
Regulamento da UE relativo às subvenções estrangeiras e à contratação pública

A Comissão Europeia inicia as primeiras investigações aprofundadas sobre contratação pública, com base no Regulamento da UE relativo às subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno.

Espanha – Legal Flash

27 de maio de 2023



Aspetos-chave

- > A Comissão Europeia iniciou formalmente as primeiras investigações aprofundadas com base no Regulamento (UE) n.º 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2022, relativo às subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno, todas elas relativas a processos de contratação pública.
- > As investigações levaram a que as empresas proponentes retirassem as suas propostas.
- > Dada a sua relevância e atualidade, no presente Legal Flash analisamos os principais elementos do regime de controlo que o referido Regulamento estabelece no domínio da contratação pública e abordamos algumas questões de interesse para as empresas proponentes - sem que a legislação permita uma resposta clara ou conclusiva em todos os casos.



Em fevereiro de 2024, a Comissão Europeia (“Comissão”) deu início a um procedimento formal com base no Regulamento (UE) n.º 2022/2560 do Parlamento e do Conselho, de 14 de dezembro de 2022, relativo às subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno (o “FSR”, de acordo com as respetivas siglas em inglês), para investigar uma proposta apresentada pelo Ministério dos Transportes e Comunicações da Bulgária para o fornecimento de comboios elétricos e serviços de formação e manutenção (ver [aqui](#)). No entanto, pouco depois do início do inquérito, a empresa proponente retirou a sua proposta.

Mais recentemente, em abril de 2024, a Comissão comunicou o lançamento de duas investigações aprofundadas em relação às propostas apresentadas no âmbito do concurso para a conceção, construção e exploração de um parque fotovoltaico na Roménia (ver [aqui](#)). As investigações referidas foram concluídas na sequência da retirada da proposta pelas duas empresas investigadas.

A Comissão realizou também as primeiras inspeções domiciliárias ao abrigo do FSR, neste caso nas instalações de uma empresa que opera no sector da produção e venda de equipamento de segurança (ver [aqui](#)).

Tendo em conta os últimos desenvolvimentos, revela-se útil revisitar os principais aspetos do regime de controlo das propostas com base no FSR e abordar as questões relevantes que as empresas proponentes devem ter em conta com base neste regulamento.

Principais aspetos do regime de controlo das propostas de contratação pública ao abrigo do FSR

Tal como explicado num [anterior Legal Flash](#), o FSR estabeleceu os poderes de investigação da Comissão sobre a concessão de subvenções financeiras por países terceiros a empresas que operam na UE, passíveis de afetar as condições de concorrência.

O objetivo principal do FSR em relação aos concursos públicos é, em última análise, impedir que um operador económico seja adjudicatário de um contrato público quando a sua proposta responde a, resulta de, ou beneficia de subsídios financeiros concedidos por países terceiros. O próprio FSR qualifica essas propostas como “indevidamente vantajosas”.



Para o efeito, o FSR prevê poderes de investigação oficiosa a favor da Comissão, bem como um regime de controlo que, em função de determinadas circunstâncias do concurso, exige que o proponente notifique a entidade adjudicante ou apresente, junto desta, uma declaração relativa a contribuições financeiras estrangeiras concedidas.

Existe uma obrigação de notificação (não podendo o contrato ser adjudicado sem a aprovação prévia da Comissão) quando sejam atingidos os seguintes limiares (de carácter cumulativo)¹:

- Limiar do valor estimado do contrato público, acordo-quadro, ou de contratação específica no âmbito do sistema de aquisição dinâmico, igual ou superior a 250 milhões de euros sem IVA.
- Limiar das contribuições financeiras recebidas pelo operador económico (proponente): igual ou superior a quatro (4) milhões de euros por país terceiro nos três (3) exercícios financeiros anteriores, incluindo as recebidas pelas suas filiais sem autonomia comercial, pelas suas sociedades gestoras de participações sociais e, se for caso disso, pelas dos seus subcontratantes e fornecedores principais que participem na mesma proposta.

Quando estas duas condições estiverem reunidas, o operador económico deve remeter à entidade adjudicante um formulário-tipo de notificação devidamente preenchido, cabendo àquela, por sua vez, o envio do formulário à Comissão “*sem demora*”.

