



Ana Carolina Miranda Mota

A GARANTIA DE LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Dissertação de Mestrado
Curso de Mestrado em Direito
Área de Ciências Jurídico-Empresariais

Trabalho realizado sob orientação da
Professora Doutora Maria do Rosário Anjos

Fevereiro, 2021

Fevereiro, 2021



Ana Carolina Miranda Mota

A GARANTIA DE LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Dissertação de Mestrado em Direito

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona do Porto no dia 19/02/2021, perante o júri seguinte:

Presidente: Prof. Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro (Professor Catedrático da Universidade Lusófona do Porto);

Arguente: Prof.^a Doutora Cláudia Rita Lopes Carvalho Viana, (Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho);

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do Rosário Pereira Cardoso dos Anjos (Professora Associada da Universidade Lusófona do Porto).

Fevereiro, 2021

É autorizada a reprodução integral desta dissertação de mestrado apenas para efeito de investigação, mediante declaração escrita do interessado, que a tal se compromete.

“A defesa da concorrência mais não é do que uma opção de política económica, que leva o Estado a intervir indiretamente no mercado, com vista a proporcionar um ambiente de saudável competição entre agentes económicos, de modo a, em última análise, assegurar o crescimento e o desenvolvimento económico, e a satisfação dos interesses dos consumidores. Podemos dizer que a defesa da concorrência é a protecção do próprio sistema de mercado, através da proibição de comportamentos lesivos da sua transparência e fluidez, bem como da adoção de mecanismos de controlo de movimentos passíveis de falsear, restringir ou limitar essa mesma concorrência”

Ana Roque

Regulação do mercado. Novas tendências, Quid Juris, 2004, março, p. 36

“A promoção da concorrência na contratação pública oferece importantes oportunidades de poupança para os contribuintes, permitindo libertar fundos para outros fins, como a Saúde, a Ciência ou a Educação.”

António Ferreira Gomes

Com Concorrência Todos Ganhamos. Revista da Concorrência e Regulação, n.º 35, 2018, julho-setembro, p. 170.

“A concorrência é um processo através do qual as empresas estão sob pressão constante para oferecer os melhores produtos ao melhor preço possível, porque de outra maneira perderiam clientes para outra empresa. Os principais beneficiários desta tensão são os consumidores. Mas são-no também as empresas que competem pelo mérito e, numa perspetiva mais ampla, o país em que os mercados atuam desta forma. A concorrência leva a maior inovação, a maior eficiência na alocação de recursos, a menor preço e a maior qualidade.”

Margarida Matos Rosa

Direito à Concorrência. Revista da Concorrência e Regulação, n.º 35, 2018, julho-setembro 2018, pp. 175 e 176.

Agradecimentos

Exprimo os meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que acompanharam esta caminhada arduamente ao meu lado.

Em primeiro lugar, a minha orientadora Professora Doutora Maria do Rosário Pereira Cardoso dos Anjos por toda a dedicação e disponibilidade dada desde o início até à última desta dissertação.

Em segundo lugar, tenho de agradecer a minha segunda casa: Universidade Lusófona do Porto. A fraternidade que levo de todo o corpo docente e de todos os funcionários que integram esta instituição.

Um especial obrigado aos meus pais, Vitor Areias Mota e Maria de Fátima da Silva Araújo Miranda que sempre me incutiram o melhor da vida: lutar por aquilo que mais gosto! Por acreditarem nos meus sonhos e serem a base da sua concretização.

À minha irmã, Joana Miranda Mota por todo o apoio incondicional na superação de todos os obstáculos que ao longo desta caminhada foram aparecendo.

Ao meu namorado, Ricardo João Ramos Cerqueira por toda a paciência e amor.

À minha querida avó, Maria de Laura da Silva Araújo Miranda pelas palavras sábias e carinhosas. À força sobrenatural do meu avô Fernando Araújo Miranda que teria, hoje, um enorme orgulho em ver a neta a concretizar o sonho: Mestre em Direito!

E, às minhas amigas Filipa, Andrea e Maria.

Resumo

O princípio da concorrência é um dos princípios essenciais que o Código dos Contratos Públicos expressamente o reconhece. A construção do Mercado Único, pedra angular da União Europeia, pressupõe que no domínio da contratação pública, seja garantida uma sã e livre concorrência. A Autoridade da Concorrência, bem assim como outras entidades públicas ligadas à regulação do mercado têm, por isso, um dever de garantir o máximo grau de transparência, isenção e racionalidade das escolhas em alternativa para afectação dos recursos públicos. Por outro lado, considerando a dimensão das empresas que operam neste mercado há que controlar as práticas restritivas da concorrência.

É necessário adotar uma cultura de isenção, transparência e rigor ético na condução do procedimento adjudicatário, desde a formação até a execução do contrato para que não haja consequências prejudiciais à livre concorrência. Uma concorrência desregrada resulta num obstáculo ao desenvolvimento económico e social.

Na aquisição de bens e serviços é necessário recorrer ao procedimento mais adequado com à especificidade do valor base, às garantias de cumprimento do contrato de modo a respeitar o princípio de uma concorrência plena e efetiva.

Neste enquadramento surge como questão central da presente dissertação investigar sobre as garantias normativas para cumprimento do princípio da livre concorrência nos procedimentos da contratação pública e cumprimento do interesse público em garantir no presente a livre concorrência.

É nesta ótica que vamos analisar à luz do Código dos Contratos Públicos e das diretivas europeias, quais as garantias da concorrência no processo de contratação pública de forma a que o princípio da concorrência esteja salvaguardado, sem perigo para o interesse público.

Palavras-chaves: Livre Concorrência, Garantias, Procedimento de Contratação pública, Regulação.

Abstract

The competition principle is one of the essential principles that the Public Contracts Code that expressly recognizes. The construction of the Single Market, the cornerstone of the European Union, presupposes that in the field of public procurement, healthy and free competition is guaranteed. The Competition Authority, as well as other public entities linked to market regulation have, therefore, a duty to guarantee the maximum degree of transparency, exemption and rationality of the choices as an alternative for the allocation of public resources. On the other hand, considering the size of the companies operating in this market, restrictive competition practices must be controlled.

It is necessary to adopt a culture of exemption, transparency and ethical rigor in the conduct of the award procedure, from training to contract execution, so that there are no harmful consequences to free competition. Unrestrained competition results in an obstacle to economic and social development.

When purchasing goods and services, it is necessary to resort to the most appropriate procedure with the specificity of the base value, guarantees of compliance with the contract in order to respect the principle of full and effective competition.

In this context, the central question of this dissertation is to investigate the normative guarantees for compliance with the principle of free competition in public procurement procedures and the fulfillment of the public interest in guaranteeing free competition at present.

It is from this perspective that we will analyze, in the light of the Public Contracts Code and European directives, what are the guarantees of competition in the public procurement process so that the principle of competition is safeguarded, without danger to the public interest.

Keywords: Free competition, Guarantees, Public Procurement Procedure, Regulation.

Abreviaturas e Siglas

AdC – Autoridade da Concorrência

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

BS – Bens e Serviços

C.C. – Código Civil

C.I.R.E. – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CCP – Código do Contratos Públicos

Cfr. – Confira

CPA – Código do Processo Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

DL – Decreto-Lei

DR – Diária da República

E.g. – Por exemplo

I.e. – isto é

JO – Jornal Oficial

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

N.º – Número

Ob. Cit. – Obra Citada

OP – Obras Públicas

P. – Página

PP. – Páginas

Proc. – Processo

Séc. – Século

SS. – seguintes

TCA – Tribunal Central Administrativo

TdC – Tribunal de Contas

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

V. – Veja

Índice

Agradecimentos	ii
Resumo	iii
Abstract	iv
Abreviaturas e Siglas.....	v
Índice.....	vi
Índice de Figuras	viii
Introdução	1
CAPÍTULO I – A concorrência	5
1. A Lei da Concorrência: análise e regulamentação jurídica	5
2. Controlo de Práticas Restritivas da concorrência	8
a) Aspetos gerais.....	8
b) As diversas formas de práticas restritivas da concorrência	8
c) Acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas	9
d) Abuso da posição dominante	11
e) Abuso de dependência económica.....	12
f) Conclusão	13
3. O controlo de operações de concentração entre empresas	15
a) Aspetos gerais.....	15
b) Noção.....	15
c) Bens complementares e bens sucedâneos.....	15
d) Controlo de Concentrações.....	17
e) Motivações legítimas de concentrações	18
4. As diversas formas de mercado concorrencial	19
a) A concorrência pura e perfeita.....	19
b) A concorrência imperfeita	20
c) A necessidade e a importância da regulação	21
5. Autoridade da Concorrência.....	24
a) Âmbito dos poderes da AdC: Sancionatório, Supervisão e Regulamentação	25
b) Resultados da intervenção da AdC: relatório de atividades 2019	26
CAPÍTULO II – A contratação pública	29
1. Conceito de Contratação Pública, de Contrato Público, e Concurso Público	29
a) Contratação Pública.....	29
b) Contrato Público	31
c) Concurso Público.....	33

2.	Âmbito e aplicação do regime jurídico de contratação pública.....	42
a)	Regulamentação do procedimento de formação do contrato	42
b)	Regulamentação da relação contratual	43
c)	Regulamentação do contencioso da formação e da execução do contrato	47
	CAPÍTULO III – A livre concorrência na formação de contratos públicos	52
1.	Os objetivos do princípio da concorrência e da contratação pública no mercado.....	52
2.	O conceito de concorrentes para efeitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos. E, de empresa no direito da concorrência	54
3.	A “crise” da transparência das regras da concorrência e o efeito de conluio na contratação pública	61
	CAPÍTULO IV – Como garantir o princípio da concorrência no âmbito da contratação pública?.....	64
1.	As Diretivas da Contratação Pública no Direito da Concorrência	64
2.	As garantias da concorrência no processo de contratação pública	66
a)	Esquema das boas práticas das fases da tramitação do processo de contratação pública	71
	Fase de preparação do contrato.....	71
	Fase de licitação – adjudicação do contrato	72
	Fase de execução do contrato	72
	Breves notas sobre a proposta de Lei n.º 41/XIV/19, aprovada em Conselho de Ministros de 18 de junho de 2020	73
	Conclusão	76
	Referências Bibliográficas	80
	Webgrafia	85
	Instrumentos Legislativos	85
	Jurisprudência do Tribunal de Justiça.....	86
	Jurisprudência Nacional	87

Índice de Figuras

Figura 1 - Gráfico dos bens complementares e bens sucedâneos	16
Figura 2 – Investigação e sanção de práticas restritivas da concorrência em 2019.....	27
Figura 3 – Decisões de práticas de concentrações entre 2003 e 2019	28
Figura 4 – Tramitação do concurso público	40
Figura 5 – Estrutura do processo de seleção qualitativa até a adjudicação nos concursos públicos.....	58
Figura 6 – Causas negativas de conluio.....	62
Figura 7 – Modelo sistémico de contratação pública	67
Figura 8 – Esquema das boas práticas das fases da tramitação do processo de contratação pública	71

Introdução

Pertinência do tema

O direito da concorrência tem aplicação em todos os setores de mercado, incluindo o dos mercados públicos onde as regras da contratação pública encontram o seu âmbito de aplicação. Daí a conexão, necessária, entre a aplicação das normas de direito da concorrência em sintonização com as previstas no Código dos Contratos Públicos (adiante designado por CCP). Garantir uma concorrência efetiva durante todo o processo de contratação pública é um dos problemas mais atuais e um desafio permanente.

A estrutura de um mercado concorrencial, desenvolve-se através das boas práticas políticas, económicas e sociais sem a aplicação de práticas restritas da concorrência (e.g. conluíus ou posições dominantes) que restringem o bom funcionamento do mercado.

Neste sentido, a entidade adjudicante deve assegurar mecanismos que regulam de forma eficaz o sistema de contratação pública.

As boas práticas da contratação pública devem estar sempre presentes quando se trata em formular e executar um contrato de interesse público. Esse controlo reflete-se na legislação¹, nas Diretivas de 2014, nos tribunais e nas entidades privadas e públicas.

Sistematização do Trabalho

O objetivo do presente estudo visa incidir sobre a regulação na área da Concorrência e dos Contratos Públicos, debruçando-se, especialmente, na importância de perspetivar soluções que garantam o princípio da concorrência na formação dos contratos públicos.

Assim, numa primeira parte vai ser dedicado, no essencial, ao enquadramento e estudo dos princípios fundamentais do Direito da Concorrência, do Direito da Contratação Pública e sua compatibilização.

Numa perspetiva histórica analisaremos, cronologicamente, o percurso da Lei da Concorrência (LdC) no ordenamento jurídico português.

A Lei n.º 18/2003, de 11 de junho foi o resultado de evolução dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais internos e europeus. A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio aprova o novo regime jurídico da Lei da Concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro.

¹ Código dos Contratos Públicos e alteração do Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

O legislador nacional e europeu deixou claro que a Lei da Concorrências e as Diretivas de 2014 visam salvaguardar os interesses dos consumidores e concorrentes, favorecendo a própria estrutura para assegurar a permanência e o funcionamento harmonioso dos mecanismos do mercado, garantindo a liberdade de acesso ao mercado, e reforçando a competitividade dos agentes económicos face à economia nacional e europeia.

Além disso, a análise da repercussão de práticas restritivas da concorrência e de operações de concentrações entre empresas (arts. 9.º, 11.º, 12.º e 36.º da Lei 19/2012, de 8 de maio e o arts. 101.º e 102.º do TFUE) que são o reflexo dos comportamentos das empresas de maior dimensão traduzindo-se em resultados negativos para a economia no seu todo com lucros anormais para as empresas que operam no mercado.

E desta forma, a LdC, quanto às práticas restritivas da concorrência, proíbe os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, os abusos de posição dominante, os abusos de dependência económica que tenham por objetivo ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.²

Num outro ponto abordaremos as diversas formas de mercado concorrencial como: a concorrência pura e perfeita (onde não há influência no mercado) e a concorrência imperfeita (onde domina as condições no mercado – mercado oligopólio e mercado monopólio – nomeadamente, pela diferenciação dos produtos), e a importância da regulamentação nos mercados.³

O direito europeu da concorrência serviu de inspiração para o direito nacional da concorrência. E por isso, ainda neste capítulo faremos uma breve análise do quadro institucional da Autoridade da Concorrência (AdC) que desempenha três poderes: poder sancionatório, poder de supervisão e poder de regulamentação. Com a apresentação de um relatório de atividade do ano de 2019 pretendemos demonstrar, estatisticamente, a necessidade e o reforço que esta autoridade desempenha em combater práticas anti concorrenciais.

No segundo capítulo, analisaremos o regime jurídico da contratação pública através de conceitos (contratação pública, contrato público e concurso público) e informações sobre um conjunto de temas intimamente relacionados com o Direito da Concorrência numa perspetiva

² Neste sentido ANJOS, Maria do Rosário – *Serviços de Interesse Económico Geral, Concorrência e Garantias dos Cidadãos Usuários – Um Estudo à luz do Direito Comunitário*. 2016. Maia: Edições ISMAI, Centro de Publicações do Instituto Universitário da Maia, pp. 26 a 28.

