

Acórdãos TCAS**Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul**

Processo: 04105/08
Secção: Contencioso Administrativo - 2º Juízo
Data do Acórdão: 29-01-2009
Relator: Rui Pereira
Descritores: CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL – PROVIDÊNCIA CAUTELAR – EXCLUSÃO DA PROPOSTA – ARTIGO 53º DO DL Nº 197/99, DE 8/6

Sumário:

I – De acordo com o disposto no artigo 53º, nº 1 do DL nº 197/99, de 8/6, "as propostas que resultem de práticas restritivas da concorrência ilícitas devem ser excluídas".

II – A densificação do conceito de prática restritiva da concorrência passa pela interpretação do artigo 4º, nº1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6, que aprovou o regime jurídico da concorrência, onde se dispõe que "São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente as que se traduzam em: [...] a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra e venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa".

III – Através desta disposição legal, o legislador procurou criar mecanismos que contribuam para a livre formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores.

IV – O acto de exclusão da recorrente e da concorrente "Number One" considerou que houve prática concertada entre elas, com base nos seguintes argumentos:

a) Dos preços globais apresentados para cada lote, constata-se uma diferença de apenas 0,12%, 0,06% e 0,12% respectivamente para os lotes 1, 2 e 3;

b) Ao nível dos preços unitários propostos para cada local colocado a concurso, constata-se uma correspondência exacta ao cêntimo de 49% dos casos, sendo que, nas restantes situações as diferenças são na maioria inferior a 1%;

c) Ao nível dos dispositivos [nº de horas e nº de trabalhadores] apresentados nas respectivas propostas técnicas verifica-se, que ambos os concorrentes apresentam para todos os locais objecto de limpeza exactamente o mesmo nº de recursos e de horas aplicáveis;

d) As situações descritas nas alíneas anteriores ganham maior relevo considerando o modelo de adjudicação por lotes [lote 1, lote 2 e lote 3] submetido a concurso, na medida em que nenhuma das empresas concorrentes, poderia ganhar mais do que 2 [dois] lotes, ou seja, a prática concertada entre os dois concorrentes em causa, que resulta indiciada dos factos acima descritos, possibilita na prática a adjudicação da totalidade do objecto do concurso àquelas empresas.

V – A prática concertada entre duas ou mais empresas no âmbito dos procedimentos concursais não necessita da prova material da ligação entre os concorrentes, ou da prova do conhecimento mútuo antecipado das respectivas propostas, mas basta-se com um juízo de objectividade resultante das próprias propostas, traduzido em factos, tendo em conta que as semelhanças em elevado grau ou identidade das mesmas possam contribuir, no caso concreto, para possibilitar a obtenção de ganhos acrescidos no acesso ao mercado por efeito dessa conjugação das propostas.

VI – No caso presente, as semelhanças e identidades entre as duas propostas são tão evidentes que a probabilidade da existência de conjugação de esforços na elaboração das propostas por parte de ambos os concorrentes é mais forte da que resultaria se se estivesse perante simples coincidências compreensíveis, porque baseadas nos mesmos critérios.

Aditamento:

1

Decisão Texto Integral: **ACORDAM EM CONFERÊNCIA NO 2º JUÍZO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL**

I. RELATÓRIO

"C ...– Limpezas Industriais, SA" e "N ...– Limpezas Técnicas e Profissionais, Lda", ambas com os sinais dos autos, intentaram no TAC de Lisboa, ao abrigo

do disposto nos artigos 100º e segs. do CPTA, contra a “**Rede Ferroviária Nacional, Refer, EP**”, uma **Ação Administrativa Especial de Contencioso Pré-Contratual**, impugnando o acto praticado pelo Presidente do Júri do Concurso Público Limitado no Âmbito do Sistema de Qualificação para Prestação de Serviços de Higiene e Limpeza, que determinou a exclusão das propostas por si apresentadas no âmbito do aludido concurso, com o fundamento em práticas restritivas da concorrência.

Por sentença do TAC de Lisboa, datada de 16-4-2008, foi a referida acção julgada improcedente [cfr. fls. 116/131].

