

ACÓRDÃO N.º 23/2013 - 30.set. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1061/2013)

DESCRITORES: Contratação Pública / Princípio da Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Nos termos do art.º 70.º, n.º 2 al. g) do Código dos Contratos Públicos (CCP), as propostas devem ser excluídas sempre que se verifiquem fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência.
2. Assim, os membros de um agrupamento concorrente não podem ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente (cfr. art.º 54.º, n.º 2 do CCP).
3. Tendo duas das empresas concorrentes tido conhecimento mútuo das suas propostas, que por via da intervenção pessoal do mesmo representante na assinatura das propostas, que pela afirmação de que uma das empresas participaria em parte na proposta da outra, através da assistência técnica, ocorreram práticas susceptíveis de falsear a concorrência.
4. Porque cerceadora o princípio da concorrência, a desconformidade do contrato com as normas legais, constitui uma ilegalidade que pode alterar o respectivo resultado financeiro, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Acórdão N.º 23 /2013, de 30 de setembro – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 1061/2013

Acordam os juízes em subsecção:

I. RELATÓRIO

O Comando-Geral da Guarda Nacional Republicana, doravante designada por GNR, remeteu em 09 de julho de 2013, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato para “Aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna”, celebrado entre a Guarda Nacional Republicana e a empresa SDT-Eletrónica, S.A., em 21.06.2013, pelo montante de € 364.098,08, acrescido de IVA.

Para instruir o seu pedido, a GNR juntou a documentação respeitante ao concurso, que aqui se dá por reproduzida.

A GNR foi questionada por este Tribunal sobre as questões suscitadas na análise do procedimento, às quais respondeu atempadamente. Face aos esclarecimentos prestados e à documentação existente no processo, cumpre decidir.

II. OS FACTOS

Consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos:



Tribunal de Contas

1. O Comando-Geral da Guarda Nacional Republicana, doravante designada por GNR, outorgou o contrato para “Aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna”, com a empresa SDT-Eletrónica, S.A. em 21.06.2013, pelo montante de € 364.098,08, acrescido de IVA, que remeteu a este Tribunal, para apreciação em visto prévio, em 09 de julho de 2013.
2. O contrato em apreço foi precedido de concurso público cujo aviso de abertura foi publicado no DR, 2ª Série, Parte L, n.º 172, de 05.09.2012, e no JOUE, de 07.09.2012.
3. A decisão de contratar foi tomada por Despacho de 23.08.2012, exarado na informação na informação n.º 191/DRL/DA/12, de 05.07.2012, do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, nos termos do artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos e do despacho de subdelegação de competência n.º 9206/2011, de 12.07.2011 publicado no DR n.º 140-2.ª Série, de 22.07.2011, do Ministro da Administração Interna.
4. O critério de adjudicação foi o da proposta economicamente mais vantajosa, densificado pelos fatores preço e garantia, respetivamente com a ponderação de 75% e 25%.
5. O n.º 2 do artigo 5.º do programa do concurso, sob a epígrafe “Agrupamentos” estabeleceu que *os membros de um agrupamento concorrente não podem ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente.*
6. Do relatório preliminar de análise de propostas, resulta que das seis propostas concorrentes apenas uma ficou admitida a concurso, a da empresa SDT, Eletrónica, SA.
7. Em sede de audiência prévia pronunciou-se a empresa Elbit, Lda., excluída do concurso, no sentido de que a proposta admitida se encontrava assinada pela mesma pessoa que, também, assinava a proposta de outra empresa concorrente, a Sointel, Lda., contrariando o n.º 2 do artigo 5.º do programa do concurso.