³ Cfr. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência – A posição dominante coletiva*. 2007. Junho. Almedina, pp. 30 a 37.

de regulamentação do procedimento de formação do contrato, de regulamentação da relação contratual e de regulamentação do contencioso da formação e da execução do contrato. A contratação pública é regulada por normas que visam garantir as regras da concorrência. Mas a questão é: Que normas jurídicas visam proporcionar uma concorrência equilibrada entre os participantes e concorrentes nos procedimentos de adjudicação de contratos administrativos?

O terceiro capítulo, é o reflexo da questão que se abordou anteriormente, pondo em prática o espaço de aplicação do princípio da concorrência na contratação pública, à luz do direito português e europeu.

Assim ao longo da investigação introduzimos conceitos fundamentais como de “concorrentes” e de “empresa” para o Direito da Concorrência e dos Contratos Públicos. A perspetiva de análise é, fundamentalmente, a de estudar e aprofundar a dimensão e relevância das práticas restritivas da concorrência no âmbito dos procedimentos de contratação pública, como forma de contornar as regras impostas pela regulação exercida sobre os mercados públicos e a aplicação do direito nacional e europeu. A dimensão e poder económico das empresas, por regra, marcam presença nos concursos públicos, enfraquecem e dificultam, muitas vezes, o exercício eficaz dos poderes regulatórios e capturam os poderes públicos na sua ação legislativa.

Assumindo, ainda especial importância de práticas restritivas da concorrência como o conluio. O conluio é um acordo de carácter secreto entre duas ou mais pessoas coletivas referente ao procedimento adotar numa determinada situação concreta, com o objetivo de atingir um determinado resultado (adjudicação do contrato) com prejuízo para outros concorrentes ou candidatos. A intenção é eliminar ou limitar a participação de outros concorrentes ou candidatos, e muitas das vezes, para atingirem esse fim, formam grupos acordando preços e condições contratuais, de modo a desvirtuar a concorrência.

Por fim, no quarto capítulo o objetivo é encontrar a resposta à questão que inspirou a escolha do tema para a presente dissertação: **Como garantir o princípio da concorrência no âmbito da contratação pública?** Analisaremos um modelo sistémico de contratação pública com base nas boas práticas da contratação nas três fases do processo (fase de preparação do contrato, fase de licitação-adjudicação do contrato, e a fase de execução do contrato).

Falamos ao longo da dissertação de dois direitos que partilham o mesmo objetivo de garantir a livre concorrência nos mercados, mas por meios distintos.

Metodologia

Nesta dissertação, a metodologia adotada assenta num estudo teórico, baseado numa investigação para analisar as garantias da concorrência no processo de contratação pública nas três fases do processo: fase da preparação do contrato, fase de licitação-adjudicação do contrato, e a fase de execução do contrato.

A análise da documentação em estudo resultou da recolha detalhada, de diversas fontes literárias, designadamente, livrarias e bibliotecas, pesquisas *on-line* de trabalhos académicos e de revistas científicas, portais do Governo e da União Europeia, portais de instituições públicas e privadas na área da regulação da concorrência e dos contratos públicos. A par da interpretação e compreensão da legislação e acórdãos da jurisprudência nacional e europeia.

A frequência do XI Curso de Pós-Graduação Contratação Pública em início de outubro de 2019, organizado pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), proporcionou uma formação especializada em assuntos relacionados com o direito da contratação pública.

Neste sentido, para melhor analisar a conexão entre os dois ramos de direito – o Direito da Concorrência e o Direito dos Contratos Públicos – na perspetiva de promover a livre concorrência e garantir o serviço público efetivo no âmbito dos contratos públicos.

Desta forma, surge no último capítulo a questão que delimita o percurso desta investigação: **Como garantir o princípio da concorrência no âmbito da contratação pública?** A resposta à questão é apresentada como síntese na conclusão, onde se elenca algumas sugestões ou propostas que poderiam reforçar uma maior e efetiva livre concorrência nos mercados públicos, alvo da aplicação das regras da contratação pública.

CAPÍTULO I – A concorrência

1. A Lei da Concorrência: análise e regulamentação jurídica

O conceito de concorrência possui um carácter mutável no decorrer dos anos, que foi muitas vezes influenciado, diretamente, por certos aspetos da estrutura do mercado. Deste modo, os mercados, e consequentemente, a concorrência, não se originam de maneira espontânea, mas sim, através de um conjunto de decisões institucionais (políticas, jurídicas e económicas), a enquadrar as vicissitudes da entrada em vigor de uma lei da concorrência em Portugal.

Na Idade Média, apesar de não ser tão visível os contornos da concorrência é notória enquadrar uma dimensão de mercado económico. A economia medieval testemunhou com o aglomerado aumento de número de feiras no reinado de D. Dinis⁴ e com o trespasse da economia fechada da aldeia para uma economia de mercado vista já nos meios urbanos. Os próprios feirantes viam protegidos os seus direitos durante o período da feira através de carta régia, tal como na intervenção de fiscalização municipal do comércio interno - os chamados almotacés - que fiscalizavam os preços dos géneros e a qualidade, cabia ainda verificar o cumprimento dos salários dos vários ofícios, a distribuição ou repartição de mantimentos em época de carestia ou falhas e o julgamento sumário das infrações menos graves⁵.

As corporações de ofício, guildas ou mesterais regulavam as profissões e centralizavam a atividade económica num certo lugar, enfatizava os aspetos negativos da concorrência pondo obstáculos ao desenvolvimento económico e social.

Apesar da Constituição de 1933 estabelecer já no artigo 8.º, n.º 7 o princípio da livre concorrência que incluía a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria e comércio. Foi só em 1936, em pelo Estado Novo, que foi criada a primeira lei da concorrência, promulgando a dissolução das coligações pelo Governo, preterindo qualquer infração judicial. Sendo posteriormente revogada pela Lei n.º 1/72. Tal como a anterior lei, a Lei n.º 1/72 ficou condicionada à sua regulamentação e não passou de mais um diploma inócuo.

Após a entrada de Portugal na Comunidade Europeia foi assinado um acordo que visava impedir, restringir ou falsear a concorrência. Nestes termos foi o decreto-lei n.º 293/82 que instituiu a Direção-Geral de Concorrência e Preços a quem competia propor as medidas

⁴ Ideia trazida por seu pai, D. Afonso III que trasladou das feiras em França.

⁵ Cfr. SOBRAL, Maria do Rosário Rebordão; FERREIRA, João Eduardo Pinto – *Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência – História e Conceitos Base da Legislação de Defesa da Concorrência*. 1985. Porto Editora, pp. 41 e ss.

necessárias para uma concorrência efetiva, bem como identificar práticas restritivas e instruir os respetivos processos. Foram criados vários diplomas para promover a “integração económica nacional” punindo práticas anti concorrenciais. Foi o caso do Dl n.º 44.016, de 8 de novembro de 1961, que qualificava como crime público as práticas restritivas das empresas que tivessem por finalidade prejudicar as condições normais de concorrência ou o abastecimento público (v. art 35.º do diploma).

Ao longo do tempo, a legislação da concorrência foi alvo de várias elaborações de diplomas no intuito de alcançar uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus. Foi com o Programa do IX Governo Constitucional, apresentada pela Assembleia da República da Proposta de Lei n.º 7/III, que foi aprovado e publicado o diploma do Dl n.º 422/83, de 3 de dezembro. Este diploma tinha dois instrumentos essenciais de política económica: a de garantir aos consumidores uma diversidade de bens e serviços, pelas melhores condições de qualidade-preço, a de estimular aos empresários a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e a adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico. De um modo geral, o Dl n.º 422/83 concretizou os objetivos, mas com o tempo foi necessário realizar ajustes não só para uma melhor adaptação às novas realidades nacionais e europeias, mas também para uma maior eficácia na prossecução dos seus objetivos. Nesses dez anos houve profundas alterações na estrutura e funcionamento da economia nacional ditadas pela liberalização, desregulamentação e privatização de importantes áreas da atividade económica, determinando a promulgação do Dl n.º 371/93 e do Dl n.º 370/93.

Tinham como base o tripé “comportamento/estrutura/intervenção do Estado”. Contudo, automatizou as práticas individuais, reconduzindo agora as práticas restritivas do comércio⁶. Além disso, introduziu a figura do “abuso do estado de dependência económica”, mais uma vez, pela influência francesa e alemã. E por fim, no domínio das concentrações introduziu um regime muito próximo das regras comunitárias, ao qual atribui a competência decisória ao ministro responsável pelo comércio e exonera as instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de seguros, que estavam em torno de reprivatizações.^{7 8}

Muitos autores, como o Doutor João Eduardo Pinto Ferreira, consideravam que Portugal não tinha uma cultura de concorrência. Citando este autor,

⁶ Previstas e punidas pelo Dl n.º 370/93, de 29 de outubro.

⁷ Cfr. SILVA, Miguel Moura – *Direito da Concorrência*. 2020 reimpressão. AAFDL Editora, p. 122.

⁸ Cfr. FERREIRA, João E. Pinto – Contributos para um enquadramento da evolução das leis de defesa da concorrência em Portugal. In SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão (coordenação) – *Concorrência Estudos*. 2006. Junho. Almedina, p. 213.

“Portugal sempre teve uma estranha relação com a concorrência. Uma carga histórica que mergulha até ao corporativismo medieval, fortalecida na Idade Moderna e que perdura até à extinção das corporações, um período de liberalismo que não deixa raízes no espírito e nos hábitos das pessoas, um estado corporativo para quem a concorrência era obstáculo ao desenvolvimento económico e social e uma revolução política que manteve a intervenção do Estado na vida económica, fez com que no momento do pedido da adesão às Comunidades Europeias (1977) mercado e concorrência fossem conceitos algo estranho e afastados da realidade da vida económica. É por isso que quando na altura se falava em concorrência o conceito dominante que prevalecia era o da concorrência desleal, decorrente das leis da propriedade industrial e que visa fundamentalmente a protecção dos interesses dos concorrentes”.⁹

De facto, todo o processo de uma concorrência efetiva no mercado nacional avançou muito pouco quando comparado com outros países¹⁰. Atualmente, o novo regime nacional clarifica em dois diplomas, as obrigações previstas pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. O primeiro diploma é a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, designado por Lei da Defesa da Concorrência¹¹ que prevê a competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão para conhecer os recursos das decisões proferidas pela AdC, assegurando ainda a articulação com a legislação europeia. O segundo é o DL n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que cria a Autoridade da Concorrência (adiante designada por AdC), e extingue a Direção-Geral do Comércio e Concorrência e o Conselho da Concorrência. A Associação Portuguesa dos Mercados Públicos¹² (adiante designado APMEP) propôs a criação de um centro de arbitragem, denominado CAP¹³, com competência para dirimir litígios relativos à validade, interpretação e execução dos contratos públicos, nacionais e transnacionais.¹⁴ Também a defesa da concorrência tem de ser apreciada através da trave mestre das regras provenientes da União Europeia, previstas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, que apontam para a proibição de acordos entre empresas que ponham em causa o bom funcionamento e a transparência do mercado, tal como a proibição de abusos de posição dominante.

A defesa das normas da concorrência é importantíssima para assegurar a garantia da livre concorrência nos mercados modernos, incluindo os mercados públicos. Apesar disso, Portugal pode tomar decisões independentes da União Europeia, isto se estas não afetarem o comércio entre os Estados-Membros, sendo aplicadas as disposições jurídicas nacionais. No entanto, a Comissão tem sempre a necessidade de advertir os Estado-Membros para garantirem a livre concorrência de forma assegurar o bom funcionamento do mercado.

⁹ Cfr. FERREIRA, João E. Pinto – ob. Cit., pp. 204 e 205.

¹⁰ O primeiro país a preocupar-se com os problemas de defesa da concorrência foi os Estados Unidos da América, nos finais do séc. XI, com as leis anti truste, sendo a mais famosa Sherman Act em 1890.

¹¹ Hoje, com a segunda versão pela Lei n.º 23/2018, de 05 de junho.

¹² Cfr. TAVARES, Luís Valadares – *O essencial sobre Contratos Públicos: As Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei 111-B/2017*. 2018. Outubro. OPET.

¹³ Aprovado por despacho da Secretária de Estado da Justiça (Dra. Anabela Damásio Caetano Pedroso) a 30 de Maio de 2016.

¹⁴ Disponível em: <http://www.apmep.pt/arbitragem/>

2. Controlo de Práticas Restritivas da concorrência

a) Aspetos gerais

A legislação nacional e europeia agrupa na sua *lex* uma série de regras de defesa da concorrência em que as empresas devem respeitar no efetivo cumprimento das relações jurídico-económicas, significa que podemos caraterizar duas finalidades para aplicação das normas da concorrência. Por um lado, traz consigo um leque de soluções com vista a resolver conflitos de práticas restritivas da concorrência e de concentrações. Por outro lado, define quais os concretos moldes da concorrência praticável em cada momento e em cada mercado. A preocupação do legislador - quer nacional, quer europeu - perspetiva-se no aniquilamento de práticas anti concorrenciais que em última análise prejudicaram os contribuintes. Neste caso, podemos estar perante um mercado económico instável (com preços altíssimos e/ou com um decrescente número de vendedores do serviço/bem) ou, por contrapartida, estaremos perante um mercado estagnado (sem influência de concorrência efetiva).

No Capítulo II, Secção I, da legislação nacional¹⁵ identifica em três artigos (art. 9.º, 11.º e 12.º) os tipos de práticas restritivas da concorrência, respetivamente:

- Acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas;
- Abuso da posição dominante;
- Abuso de dependência económica.

Todos os acordos, decisões ou práticas concertadas pressupõem um concurso de vontades das várias empresas e pressupõem como objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum ou nacional sendo proibidas, como sucede no artigo 101.º do TFUE e artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012 de 8 de maio (adiante designada por LdC).

b) As diversas formas de práticas restritivas da concorrência

As práticas restritivas da concorrência podem revestir as mais diversas formas, daí o legislador não enumerar taxativamente as possíveis formas de práticas restritivas, limitando-se apenas a descrever algumas dessas formas que estão mais em uso, abrindo sempre portas a novas práticas restritivas que não aquelas, desde que, sejam punidas por se considerar que restringem o normal funcionamento do mercado. O recurso a conceitos indeterminados com

¹⁵ Lei n.º 19/2012 de 8 de maio.

a virtudes de ajustarem à evolução dos conceitos e valores subjacentes. Neste propósito entende-se que a Comissão Europeia tende a ser o mais restritivo e rigoroso. No entanto, encontramos acórdãos da jurisprudência do TJUE (“case Expedia”)¹⁶ com entendimentos mais flexíveis, de forma a equilibrar os limites conceptuais de restrição da livre concorrência¹⁷.