Inconformada, veio a “**C ... – Limpezas Industriais, SA**” recorrer jurisdicionalmente para este TCA Sul, tendo para o efeito formulado as seguintes conclusões:

“1 – Vem a recorrente C ...recorrer da douta sentença proferida pelo Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa que julgou improcedente a acção de contencioso pré-contratual interposta para impugnação do acto de exclusão da sua proposta do concurso Público promovido pela REFER para prestação de serviços de limpeza, com fundamento em práticas restritivas da concorrência.

2 – Com o devido respeito, a recorrente não se conforma com a decisão recorrida, porquanto a douta sentença não fez uma correcta interpretação e análise, em confronto com a factualidade levada aos autos, entre outros, no disposto nos artigos 53º do DL nº 197/99, e 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11 /6.

3 – Dos factos que ficaram provados apenas se permite concluir, que existem semelhanças entre as propostas da concorrente Conforlimpa e da N ...mas não se vislumbra em que medida tais semelhanças podem evidenciar um conluio mal intencionado vocacionado para restringir ou impedir que outros concorrentes possam livremente e de forma transparente e não constrangida apresentar também as suas propostas num mercado que se pretende ser LIVRE mas não desregrado.

4 – Não é pelo facto de ambas as concorrentes excluídas terem apresentado propostas para cada um dos três Lotes que evidencia um conluio, o Programa do Concurso assim o permite assim como o Princípio da Igualdade e da concorrência não podendo o júri fazer qualquer discriminação, quer positiva, quer negativa entre os concorrentes que apresentam candidaturas ou propostas para todos os serviços e aqueles que apresentam só para alguns, permitindo o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar – “ex vi” artigos 9º e 10º do DL nº 197/99, de 8/6.

5 – O júri do concurso, refere que as propostas das concorrentes apresentavam os preços mais baixos para todos os lotes, mas não explicou em que medida esses preços influem o preço das demais concorrentes que, aliás, não conheciam antes do acto público de abertura de todas as propostas.

6 – As propostas apresentadas pela C... respeitam todos os elementos e critérios exigidos no Caderno de Encargos e Programa do Concurso, sendo que os diversos elementos [preços unitário, número de horas propostas, quantidade de trabalhadores e categorias profissionais] as quais também têm em conta a estrutura e dimensão dos edifícios objecto do concurso bem como os usos e os critérios comerciais da Autora.

7 – Se existem semelhanças entre a proposta da Conforlimpa e a proposta da N..., as mesmas resultam provavelmente de uma melhor [ou pior] avaliação

dos locais objecto da prestação dos futuros serviços de limpeza a adjudicar e dos critérios fixados no Caderno de Encargos.

8 – A Lei de Defesa da Concorrência, no seu artigo 4º, define e enumera taxativamente os casos em que são proibidos os acordos de empresas ou práticas concertadas que visem falsear, impedir, ou restringir a concorrência, sendo que no mesmo dispositivo não resulta que o facto de duas empresas se apresentarem com preços semelhantes se possa daí retirar a conclusão que se conluiaram em prejuízo dos demais concorrentes.

9 – Nos termos do artigo 53º do DL nº 197/99, de 8/6, devem existir indícios sérios de práticas restritivas de concorrência.

10 – Este artigo impõe que exista um fundamento suficiente e convincente, baseando-se num raciocínio não falacioso ou presuntivo, para se excluir as propostas sendo que em relação a estas, tem que haver uma forte presunção de conluio entre os concorrente e, mais, que esse conluio vise deturpar os preços apresentados, e, JÁ CONHECIDOS PREVIAMENTE.

11 – Nenhum facto é alegado ou provado que permita concluir pela existência de uma qualquer LIGAÇÃO entre a Conforlimpa e a NUMBER ONE, à excepção de meras a sua alta ou a sua baixa [artigo 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6].

12 – A recorrente Conforlimpa nem sequer conhecia o preço das propostas que as suas concorrentes iriam a apresentar em concurso [nem sabia que concorrentes iriam apresentar propostas], o que só ficou a saber no ACTO PÚBLICO DE ABERTURA DAS PROPOSTAS!!

13 – Teria o júri do concurso de alegar factos suficientemente convincentes e fortes que permitissem concluir que a CONFORLIMPA induziu artificialmente a alta ou a baixa dos preços.

