais os atos que a Recorrente, alegadamente, adotou em conluio; (ii) que regras da concorrência foram, supostamente, que essas pretensas atuações ilegais causaram à Concorrência.”

Já se demonstrou na explanação que antecede o efectivo preenchimento dos fortes indícios previstos no artº 70º, nº 2, al. g) do CCP, a recorrente argumenta que esse preenchimento só poderá fundamentar-se nos “casos de violação das regras da concorrência, Concorrência e pelo direito europeu da Concorrência, no contexto específico dos métodos de controlo de ilícitos concorrenciais” conceito de ilícito concorrencial, tal como resulta dos artigos 9.º a 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio” (pontos 122 e 123 das conclusões). Porém, conforme resulta da jurisprudência do TJUE já citada, a referida causa de exclusão não pressupõe a prática de um ilícito concorrencial, mas sim a violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento no domínio da contratação pública no Proc. C-416/21 – “o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento e pelo princípio da transparência que decorre deste último, que se impõe no procedimento de adjudicação desses contratos e que constituem a base das diretivas da União relativas aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, a ser observado (v., por analogia, Acórdãos de 19 de maio de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, n.º 21, e de 8 de fevereiro de 2018, EU:C:2018:78, n.º 30).

Neste sentido se pronuncia Pedro Costa Gonçalves, em Direito dos Contratos Públicos, Almedina, 5ª edição, a fls 654 e segs, n.º 1, “Em anterior edição do presente livro, concordámos com a posição de João Amaral e Almeida quanto à não exclusão de propostas de sociedades com fortes indícios de atuação concertada, ao abrigo do artigo 70º, nº 2, alínea g).

Mas, na sequência de reflexões posteriores, acrescentamos agora algumas ponderações que nos conduzem a outra resposta, e, em especial, a considerar que entidades especialmente relacionadas entre si, embora apenas quando existam fortes indícios de que não se trata de propostas independentes, não devem ser excluídas das regras da concorrência, criando uma situação de “ilusão” ou de “falsa concorrência”.

Não se trata, aqui, de filiar a exclusão no facto de a concertação de propostas entre sociedades coligadas constituir um ilícito jus-concorrencial. Os próprios do direito da contratação pública, a concertação de propostas entre concorrentes (mesmo concorrentes coligados) deve ser entendida como concorrência (igualdade) entre os participantes no procedimento de adjudicação. Além disso, essa ocorrência ignora uma exigência de autonomia de decisão do Tribunal de Justiça, se deverá considerar pressuposta naqueles princípios (neste sentido, cf. Acs. Assitur, par. 22, e Lloyd's of London, par. 31).

(...) Como se disse há pouco, não se advoga a exclusão de propostas apresentadas por entidades especialmente relacionadas por se tratar de tratar-se tais entidades de uma “única empresa” para o direito da concorrência, o eventual acordo entre elas não será, pela natureza das coisas, como também já dissemos, essas entidades não são uma “única entidade” para o direito da contratação pública, razão pela qual, de acordo com a presunção de que se trata de propostas de uma mesma empresa. (...)”

Não se vislumbra, assim, que o acórdão recorrido se mostre afectado por qualquer erro de interpretação ou aplicação do disposto no CCP, ao contrário do que sustenta a recorrente.

Em consequência, não enfermam os actos impugnados dos vícios que lhes foram imputados, devendo os mesmos manter-se no acórdão recorrido.

24 - Por fim, defende a recorrente nos pontos 6.4, 7 e 8 das suas conclusões que são inconstitucionais diversas interpretações no âmbito do artº 2º, do artigo 70.º, do CCP, alegadamente por se mostrarem violadoras dos artºs 2º, 11º, nº 1, 17º, 18º, nº 2, 20º, 266º e 268º, nº 3 e nº 4 da CRP.

Ora, o acórdão recorrido conheceu das inconstitucionalidades invocadas, em termos que se mostram devidamente fundamentar

em qualquer erro de direito nessa apreciação, que se mostra congruente e não merece qualquer reparo.