Tais práticas restritivas da concorrência podem assumir diversos meios de ação com a intenção de limitar a livre garantia da concorrência no mercado, ou seja, através de entraves à livre determinação de preços ou de outras condições de venda; pela fixação de preços uniformes; pela troca de informações relativas a preços e condições de venda; pela repartição de mercados (como da clientela, das encomendas ou dos concursos públicos); pela repartição geográfica; por quotas de produção; por bicoite¹⁸; pelo controlo direto de acesso ao mercado através de ajuste direto ou consulta prévia¹⁹; por cartel de descontos; por acordos horizontais ou verticais²⁰, entre outras.

c) Acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas

O acordo resulta da celebração de um contrato, verbal ou reduzido a escrito, entre duas ou mais empresas, para efeitos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE e artigo 9.º da LdC. Apesar do Tratado e da lei da concorrência nacional não indicar nas suas redações a noção de contrato,

¹⁶ Cfr. ANJOS, Maria do Rosário; FIONDA, Rodrigo de Queiroz - Prohibition of Restrictive Competition Agreements in the European Union: Analyzing the 'Expedia' Case. In COSTA, Elisabete Pinto da; ANJOS, Maria do Rosário; PRZYGODA, Mirosław (editores) – *Economic and Social Development. 52nd International Scientific Conference on Economic and Social Development Development*. Book of Proceedings. Porto, 16-17 de abril de 2020, pp. 505 e ss.

¹⁷ Uma interpretação do TJUE contrária ao TFUE.

¹⁸ O bicoite é uma das formas mais prejudiciais da livre concorrência no mercado. Aponta-se para o comportamento planeado entre empresas participantes no acordo, de não transacionarem com determinada empresa, ocorre pela cessão do fornecimento de um determinado bem ou serviço ou pela recusa de uma compra de determinado fornecedor/produzidor.

¹⁹ O ajuste direto anualmente tende a ser o tipo de procedimento mais utilizado pelas entidades adjudicantes. Num estudo estatístico no ano de 2018, apresenta um valor médio dos contratos (bens e serviços e obras públicas) de 27 537,72 €, o que corresponde a um aumento de 2,8% face ao ano de 2017 (+752,20 € por contrato). Disponível em: http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/RelContratosPublicos_2018.pdf. O legislador tem plena consciência que o “ajuste direto” ou a “consulta prévia” são procedimentos restritivos da concorrência, que resulta de uma vinculação da entidade adjudicante a aceitar a melhor proposta que o mercado oferece controlada pelo decisor público sem que haja uma competição entre concorrentes. Ora, o que se espera era que o legislador de 2017 viesse a modificar esta tendência anti concorrencial. O que não aconteceu. Segundo o Doutor Pedro Fernández Sánchez a “doutrina vinha censurando a “panóplia de fundamentos de recurso ao ajuste direto” que, “espantosamente”, o legislador português mantinha (artigos 24.º a 27.º do CCP), a Revisão do CCP preferiu seguir o mesmo artifício utilizado a propósito do critério do valor do contrato. Ao invés de racionalizar e diminuir esses fundamentos materiais de restrição da concorrência para a formação de contratos de valor ilimitado, o legislador optou por introduzir a mesma duplicação artificial, impondo, no novo **artigo 27.º-A**, o recurso à consulta prévia, mas dependendo de um critério casuístico perigosíssimo para o intérprete – “sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível” – que suprime qualquer certeza jurídica requerida pelos decisores públicos e constitui um convite ao aumento das tendências para criação de legislação jurisprudencial já observadas em Portugal” (Cfr. *Estudos sobre Contratos Públicos*. 2.ª ed.. 2019. Almedina, p. 272)

²⁰ Quando falamos de acordos horizontais referimo-nos a cartéis e a práticas instrumentalizadas. Acontece quando duas ou mais empresas concorrentes fazem um acordo. Falamos de acordos verticais quando há uma distribuição exclusiva, uma restrição da concorrência, ou até uma afetação da economia. Acontece quando há um acordo entre determinado produtor e um distribuidor.

com a intenção de não limitar o conceito. A jurisprudência tem entendido que para que haja acordo basta que “as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada” [Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (5.^a Secção Alargada) de 26.10.2000, no Proc. T-41/96, ponto 67, *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*]

Refira-se ainda, que o acordo não necessita de respeitar qualquer requisito formal nem de ter “convenções juridicamente vinculativas”.²¹ Significa que, serão sempre sancionadas as empresas que aderirem voluntariamente a um acordo, seja com intenção de limitar a concorrência, afetar a economia, de tirar benefícios, ou porque simplesmente se viram obrigadas pela pressão económica. Em qualquer situação é sempre punida pelos tribunais ou autoridades nacionais de defesa da concorrência por infringirem a livre concorrência^{22 23}.

As práticas concertadas²⁴ consubstancia-se, normalmente, em conluio. Para efeitos da concorrência existe uma vontade entre as empresas em planear estratégias paralelas, com o fim de atingir lucros para as empresas e abafando as restantes empresas. Revelam-se através de condições (como a natureza do produto/serviço, o número de empresas e o volume de mercado) e condicionada por índices de coordenação (contatos entre as empresas e as trocas de informações comerciais, etc.), que não seriam adotadas em condições normais do mercado.

Por sua vez, as decisões de associação de empresa traduzem-se em atos formais e unilaterais da associação perante uma vontade institucional dos membros/associados e que, por isso, resulta na chamada “conduta coletiva”. Há uma “associação de empresas”²⁵ quando qualquer entidade que agregue várias pessoas singulares ou coletivas representam os interesses dos seus membros/associados. Por regra, são os casos das Ordens Profissionais, Cooperativas, Associações, entre outras. Para efeitos de direito da concorrência considera-se “decisões de associações de empresas” toda a coordenação de comportamentos e aos atos voluntários dos membros da associação no mercado através de decisões que normalmente os beneficiam, como por exemplo, os estatutos da associação, recomendações da associação, entre outros.

²¹ Cfr. SILVA, Miguel Moura – *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. 2008. Março. Almedina, p. 335.

²² Há sempre a possibilidade de os agentes económicos denunciarem casos que restringem a concorrência às autoridades competentes (normalmente, a AdC), e podendo beneficiar de sanções menos gravosas segundo o programa de Clemência.

²³ Acordos de menor importância, como se refere no Acórdão *Expedia*, podem ser compatíveis com a defesa da livre concorrência. Cfr. ANJOS, Maria do Rosário; FIONDA, Rodrigo de Queiroz – ob. Cit., pp. 505 a 515.

²⁴ As práticas concertadas tiveram a sua origem no direito *antitrust* (direito norte-americano) e foram desenvolvidas a propósito da *conspiracy in restraint of trade*.

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.^a Secção) de 03.07.2007, no Proc. 1372/06-9.

d) Abuso da posição dominante

O artigo 102.º do TFUE²⁶ e o artigo 11.º da LdC proíbe a exploração abusiva de uma posição dominante de mercado comum ou de mercado nacional, respetivamente.

Considera-se que exerce uma exploração abusivamente a empresa que, individualmente, ou em conjunto com outra empresa (posição dominante coletiva²⁷) usufrua de uma posição dominante no mercado, na medida que, lhe permite agir, independentemente, dos concorrentes, dos fornecedores e dos consumidores.^{28 29}

Não se proíbe a posição dominante em si mesma, nem seria possível fazê-lo, dada a estrutura dos mercados reais em que atua muitas destas empresas. O que se proíbe é o abuso dessa posição dominante.^{30 31}

A posição dominante num dado mercado é determinada em função de vários critérios perspetivada para influenciar as condições essenciais do funcionamento e estrutura do mercado. Normalmente, o possuidor de uma posição dominante tem a atitude corrente de aumentar os preços acima dos valores normais de mercado, de forma duradoura e sistemática.

²⁶ Nos termos do artigo 102.º n.º 1 do TFUE, “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em”; a esta cláusula geral, segue-se nas seguintes alíneas de forma meramente exemplificativa as práticas abusivas das empresas com poder dominante que sejam incompatíveis com o mercado. Podem também ser considerados outros critérios para aferir se uma empresa se encontra em posição dominante como: barreiras à expansão; economias de escala; quotas/capitais de mercado, acordos verticais; rede de vendas; ausência de uma concorrência potencial; vantagens tecnológicas; acesso privilegiado aos mercados; dimensão da empresa, etc. No entanto é importante realçar que estes critérios não são exaustivos nem imperativos, pode resultar que considerados separadamente podem não serem determinados ou até determinarem novas práticas (menos usuais) por beneficiarem os operadores económicos com lucros que não seriam alcançáveis em concorrência efetiva ou por eliminar ou impedir o normal ambiente concorrencial. Além disso, pode resultar que determinada empresa tem poder de mercado de forma natural, ou seja, sem que se tenha colocado nessa posição. A posição dominante tem de ser avaliada de forma global (com comparativos de mercado) e não uma aplicação mecânica.

²⁷ Na posição dominante coletiva, duas ou mais empresas, independentes, influenciam o mercado, de forma unilateral, como se de uma única empresa se tratasse, desde que, não haja entre elas uma concorrência efetiva.

²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.02.1978, no Proc n.º 27/76.

²⁹ Acórdão do Tribunal de Comércio de Lisboa (2.º juízo), de 02.03.2010, no Proc. n.º 1065/07.0TYLSB.

³⁰ Cfr. MAICAN, Ovidiu Horia – Abuse of a Dominant Position. In *Current Issues in Business Law*. In STRADA-ROZENBERG, Kristine; ANJOS, Maria do Rosário (Ed.) – *Contributions to the 8th International Conference Perspectives of Business Law in the Third Millennium*. November 16, 2018, Bucharest/Romenia. ADJURIS international Academic Publishes Bucharest. Pp. 126 a 130.

³¹ Cfr. MOTATU, Adriana - Free movement of capital and payments in the European Union, the result of successive regulations. In STRADA-ROZENBERG, Kristine; ANJOS, Maria do Rosário (Ed.) – *Current Issues in Business Law*. Contributions to the 8th International Conference Perspectives of Business Law in the Third Millennium, November 16, 2018, Bucharest/Romenia. ADJURIS international Academic Publishes Bucharest. Pp. 85 a 92.

A avaliação dos critérios para determinar se duas ou mais empresa se encontra em posição dominante, averigua-se, designadamente, pela presença de transparência, de concertação de empresas e pela sustentabilidade de produtos homogêneos, na medida dos comerciantes convergirem num comportamento recíprocos e uniforme de mercado.³²

e) Abuso de dependência económica

O tratado não refere o abuso de dependência económica, ao invés da legislação nacional da concorrência, que na disposição do artigo 7.º, n.º 1 da LdC, refere que “é proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a eles qualquer empresa fornecedora ou cliente”.^{33 34}

As empresas fornecedoras que possuem abusivamente uma posição de dependência económica, relativamente, a outra empresa fornecedora ou clientes numa intenção, direta ou indiretamente, adotar condições de transação não equitativas, limitar as condições de vendas, recusar injustificadamente as relações comerciais estabelecidas, etc.³⁵

Há quem entenda que a dependência económica no mercado “depende da sua capacidade de intervenção e da sua capacidade de fazer intervir no mesmo mercado os seus produtos, bens ou serviços” o que leva muitas das vezes a determinar o enfraquecimento da posição económica de outros concorrentes.³⁶

Trata-se, quando uma empresa está num estado de “inexistência de alternativa equivalente”, que segundo a legislação portuguesa, verifica-se quando existe um número restrito de empresas fornecedoras, ou quando as empresas não consigam obter num prazo razoável idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais. (v. artigo 12.º, n.3 da LdC).

³² Procs. C-395/96 P e C-396/96 *Compagnie Maritime Belge e outros/Comissão*. 2000, p.I-1365

³³ Apesar do Conselho no seu regulamento não aferir uma noção de abuso de dependência económica, à luz deste meio abusivo. Salienta que o regime jurídico nacional da dependência económica tem um efeito estrito por “incluir disposições que proibam comportamentos abusivos relativamente a empresas economicamente dependentes ou que imponham sanções por esses comportamentos.” (Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, ponto (8) *in fine*).³⁴ Decisão do Conselho da Concorrência de 13.07.2000, no Proc. n.º 2/99.

³⁵ Note-se que para estaremos perante um abuso de dependência económica, em virtude da inexistência de alternativa equitativa tem de, consequentemente, analisar fatores de mercado como: a quota-parte representada pelas empresas fornecedoras ou o volume de vendas da empresa a um cliente, a popularidade e reputação da marca, etc.

³⁶ Cfr. COSTA, Alberto – *O novo regime Jurídico da Concorrência. Comentado e Anotado*. 2014. Janeiro. Vida Económica, p. 42 (ponto 7).

f) Conclusão

Há certos acordos, decisões e práticas concertadas, previstos no artigo 101.º do TFUE e no artigo 9.º da LdC, que revestem um regime de exceção legal, desde que, satisfaçam, cumulativamente, os requisitos do artigo 10.º, n.º 1 da LdC. Trata-se de acordos, decisões e práticas que contribuem, significativamente, para o serviço de interesse económico geral.³⁷³⁸ Falamos de práticas justificadas que contribuem para a melhoria do preço ou do produto; a melhoria da distribuição do bem ou do serviço; e na inovação do desenvolvimento técnico e económico.

Mas para isso, é necessário estar preenchido um requisito de “balanço económico”³⁹ como fundamento para a inaplicabilidade genérica da proibição do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE e do artigo 9.º da LdC.⁴⁰ Sendo por isso válidos e integralmente aplicados *ab initio*, não sendo necessário uma decisão prévia da autoridade ou do tribunal, e sem qualquer declaração da Comissão. No entanto, a Autoridade da Concorrência pode retirar o benefício se verificar que determinado acordo ou prática é incompatível com os requisitos do artigo 9.º, n.º 1 da LdC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Também a Comissão pode apreciar acordos ou práticas através de *cartas de orientação* se as empresas sugerirem a esta.⁴¹

Pressupõe uma avaliação bem aprofundada de acordos, decisões e práticas concertadas para determinar se deve, ou não, considerar-se proibidos em detrimento de efeitos lesivos (presentes e futuros) da concorrência.

É necessário considerar que são lícitos acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas, segundo as disposições do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE e do artigo 10.º da LdC, quando estejam verificados, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- (i) Não impõem às empresas em causa restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

³⁷ Cfr. ANJOS, Maria do Rosário – ob. Cit., p. 59 e ss.

³⁸ Cfr. MEILÁN GIL, José Luis – Prólogo da obra de Maria do Rosário Anjos - *Serviços de Interesse Económico Geral, Concorrência e Garantias dos Cidadãos Usuários – Um Estudo à luz do Direito Comunitário*. 2016. Maia: Edições ISMAI, Centro de Publicações do Instituto Universitário da Maia, pp. 13 a 20.

³⁹ DI n.º 371/93 de 29.10, art. 5.º.

⁴⁰ A Doutora Paula Vaz Freire considera que os acordos, práticas e decisões de associação de empresas são justificadas quando estamos perante “acordos globalmente pró-concorrenciais”. Em que tem de estar preenchido os requisitos de melhorias na produção e na distribuição, e ainda, a promoção do progresso técnico ou económico. E, além disso, esses requisitos devem ser fundamentados quando: os utilizadores recebem uma parte equitativa do lucro ou benefício daí resultante; os acordos não imponham às empresas restrições que sejam indispensáveis à prossecução desses objetos; e por fim, que não configure às empresas participantes a possibilidade de eliminarem a concorrência. Trata-se do apuramento da verificação cumulativa das condições de *eficácia*, de *benefício dos utilizadores*, de *indispensabilidade* e de *preservação da concorrência*. (In OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coord.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Vol. I, 2009. Almedina, pp. 460 a 462).