Tribunal de Contas

- 8.** Concretamente as propostas das empresas Sointel, Lda. e SDT, SA, eram assinadas por Bertrand Hely Bernard Bouet, sócio gerente da Sointel, Lda. e Presidente do Conselho de Administração da SDT, SA.
- 9.** O Conselho de Administração da SDT – Eletrónica, SA é constituído por Bertrand Hely Bernard Bouet, Hely Henri Jean Bouet e Raul Manuel Ferreira Pascoal Lobato.
- 10.** A SOINTEL Lda. tem como sócio gerentes a SDT Investimentos – Sociedade Gestora de Participações, SA e Bertrand Hely Bernard Bouet.
- 11.** Na proposta apresentada pela empresa Sointel, Lda. propunha-se que a assistência técnica ao equipamento a fornecer fosse prestada pela empresa SDT,SA.
- 12.** Do relatório final resulta que o júri, atendendo ao disposto no artigo 53.º do CCP e ao conceito de concorrente entendido como a pessoa singular ou coletiva que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta, não acolheu aquele argumento e manteve as deliberações tomadas em sede de relatório preliminar, na medida em que, tendo as duas empresas apresentado propostas distintas elas não concorreram como agrupamento e não se verificou o impedimento do n.º 2 do artigo 5.º do programa do concurso.
- 13.** Por Despacho de 22.11.2012, do Comandante-Geral da GNR, exarado na informação n.º422/DRL/DA/12, de 19.11.2012, ao abrigo do despacho de delegação de competências de 23.08.2012, do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, exarado na informação n.º191/DRL/DA/12, de 05.07.2012 foi adjudicado o fornecimento à empresa SDT-Eletrónica, S.A..
- 14.** A decisão de adjudicação foi impugnada pela empresa Elbit, Lda., a qual veio alegar que as propostas das empresas SDT e Sointel se encontravam assinadas pela mesma pessoa (Bernard Eloy Bertarnd Boot) e que a empresa Sointel apresentou a sua proposta em



Tribunal de Contas

parceria com a SDT, uma vez que propôs que a assistência técnica ao equipamento a fornecer fosse prestada pela SDT.

15. A GNR entendeu que, tendo sido a decisão de adjudicação praticada pelo Comandante - Geral da GNR ao abrigo de uma competência delegada, a apreciação do recurso hierárquico teria de ser efetuada pelo superior hierárquico que detinha a competência própria e a quem o concorrente havia dirigido a impugnação, ou seja o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna.

16. Em 17.12.2012 o Comandante-Geral da GNR pronunciou-se no sentido que as propostas das empresas SDT, SA e Sointel, Lda. deveriam ser excluídas, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, por existirem provas materiais de terem ocorrido práticas suscetíveis de falsear a concorrência, uma vez que se constava *que os concorrentes apresentaram-se de forma concertada no concurso público, com conhecimento mútuo do conteúdo das respetivas propostas*. E em conformidade entendeu o Comandante-Geral da GNR que não poderia haver lugar à adjudicação e que deveria ser revogada a decisão de contratar do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna.

17. Em 19.12.2012 o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna pronunciou-se no seguinte sentido:

“(...) Entendo que as decisões do júri são soberanas e assim manifesto o meu acordo à proposta do júri (...)”

18. Em 27.12.2012 o Comandante-Geral da GNR, através da informação n.º 11/12, solicitou ao Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna a clarificação do Despacho de 19.12.2012, designadamente, se o mesmo havia sido proferido no sentido de ser rejeitado o recurso hierárquico apresentado, mantendo-se as deliberações do júri contidas no relatório final ou, se pelo contrário, o Despacho seria no sentido de acolher o constante da sua pronúncia relativamente ao recurso hierárquico, revogando-se a decisão de contratar.