14 – Teria que alegar e provar que os preços apresentados pelas concorrentes EXCLUÍDAS apresentavam-se com preços anormalmente baixos com os quais mais nenhuma empresa poderia competir, ou, apresentando-os corriam o risco de pôr em causa a sua solvência.

15 – Sendo critério relevante para adjudicação o do preço mais baixo [90%], teria o júri de mostrar em que medida as semelhanças das propostas ou dos preços unitários, poderiam influir na concorrência: por exemplo, o facto das concorrentes se apresentarem, conjuntamente, com preços anormalmente deflacionados, o que não é o caso.

16 – Em face do que não se verificam os pressupostos da aplicação das disposições legais já identificadas, nomeadamente os artigos 53º do DL nº 197/99, e 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6, sendo também ilegal a decisão recorrida que manteve o acto impugnado.

17 – Deveria a douta sentença ter anulado o acto de exclusão da proposta de Conforlimpa, porquanto não foram demonstrados indícios sérios e convincentes que permitam concluir pela prática restritiva da concorrência, demonstrando-se a tremenda INJUSTIÇA do afastamento da recorrente do concurso aqui em evidência que suportou custos e todo fez para poder apresentar uma proposta que satisfizesse de forma plena o INTERESSE PÚBLICO” [cfr. fls. 151/160].

Nas contra-alegações apresentadas, a “**Rede Ferroviária Nacional, Refer, EP**”, concluiu no sentido do recurso não merecer provimento [cfr. fls. 177/182]. O Digno Magistrado do Ministério Público junto deste TCA Sul emitiu douto parecer, no qual defende que o recurso não merece provimento, merecendo por isso a sentença ser confirmada [cfr. fls. 194/195].

Com dispensa dos vistos, vêm os autos à conferência para julgamento.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

A sentença recorrida considerou assentes – sem qualquer reparo – os seguintes factos:

- i.* As autoras, que têm por objecto social a prestação de serviços de higiene e limpeza, foram convidadas pela “*Rede Ferroviária Nacional – REFER, EP*” para apresentarem propostas no âmbito do concurso público limitado denominado «*Sistema de Qualificação para Prestação de Serviços de Higiene e Limpeza para a REFER, EP*», o qual foi publicado no DR nº 298, 3ª Série, de 27-12-2003, e no JOCE nº 244/2003, de 18-12-2003 [artigos 1º e 2º das petições iniciais, não impugnados; teor da Carta Convite da Direcção de Contratualização, Procurement e Logística da Rede Ferroviária Nacional – REFER, EP constante do processo administrativo junto ao processo apenso – Doc. 1];
- ii.* Antes da apresentação das propostas todas as concorrentes convidadas fizeram visitas aos locais onde os serviços iriam decorrer, tendo sido solicitados alguns esclarecimentos ao nível de frequência das limpezas [limpeza geral limpeza de vidros], locais a limpar, número de utilizadores de WC públicos nas Estações, limpeza de vidros inacessíveis em algumas estações, áreas administrativas a limpar, esclarecimentos que foram prestados pelo júri quer nas actas das visitas, quer através de ofício datado de 22-8-2007 [artigo 3º das petições iniciais, não impugnado];
- iii.* A prestação de serviços de limpeza a concurso tem por objecto a adjudicação em 3 lotes: Lote 1 – Área Geográfica do Norte; Lote 2 – Área Geográfica do Centro; Lote 3 – Área Geográfica do Sul. As concorrentes poderiam apresentar propostas para todos os lotes a concurso ou, em alternativa, apenas para um ou dois lotes à escolha [artigos 5º e 6º das petições iniciais, não impugnados; teor da Carta Convite da Direcção de Contratualização, Procurement e Logística da Rede Ferroviária Nacional – REFER, EP, bem como do Programa do Concurso, constantes do processo administrativo junto ao processo apenso – Doc. 1];
- iv.* O critério de adjudicação fixado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os seguintes factores: Preço Global por Lote – 90%; Controlo da realização do serviço e gestão do contrato – 10%. A ponderação de cada um dos factores consta do ponto 15.1 do programa do concurso, o qual se dá por reproduzido, [processo administrativo junto ao processo apenso – Doc. 1];
- v.* Do ponto 15.2 do programa do concurso, o qual se dá por integralmente reproduzido, consta que “*A cada concorrente serão adjudicados no máximo dois lotes dos três a concurso*” [processo administrativo junto ao processo apenso – Doc. 1];
- vi.* Cada uma das autoras apresentou 3 propostas, uma para cada um dos 3 lotes a concurso, as quais se dão por reproduzidas [processo administrativo junto aos autos];
- vii.* Através de ofícios de 28-9-2007, subscritos pelo presidente do júri do concurso, as autoras [N ...– ofício nº 419299/CPL; C... – ofício nº 419293/CPL] foram notificadas da intenção do júri do concurso de excluir as respectivas propostas com o fundamento em práticas restritivas da concorrência, sendo o teor dos ofícios o seguinte:
“*Assunto: Concurso Limitado no âmbito do Sistema de Qualificação para a*