⁴¹ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, J.O. n.º L 001 de 04/01/2003.

- (ii) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos ou bens em causa;
- (iii) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa dos lucros daí resultantes.

Se porventura, um dos requisitos elencados nos artigos 10.º, n.º 1 da LdC e no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE deixarem de ser preenchidos, então, o efeito será de não aplicação da exceção que justifique certos acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas.⁴²

⁴² Processo *Expedia*: Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), 13 de dezembro de 2012, no proc. n.º C-226/11.

3. O controlo de operações de concentração entre empresas

a) Aspetos gerais

Antes de analisarmos o teor do controlo das concentrações, escrutaremos em primeira linha por uma apreciação sobre alguns aspectos preliminares como: a noção de concentração, os bens complementares e bens sucedâneos, o controlo das operações de concentração comunitário e nacional e a sua evolução e preocupação (face aos mercados oligopolistas), e por fim, veremos criticamente os motivos legítimos das concentrações.

b) Noção

A concentração implica uma mudança duradoura no controlo sobre as empresas em causa, e na estrutura de mercado.⁴³

Das concentrações podem resultar duas situações: a fusão e a aquisição de controlo.

A fusão é o típico caso de *truste*, em que duas ou mais empresas independentes se fundem numa nova empresa.

A aquisição de controlo é mais complexa do que a fusão, tem como finalidade possibilitar que um sujeito (uma ou mais pessoas detentoras de controlo de uma empresa ou mais) exerça uma determinada influência (controlo) sobre uma (s) empresa (s). O controlo tem como objetivo nas situações em que a empresa adquirente de participações sociais ou de ativos seja controlada por outra empresa (ou pessoa jurídica), sendo que, esta última é que têm o poder efetivo (“controlo direto”). E pode adquirir este controlo através de meios jurídico-comerciais como: aquisição de participações sociais, aquisição de ativos e aquisição de direitos.

c) Bens complementares e bens sucedâneos

A concentração pode ser verificada através da elasticidade-preço e da elasticidade-cruzada da procura. Na elasticidade-cruzada a curva assume uma inclinação decrescente quando se trata de bens complementares; quando se trata de bens sucedâneos a inclinação é crescente (Figura 1).

⁴³ A par da legislação nacional da concorrência, no seu artigo 36.º n.º 1 da LdC, também a Comissão abrange igualmente a noção de “concentração” no Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004 ponto (20) e ainda no seu artigo 3.º.

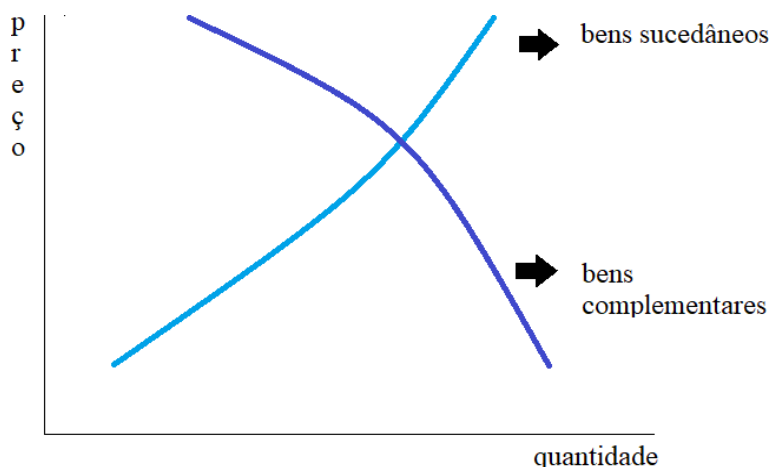


Figura 1 - Gráfico dos bens complementares e bens sucedâneos

O Doutor Manuel L. Porto entende que bens complementares “são os bens que por gosto ou hábito dos consumidores ou por razões técnicas são utilizados conjuntamente no consumo ou na produção.” (e.g. pneus e o automóvel). O aumento do preço de um deles significa uma redução da utilização desse bem e do bem complementar. Quando se fala de bens sucedâneos o Autor defende a ideia de “bens que podem utilizar-se em alternativa na satisfação do consumo ou da produção, o aumento do preço de um deles leva, não a uma diminuição, mas sim ao aumento da procura do outro”. E.g. do aumento do preço do café levará ao aumento do consumo de chá (por corresponder a um bem quase idêntico).⁴⁴

Na elasticidade-preço a quantidade procurada varia em função do preço. O que significa que:

- (i) Se o valor das duas elasticidades for alto, a procura não é estável, o mercado vive períodos de crescimento ou de expansão e, por isso, não há uma concentração duradoura.
- (ii) Se o valor das duas elasticidades for baixo, as condições de mercado são estáveis e, por isso, há concentração.

⁴⁴ Cfr. PORTO, Manuel Carlos Lopes – *Economia um texto introdutório*. 3.^a Ed. 2009. Setembro. Almedina, pp. 117 e 118.

d) Controlo de Concentrações

O legislador comunitário de 1989 teve a preocupação de criar um instrumento jurídico-regulativo que permitia um controlo eficaz da proteção da concorrência referidas num controlo das concentrações, devido à conduta (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas) ou pelo abuso de poder de mercado (abuso de posição dominante), que foi, posteriormente, alterado em 2004 pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004.^{45 46 47}

Segundo este diploma, “Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.” (artigo 2.º, n.º 2).

Ora, tanto o direito comunitário como o direito nacional corporizam uma “actuação preventiva” de operações de concentrações entre empresas lesivas para o mercado de concorrência efectiva.⁴⁸

E segundo este domínio, as normas da concorrência (europeias e nacionais) têm como objetivo prevenir, as concentrações entre empresas concorrentes (concentrações horizontais), as concentrações entre duas ou mais empresas numa relação de fornecedor-cliente (concentrações verticais) ou, as restantes operações de concentração (conglomerados), acompanhadas de consequência na estrutura do mercado com impacto lesivo para os consumidores.⁴⁹ A ideia é combater a formação de mercados oligopólios por

⁴⁵ Foi o que aconteceu com a decisão *Nestlé/Perrier* a 22 de Julho de 1992 pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (regulamento relativo ao controlo das operações de concentração), em que a Comissão autorizou a aquisição da *Perrier* pela *Nestlé*, com o compromisso de a *Nestlé* vender várias fontes e marcas de água mineral e de nascente com uma capacidade mínima de 3000 milhões de litros de água por ano, para um único comprador capaz de concorrer de forma efectiva com a *Nestlé* e a *BSN* no mercado francês das águas. Há ainda quem faça referência a uma concentração vertical da concentração horizontal. A primeira consiste na integração numa única empresa, desde a obtenção da matéria-prima até à venda do produto. Já a concentração horizontal tem como base principal os cartéis (que falamos *a supra*) e consiste numa associação de empresas para evitar a concorrência. Neste sentido, cfr RUIZ, Nuno – Comentário à sentença do proc. N.º 766/06, 4TYLSB – revista *Sub Judice*. Direito da Concorrência. N.º 40. Julho-Setembro, 2007. Almedina, p. 125 e ss.

⁴⁶ No entanto, essa alteração ainda nada, ou nada fez, para impedir a concentração, especialmente em estrutura de mercados oligopolistas. É muito difícil apreciar, tanto para a Comissão como para os Estados-Membros que aqueles comportamentos de mercados oligopolistas não resultam das condições normais do mercado em questão. Na economia política incorpora um sistema oligopólio que se caracteriza pela presença de um mercado com um número mínimo de empresas (poucos vendedores para muitos compradores).

⁴⁷ “A preocupação com o impacto na estrutura do mercado continua a ser preponderante, sobretudo quando a mesma se apresenta antes da concentração sob a forma de um oligopólio restrito. Neste caso, teme-se que a redução do número de empresas no mercado aumente os riscos de a colaboração entre as empresas restantes não ser detectada pelas autoridades competentes. Na comunidade Europeia, a adopção de um critério de apreciação fundado na criação ou reforço de uma posição dominante mostrou-se mais adequada ao tratamento de casos em que a concentração tendia para um monopólio, apesar de o recurso ao conceito de posição dominante coletiva ter permitido, até certo ponto, instaurar um controlo de estruturas oligopolistas.” (Cfr. SILVA, Miguel Moura – ob. Cit., 2008, p. 813)

⁴⁸ Cfr. FREIRE, Paula Vaz – ob. Cit., p. 467.

⁴⁹ Cfr. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – ob. Cit, pp. 223 a 230.

se entender que são mercados muito difíceis de regular pelo elevado poder sobre o mercado e os poderes públicos que prejudicam os consumidores.

A Autoridade da Concorrência tem poderes para apreciar previamente as operações de concentrações que seja suscetível de causar lesões no mercado nacional. A Comissão tem o dever de prestar assistência às autoridades competentes dos Estados-membros. E estes devem respeitar, nos termos do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 e remetendo a aplicabilidade para os artigos 101.º e 102.º do TFUE, a todos os acordos ou prática restritivas da concorrência que afetam o comércio entre os Estados-Membros.

e) Motivações legítimas de concentrações

A Comissão Europeia proíbe que determinada concentração crie ou reforce a posição dominante, e desta forma podem as partes propor compromissos que leva a Comissão a declarar a operação procedente com o mercado (desde que o consumidor ganhe e não prejudique o bom funcionamento da concorrência no mercado).⁵⁰

Os compromissos assumidos pelas empresas têm como suporte uma mudança de comportamento destas, promovendo a concorrência e prevenindo entraves no mercado, de modo a permitir um *controlo eficaz de todas as concentrações*. Estes compromissos de carácter estrutural (e.g. diminuição da quota de mercado da entidade resultante da concentração através da venda de uma filial) impede a criação ou reforço da posição dominante.⁵¹

Podemos apontar todo o *modus operandi* enquanto reforça a motivação de concentrações como: as práticas anti concorrências pela alteração de estrutura de mercado em oligopólios ou em monopólios; as barreiras à entrada; os *takeover* ao impedir certa empresa de entrar no processo de expansão; a homogeneidade dos bens; e valores reduzidos da elasticidade-preço e de elasticidade-cruzada da procura.

⁵⁰ Proc. M.9707 *Aperam Alloys Imphy/Tekna Plasma Europe/ImphyTek Powders*.

⁵¹ Mas este compromisso é dúbio, em regra, não soluciona todos os problemas. Em primeiro lugar, desse compromisso não se pode esperar que as partes *logrem de eliminar todos os receios atinentes a efeitos anticompetitivos*. Em segundo lugar, a posição dominante diz respeito às empresas concentradas como as outras que lhe são estranhas, e assim o compromisso implicava a imposição de medidas a quem não participa na concentração. *Ora, isso não é permitido, a Comissão não tem competência para o fazer*. Em terceiro lugar, a preferência pela solução de novos concorrentes *não garante resultados certos*, não se pode prever como o novo concorrente se vai comportar no futuro (ele até pode entrar na “teoria do jogo”) (Cfr. PEGO, José Paulo Fernandes Maria – ob. Cit.p. 221).

4. As diversas formas de mercado concorrencial

O termo concorrência deriva do latim *concorrentia* que significa “acto ou efeito de concorrer”. Na economia entende-se como “rivalidade entre produtores ou entre negociantes, fabricantes ou empresários”⁵². A concorrência económica corresponde as relações económicas que se estabelece entre os produtores de determinado bem ou serviço e os consumidores, numa relação independente, com vista a alcançar lucros, vendas ou quotas de mercado, utilizando instrumentos, tais como, o preço, a qualidade, a publicidade, o *marketing*, ou até mesmo a própria embalagem.

Ligado assim à concorrência temos a ideia de mercado “(...) num sentido económico mais preciso, mercado significa o complexo da oferta e da procura respeitantes ao bem considerado; é no mercado que se verifica o encontro ou ajustamento entre a oferta e procura, através da formação dos preços.”⁵³

Neste aspeto, temos muitas das vezes a ideia de concorrência e de mercado ligada à “livre concorrência”. No entanto, veremos mais a frente, que a expressão “livre concorrência” no mercado é muitas das vezes desajustada pela regulamentação das regras da concorrência e pelos procedimentos concorrenciais optados pelas entidades adjudicantes (e.g. como o ajuste direto).

a) A concorrência pura e perfeita

A concorrência pura e perfeita é caracterizada pela existência de uma infinidade de ofertantes e consumidores, e por isso não há influência sobre o preço, e ainda, por haver produtos totalmente homogêneos (bens iguais, que significa não haver nenhuma distinção pelas preferências dos compradores), bem como pela mobilidade (não há entraves na entrada ou saída de mercadorias, ou seja, um ofertante corresponde de imediato a qualquer procura registada, sem aumento de encargos e sem prejudicar o consumidor final), e pela publicidade (ou dito de outra forma, pela *transparência* do conhecimento completo da qualidade dos bens e das demais condições de mercado).

Neste tipo de mercado, como existe um grande número de ofertantes e consumidores, nenhum deles é capaz de influenciar o preço do mercado. As empresas produzem consoante as necessidades da sociedade. O que faz com que o custo marginal seja igual ao preço de

⁵² Cfr. Lexicoteca Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, Vol 1, Círculo de Leitores, 1985, ed nº 1110.

⁵³ Cfr. PATRÍCIO, J. Simões – *Direito da Concorrência (aspetos gerais)*. 1982. Gradiva, p. 9.

mercado, o valor que a sociedade dá à última unidade consumida é igual ao valor unitário de mercado. Assim sendo, a longo prazo, o preço médio do mercado será igual ao preço marginal, de tal forma que o preço da concorrência seja o preço mais baixo possível.

b) A concorrência imperfeita

A concorrência imperfeita consubstancia os mercados monopolistas e oligopolistas que existem e dominam as condições de mercado. Ora, tanto o monopólio como o oligopólio contribuem para uma concorrência imperfeita. A grande diferença entre estes dois mercados é que no monopólio⁵⁴ existe apenas um fornecedor que domina o mercado (exemplo da EDP), enquanto que no oligopólio existem poucos fornecedores do mesmo produto (no caso de duas empresas, duopólio).

A maioria das situações reais caracteriza-se sobretudo pela possibilidade de as empresas poderem influenciar a procura e o preço, através da diferenciação do seu produto em relação as demais empresas de produtos semelhantes. A variedade de vendedores é grande e o acesso ao mercado é fácil, e por isso criam o seu “círculo de clientes”, com base na inovação ou na qualidade. E por isso, podem as mesmas subir o preço em relação ao custo marginal.