- 19.** Em 08.01.2013 foi elaborada, pelo Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, a informação n.º 1/PCG/2013 solicitando esclarecimentos sobre o motivo e a fundamentação legal para o afastamento de duas empresas concorrentes, uma delas já notificada da decisão de adjudicação, designadamente se havia ocorrido incumprimento dos deveres de natureza pré-contratual. Foi, ainda, solicitada informação quanto às consequências financeiras que comportaria o afastamento de um concorrente notificado da decisão de adjudicação, caso inexistisse fundamento de facto e de direito para o seu afastamento.
- 20.** Em 17.01.2013 a GNR pronunciou-se no sentido de que a decisão de adjudicação era passível de revogação, quando sustentada em ilegalidade e dentro do prazo estipulado, nos termos dos artigos 141.º e 145.º do CPA, sendo que à data já havia decorrido o prazo para o indeferimento tácito nos termos do artigo 274.º do CCP. Quanto às consequências financeiras informou que a não celebração de um contrato na sequência de uma adjudicação válida implicaria a responsabilidade pré-contratual imputável à Administração.
- 21.** Em 31.01.2013 o Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, através do ofício n.º 725/2013 dirigido ao Comandante-Geral da GNR, veio sublinhar *a completa autonomia e independência que o Júri, uma vez legalmente constituído, beneficia no âmbito de qualquer procedimento de natureza concursal, competindo à entidade em quem delegou todas as competências para gestão do concurso público em causa decidir em conformidade.*
- 22.** Por Despacho de 05.06.2013 do Comandante-Geral da GNR exarado na informação n.º 91/DRL/DA/13, de 27.05.2013, foi aprovada a minuta do contrato.
- 23.** Em 21.06.2013 foi celebrado o contrato para “Aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna”, com a empresa SDT – Eletrónica, S.A. em 21.06.2013, pelo montante de € 364.098,08, acrescido de IVA.



24. Em sessão diária de visto de 21.08.2013 foi decidido devolver o contrato ao Comando-Geral da GNR para que *justifique como considera, face aos princípios da concorrência e da igualdade – núcleo central dos princípios da contratação pública – ter admitido a concurso uma proposta relativamente à qual existiam provas materiais de que a mesma consubstanciava o falseamento da concorrência.*

25. No seguimento da devolução do contrato, veio a GNR, por ofício nº 5238/GGCG, de 09.09.2013, alegar o seguinte:

1. *Da publicitação do concurso à admissão das propostas:*
 - a. *O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato foram definidos previamente à abertura do procedimento e foram dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura;*
 - b. *O concurso público foi publicitado no Diário da Republica, n.º 172, II Série, de 5 de setembro de 2012, através do anúncio n.º 3476/2012, e no Suplemento do Jornal Oficial da União Europeia com a referência 2012/S 172-284308, de 07 de setembro de 2012, em cumprimento do n.º 1 do art.º 130.º e art.º 131.º, ambos do CCP;*
 - c. *Para além da publicitação referida na alínea anterior, as peças do procedimento foram ainda disponibilizadas na plataforma eletrónica de contratação pública Vortalgov e no sítio da GNR;*
 - d. *Após a análise das propostas e a aplicação do critério de adjudicação, o júri do concurso elaborou o relatório preliminar no qual propôs a ordenação das mesmas e respetivas exclusões, devidamente fundamentadas, em cumprimento do n.º 1 e n.º 2 do art.º 146.º do CP.*
 - e. *O júri do concurso enviou o relatório preliminar a todos os concorrentes, fixando-lhes o prazo de 5 dias para que se pronunciassem, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia, nos termos do art.º 147.º, conjugado com o n.º 1 do art.º 123.º do CCP;*
 - f. *No prazo estabelecido o concorrente "Elbit, Lda.", efetuou observações no âmbito da audiência prévia, nomeadamente no que concerne:*
 - i. *À autorização para o exercício da atividade de comércio ou indústria de bens e tecnologias militares, nos termos da Lei n.º 49/2009, de 05 de agosto;*
 - ii. *Às propostas apresentadas pelos concorrentes "SDT - Electrónica, S.A." e "Sointel";*
 - g. *O júri ponderou as observações do concorrente suprarreferido e considerou que não lhe assistia razão, tendo elaborado o relatório final, mantendo e fundamentando as conclusões do relatório preliminar, no que tange à exclusão e ordenação das propostas, em cumprimento do disposto no n.º 1 do art.º 148, do CCP;*
 - h. *Constata-se assim que, o júri do concurso admitiu a proposta do concorrente "SDT - Electrónica, S.A.", uma vez que, não verificou quaisquer provas materiais de que a mesma consubstanciava o falseamento da concorrência.*