Prestação de Serviços de Higiene e Limpeza na REFER.

Em cumprimento do disposto no artigo 41º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, vimos por este meio notificar V. Ex^{as} da proposta de exclusão com fundamento em práticas restritivas da concorrência, da vossa proposta do concurso mencionado em epígrafe.

Para o efeito, remete-se documento contendo os fundamentos para a exclusão [anexo I], devendo essa empresa, querendo, pronunciar-se no prazo de cinco dias úteis." [fls. 6 dos autos e fls. 31 do processo apenso].

viii. O referido Anexo I, com o título "Os Fundamentos para a exclusão", é composto por uma Informação/Proposta Nº 401908/CPL, subscrita pelo Presidente do Júri do Concurso, datada de 12 de Setembro de 2007, dirigida à Direcção de Contratualização, Procurement e Logística, Sr. Drª Arnalda Ramos, do seguinte teor:

"Assunto: Concurso Limitado no âmbito do sistema de qualificação para a Prestação de Serviços de Higiene e Limpeza para a REFER, EP. No âmbito do Concurso Limitado para a prestação de serviços de higiene e limpeza para a REFER, EP, aprovado por despacho do CA em sessão realizada em 9-8-2007, verificou o Júri do Concurso em sede de análise de propostas uma situação passível de enquadramento no regime legal de práticas restritivas da concorrência.

Tal situação reporta-se aos concorrentes 3 e 4, respectivamente a Number One, Lda e C...S.A., os quais apresentaram os preços mais baixos para os 3 [três] lotes a concurso, traduzindo-se fundamentalmente nos seguintes factos:

a) Dos preços globais apresentados para cada lote, constata-se uma diferença de apenas 0,12%, 0,06% e 0,12% respectivamente para os lotes 1, 2 e 3;

b) Ao nível dos preços unitários propostos para cada local colocado a concurso, constata-se uma correspondência exacta ao cêntimo de 49% dos casos, sendo que, nas restantes situações as diferenças são na maioria inferior a 1%;

c) Ao nível dos dispositivos [nº de horas e nº de trabalhadores] apresentados nas respectivas propostas técnicas verifica-se, que ambos os concorrentes apresentam para todos os locais objecto de limpeza exactamente o mesmo nº de recursos e de horas aplicáveis;

d) As situações descritas nas alíneas anteriores ganham maior relevo considerando o modelo de adjudicação por lotes [lote 1, lote 2 e lote 3] submetido a concurso, na medida em que nenhuma das empresas concorrentes, poderia ganhar mais do que 2 [dois] lotes, ou seja, a prática concertada entre os dois concorrentes em causa, que resulta indiciada dos factos acima descritos, possibilita na prática a adjudicação da totalidade do objecto do concurso àquelas empresas.

Pelo acima exposto é entendimento do Júri do Concurso propor a aplicação do regime previsto no nº 1 do artigo 53º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, no sentido da exclusão das propostas dos concorrentes nºs 3 e 4, prosseguindo o concurso com os restantes concorrentes, bem como com a participação à Autoridade da Concorrência nos termos do previsto no nº 2 do artigo 24º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, para eventual instauração de processo contra-ordenacional.