De todo o modo, parecendo que a recorrente pretende questionar principalmente a falta de densificação legislativa do conceito de informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”, constantes da previsão do artº 70º, nº 2, al. g) do CCP, por enten de gestão, de iniciativa privada e da propriedade privada, consagradas nos artºs 61.º, nº 1, e 62.º, nº 1, da CRP, não se afigura possa constituir inconstitucionalidade orgânica nos termos do disposto no artº 165º nº 1 al. b) da CRP.

Analisando eventuais violações das referidas normas constitucionais, o Tribunal Constitucional tem entendido, nomeadamente r disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150545.html>, que “(...) no direito à iniciativa económica privada, ap proximidade valorativa situa-se sobretudo no momento da escolha e acesso à atividade económica. Com efeito, de entre as várias vertentes d artigo 61.º da CRP, a que se situa no domínio da defesa e proteção da dignidade da pessoa humana é a liberdade de fundar uma empresa e a l liberdade de profissão – artigo 47.º, nº 1, da CRP – a liberdade de iniciar uma atividade económica sem obstáculos desrazoáveis ou injustificad dignidade da pessoa humana, enquanto ser livre e autónomo. Essa é a dimensão que, nos quadros definidos pela Constituição, integra a “conte económica privada. Daí que a fixação de limitações objetivas e subjetivas à liberdade de criação ou fundação de uma organização produtiva pri salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, não podendo em caso algum aniquilar ou diminuir a sua extensão e liberdade essencialmente «negativa» e de defesa, beneficia da analogia substantiva com os direitos, liberdades e garantias pessoais, que a col parlamentar.

O mesmo já não se verifica quando o conteúdo da norma respeita ao momento do exercício da atividade económica, outra das vertentes em qu económica protegida no n.º 1 do artigo 61.º. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira «a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sen uma atividade económica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento) e, por outro lado, na liber empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial). No primeiro sentido, trata-se de um direito pessoal (a exercer um direito institucional (um direito da empresa em si mesma)» (cfr. ob. cit. pág. 790).

Nesta última dimensão, em que já não está em causa a existência da empresa e o seu acesso ao mercado, mas apenas o exercício de uma ati visa proteger é a realidade institucional constituída – a empresa – e não tanto a liberdade pessoal ou individual de quem a criou. A menor liberd exercício das atividades económicas privadas é reconhecida pela Constituição quando, na parte final do n.º 1 do artigo 61.º, a coloca sob reserv que este conceito indeterminado só autoriza a ponderação da liberdade de empresa com outros bens constitucionais (e não também com bens . restrições ao exercício da atividade económica legitimadas por essa cláusula não assumem a mesma relevância justfundamental que as restriçõ se projetar com a mesma intensidade o valor da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, considera certa doutrina que apenas no domínio «de maior restrição do direito em causa, e que identificamos com as restrições . abrangido pela reserva de lei (e lei parlamentar), estando as meras restrições ao exercício (e portanto de menor restrição do direito) dispensada Direito Administrativo da Economia, Almedina, 2014, pág. 451). (...)»

(...) Por conseguinte, não estando em causa o “núcleo essencial” do direito fundamental à iniciativa económica privada, não se verifica qualquer competência legislativa parlamentar fixada na alínea b), do n.º 1, do artigo 165.º, razão pela qual a norma que constitui objeto do presente recur

Pelo exposto, não se mostram procedentes as alegadas inconstitucionalidades.

25 – Requer ainda a recorrente a dispensa total do remanescente da taxa de justiça, ao abrigo do n.º 7 do art.º 6º do RCP, com “- à presente acção foi fixado o valor de € 2.862.000,00€.