“J. ROBINSON prestou atenção às *imperfeições do mercado*, devidas quer à incompletude das informações dos consumidores e dos produtores (que podem ignorar as condições de venda alheia), quer às preferências dos consumidores (as quais tanto podem resultar de diferenças reais – condições de venda, vizinhança do vendedor, etc. – como de impulsos irracionais ou do hábito – publicidade, v.g.).”⁵⁵

Em posição diferente temos a perspetiva adota por Chamberlin de

“*diferenciação dos produtos*: os bens produzidos pelas empresas em concorrência não são de todo idênticos, ou por circunstâncias objetivas, ou por circunstâncias imaginadas pelo consumidor (marcas de fabrico, cortesia do vendedor, modo de confecção, etc.). (...) O produtor pode agir, dentro desse mercado, como um monopolista; mas não de modo completo, visto deparar com os limites da substituíbilidade dos produtos similares. Em suma, os vendedores são ao mesmo tempo monopolistas e concorrentes...”⁵⁶

Ao contrário da concorrência pura e perfeita, os preços tendem a ser mais elevados neste modelo. Isto porque resulta do valor que os consumidores atribuem à diversidade, à possibilidade de escolher entre diferentes marcas ou entre diferentes qualidades dos mesmos produtos. Nas nossas sociedades, as pessoas têm-se mostrado dispostas a pagar pela diferenciação.⁵⁷ Na concorrência monopolista, os bens produzidos não são homogêneos como na concorrência pura e perfeita.

⁵⁴ No monopólio podemos estar perante uma situação que resulta da própria lei (monopólio legal) ou pelas próprias características do mercado (monopólio natural).

⁵⁵ Cfr. PATRÍCIO, J. Simões – ob. Cit., p. 11.

⁵⁶ Cfr. PATRÍCIO, J. Simões – ob. Cit., p. 11.

⁵⁷ Cfr. CONFRARIA, João – Regulação E Concorrência. Desafios do século XXI. 2005. Universidade Católica Editora, pp. 85 e 86.

Há de facto uma “ineficiência social, dado que as empresas produzem menos do que poderiam produzir e fazem-no a um custo médio superior.”⁵⁸ O monopolista pode fixar discricionariamente duas variantes: o preço (reduzindo as quantidades para que o preço suba) ou a quantidade (limitando a procura o monopolista fixa um preço superior). No entanto, o monopolista não pode controlar ao mesmo tempo o preço e a quantidade (lei de Cournot).

Porém, situação diferente é a dos mercados, com ou sem diferenciação do produto, pelo facto de haver um reduzido número de empresas. E por isso, conseguem ter controlo do mercado, sobre o preço, ou terem uma posição dominante em relação as demais empresas do mesmo setor.

As imperfeições de mercado como o monopólio e o oligopólio são aceites nas realidades dos dias de hoje. Os produtores são diferenciados pela própria marca, pela qualidade do artigo, pela publicidade, pelo *marketing*, ou até mesmo pela sua embalagem, que gera no consumidor uma certa preferência por certa empresa/marca ou pelo produto/serviço.

c) A necessidade e a importância da regulação

Nos anos 80 e 90 do século XX abandona-se os movimentos de liberalização e privatização dos mercados. Põe-se em glosa a célebre figura da “mão invisível” de Adam Smith, símbolo da correlação das leis da oferta e da procura. Segundo, Adam Smith a economia era livre e por essa razão rejeita a intervenção do Estado ou de órgãos externos. Os próprios mercados regulavam-se de forma automática. Houve um aumento significativo da formação de monopólios, um dos perigos ao funcionamento da economia do mercado. Veríamos assistir à necessidade de uma intervenção do Estado-Regulador na defesa da concorrência no mercado de modo a assegurar o crescimento e o desenvolvimento económico, satisfazer os interesses dos consumidores e alargar a competitividade entre operadores económicos.^{59 60}

Portugal carece de uma cultura de concorrência adotando mecanismos de controlo através de organismos reguladores independentes (Banco de Portugal, ANACOM, AdC, etc) e de institutos reguladores tradicionais (e.g. ICP – telecomunicações, ISP – seguros, etc.) que apesar de serem autoridades reguladoras tem que seguir regras de condutas segundo os direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁸ Cfr. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – ob. Cit., p. 28.

⁵⁹ Cfr. ROQUE, Ana – *Regulação do Mercado: Novas Tendências*. Quid Juris?. 2004. Março, pp. 33 a 36.

⁶⁰ Cfr. MAJONE, Antonio La Spina Giandomenico – *Lo Stato Regolatore*. Il Mulino, 2000, pp. 15 a 166.

E o Estado como *jus* de poderes de superveniência e de tutela⁶¹ deve ter uma supervisão nestas entidades reguladoras que assumem uma posição em prol de um serviço de interesse económico geral. Nomeadamente, deveria estar constantemente sujeito ao escrutínio público do Parlamento e do Tribunal de Contas, por exemplo, com a obrigatoriedade de prestarem contas e apresentarem relatórios, de forma a prevenir atos lesivos na Administração Pública por crimes de prevaricação, abuso de confiança, entre outros.^{62 63}

“Mas o que se passa de facto é a transferência de poderes públicos do Estado para outras entidades que, no seu exercício, dão menos garantias, são menos independentes e conhecem limites mais ténues que o próprio Estado. São uma imitação do Estado, sujeita a um conjunto de normas de criação autista e com margens de discricionariedade e opacidade eventualmente superiores às instituições e organismos especializados, integrados na Administração Pública. As imitações são sempre piores que os modelos imitados.”⁶⁴

“A criação de autoridades reguladoras na vida económica e financeira, por si só, não operou uma transferência dos poderes executivos para os poderes judiciais, porque as autoridades reguladoras não substituem e, por isso, não podem diminuir, a atuação do Estado, quando a sua intervenção é necessária para a defesa do interesse público. Nem podem tornar judiciário o que é administrativo, porque os poderes do Estado na tripartição montesquiana constitucionalmente formulada não se alterou, nem mudaram os conteúdos substantivos económicos e financeiros em causa, por toque mágico resultante da criação de autoridades reguladoras.”⁶⁵

Há que refletir sobre a forma como estas entidades regulam.^{66 67} O Estado tem que defender o próprio sistema de mercado, em benefício das posições dos utentes/consumidores, ambientais, sociais e até governamentais proibindo comportamentos lesivos na transparência e eficácia do mercado. Ora, regulações desnecessárias devem ser eliminadas, processos burocráticos criam entraves, e falta de supervisão por parte do Tribunal criam atos de falsear, restringir ou limitar a concorrência. De facto, não existe um quadro-normativo de uma “boa regulação”, por isso “muitos economistas defendem uma aplicação mais estrita da regulação,

⁶¹Cfr. SILVA, João Nuno Calvão da – O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral. In PORTO, Manuel; AMARAL, Francisco do (diretores) – *Temas de Integração*. N.º 20. 2.º semestre de 2005. Dezembro. Almedina, p. 185

⁶² “Mas exercício de tais funções não está sujeito sequer a poderes de mera orientação ou controlo do Governo (o qual, por consequência, não responde por elas perante a Assembleia da República) – o que, não obstante a expressa previsão constitucional da figura (art.º 267,3 CRP), levanta problemas quanto à respetiva legitimidade democrática, pois não deixam as ditas autoridades de ser braços do poder executivo.” Cfr. AMORIM, João Pacheco de – *Direito Administrativo da Economia*. Vol. I (Introdução e constituição económica). 2014. Almedina. Setembro, pp. 254

⁶³ Assim, dispõe a necessidade de dirimir conflitos entre operadores privados e criar regulamentos independentes, no caso das autoridades reguladoras independentes. Em prol o princípio da regulação económica que se dá pela separação orgânica do Governo relativamente as autoridades reguladoras, “gozando tais autoridades de um estatuto de maior ou menor autonomia (no caso dos mecanismos de autorregulação através de associações públicas) ou de maior ou menor independência (no caso das entidades reguladoras independentes). Cfr. AMORIM, João Pacheco de – *Direito Administrativo* ..., p. 254

⁶⁴ Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz – A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI. In ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (coord.) – *Regulação e Concorrência. Perspetivas e Limites da Defesa da Concorrência*. 2005. Janeiro. Almedina, p. 188

⁶⁵ Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz – A regulação pública ..., p. 196

⁶⁶ Cfr. MOREIRA, Vital – Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral. In MOREIRA, Vital (Organização) – *Estudos de Regulação Pública - I*. Direito Público e Regulação 5, CEDIPRE E FDUC. 2004. Abril. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 548 a 563

⁶⁷ Cfr. SILVA, João Nuno Calvão da – O Estado Regulador, ..., pp. 173 a 205

e preferem que se deixe actuar o mercado logo que haja um mínimo de condições concorrenciais.”⁶⁸

A economia do mercado anda em volta da iniciativa privada⁶⁹ e da concorrência que depende, sobretudo da regulação pública. Nesta ordem há uma articulação entre o direito da concorrência e o direito da regulação na economia moderna.⁷⁰ Isto é defendido a nível comunitário e nacional, no momento de existirem condições estruturais no mercado é preferível a concorrência ao invés da regulação, mesmo nos domínios de intervenção reguladora do Estado, pelo facto da concorrência ser um mecanismos fundamental do funcionamento da economia de mercado.⁷¹ Exemplo disso, é a AdC como autoridade reguladora da concorrência no mercado, que atua com tutela sancionatório sob o controlo do tribunal.

Refira-se, por fim, que “a concorrência actua, em regra, *ex post* e sanciona comportamentos quando existe violação da lei da concorrência. A regulação actua *ex ante* e define regras ou preços que a entidade supervisora tem de acompanhar continuamente.”⁷²

⁶⁸ Cfr. MATEUS, Abel M. – Economia e Direito da Concorrência e Regulação. In revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40. 2007. Julho-Setembro. Almedina, p. 14

⁶⁹ Cfr. AMORIM, João Pacheco de – *Direito Administrativo* ..., pp. 241 a 256

⁷⁰ Cfr. MATEUS, Abel M. – Economia e Direito ..., p. 11

⁷¹ Cfr. MATEUS, Abel M. – Economia e Direito ..., p. 15 e 17

⁷² Cfr. MATEUS, Abel M. – Economia e Direito ..., p. 11

5. Autoridade da Concorrência

Com o desenvolvimento dos mercados na Europa⁷³ houve uma necessidade em Portugal de reformular um ordenamento jurídico na defesa da livre concorrência. Da qual fosse indispensável à competitividade entre os participantes/concorrentes económicos.

Do impulso europeu criou-se uma entidade com natureza administrativa e financeira independente com o nome de Autoridade da Concorrência.

A Autoridade da Concorrência criada em 2003 pelo DL n.º 10/2003 de 18 de janeiro, tem como objetivo desenvolver uma regulamentação adequada da economia nos tempos modernos que subjaz na sociedade.

Trata-se de uma pessoa coletiva de direito com poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação. Apesar de exercer poderes sancionatórios não se pode confundir a Autoridade da Concorrência com poderes administrativos com um Tribunal que tem poderes judiciais, uma vez que há a possibilidade de recursos de decisões da Autoridade para os Tribunais.

Em consonância de valores a Autoridade também atua – tal como o Tribunal, e com recurso a este – em razões de justiça. Mas vai para além deles, no que se refere as razões de economia nos mercados e política de atividade económica com prossecução de critérios de interesse público, que não são reversíveis do ponto de vista dos Tribunais.

A AdC, por sua vez, age em cooperação com a Assembleia da República e do Governo, contribuindo para um sistema normativo português de um mercado económico sem entraves à livre concorrência, essa iniciativa pode vir da própria entidade da concorrência ou mesmo da própria Assembleia da República ou do Governo.

Nos últimos 16 anos, a AdC tem garantindo a prossecução da sua missão promovendo e defendendo a concorrência, nomeadamente, através da adoção de práticas que promovam essa mesma concorrência. Exemplo disso, foi o projeto concluído em 2018, o IMPACT

⁷³ As transações comerciais estrangeiras no âmbito da figura do instituto *Unidroit* a favor da harmonia normativa, através de um controlo e fiscalização dos contratos pela “*lex mercatória*”. Cfr. MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria do Rosário - *Unidroit Principles in International Trade Contracts’ Regulation*. In 40th International Scientific Conference on Economic and Social Development. 10-11 May 2019. Buenos Aires. Book of Proceedings, pp. 138 a 143.

Disponível em:

<http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/2826/Unidroit%20principles%20in%20international%20trade%20contracts%20e2%80%99%20regulation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

2020⁷⁴, a campanha do Combate ao conluio na contratação pública⁷⁵, o continuo da série de *podcasts* CompCast – *CompetitionTalks*⁷⁶, e ainda, a AdC arrancou com conferências e seminários com o intuito de alcançar um maior número de público, sensibilizando para matéria de direito e economia de concorrência.⁷⁷

Para além dos seus respetivos estatutos e regulamentos internos, a AdC rege-se ainda pelo Regime Jurídico da Concorrência (DI 19/2012, de 08 de maio), pela Lei-quadro das Entidades Reguladoras (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e alterada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro), bem como assegura as regras da concorrência estabelecidos no Tratado do Funcionamento da União Europeia.

Nesta ótica podemos traduzir a missão da AdC em duas áreas de atuação. Por um lado, na aplicação das regras da concorrência (*enforcement*), por outro lado, pela promoção de política de concorrência em Portugal (*advocacy*).

a) Âmbito dos poderes da AdC: Sancionatório, Supervisão e Regulamentação

Para o desempenho da sua atividade e competência, a AdC desempenha o poder sancionatório, de supervisão e de regulamentação.

Sistematicamente podemos dizer que:

a.a) No exercício dos **poderes sancionatório**, a AdC desempenha a função de:

a.a.1) Identificar e investigar práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência (nacional e da União Europeia), procedendo à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções ou coimas previstas na lei;

a.a.2) Adotar medidas cautelares, quando haja necessidades.

⁷⁴ Avaliação de Impacto concorrencial de políticas públicas, projeto n.º 12272 com a colaboração da OCDE (início do projeto em outubro de 2016) para realização de uma avaliação de impacto concorrencial nos setores de transporte (rodoviário, ferroviário, marítimo e portuário) e em 13 profissões liberais autorreguladas (advogados, solicitadores, agentes de execução, notários, engenheiros, engenheiros técnicos, arquitetos, auditores, contabilistas certificados, despachantes oficiais, economistas, farmacêuticos e nutricionistas). Com o objetivo de identificar legislação ou regulamentação que restrinja o funcionamento das regras da concorrência, contribuindo para uma intervenção pública mais eficiente, e desta forma, um mercado mais transparente com uma melhoria do desenvolvimento económico e social. Este projeto foi usado noutros países como: no México (2018), na Grécia (2013, 2014, 2017) e Romênia (2016).

⁷⁵ Veremos mais a frente, no capítulo III, mas ficamos com a ideia de que o conluio resulta da concentração das propostas das empresas em concurso, com o objetivo de eliminar ou até mesmo limitar a concorrência, prejudicando, consequentemente, os contribuintes. E por isso, este tem sido a maior batalha da AdC.

⁷⁶ A AdC lançou mão em 2018 com debates sobre temas de política de concorrência através de entrevistas a especialistas nacionais e internacionais das áreas de direito e economia da concorrência.