Solicita-se assim a aprovação para os procedimentos propostos. Com os melhores cumprimentos".

ix. Em Anexo a esta Informação/Proposta Nº 401908/CPL consta um "Mapa de Valores do Concurso", como segue:

Mapa de Valores a Concurso

Nº	LISTA DOS CONCORRENTES NOME	Valor mensal		
		Lote 1	Lote 2	Lote 3
1	S..., S.A.	21.937,18 €	103.124,67 €	23.458,05 €
2	E..., Lda	19.842,30 €	88.261,92 €	18.841,32 €
3	N..., Lda	11.427,69 €	79.052,67 €	17.815,00 €
4	C..., S.A.	11.413,85 €	79.008,50 €	17.793,50 €
5	I..., S.A.	27.300,00 €	84.310,00 €	18.755,00 €
6	I..., Lda	16.712,02 €	86.180,50 €	20.819,71 €
7	C..., S.A.	39.962,00 €	137.697,00 €	39.487,00 €
8	S..., S.A.	24.367,39 €	105.857,48 €	24.076,37 €

x. As autoras pronunciaram-se por escrito sobre a proposta de decisão de as excluir do concurso [artigo 12º das petições iniciais, não impugnados; doc. nº 3, junto com a petição da autora Conforlimpa, a fls. 36/39 do processo apenso];

xi. Através do ofício nº 439882/CPL, de 19-10-2007, subscrito pelo presidente do júri do concurso, a autora "N ...– *Limpezas Técnicas Profissionais, Lda*" foi notificada do acto definitivo da sua exclusão, sendo o teor desse ofício o seguinte:

"Assunto: Concurso Limitado no âmbito do Sistema de Qualificação para a Prestação de Serviços de Higiene e Limpeza na REFER, E.P.

Exm^{as} Srs.

Apreciada a pronúncia tempestivamente apresentada por essa empresa, verifica-se que da mesma não constam quaisquer fundamentos de facto nem de direito susceptíveis de alterar o entendimento do Júri, quanto à constatação do facto de a vossa proposta resultar de práticas restritivas da concorrência ilícitas. Pelo que, consideram-se aqui integralmente reproduzidos os fundamentos evocados pelo Júri no anexo 1 à carta que vos foi anteriormente enviada [nº 419299/CPL, de 2-10-2007], realçando ainda o entendimento de que a situação controvertida se enquadra na previsão normativa do nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho [Lei que aprova o regime jurídico da concorrência], designadamente a sua alínea a). Nesses termos, somos a transmitir a decisão definitiva de exclusão da proposta apresentada pela N ...[Despacho do Conselho de Administração de 18-10-2007] ao abrigo das disposições conjugadas do nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, e do nº 1 do artigo 53º do DL nº 197/99, de 8 de Junho" [fls. 19 dos autos].

xii. Através do ofício nº 439884/CPL, de 19-10-2007, subscrito pelo presidente do júri do concurso, a autora "C ...– *Limpezas Industriais, SA*" foi notificada do acto definitivo da sua exclusão, sendo o teor desse ofício o seguinte:

"Assunto: Concurso Limitado no âmbito do Sistema de Qualificação para a Prestação de Serviços de Higiene e Limpeza na REFER, E.P.

Exm^{as} Srs.

Apreciada a pronúncia tempestivamente apresentada por essa empresa, verifica-se que da mesma não constam quaisquer fundamentos de facto nem de direito susceptíveis de alterar o entendimento do Júri, quanto à constatação do facto de a vossa proposta resultar de práticas restritivas da

concorrência ilícitas. Pelo que, consideram-se aqui integralmente reproduzidos os fundamentos evocados pelo Júri no anexo 1 à carta que vos foi anteriormente enviada [nº 419293/CPL, de 2-10-2007], realçando ainda o entendimento de que a situação controvertida se enquadra na previsão normativa do nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho [Lei que aprova o regime jurídico da concorrência], designadamente a sua alínea a). Nesses termos, somos a transmitir a decisão definitiva de exclusão da proposta apresentada pela Conforlimpa [Despacho do Conselho de Administração de 18-10-2007] ao abrigo das disposições conjugadas do nº 1 do artigo 4º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, e do nº 1 do artigo 53º do DL nº 197/99, de 8 de Junho." [fls. 42 do processo apenso].

III. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

No ataque que dirige à sentença recorrida, sustenta a recorrente “Conforlimpa” que nenhum facto é alegado ou provado que permita concluir pela existência de uma qualquer ligação entre a si e a “Number One”, à excepção de meras conjecturas sobre a indução artificial da alta ou baixa dos preços constantes das suas propostas [artigo 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6], acrescentando mesmo que nem sequer conhecia o preço das propostas que as suas concorrentes iriam a apresentar em concurso [nem sabia que concorrentes iriam apresentar propostas], o que só ficou a saber no acto público de abertura das propostas. Assim, teria o júri do concurso de alegar factos suficientemente convincentes e fortes que permitissem concluir que a recorrente induziu artificialmente a alta ou a baixa dos preços, e alegar e provar que os preços apresentados pelas concorrentes excluídas se apresentavam anormalmente baixos, com os quais mais nenhuma empresa poderia competir ou, apresentando-os, corriam o risco de pôr em causa a sua solvência. Ora, sendo o critério relevante para adjudicação o do preço mais baixo [90%], teria o júri de mostrar em que medida as semelhanças das propostas ou dos preços unitários, poderiam influir na concorrência: por exemplo, o facto das concorrentes se apresentarem, conjuntamente, com preços anormalmente deflacionados, o que não é o caso.

Daí que, conclua a recorrente que não se verificam os pressupostos da aplicação das disposições legais já identificadas, nomeadamente os artigos 53º do DL nº 197/99, e 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6, sendo também ilegal a decisão recorrida que manteve o acto impugnado.

Vejamos se lhe assiste razão.

Para assim decidir, a sentença recorrida adoptou a seguinte fundamentação jurídica:

“Cumpre agora apreciar o vício de violação de lei, por errónea qualificação jurídica ou erro nos pressupostos de aplicação dos artigos 53º do DL nº 197/99, de 8/6, e do artigos 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6, também invocado pelas autoras.

Alegam que entre elas não existe, nem nunca existiu qualquer acordo de práticas concertadas restritivas da concorrência, pelo que o júri não tinha legitimidade para presumir o conluio entre ambas por se verificarem pequenas diferenças de preços nas respectivas propostas.

[...]

A autora “C ...– Limpezas Industriais, SA” alega também que o júri do concurso não fundamenta os critérios legais em que se baseou para concluir pelo acordo concertado entre as duas empresas e que a análise feita poderia

também aplicar-se às propostas das empresas "Number One" e "Iberlim", relativamente ao Lote 3, e das empresas "Iberlim" e "ISS" ao Lote 2.

No artigo 53º, nº 1 do DL nº 197/99, de 8/6, disposição invocada pela decisão impugnada para a exclusão das propostas das autoras, estipula-se o seguinte: "As propostas que resultem de práticas restritivas da concorrência ilícitas devem ser excluídas".

Há, assim, que determinar o conteúdo do conceito de prática restritiva da concorrência para aferir da ocorrência dessa situação no caso presente, o que passa pela interpretação do artigo 4º da Lei nº 18/2003, de 11/6, a qual aprovou o regime jurídico da concorrência. Nessa disposição legal, sobe a epígrafe "práticas proibidas", dispõe-se:

"1 – São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente as que se traduzam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra e venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa".

Através desta disposição legal, bem como das restantes proibições elencadas nas alíneas do referido artigo 4º, nº 1 da Lei nº 18/2003, de 8/6, das regras relativas ao abuso da posição dominante [artigo 6º], abuso de dependência económica [artigo 7º], concentração de empresas [artigo 8º] e auxílios estatais [artigo 13º], o legislador procurou criar mecanismos que contribuam para a livre formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores.

Da disposição legal acima transcrita resulta claramente que constitui uma prática proibida a prática concertada entre empresas, qualquer que seja a forma que revista, que tenha como objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado.