Tribunal de Contas

2. Da aprovação do relatório final à decisão de adjudicação:

- ã. Por Despacho de 22.11.2012, do Exmo. Tenente-General Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana, exarado na Informação n.º 422/DRL/DA/12, de 19.11.2012, foi aprovado o relatório final, em conformidade com o proposto pelo júri do concurso, e prolatada a decisão de adjudicação que recaiu sobre a empresa "SDT - Electrónica, S.A."*
- b. Em 29.11.2012, o concorrente "Elbit, Lda." impugnou, dentro do prazo legal, a decisão de adjudicação referida no ponto anterior, evocando que:*
- i. As propostas apresentadas pelos concorrentes "SDT - Electrónica, S.A." e "Sointel", deveriam ser excluídas, uma vez que se tratava de um "agrupamento";*
- ii. Detinha autorização para o exercício da actividade de comércio ou indústria de bens e tecnologias militares, nos termos da Lei n.º 49/2009, de 05 de agosto;*
- c. Considerando que o júri do procedimento havia terminado as suas funções, nos termos do art.º 69.º do CCP, o Exmo. Tenente-General Comandante Geral da GNR, submeteu à consideração de Sua. Ex.- o Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, uma Pronúncia sobre a impugnação administrativa concorrente suprarreferido, datada de 17.12.2012, propondo:*
- i. O indeferimento da impugnação administrativa e a manutenção da decisão de exclusão da proposta do concorrente "Elbit, Lda.", nos termos do Despacho de 22.11.2012;*
- ii. A exclusão da proposta do concorrente "SDT - Electrónica, S.A." e da proposta do concorrente "Sointel, Lda.", nos termos da alínea h), n.º 1, do art.º 16.º do programa do concurso e alínea g), n.º 2, do art.º 70.º do CCP, tendo por base os fatos constantes nos pontos 4 a 12 da Pronúncia;*
- iii. A não adjudicação, considerando que todas as propostas seriam excluídas, pelo que nos termos da alínea b), n.º 1, do art.º 79.º, conjugado com o n.º 1 do art.º 80.º, ambos do CCP, deveria ser revogada a decisão de contratar objeto do Despacho de 23.08.2012, de Sua Ex.ª Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna.*
- d. Considerando o Despacho, de 19.12.2012, de Sua. Ex. P- o Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, que recaiu sobre a Pronúncia, e atendendo à clarificação obtida desse mesmo Despacho, através do ofício n.º 725/2013, de 31.01.2013, veio o Gabinete de Sua Ex. o Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, sublinhar a completa autonomia e independência do júri, uma vez legalmente constituído, reforçando que compete à entidade em quem delegou todas as competências, in casu, Exmo. Tenente-General Comandante-Geral da GNR, a gestão do concurso público em causa decidir em conformidade;*
- e. Atendendo que o júri do procedimento havia admitido a proposta do concorrente "SDT - Electrónica, S.A." e considerando o Despacho, de 19.12.2012, de Sua. Ex.ª o Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, entendeu o Exmo. Tenente-General Comandante-Geral da GNR dar continuidade à tramitação processual, aprovando a minuta do contrato a celebrar com o adjudicatário "SDT - Electrónico, S.A."*

2. Da aplicação dos princípios da contratação pública:

- a. Princípio da transparência e da publicidade:*
- i. O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato foram definidos previamente*



Tribunal de Contas

à abertura do procedimento e foram dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura;