⁷⁷ Cfr. MOREIRA, Teresa – O novo Instituto da Clemência: a dispensa e a atenuação especial da concorrência. *In* revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40. 2007. Julho-Setembro. Almedina, p. 75 a 97.

a.b) No exercício dos **poderes de supervisão**, a AdC desempenha a função de:

a.b.1) Proceder à realização de estudos, inquéritos ou auditorias, se necessário em matéria de concorrência;

a.b.2) Instruir e decidir sobre procedimentos administrativos respeitantes às concentrações de empresas e sujeitas a notificação prévia.

a.c) No exercício dos **poderes de regulamentação**, a AdC desempenha a função de:

a.c.1) Elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular, nos termos previstos na lei;

ac2) Assegurar o apoio técnico prestado à Assembleia da República e ao Governo, pronunciando-se sobre iniciativas legislativas ou, se for necessário formular sugestões ou propostas no quadro legal e regulatório.

ac3) Acompanhar e assegurar um mercado livre de concorrência, estabelecendo relações de cooperação com as instituições da União Europeia, as entidades de organismos nacionais, estrangeiros e internacionais.

ac4) Emitir recomendações e diretivas.

b) Resultados da intervenção da AdC: relatório de atividades 2019

Como vimos, o principal papel da AdC é combater práticas anti concorrenciais (nomeadamente, práticas restritivas e práticas de concentrações) que possam prejudicar os consumidores/contribuintes. E por isso, atribui-se uma promoção na investigação e controlo de matéria da concorrência quer nas entidades públicas, quer nas entidades privadas, de forma a não afetar a livre concorrência num mercado único.

Em 2019, a AdC condenou sete empresas por práticas restritivas da concorrência, que resultou em coimas no valor de 340,5 milhões de euros, nos setores da manutenção ferroviária, dos seguros, da atividade bancária, da energia e da alimentação. (Fig. 2)⁷⁸

O ano de 2019 foi marcado pelo quarto valor mais elevado de coimas aplicadas, durante os 16 anos de existência da AdC.⁷⁹

Para além das sete condenações finais referidas *a supra*, a AdC adotou cinco notas de ilicitude durante o ano em apreço. E ainda foram realizadas diligências e buscas em três processos, com incidência nos setores da saúde, resíduos e vigilância privada.

⁷⁸ Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Resultados%20AdC%20-%202019.pdf

⁷⁹ Superou o ano de 2018 com um total de coimas aplicadas de 12,4 milhões de euros.

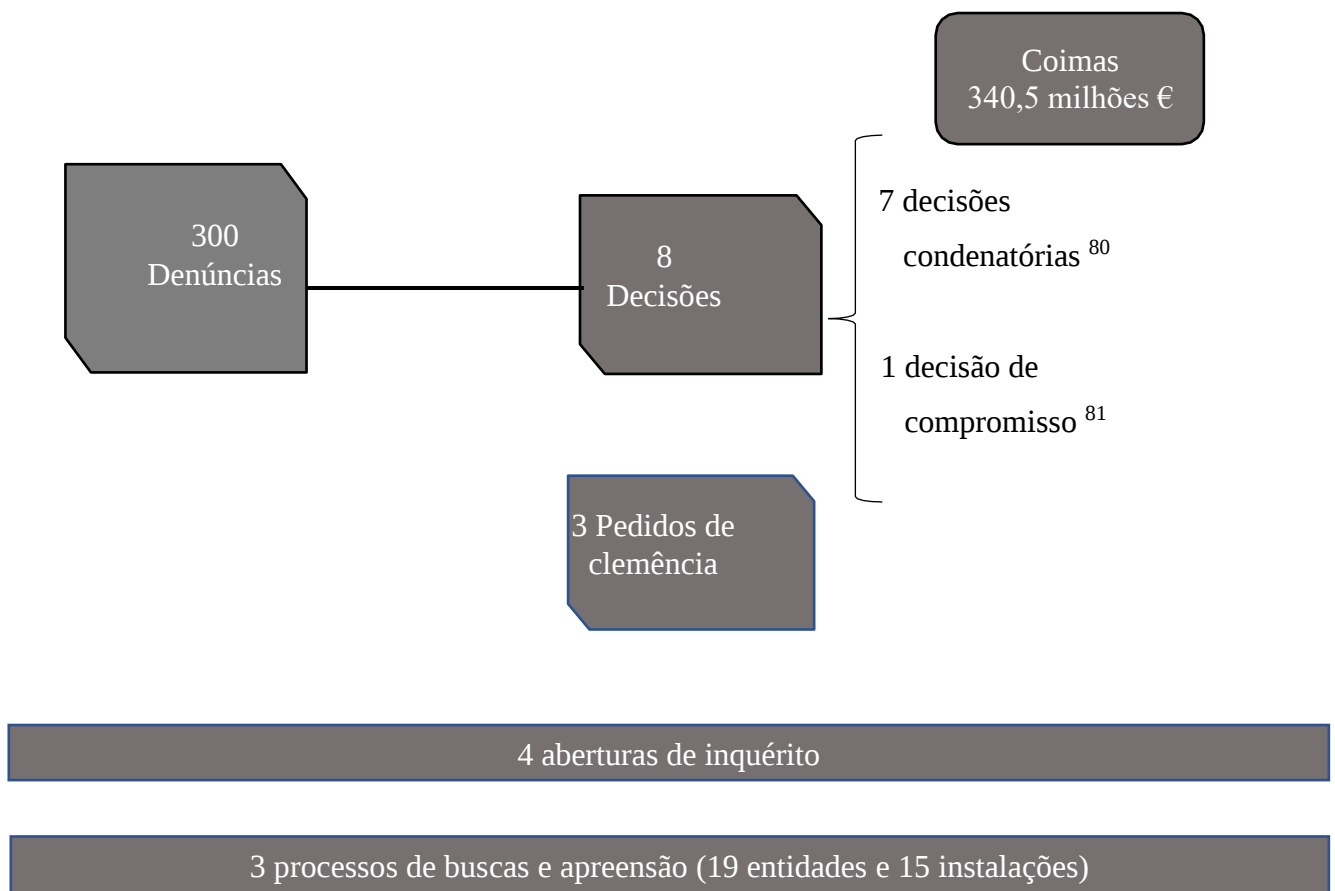


Figura 2 – Investigação e sanção de práticas restritivas da concorrência em 2019 ⁸²

Nas situações em que os agentes económicos proporcionam uma instabilidade económica no mercado pela ausência de uma concorrência efetiva por comportamentos de acordos ou concentrações entre empresas que, na sua medida, suspendem a competitividade natural e por consequência restringem a concorrência, verifica-se assim a necessidade de através da legislação e das autoridades sancionar situações destas. O maior prejudicado é o consumidor final, que vê a linha dos preços fixados no mercado a crescer, de forma a garantir a sobrevivência das empresas. No entanto, os prejuízos podem ser vistos no âmbito da economia, nomeadamente, pelas entraves no desenvolvimento da atividade a um novo comerciante. As empresas acordam entre si estratégias para dificultar ou até mesmo impedir

⁸⁰ Relativas a uma prática concertada de troca de informação comercialmente sensível entre instituições bancárias, um cartel no setor da manutenção ferroviária, um cartel no setor dos seguros, um abuso de posição dominante no setor da energia e uma prática de fixação de preços de revenda no setor da distribuição alimentar.

⁸¹ No setor da panificação e pastelaria.

⁸² Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Resultados%20AdC%20-%202019.pdf

o acesso do novo comerciante no mercado, por receios de novas situações de concorrência que daí podem resultar (e.g. novo produto mais inovador). E por isso, é importante haver uma intervenção ativa por parte da AdC de forma a garantir uma política-económica de concorrência efetiva.

Conforme o quadro abaixo, verificou-se, face ao ano anterior, um acréscimo de 11% no número de decisões de concentrações passando de 48 para 59 decisões (Fig. 3).

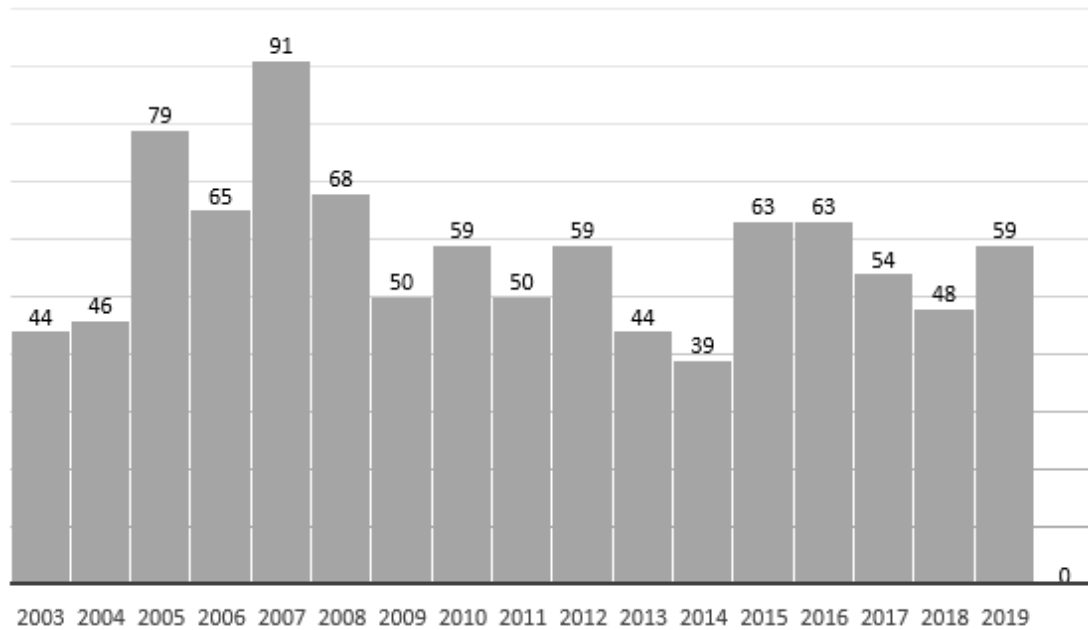


Figura 3 – Decisões de práticas de concentrações entre 2003 e 2019 ⁸³

⁸³ Relatório n.º 10/2019 (V. p. 162). Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/125904413>

CAPÍTULO II – A contratação pública

1. Conceito de Contratação Pública, de Contrato Público, e Concurso Público

a) Contratação Pública

A União Europeia tem em consideração a possibilidade de as entidades adjudicantes satisfazerem as necessidades públicas, desde que, os critérios do objeto do contrato respeitem os princípios fundamentais⁸⁴.

Nomeadamente, com a concretização das liberdades (de circulação, de mercadoria, de fornecimento, de estabelecimento e de prestação de serviço) e dos princípios (da igualdade, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da transparência, bem como da concorrência).

A adjudicação dos contratos públicos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público devem respeitar as regras destas liberdades e princípios.

Todavia, existe contratos públicos que ultrapassam um determinado valor, sendo admissível estabelecer disposições de coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos público com base nesses princípios. De forma a garantir os devidos efeitos da concorrência na abertura dos contratos públicos.⁸⁵

As seguintes diretivas foram transpostas para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (revisão do CCP):

(i) Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/04/2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão;

(ii) Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014, relativa aos contratos públicos que revoga a Diretiva 2004/18/CE;

⁸⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes – Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia. In ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (coord.). – *Regulação e Concorrência*. 2005. Janeiro. Almedina, pp. 9 a 17.

⁸⁵ Neste sentido o Ac. Telaustria, do TJCA, proc. n.º 324/98, de 17 de dezembro de 2000. E ainda, a publicação do Diário da República n.º 159/2011, Série II de 2011-08-19 (ponto 3.4.1): “A Comunicação Interpretativa da Comissão [2006/C - 179/02] sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos [ou apenas parcialmente] pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos [ex. os de valor inferior aos limiares estabelecidos nas Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE], apela, com particular ênfase, à escrupulosa observância dos princípios gerais da contratação pública, aí destacando o princípio da transparência, da concorrência, da igualdade e não favorecimento ilegítimo e, por fim, os princípios da imparcialidade e da publicidade. Princípios que, indubitavelmente, também enformam as regras fundamentais do Tratado. Por outro lado, a referida Comunicação Interpretativa, no seu ponto 1.3., advoga que os princípios derivados do tratado CE apenas se aplicam às adjudicações de contratos que tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno [comunitário]. Ou seja, e «a contrario», mas, ainda, na definição conceptual da expressão “relevância para o mercado interno”, sempre que a adjudicação de um contrato não apresentar interesse para operadores económicos situados em outros Estados -membros, não se justificaria a aplicação de normas derivadas do direito

(iii) Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

Desde muito cedo, as diretivas comunitárias veem impor aos Estados (entidades adjudicantes) deveres para contratar, como é o caso da abertura de concursos, da publicidade do concurso, da fixação de prazos razoáveis para que todos os interessados apresentem as suas propostas, ou até mesmo da fixação legal no que respeita à escolha do contraente. Há aqui uma preocupação comunitária de garantir a concorrência e em realizar políticas europeias, no domínio económico ou social e até mesmo ambiental, relevante na realização de um mercado único.

comunitário primário. (...)”. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/2625701>

b) Contrato Público

No Ocidente, desde a Grécia Antiga até a nova civilização Romana estiveram sempre presentes funções de *res publica*, de natureza administrativa para a funcionalização e realização de fins de interesse público, recorrendo sempre ao instrumento do contrato. Por isso, o contrato tem um relevo importantíssimo histórico, do qual o nosso CCP no seu artigo 1.º define o contrato público como “contrato administrativo” como *categoria permanente* na vida da administração dos Estados e das entidades públicas.⁸⁶

Tal como o nome diz, o contrato público é um contrato de natureza pública celebrado por uma entidade adjudicante, como tal referida no artigo 2.º e no artigo 7.º do CCP e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação (art. 1.º, n.º 2 do CCP).

Vejamos como é que a doutrina portuguesa compatibiliza o conceito de contrato público com o conceito de contrato administrativo, em especial como é que as diretivas europeias veem a noção de contrato público.

O Doutor Freitas do Amaral utiliza a expressão *contrato público* num sentido lato e tradicional, como uma categoria que vai para além dos contratos administrativos, incluindo ainda os contratos constitucionais, os contratos fiscais e financeiros, os tratados e convenções internacionais.⁸⁷

O Doutor Pedro Costa Gonçalves defende um conceito de contrato público mais apegado à letra da lei, ou seja, os contratos administrativos como uma categoria de contratos públicos:

“Sendo assim, impõe-se naturalmente reconhecer que esse conceito, que hoje apenas se deduz da lei, não representa uma equivalência entre contrato público e contrato da Administração Pública. Na verdade, há entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º ou do artigo 7.º que, decerto, *não integram a Administração Pública*, (...) os casos, de entidades privadas, da sociedade civil, que não integram a Administração Pública, mas que, não obstante, são que os contratos que celebram podem qualificar-se como contratos públicos, nos termos da lei. (...) também pode acontecer o seu reverso, pois há sujeitos da Administração Pública (em sentido funcional), que não surgem referenciados no elenco legal de entidades adjudicantes: assim sucede, por exemplo, com as empresas públicas ou com as empresas concessionárias de obras públicas e de serviços públicos, que exercem funções materialmente administrativas, e que, por isso mesmo, se devem considerar sujeitos da Administração Pública num sentido funcional. (...) os contratos que essas entidades da Administração Pública celebram no âmbito do exercício de funções materialmente administrativas (cf. Artigo 3.º, n.º 2) não são contratos públicos.”⁸⁸

⁸⁶ GONÇALVES, Pedro Costa – ob. Cit., p. 71.