No caso presente, a decisão impugnada considerou que houve prática concertada entre as duas empresas em causa e ora autoras, com base nos seguintes argumentos:

a) Dos preços globais apresentados para cada lote, constata-se uma diferença de apenas 0,12%, 0,06% e 0,12% respectivamente para os lotes 1, 2 e 3;

b) Ao nível dos preços unitários propostos para cada local colocado a concurso, constata-se uma correspondência exacta ao cêntimo de 49% dos casos, sendo que, nas restantes situações as diferenças são na maioria inferior a 1%;

c) Ao nível dos dispositivos [nº de horas e nº de trabalhadores] apresentados nas respectivas propostas técnicas verifica-se, que ambos os concorrentes apresentam para todos os locais objecto de limpeza exactamente o mesmo nº de recursos e de horas aplicáveis;

d) As situações descritas nas alíneas anteriores ganham maior relevo considerando o modelo de adjudicação por lotes [lote 1, lote 2 e lote 3] submetido a concurso, na medida em que nenhuma das empresas concorrentes, poderia ganhar mais do que 2 [dois] lotes, ou seja, a prática concertada entre os dois concorrentes em causa, que resulta indiciada dos

factos acima descritos, possibilita na prática a adjudicação da totalidade do objecto do concurso àquelas empresas.

As autoras, nas suas alegações vertidas na petição inicial, não põem em causa a veracidade das percentagens apontadas, nem dos factos indicados quanto à identidade das duas propostas, facto que aliás são indesmentíveis pelo simples cotejo entre elas, mas alegam que as semelhanças e correspondências entre as propostas não configuram uma situação de conluio, recusando o enquadramento do caso como prática restritiva da concorrência ilícita.

A prática concertada entre duas ou mais empresas no âmbito dos procedimentos concursais não necessita da prova material da ligação entre os concorrentes, como parecem entender as autoras, ou da prova do conhecimento mútuo antecipado das respectivas propostas, mas basta-se com um juízo de objectividade resultante das próprias propostas, traduzido em factos, tendo em conta que as semelhanças em elevado grau ou identidade das mesmas possam contribuir, no caso concreto, para possibilitar a obtenção de ganhos acrescidos no acesso ao mercado por efeito dessa conjugação das propostas.

Ora, no caso presente, as semelhanças e identidades entre as duas propostas são de tal monta que é muito mais provável que tenha havido conjugação de esforços na elaboração das propostas por parte de ambos os concorrentes do que se esteja perante simples coincidências compreensíveis, porque baseadas nos mesmos critérios.

Contrariamente à alegação da autora “Conforlimpa”, a proximidade dos preços globais entre as empresas “Number One” e “Iberlim” e “Iberlim” e “ISS” que invoca são bastante superiores às apontadas na decisão impugnada e só seriam susceptíveis de obter a adjudicação no caso de ausência da sua própria proposta, o que constitui a negação de que também constituam, com elevada probabilidade, concerto ou conluio entre tais empresas.

Assim, importa concluir que a decisão impugnada fez uma correcta qualificação jurídica e aplicação dos artigos 53º do DL nº 197/99, de 8/6, e 4º, nº 1, alínea a) da Lei nº 18/2003, de 11/6, não se vislumbrando qualquer erro sobre os pressupostos de facto.

Nesta conformidade, a decisão impugnada também não enferma do vício de violação de lei que as autoras lhe imputam, pelo que se deve manter na ordem jurídica, devendo a acção improceder totalmente, pois, os demais pedidos formulados pressupunham a anulação do acto administrativo”.

Como decorre do exposto, a sentença recorrida fez uma apreciação criteriosa dos factos que resultam dos autos, enunciando-os de forma suficiente, tendo efectuado o adequado enquadramento jurídico dos mesmos, razão pela qual improcedem todas as conclusões da recorrente, as quais, por reeditarem aquelas que já havia formulado na 1ª instância, em nada permitem contrariar o decidido.

Nestes termos, e pelo exposto, impõe-se manter na íntegra a sentença recorrida, ao abrigo do disposto no artigo 713º, nºs 5 e 6, do Código de Processo Civil, aplicável “ex vi” artigo 1º do CPTA.

IV. DECISÃO

Nestes termos, e pelo exposto, acordam em conferência os juízes do 2º Juízo do TCA Sul em negar provimento ao presente recurso, confirmando integralmente a sentença recorrida.

Custas a cargo da recorrente, com 1/3 de procuradoria.

Lisboa, 29 de Janeiro de 2008

[Rui Belfo Pereira – Relator]

[Cristina Santos]

[Teresa de Sousa]