- ii Nesta conformidade, o concurso público foi publicitado no Diário da Republica, n.º 172, II Série, de 5 de setembro de 2012, através do anúncio n.º 3476/2012, e no Suplemento do Jornal Oficial da União Europeia com a referência 2012/5 172-284308, de 07 de setembro de 2012, em cumprimento do n.º 1 do art.º 130º e art.º 131.º, ambos do CCP;*
- iii Para além da publicitação referida na alínea anterior, as peças do procedimento foram ainda disponibilizadas na plataforma eletrónica de contratação pública Vortalgov e no sítio da GNR.*

b. Princípio da concorrência:

- i. Na formação do contrato foi garantido o mais amplo acesso ao procedimento de aquisição, em cumprimento do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e da Lei n.º 49/2009, de 05 de agosto;*
- ii Portanto, para o procedimento de aquisição em apreço foram consultados o maior número de interessados, em respeito pelo que a lei imponha.*

C. Princípio da igualdade:

- i. Na formação do contrato em apreço foram proporcionadas iguais condições de acesso e de participação a todos os interessados, segundo critérios que traduziam juízos de valor dos aspetos decisivos para contratar, em alinhamento com o objeto específico do contrato, em cumprimento do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e da Lei n.º 49/2009, de 05 de agosto;*
- ii. Iniciado o procedimento, não foi feita discriminação de qualquer natureza entre os interessados em contratar nem foi efetuada qualquer interpretação das regras que disciplinam a contratação suscetível de determinar uma discriminação entre os concorrentes e aqueles que não apresentaram candidaturas ou propostas, cumprindo estritamente o que a lei impunha;*
- iii. Acresce referir, que o cumprimento da Lei n.º 49/2009, de 05 de agosto, afastou a participação do concorrente "Elbit, Lda.". Por parecer da DGAEID/MDN apenas "as empresas que estejam autorizadas ao abrigo do art. 14.º da lei n.º 49/2009 e portanto sediadas na União Europeia, podem exercer atividades de comércio de bens e tecnologias militares, o que não é o caso da Elbit, podendo esta ser representada por uma empresa da EU registado na base de dados do MDN de Portugal, o que também não é o caso". O parecer da DGAEID/MDN refere ainda que "Fazendo uma interpretação mais abrangente a este art. 14.º, se uma empresa da EU, para poder concorrer a este tipo de concurso necessita encontrar-se registado no nosso MDN, a lei n.º 49/2009 não permite o acesso direto a uma empresa sediada fora da EU."*

4. Da subsunção dos fatos:

- a. Face a tudo que foi exposto, designadamente na Pronúncia sobre a impugnação administrativa, aludida em c) do ponto 2, a decisão Exmo. Tenente-General Comandante-Geral da GNR assentou nos seguintes fatores preponderantes:*
 - í. Na admissão da proposta do concorrente "SDT - Electrónica, S.A.", pelo júri do concurso;*
 - ii. Nos Despachos de Sua. Ex.ª o Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Administração Interna, em que sublinhou a completa autonomia e independência do júri, uma vez legalmente constituído;*



Tribunal de Contas

iii. *No dever de adjudicação, salvaguardando a possível indemnização a pagar aos concorrentes, nos termos do disposto no art.º 76.º do CCP.*

*

A questão em apreciação, face à matéria de facto em causa e às competências deste Tribunal, consubstancia-se essencialmente em saber se o contrato em apreciação tem na sua base um procedimento compatível com as normas e princípios concorrenciais a que têm que estar sujeitos os procedimentos da contratação pública, face ao disposto nos artigos 1º n.º 4 e 70º n.º 2 alínea g) do CCP.

*

Uma brevíssima análise do regime geral da contratação pública indica que a transparência, a igualdade e a concorrência são atualmente os três grandes princípios que moldam o regime da contratação pública, em todas as suas dimensões.

Só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal.

Esta dimensão “principalista” está tipificada e desenvolvida, no que respeita ao CCP em variadíssimas normas das quais se salientam o artigo 1º n.º 4 que refere que «à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência».