⁸⁷ AMARAL, Diogo Freitas – ob. Cit., pp. 498, 499, 565 e ss.

⁸⁸ GONÇALVES, Pedro Costa – Ob. Cit., pp. 21 a 23.

A Doutora Maria João Estorninho apela a uma revisão do tema da atividade contratual administrativa, uma vez que, a própria administração pública se tornou mais exigente nas regras procedimentais. E por isso, refuta a tese segundo os argumentos que justificam que a noção comunitária de contrato público não vem bulir com a tradicional noção de contrato administrativo, nomeadamente com “a ideia de que tal noção nada pretende sugerir sobre a natureza jurídica – pública – de um determinado contrato”. As exigências procedimentais aplicam-se no entender da autora “quer a *contratos administrativos* quer a *contratos de direito privado* da Administração Pública”. Além disso, inspira-se pelo “*Requiem* pelo contrato administrativo, de inspiração francesa!”.⁸⁹

O conceito de contrato público no disposto do artigo 1.º, n.º 2, do CCP afasta-se em linha de pensamento da noção de contrato público europeu. A Diretiva 2014/24/UE no artigo 2.º, n.º 1 (5)⁹⁰ define contrato público como “contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços”. A conceção comunitária valoriza no plano funcional o contrato público no âmbito da sua formação, e por isso, “não foi concebido para corresponder à noção formal de contrato dos ordenamentos dos Estados-Membros.”⁹¹

⁸⁹ ESTORNINHO, Maria João – *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*. 2006. Novembro, pp. 306 a 309.

⁹⁰ Disponível em:

http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf

⁹¹ GONÇALVES, Pedro Costa – Ob. Cit., pp. 25 e 26.

c) Concurso Público

O Concurso Público referente no âmbito do regime do CCP tem como primeira marca o facto de ser um procedimento que se inicia por um anúncio⁹² (no DR ou também no JOUE). Trata-se de um procedimento adjudicatário em que qualquer interessado, desde que satisfaça os requisitos legais, pode vir apresentar propostas para a execução do contrato.

O CCP nesta grande figura dos contratos públicos que se iniciam pelo anúncio vem fazer uma distinção muito mais estanque do que aquelas que tinha anterior entre o que é o concurso público e o que é o concurso limitado.

O concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento adjudicatário – com uma tramitação processual muito mais complexa do que no concurso público – em que qualquer interessado que satisfaça os requisitos legais pode apresentar a candidatura, com a nuance de terem de apresentar uma especial capacidade para a celebração de um específico contrato.

O concurso público tal como o concurso limitado por prévia qualificação inicia-se por anúncio. No entanto, este último procedimento concursal tem duas fases (V. 163.º do CCP): a fase da apresentação de candidatura e qualificação dos candidatos; e a fase da apresentação e análise das propostas.

Também no concurso público há uma apreciação dos requisitos legais de capacidade dos concorrentes para celebrar contratos públicos. Apesar de não haver uma fase específica (tal como acontece no concurso limitado por prévia qualificação), antes da apreciação da proposta a entidade adjudicante aprecia a capacidade dos participantes. A opção do legislador do código manteve-se em 2017 em distinguir claramente o que é o concurso público do concurso limitado por prévia qualificação.

No concurso público a única exigência que se pode fazer relativamente aos concorrentes é que eles tenham a possibilidade de executar aquele contrato e que tenham as condições legais para o fazê-lo. Não se pode exigir aos concorrentes nenhum tipo de capacidade, isto fica para o concurso limitado por prévia qualificação. Significa isto, que sempre que a entidade adjudicante entenda que não basta a possibilidade de apresentação de proposta por qualquer concorrente que possa executar o contrato, mas que deve ser exigida alguma capacidade tem de optar pelo procedimento do concurso limitado por prévia qualificação.

⁹² A grande diferença entre procedimentos que se iniciam pelo convite, ou seja, aqueles em que a entidade adjudicante pré-determina quem pode participar, e estes que se iniciam pelo anúncio em que a entidade adjudicante se dispõe a aceitar propostas de todos aqueles que querem participar no concurso.

Do ponto de vista do código, relativamente às escolhas de procedimento, o legislador permite uma livre opção da escolha entre concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação. Segundo o princípio geral da livre escolha do procedimento a entidade adjudicante pode escolher um ou outro. No entanto, a verdade é que o concurso limitado por prévia qualificação é um procedimento mais limitador do princípio da concorrência. O concurso limitado só permite a apresentação de propostas de pessoas que tenham uma determinada capacidade e, portanto, o concurso limitado só deve ser o procedimento escolhido quando haja razões objetivas para que se proceda a utilização de certa capacidade.⁹³

A livre concorrência desempenha um papel fundamental no concurso público através da liberdade de participação dos concorrentes, desde que estes obedeçam aos requisitos legais exigidos na capacidade contratual. É uma participação em que não se exige requisitos especiais, mas somente os requisitos gerais impostos na lei. Por sua vez, o concurso público tem a vantagem de ser um procedimento menos limitador da concorrência.

Existe um pré-entendimento em que o procedimento do concurso público não pode ser demorado. Se a entidade adjudicante preparar bem e souber tramitar bem pode ser um concurso relativamente rápido e seguro. Claro que o legislador fixa prazos mínimos previstos na lei para obter um tempo necessário para os operadores poderem participar e preparem as suas propostas. Obviamente, uma das principais garantias da concorrência está em garantir aos interessados um tempo de preparação de propostas adequado, nomeadamente, para aqueles que não estão à espera do concurso, mas que porventura estão interessados em apresentar a proposta. Seria uma forma muito evidente de restringir a concorrência com um prazo muito curto que tem tendência para favorecer quem já sabe que o concurso vai existir.

Enquanto o concurso limitado tem duas fases (a fase de apresentação e qualificação da candidatura e fase de adjudicação) que reflete, assim, numa demora de tempo cada vez maior.

⁹³ Deve ser adotado quando “a escolha do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos sem limite de valor, desde que os respetivos anúncios sejam publicados no JOUE, pois, se o não forem, terá por limite o respetivo limiar da concorrência comunitária (artigos 19.º, 20.º e 21.º); Independentemente do valor do contrato, aquele procedimento, sem publicação de anúncio no JOUE pode ser adotado quando for possível adotar o ajuste direto em função critérios materiais (artigo 28.º); Independentemente do valor do contrato a celebrar, deve ser adotado, em alternativa com o concurso público e o procedimento por negociação, para adjudicação das concessões e contratos de sociedade (artigo 31.º, n.º 1); Os contratos de aprovisionamento têm de ser adjudicados através de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação (artigo 265.º, n.º 1).” Cfr. SILVA, Jorge Andrade – *Dicionário dos Contratos Públicos*. 2018. 2.ª Ed.. Almedina, p. 167.

Já no concurso público, logo que é lançado o anúncio solicita-se, imediatamente, a apresentação de proposta o que significa um procedimento muito mais rápido. Isto tem levado a que as entidades adjudicantes optem pelo concurso público porque é muito mais rápido. No entanto, as entidades adjudicantes enxertam no concurso público algumas exigências a mais do que a mera apresentação de propostas por qualquer entidade habilitada para o efeito. E isso tem levado alguma jurisprudência. A questão é saber: O que se pode exigir no concurso público?

Todos os procedimentos têm uma fase de adjudicação em que a entidade adjudicante exige aos concorrentes para prestarem declarações e nalguns casos demonstrarem que não estão em situação de impedimento de participar. E além disso, é exigido também que apresente o documento comprovativo da sua habilitação para o exercício de uma determinada atividade quando exista uma exigência legal para o exercício da profissão (V. art. 132.º, n.º 1 al. f) e g) do CCP): eis o que sucede, por exemplo, numa empreitada de obras públicas a apresentação de um certificado e do alvará emitida pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC, I. P.). Portanto, é evidente que no concurso público, na fase de adjudicação será solicitado ao adjudicatário a apresentação dos documentos de habilitação para exercer a profissão. No entanto, o que muitas vezes acontece é que algumas entidades adjudicantes solicitam algo mais, mantendo o comunicado como um procedimento de concurso público, em vez de, e de certa forma seria mais congruente como concurso limitado por prévia qualificação. Este é um procedimento mais pesado para a entidade adjudicante que vê a lentidão do concurso preferindo em muitos casos o procedimento por concurso público.

A noção de habilitação é utilizada na Parte II, Título I, Capítulo VIII, do Código dos Contratos Públicos num sentido completamente divergente do que tinha na legislação anterior, nomeadamente, os documentos de habilitação a apresentar pelo adjudicatário (V. art. 81.º) passaram a ser mais amenizados desde a alteração do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Apesar de haver uma resposta linear e unânime dentro da jurisprudência, este tema tem sido muitas vezes trazido a tribunal. Nesse contexto, o **Ac. TCA Sul, 11.07.2018, proc. n.º 2574/17.8BELSB (relator: Sofia David)**⁹⁴ em que se discutia a veracidade do contrato realizada pela entidade adjudicante Anacom que exigia aos adjudicatários que estes fossem titulares de um certificado ISO e detentores de um sistema HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Point*).

⁹⁴ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/1de0d9e08a8bb562802582d000494ae0?OpenDocument>

Do qual um dos adjudicatários não possuía o certificado ISO tendo a entidade adjudicante excluído, logo, a sua proposta.

Neste processo conclui-se que: “(...) as exigências constantes da cláusula 16.º, al. a), do CE, eram relativas a certificações ISO, reconduzíveis a requisitos técnicos das entidades adjudicantes e não a certificações relacionadas com os serviços a prestar (...)”.⁹⁵

A este propósito era importante saber se o certificado ISO era ainda um documento de habilitação que se poderia exigir num concurso público, ou se este certificado ISO era enquadrado num requerimento de capacidade ou de habilitação.

Nada se opõe quanto a imposição de todas as empresas terem um sistema HACCP⁹⁶, que constitui um certificado obrigatório para os concorrentes no presente concurso. Já quanto ao certificado ISO, a lei não obriga a sua posse.⁹⁷

Se se tratar de uma exigência legal para a execução do contrato, então estaríamos a falar de um verdadeiro exercício de habilitação. Por instrumento do concurso público é possível à entidade adjudicante exigir ao concorrente. Neste caso do que se trata não era de uma exigência legal, mas antes de uma garantia para a entidade adjudicante de uma maior qualidade da execução do contrato. E aí estamos antes a falar de um requisito de qualificação e já não um requisito de habilitação.

“(...) este tipo de procedimento – **o concurso público** – não incorpora uma fase de qualificação dos concorrentes, na qual a Entidade Adjudicante avalie a sua capacidade técnica e financeira (como ocorre no concurso limitado por prévia qualificação). No concurso público, para além da exigência das habilitações legais, de requisitos habilitacionais, **não se pode requerer dos concorrentes determinadas capacidades técnicas e financeiras, ou seja, requisitos de qualificação**. No concurso público a escolha dos adjudicatários é feita apenas com base nas características das propostas, independentemente da apreciação da qualificação das empresas concorrentes, das suas capacidades técnicas e financeiras. Pressupõe esta forma concursal, que qualquer empresa habilitada a operar no mercado apresenta as características necessárias e adequadas a prestar o serviço concursado. E nada mais pode a Entidade Adjudicante exigir com relação à capacidade técnica e financeira das empresas, esta entendida como relativa a características subjectivas dos concorrentes (e não das propostas). Não incumbe à Entidade Adjudicante, nestes casos, confirmar ou verificar a existência ou a certificação de quaisquer competências ou padrões de qualidade relativos às empresas, porquanto não existe no concurso público uma fase de qualificação. O concurso público é comumente assinalado como um procedimento aberto ou de acesso livre a todos os operadores económicos que actuam no mercado. Ou seja, tendo a Anacom adoptado como procedimento o concurso público, abdicou da apreciação da qualificação das empresas concorrentes, aceitando que a este concurso pudessem concorrer todos os operadores económicos com as habilitações legais para

⁹⁵ Cfr. Ac. TCA Sul, 11.07.2018, proc. n.º 2574/17.8BELSB (relator: Sofia David)

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/1de0d9e08a8bb562802582d000494ae0?OpenDocument>

⁹⁶ Neste sentido pronunciou-se o Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012, confirmado pelo Ac. do STA n.º 0993/12, de 30-01-2013 no que se refere a obrigatoriedade do sistema quando se refere a produção, transformação, armazenagem e/ou distribuição de géneros alimentícios.

⁹⁷ Neste sentido o TCAS no Ac. 10404/13, de 07-11-2013, pronunciou-se pela admissão de exclusão de uma proposta por falta da apresentação de um certificado de habilitação nos termos de um concurso. E ainda, o Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012.

acturem no mercado. Ora, não constituindo as normas ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO 14001:2004, requisitos habilitacionais, mas sendo antes relativas à qualificação técnica das empresas, não poderiam os respectivos certificados serem exigidos (...).”⁹⁸⁹⁹ (sublinhado meu)

Surge, em articulado a questão de saber se não estamos perante um concurso limitado por prévia qualificação?

A entidade adjudicante não está obrigada a nenhum procedimento concursal. O legislador reconhece que há um enorme poder adjudicante da entidade por escolher o concurso público ou o concurso com prévia qualificação. O que a lei não permite é que ele altere a discricionariedade do concurso exigindo requisitos de capacidade no concurso público.¹⁰⁰

A solução passa por: ou prosseguir o procedimento sem aplicação daquele segmento, ou se por haver uma ilegalidade haja nulidade do concurso público e, conseqüente, o início de um novo procedimento.¹⁰¹

Concluindo nos dois pontos fundamentais que a entidade adjudicante é livre de escolher o procedimento concursal, e por isso, podia ir pela via de concurso público. No entanto, não pode a entidade adjudicante num concurso público exigir requisitos de capacidade, considerando para estes efeitos o certificado ISO uma cláusula inválida. Entendeu-se, no caso concreto, que a solução legal seria o início de um novo procedimento, com alteração de novos termos do concurso.

“(...) compete à entidade adjudicante efectuar um autocontrolo do regulamento que ela própria elaborou e repor a legalidade, desaplicando a norma do programa do concurso que desrespeita o princípio da hierarquia normativa (arts. 112º e 266º/2 da CRP) (...)”.¹⁰²

Nos termos do artigo 51.º do Código dos Contratos Públicos: “As normas constantes do presente Código relativas às fases de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes”.

⁹⁸ Cfr. Ac. TCA Sul, 11.07.2018, proc. n.º 2574/17.8BELSB (relator: Sofia David)

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/1de0d9e08a8bb562802582d000494ae0?OpenDocument>

⁹⁹ Cfr., os Acs. do TCAN n.º 03661/15.2BEBRG, de 15-07-2016, n.º 01312/11.3BEBRG, de 25-01-2013 e n.º

00225/11.3BECBR, de 07-10-2011.

¹⁰⁰ Neste sentido o Ac. do TCAS n.º 08869/12, de 21-06-2012.