Recebida a notificação, a Comissão deve, igualmente “*sem demora*”, promover uma “*análise preliminar*”. Em regra, esta análise deve ser concluída no prazo de vinte (20) dias úteis após a data de receção da notificação e, caso conclua pela verificação de indícios suficientes de que foi concedida ao proponente uma contribuição financeira estrangeira passível de distorção efetiva ou potencial do mercado interno, a Comissão pode dar início a uma “*investigação aprofundada*”. Neste último caso, a Comissão disporá de mais tempo para concluir a análise e pode tomar uma das seguintes decisões:

- *Decisão de não levantar objeções*, se considerar que um operador económico não beneficiou de uma subvenção estrangeira que distorce o mercado interno.
- *Decisão relativa a compromissos*, se considerar que um operador económico beneficia de uma subvenção estrangeira que distorce o mercado interno, mas que propôs compromissos que corrigem plena e efetivamente a distorção.

¹Se o contrato público estiver dividido em lotes, a obrigação de notificação exige, além disso, que o valor do lote - ou o valor acumulado de todos os lotes para os quais o proponente apresente uma proposta - seja igual ou superior a 125.000 euros.



- *Decisão de proibir a adjudicação do contrato*, na medida em que um operador económico beneficia de uma subvenção estrangeira que distorce o mercado interno e não apresenta compromissos, ou os compromissos que apresentou não são adequados ou suficientes para corrigir plena e eficazmente a distorção.

Regra geral, durante a análise preliminar e, se for caso disso, a investigação aprofundada, a entidade adjudicante pode prosseguir com o procedimento, exceto no que se refere à adjudicação.

De acordo com o FSR, “*em todos os outros casos*”, os proponentes devem apresentar uma declaração relativa a contribuições financeiras. Nesta declaração, o proponente deve enumerar todas as contribuições financeiras estrangeiras recebidas² e confirmar que estas não estão sujeitas a notificação por não atingirem o limiar acima referido (4 milhões de euros). A entidade adjudicante deve igualmente transmitir estas declarações à Comissão.

Caso um operador económico não comunique as contribuições estrangeiras ou contorne (ou tente contornar) os requisitos de comunicação, a Comissão pode aplicar uma coima até 10% do volume total de negócios verificado no exercício anterior ao do ano da decisão de aplicação da coima. Essa coima pode atingir 1% do volume de negócios em caso de informações incorretas ou enganosas fornecidas na notificação ou declaração.

Questões relevantes

Que contribuições financeiras do(s) operador(es) económico(s) devem ser tidas em conta para a análise do limiar de comunicação relevante?

Como indicado acima, para a análise do limiar das contribuições financeiras, deve ser considerada a totalidade das contribuições recebidas:

- Pelo operador económico, ou seja, a empresa ou entidade proponente que apresenta formalmente uma proposta com vista à adjudicação de contrato público. A este respeito, e em conformidade com as regras da UE em matéria de contratos públicos (por exemplo, o artigo 2.º, n.º 10, da Diretiva 2014/24 da UE), pode ser considerada para este efeito uma noção ampla de operador económico.

² Tal como salientámos no nosso primeiro Legal Flash sobre o assunto ([aqui](#)), trata-se de um conceito amplo. Atualmente, para além dos exemplos acima enumerados, entende-se que inclui também as isenções fiscais (embora existam exceções), bem como os rendimentos provenientes de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de bens a países terceiros. Em contrapartida, não estão incluídas as contribuições financeiras diretas de organizações internacionais como o Banco Mundial.



- Por filiais sem autonomia comercial do operador económico. O FSR não inclui qualquer definição ou critério para determinar se uma filial direta ou indireta do operador económico pode ser considerada como não tendo autonomia comercial, nem uma justificação para que as contribuições de filiais comercialmente autónomas sejam excluídas para efeitos do limiar.

As regras dos contratos públicos permitem a apresentação de propostas por agrupamentos, ainda os seus membros não possam ser candidatos ou concorrentes, nem integrar outro agrupamento no mesmo procedimento. Saliente-se, ainda, que a apresentação de mais do que uma proposta no mesmo concurso por entidades relacionadas que pertençam a um grupo de empresas ou a uma estrutura empresarial unitária pode constituir, caso se conclua que as propostas apresentadas não são autónomas e independentes e que podem restringir ou falsear a concorrência, fundamento para a exclusão das propostas apresentadas, nos termos do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos.

Para efeitos do cálculo do limiar das contribuições financeiras, não basta pertencer ao mesmo grupo, mas, na ausência de determinados critérios por parte do FSR, o operador económico candidato ou concorrente é obrigado a efetuar uma autoavaliação no que diz respeito à autonomia das suas filiais, podendo ser utilizados, como primeira aproximação, os critérios utilizados pelos Tribunais para considerar que as empresas coligadas não atuam como operadores económicos independentes.