Importa sublinhar que toda a dimensão normativa da concorrência deve referir-se sempre à concorrência efetiva e, por isso, a aplicação do princípio na contratação pública tem uma dimensão ampla que vai além das relações entre o concorrente e o adjudicante mas abrange igualmente as relações horizontais entre os concorrentes ou os candidatos, impondo-lhes ou proibindo-lhes entre si certos comportamentos» (cf. neste sentido Rodrigo Esteves de Oliveira, «Princípios Gerais da Contratação Pública», in *Estudos de Contratação Pública*, I, p.66).



Tribunal de Contas

A nível normativo sublinhe-se o que dispõe a alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP ao determinar a exclusão das propostas sempre que se verifiquem fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência, bem assim o n.º 2 do artigo 54.º do CCP, que determina que os membros de um agrupamento concorrente não podem ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente.

Nesse sentido, e já com relevância para a matéria em apreciação nos presentes autos, há que atentar na dimensão da garantia da concorrência nos casos em que estamos em presença de concorrentes que se inserem em sociedades integrantes de um mesmo grupo.

Trata-se, neste âmbito, de relevar os riscos existentes a nível do respeito dos princípios que subjazem à contratação pública, máxime os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, quando se apresentam no processo esse tipo de sociedades, tendo em conta a estreita ligação que existe entre elas.

As questões dogmáticas que se suscitam na compatibilização dos princípios da contratação com a admissibilidade de concorrentes que se encontram em grupos societários ou em situação factualmente conexa, são complexas e têm sido objeto de apreciação jurisprudencial diversificada.

No que respeita à jurisprudência europeia do TJUE, o acórdão *Assitur*, de 19 de maio de 200 é a decisão que tem marcado a jurisprudência sobre a matéria, ainda que não tenha pretensões de abarcar todas as situações e sobretudo dar resposta a todos os problemas. Salienta-se, deste acórdão e com relevância, a questão da direção unitária das empresas (ou do grupo de empresas) como elemento indiciador claro de uma situação que evidencia a existência de perturbação da concorrência.

Sublinhe-se que segundo o acórdão, quando «*a relação de domínio entre as empresas afectadas não tem qualquer incidência sobre o comportamento destas no âmbito de tais processos*» não parece haver colisão com as regras da concorrência. Importante é que, ainda segundo aquela jurisprudência, «*saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso (...). A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão*».



Tribunal de Contas

A nível nacional tanto o Tribunal de Contas, como o Supremo Tribunal Administrativo e os Tribunais Centrais Administrativos têm já alguma jurisprudência sobre a matéria. Sublinhe-se o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 96/2009, de 28 de Abril, 1.ªS/SS, ainda que incida em questão de facto um pouco diferenciada da matéria em apreciação nos autos.

Do conjunto de princípios que se exigem, em termos de garantia da concorrência no domínio da contratação pública, saliente-se a necessidade de manter e exigir a integridade de um procedimento, «evitando que os concorrentes cedam a dados relativos às outras ofertas, com prejuízo da concorrência», conforme refere Ana Perestrelo Oliveira («Os grupos de sociedades na contratação pública: em torno da jurisprudência europeia e nacional sobre a exclusão de propostas em concursos públicos», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II, 2010 n.º 3 e 4.).

A integridade de um procedimento deve impedir que a influência ou o conhecimento das propostas de outro concorrente se torne afinal numa aparente concorrência.

Efetuada este excursão sobre a dimensão jurídica do que está em causa vejamos, sinteticamente, o caso em apreço.

No procedimento que levou à concretização do contrato em apreciação, os n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do programa do procedimento estabelecia que podiam ser concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou coletivas, sendo que os membros de um agrupamento concorrente não poderiam ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente.

Apresentaram-se seis propostas concorrentes.

Do relatório preliminar de análise de propostas, resulta que das seis propostas concorrentes apenas uma ficou admitida a concurso, a da empresa SDT, Eletrónica, SA.