- Num exercício meramente aritmético de aplicação do fator de ponderação (1,5 UC = 153,00 €) associado à Tabela I-B, faria ascender o rema
 - O presente Recurso foi interposto no pleno exercício do direito de defesa.
 - Na ação de contencioso pré-contratual intentada não foram suscitados Requerimentos dilatórios tendentes a dificultar a normal prossecução d
 - Nem o Recurso impediu tal prossecução
 - Não houve dispêndio de meios técnicos e/ou humanos para a realização de qualquer diligência probatória em contexto de audiência.
 - A tramitação processual na 1ª instância e em sede de Recurso de Apelação não enfermou de qualquer entropia ou provocada delonga.
 - As Partes não carregaram para os autos outros elementos para além dos imprescindíveis e necessários ao efetivo cumprimento do Mandato, m
 - Sendo que, verbi gratia, a prova incidiu exclusivamente em elementos documentais, tornando desnecessárias outras diligências de prova (test
 - A conduta processual das Partes pautou-se pela lisura e elevação, no modo como pleitearam.
 - Sempre num registo de probidade, boa-fé, lealdade e cooperação processual, não avultando dessa conduta qualquer óbice ou transtorno à coi
 - E, bem assim, não foi determinada a especial complexidade do processo em qualquer das instâncias.
 - E, ainda assim, o pagamento do remanescente da taxa de justiça, nos termos do n.º 7 do art.º 6º RCP ascenderia a quase 16.000,00 € em cac
 - O que seria manifestamente desproporcional em função do supra exposto pelo que se submete ao duto critério de V.Ex.as. a dispensa do pa
- termos do disposto no n.º 7 do artigo 6.º do RCP.”

Analisando a jurisprudência da STA nesta matéria, mostra-se relevante a posição assumida no Acórdão proferido em 22/6/2023, decidiu nos seguintes termos:

“(...) De acordo com o artigo 6.º do RCP, as custas processuais são maioritariamente fixadas em função do valor da causa, sendo esse o parâ para o cálculo da contrapartida devida pelo uso do serviço público de justiça. E esse é o parâmetro legal e normal da proporcionalidade entre o . aferido, objectivamente, “em função do valor e complexidade da causa”, sendo esse parâmetro objectivo de proporcionalidade igualmente válid €275.000,00.

Em complemento deste regime regra, o n.º 7 do artigo 6.º contempla a faculdade de dispensa do remanescente da taxa de justiça para as caus pode aplicar aos casos concretos, oficiosamente ou a requerimento das partes, desde que no caso, se verifiquem as especificidades legalmente normal e conduta processual das partes que contribua activamente para agilizar o serviço de justiça.

Ora, neste caso, nenhum dos parâmetros se encontra preenchido, seja porque a causa não apresenta uma complexidade abaixo da média daq Administrativo – lembre-se que estava em apreciação a decisão arbitral proferida a respeito de duas questões jurídicas sobre a interpretação e Hospital, gerido ao abrigo do regime das parcerias público-privadas em saúde –, seja ainda porque ao apresentar articulados mais extensos do preenche objectivamente o pressuposto normativo imposto para a dispensa do pagamento dos “custos normais” do serviço de justiça (...)”

Apreciando o requerido de acordo com os parâmetros legais constantes dos artºs 6º, nº 7, do RCP e artº 530º, nº 7, do CPC, ter se revestem de uma complexidade superior ao normal, implicando a análise de direito e jurisprudência comunitários em área de pré-contratual.

Por outro lado, embora as partes não tenham usado de expedientes dilatórios, o certo é que as peças processuais apresentada: extensão muito significativa, comportando a petição 320 artigos, as alegações para o TCA 325 artigos e as alegações da revista Assim, sopesando todos os elementos referidos, entende-se que não se mostram objectivamente preenchidos os pressupostos remanescente da taxa de justiça, indeferindo-se o pedido.

IV – DECISÃO

Nos termos expostos, acordam em conferência os juízes da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal, em

- I - Negar provimento ao presente recurso de revista, confirmando o acórdão Recorrido.
- II - Indeferir o pedido de dispensa de pagamento da taxa de justiça remanescente.

Custas a cargo da recorrente.

Lisboa, 7 de Dezembro de 2023. – Liliana Maria do Estanque Viegas Calçada (relatora) – Cláudio Ramos Monteiro – Suzana M