- As sociedades gestoras de participações sociais do operador económico. O FSR não inclui quaisquer nuances ou considerações adicionais em relação às sociedades gestoras de participações sociais do operador económico. Assim, seria lógico considerar que, a este respeito, a referência às sociedades gestoras de participações sociais inclui a(s) sociedade(s) que detêm o controlo (direto ou indireto) do operador económico proponente, assumindo - agora sim - a noção de “controlo” acima indicada.
- Subcontratantes e fornecedores principais que participem na mesma proposta. O FSR estabelece critérios para se considerar um subcontratante ou um fornecedor como “principal”: quando a sua participação *“assegura elementos essenciais da execução do contrato”* – critério relativamente indeterminado – e em todos os casos em que a participação económica da sua contribuição exceda 20% do valor da proposta apresentada – critério objetivo.



Quais são os casos em que, na ausência dos requisitos de notificação obrigatória, os proponentes são obrigados a apresentar a declaração?

O FSR impõe que a declaração deve ser apresentada em “todos os outros casos” em que não seja exigida a notificação. Numa primeira leitura, poder-se-ia entender que, no âmbito de qualquer procedimento e perante a apresentação de qualquer proposta, o proponente seria obrigado a apresentar a declaração, independentemente do valor estimado da contratação. No entanto, também é possível sustentar que a obrigação de apresentar a declaração só é exigida nos casos em que a primeira condição ou requisito do limiar económico do contrato, acordo-quadro ou de contratação específica no âmbito do sistema de aquisição dinâmico se verifica (valor estimado igual ou superior a 125 milhões de euros), mas o proponente não recebeu contribuições financeiras estrangeiras no limiar fixado pelo FSR.

Existe a possibilidade de corrigir uma oferta pública de aquisição em caso de não inclusão da notificação ou declaração relevante? Em que prazo?

Pode ser corrigido e o FSR obriga o adjudicatário a conceder um procedimento de retificação. O FSR prevê expressamente que o prazo concedido para a retificação é de dez (10) dias úteis (substancialmente mais longo do que o prazo de três (3) dias que, em geral, a nossa legislação em matéria de contratação pública estabelece para a retificação das propostas que apresentam defeitos que podem ser corrigidos).

Se os documentos não o previrem, a obrigação de notificar ou declarar as contribuições financeiras em conformidade com o QRE continua a ser exigível?

Sim, continua a ser vinculativa. O FSR exige que as entidades adjudicantes indiquem, se for caso disso, no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso que os proponentes estão sujeitos à obrigação de notificação. Mas acrescenta expressamente: *“No entanto, a ausência de tal indicação não prejudica a aplicação do presente Regulamento aos contratos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação”*.

Quando é que o proponente deve apresentar a notificação ou declaração?

Nos concursos públicos abertos, a notificação ou declaração deve ser apresentada juntamente com a proposta. Nos procedimentos faseados, o FSR indica que a notificação ou declaração deve ser apresentada por duas (2) vezes: juntamente com o pedido de participação ou candidatura e, depois, sob a forma de notificação ou declaração atualizada, juntamente com a proposta ou proposta final apresentada.



Conclusões e recomendações para as empresas proponentes

Tendo em conta o regime de controlo e os poderes de investigação que o FSR confere à Comissão em matéria de propostas tendentes à celebração de contratos públicos, bem como a atividade já desenvolvida pela Comissão neste domínio, recomenda-se que as empresas proponentes considerem as seguintes medidas:

- Realizar um estudo ou análise, sob a forma de auditoria, para determinar (i) se as filiais do grupo têm ou não autonomia; e (ii) se as contribuições financeiras recebidas devem ser tratadas como tal para efeitos do FSR.
- Criar um sistema interno para manter estas informações atualizadas ou para permitir a sua recolha a curto prazo.
- Solicitar aos fornecedores e às entidades subcontratadas a implementação das mesmas medidas e o reporte atualizado das informações relativas a contribuições financeiras.
- Implementar um mecanismo de alerta para sinalização dos procedimentos associados a contratos públicos de valor superior ao limiar estabelecido no FSR.

Para obter informação adicional sobre o conteúdo deste documento, por favor dirija-se ao seu contacto habitual na *Cuatrecasas*.

©2024 CUATRECASAS

Todos os direitos reservados.

Este documento é uma compilação de informação jurídica elaborado pela Cuatrecasas. A informação ou comentários nele incluídos não constituem qualquer tipo de assessoria jurídica.

Os direitos de propriedade intelectual sobre este documento pertencem à Cuatrecasas. É proibida a reprodução em qualquer meio, a distribuição, a cessão e qualquer outro tipo de utilização deste documento, seja na sua totalidade, seja sob a forma de extrato, sem a prévia autorização da Cuatrecasas.