Em sede de audiência prévia pronunciou-se uma empresa excluída do concurso, no sentido de que a proposta admitida se encontrava assinada pela mesma pessoa que, também, assinava a proposta de outra empresa concorrente. Concretamente as propostas eram assinadas por Bertrand Hely Bernard Bouet, sócio gerente da Sointel Lda. e Presidente do Conselho de Administração da SDT.

Foi proposta a adjudicação à única empresa admitida a SDT Eletrónica, SA.

Após reclamação de um dos concorrentes, o júri deliberou manter a deliberação já tomada, negando provimento à reclamação apresentada pela reclamante pelo facto das



Tribunal de Contas

empresas SDT,SA e Sointel, Lda. se terem apresentado a concurso individualmente e não em agrupamento.

Em 22.11.2013 foi adjudicada a proposta da única empresa admitida a concurso, a SDT, SA.

A situação factual referida mostra que apesar de não ter sido constituído qualquer agrupamento de empresas, a verdade é que a SDT,SA é titular de uma quota na Sointel, Lda.

A estrutura jurídica e a constituição social de ambas é inequívoca relativamente ao «cruzamento» entre as sociedades ainda que não esteja demonstrado que façam parte de um grupo societário.

Assim, os membros do Conselho de Administração da SDT, SA são Bertrand Hely Bernard Bouet, Hely Henri Jean Bouet e Raul Manuel Ferreira Pascoal Lobato e os sócios gerentes da SOINTEL são a própria SDT, SA e o mesmo Bertrand Hely Bernard Bouet.

Este último assinou, aliás, as propostas das duas empresas.

Como se isso não fosse, só por si, inequivocamente evidenciador de um conhecimento cruzado das propostas que ambas apresentaram, na sua proposta a Sointel, Lda. propunha que a assistência técnica fosse prestada pela SDT,SA.

Do exposto decorre que a empresa adjudicatária teve necessariamente conhecimento das condições contratuais de outra empresa concorrente.

Conforme referem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, (*Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*”, Almedina, pág.100), «*se do processo concursal se puder concluir que um ou mais concorrentes - por inerência dos cargos que exercem no seio das respectivas entidades concorrentes - têm ou podem ter conhecimento, antes do acto público de abertura, de informação acerca de propostas a apresentar por outros concorrentes, que não é facultada aos demais, teremos forçosamente que concluir que tal facto favorece aqueles e desfavorece os que a ou desconhecem*».

A SDT, SA e a Sointel tiveram conhecimento mútuo das suas propostas, quer por via da intervenção pessoal do mesmo representante na assinatura das propostas, quer pela afirmação de que uma das empresas participaria em parte na proposta da outra, através da assistência técnica. Sublinhe-se que esta situação foi constatada pela entidade adjudicante, num primeiro momento.



Tribunal de Contas

Assim sendo é claro que existem concretamente provas materiais de terem ocorrido práticas suscetíveis de falsear a concorrência, uma vez que aqueles concorrentes se apresentaram de forma concertada no concurso público, com conhecimento mútuo do conteúdo das respetivas propostas.

Assim sendo, a proposta da empresa SDT, Lda. deveria ter sido excluída, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, e, por isso não deveria ter sido efetuada a adjudicação nos termos da alínea b) do artigo 79.º do CCP.

Porque cerceadora do princípio da concorrência, como se referiu, a desconformidade do contrato com as normas legais, constitui uma ilegalidade que pode alterar o respetivo resultado financeiro, nos termos do artigo 44.º n.º 3 alínea c) da LOPTC.

Ocorre, em conformidade, fundamento para a recusa do Visto.

IV DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, e nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Subsecção em recusar o visto ao contrato em apreço.

São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Lisboa, 30 de setembro de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Brás)



Tribunal de Contas

Fui presente
O Procurador-Geral adjunto

(José Vicente)