¹⁰¹ Cfr a decisão do Ac. do STA n.º 0993/12, de 30-01-2013.

¹⁰² Cfr. Ac. TCA Sul, 11.07.2018, proc. n.º 2574/17.8BELSB (relator: Sofia David)

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/1de0d9e08a8bb562802582d000494ae0?OpenDocument>

Assim, há que ter em conta uma interpretação extensiva desta norma, uma vez que, o concurso ficou inquinado *ab initio*. O Tribunal não poderia aproveitar o ato pondo em causa a estabilidade do procedimento, essa medida, repercutir-se-á para todos os concorrentes, nomeadamente, poderia haver operadores que decidiram não concorrer pelo facto de não possuírem o certificado ISO.

No concurso público a garantia do princípio da concorrência nesta matéria não pode ser uma concorrência só de quem participou no procedimento, não basta chegar à conclusão que os vários concorrentes não tinham aquele certificado e, portanto, podiam abdicar. O princípio da concorrência tem de ser garantido a partir da igualdade entre os que concorreram e os que não concorreram e que podiam ter concorrido. E por isso não é possível salvar uma modalidade de concurso mesmo que isso garanta a igualdade de todos. Porque sendo um concurso aberto por anúncio é essa igualdade entre todos os potenciais interessados que se tem de garantir e obviamente uma característica que distingue o procedimento iniciado por anúncio de um procedimento iniciado pelo convite.

Claramente as diretivas europeias tiveram a preocupação de vir agilizar os procedimentos concursais, nomeadamente, no nosso ordenamento jurídico em que há uma fortíssima ponderação de procedimento iniciado por convite e o que se pretende é haver cada vez mais procedimentos iniciados por anúncio. Por outro lado, na linha das diretivas o legislador português admite a redução dos prazos quando uma obediência devidamente fundamentada da entidade adjudicante viabilize o cumprimento do prazo mínimo previsto na lei. *Exempli gratia*, quando se fala de um procedimento obtidos no JOUE o prazo mínimo em regra de apresentação de propostas é de 30 dias. Mas, o legislador admite que no caso de “urgência devidamente fundamentada pela entidade adjudicante inviabilize o cumprimento do prazo mínimo de 30 dias” para 15 dias (V. art 136.º n.º 3 do CCP).

Quando o procedimento não é publicado no JOUE (V. art 135.º do CCP) a apresentação de propostas tem um prazo até 6 dias¹⁰³. Exceto, no caso de se tratar de um contrato de empreitada de obra pública o prazo é de 14 dias, salvo “manifesta simplicidade dos trabalhos” o prazo é reduzido para 6 dias.

¹⁰³ O prazo é quase idêntico à consulta prévia (V. art. 116.º do CCP). A grande diferença coaduna com o facto de ser a entidade adjudicante que convida diretamente as entidades à apresentarem as suas propostas.

A primeira intervenção dos concorrentes é a apresentação da sua proposta, o código vem agora dizer que o anúncio é uma peça do procedimento e que ele também deve ser aprovado pelo órgão competente para a decisão de contratar. O que torna menos prático, sobretudo no preenchimento do formulário da JOUE ou do DR (que não era habitual).

Na tramitação do concurso público reconhecem sempre a primeira interação dos interessados pelo pedido de esclarecimentos, retificação e alteração das peças procedimentais. Anteriormente, os prazos para intervir eram diferentes quer para os pedidos de esclarecimentos, bem como para as retificações de erros ou omissões. Consequentemente, o legislador de 2017 veio unificar os dois prazos, ou seja, o mesmo prazo quer para os esclarecimentos, quer para as retificações. Por articulado traz consigo uma novidade em sede do prazo de pedido de esclarecimentos e de retificações, nos termos do artigo 50.º, n.º 5 “até ao termo do segundo terço do prazo fixado para apresentação das propostas”. Ora, de facto, não se estabelece aqui nenhum limite para este prazo fixado no procedimento, e tal como acontece em todos os concursos públicos é sempre exigido um determinado limite podendo estar em causa a violação do princípio da concorrência.

O concurso público tem apenas uma fase¹⁰⁴ que é análise e avaliação das propostas. A proposta tem de dar resposta aos aspectos submetidos pela entidade adjudicante (V. art. 57.º do CCP). E a principal novidade de 2017 surge no caso de quando há publicação no JOUE é exigida a apresentação de um Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) (V. 57.º, n.º 6 do CCP e o Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de janeiro de 2016).

Vejamos assim, que o concurso público surge, em primeiro lugar, através de análise das propostas com a verificação de todas as exigências que devem estar preenchidas, caso contrário o júri competente deve pedir esclarecimentos e suprimentos das mesmas (V. art. 72.º do CCP), e posteriormente, temos a avaliação das propostas (Fig. 4)

¹⁰⁴ Ao invés do que acontece no concurso limitado por prévia qualificação.

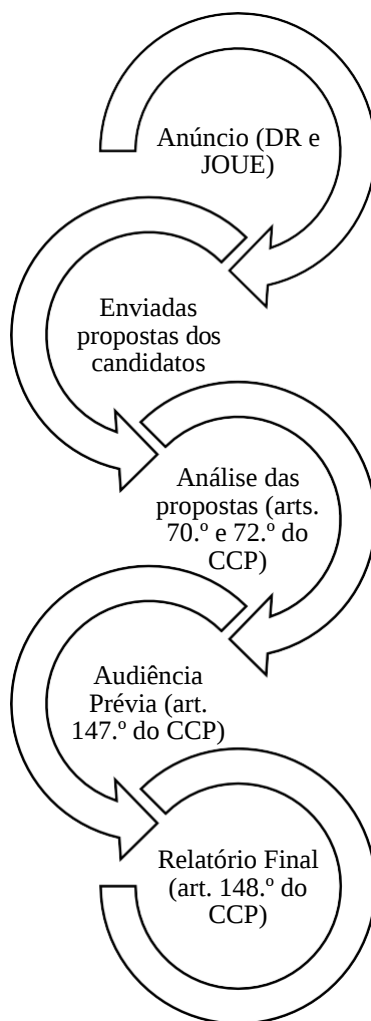


Figura 4 – Tramitação do concurso público

O Código em 2017 deixou de admitir a possibilidade de regularização de aspetos das propostas e em homenagem ao princípio da concorrência e do princípio da proporcionalidade vem determinar esse “suprimento das irregularidades das propostas e candidaturas causadas por preterição de formalidades não essenciais” (V. art 72.º, n.º 3 do CCP). O legislador acrescenta ainda na parte final “desde que tal suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento” (V. art 72.º, n.º 3 do CCP).

O procedimento do concurso público tem a fase de avaliação da proposta com os critérios de adjudicação em que o código hoje prevê a proposta economicamente mais vantajosa. Em que não se pode pensar só no coeficiente do preço ou custo. Este não pode ser o único aspeto da execução do contrato a celebrar. O Código dos Contratos Públicos refere a relação qualidade-preço (V. art 139.º, n.º 1 do CCP). É possível através de critério de adjudicação

pré-fixados que sejam estabelecidos como modo de ponderação, que determinam como cada critério vai ser avaliado.

O que é essencial no concurso público para garantir a concorrência e a igualdades dos concorrentes é que não haja benefícios para nenhum concorrente. Ora, esta prévia fixação de critérios de adjudicação é importante para que haja um concurso público que garanta o princípio da concorrência e o princípio da igualdade. Para que todos aqueles que estão a concorrer saibam o que a entidade adjudicante pretende adquirir (o bem, o serviço, ou a obra), e em função do que a entidade adjudicante vai incidir.

Um aspeto-chave, do concurso público é o princípio da estabilidade em que o código mantém isso, a estabilidade das propostas em que prevê que a entidade adjudicante peça esclarecimentos aos concorrentes, mas não podem prestar esclarecimentos que altere a sua proposta.

Uma fase eventual da tramitação do concurso público, é a fase de negociações das propostas que permite a entidade adjudicante chegar à melhor proposta (V. art. 149.º a 154.º remetendo para os arts. 118.º, n.º 1, 119.º a 121.º).

No caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, a entidade adjudicante pode recorrer ao leilão eletrónico – que distingue da fase de negociação – porque é apenas alteração de aspetos quantitativos e desde que o caderno de encargos fixe parâmetros base (V. art. 140.º a 145.º do CCP). Trata-se de algo automático feito eletronicamente que serve por exemplo, para alterar o preço.

E por fim, o Código dos Contratos Públicos refere, nos artigos 155.º e seguintes, o concurso público urgente. Aplicando-se aos casos de urgência para contratos de locação ou aquisição de bens móveis de uso corrente de valor inferior aos limiares comunitários e empreitadas inferiores a 300 000 euros. Mantêm-se o critério de adjudicação de ser o do mais baixo preço ou custo (V. art 155.º al b) do CCP).

Os prazos do concurso público urgente são significativamente encurtados. O prazo para apresentação de propostas deve ser de 24 horas nos bens e serviços e 72 horas nas empreitadas, a contar do dia da publicação do anúncio (V. art. 158.º do CCP). O prazo de manutenção das propostas é de 10 dias, sem que admitam prorrogações (V. 159.º do CCP).

2. Âmbito e aplicação do regime jurídico de contratação pública

No âmbito do regime jurídico-público dos contratos públicos podemos identificar três áreas de regulamentação: nos procedimentos de formação do contrato; na relação contratual; e no contencioso da formação e da execução do contrato.

Pode suceder-se que certos contratos não estejam abrangidos por nenhuma dessas áreas, ou ainda, pode acontecer o inverso, que certos contratos públicos sejam incluídos, por exemplo, por uma só dessas áreas específicas. Ou ainda, que sejam abrangidas pelas três áreas.

a) Regulamentação do procedimento de formação do contrato

O contrato público é submetido a um procedimento, por uma sucessão ordenada de atos e formalidades¹⁰⁵ pelos órgãos de Administração Pública para a prossecução de um interesse público, em que a mesma escolhe em concurso o seu co-contratante, em função de critérios discriminatórios, mas sempre, submetendo às luzes do princípio da concorrência que é determinante para a compreensão do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos (art. 1.º-A, n.º 1).

Nesta área da formação do contrato podemos referir que estamos no âmbito dos procedimentos pré-contratuais.

Trata-se da formação de contratos que regulam a escolha dos contraentes da Administração Pública cujo objetivo abrange prestações de serviço e produtos que sejam submetidas às regras de um mercado concorrencial. Podendo a entidade adjudicante optar pelos seguintes tipos de procedimentos:

- Ajuste direto.
- Consulta prévia.
- Concurso público.
- Concurso limitado por prévia qualificação.
- Procedimento de negociação.
- Diálogo concorrencial.
- Parceria para a inovação

¹⁰⁵ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa – *Direito dos Contratos Públicos*. 2018. Almedina, p. 38.

Assim, a Administração Pública não pode contratar como bem quiser, está limitada a regras (V. artigo 16.º do CCP). Qualquer procedimento deve garantir os direitos fundamentais para um mercado concorrencial. Como se vê na escolha do co-contratante que deverá ter em consideração regras específicas como: critérios materiais¹⁰⁶ e ao valor do contrato (V. artigos 17.º, 18.º e 23.º do CCP).

Com delimitações ao nível do tipo de contratos referenciados no CCP e em função da entidade adjudicante. Temos assim: o contrato das entidades do “sector público administrativo” (arts. 2º, n.º 1 e 16º, n.º 1); o contratos dos organismos de direito público (arts. 2º, n.º 2 e 5º, n.º 8); o contrato das entidades adjudicantes dos sectores (especiais) da água, energia, transportes e serviços postais (arts. 7º a 10º e 11º, n.º 1); o contrato dos organismos de direito público que operem nos sectores especiais (art. 12º); o contrato do caso especial dos concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes (art. 276º); e por fim, os “contratos subsidiados” (art. 275.º).

b) Regulamentação da relação contratual

Estamos perante uma relação jurídica contratual entre as partes para a celebração de um contrato de interesse público. Contrato esse que podemos designar por *contrato administrativo*.

Os Doutores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos entendem que o contrato administrativo se desdobra em dois pressupostos fundamentais: “o acordo de vontades e o seu objeto”.¹⁰⁷

Trata-se de uma relação jurídica administrativa que é “uma relação social entre dois ou mais sujeitos de Direito, públicos ou privados, visando a prossecução do interesse público, regulada essencialmente por normas de Direito Administrativo, e cujo conteúdo são as situações jurídicas activas e passivas dos sujeitos envolvidos.”¹⁰⁸

O regime da contratação pública estabelecida na Parte II do CCP (V. arts. 16.º a 277.º) é aplicável à formação dos contratos públicos que, independentemente, da sua designação e

¹⁰⁶ Admite a celebração de contratos através de outras regras de procedimento, independentemente do valor do contrato. Nomeadamente, na escolha do procedimento em função do tipo de contrato (V. artigo 31.º do CCP), na escolha de procedimento para a formação de contratos mistos (V. artigo 32.º do CCP), ou na escolha do procedimento em função da entidade adjudicante (V. artigo 33.º do CCP).

¹⁰⁷ Cfr SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado – *Direito Administrativo Geral. Tomo III. Actividade Administrativa*. 2007, Dom Quixote, p. 263.

¹⁰⁸ Cfr. LEITÃO, Alexandra L. R. Fernandes – *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*. 2002, Almedina, p. 445.

natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no CCP e não sejam excluídas do seu âmbito de aplicação, segundo os termos do artigo 1.º, n.º 2.

A Parte II do CCP (V. arts. 278.º e ss) contém o regime substantivo aplicável à execução, modificação e extinção dos contratos públicos que revistam a natureza de contratos administrativos, nos termos do artigo 1.º n.ºs 1 e 5.

A Parte III do CCP é extensivo, em certos aspetos, a contratos públicos que não configurem a natureza de contratos administrativos. Esta Parte III aplica-se a todos os outros tipos de contratos públicos sujeitos à Parte II. O disposto do artigo 280.º, n.º 3, aplica as devidas adaptações, a estes tipos de contratos,

“(…) que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação, e em concreto as disposições relativas aos regimes de invalidez, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação (…)”

O CCP enumera no seu artigo 2.º, n.º 1 as entidades adjudicantes, nomeadamente, i) o Estado¹⁰⁹; ii) as Regiões Autónomas; iii) as Autarquias locais¹¹⁰; iv) os Institutos públicos¹¹¹; v) as entidades administrativas independentes¹¹²; vi) o Banco de Portugal¹¹³, vii) as Fundações públicas¹¹⁴; viii) as Associações públicas¹¹⁵; ix) as associações sujeitas a uma influência dominante das entidades referidas anteriormente, segundo os critérios cumulativos da alínea i) do n.º 1 do artigo 2.º e dependentemente do regime de natureza privada, uma vez que, as

¹⁰⁹ Todos os órgãos e serviços do Estado: ministérios e seus serviços periféricos, Presidência da República, Assembleia da República, etc.

¹¹⁰ Municípios e freguesias - Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro.

¹¹¹ Nos institutos públicos temos que considerar os serviços personalizados, as fundações públicas e os estabelecimentos públicos. As fundações públicas pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, que aprova a lei-quadro dos institutos públicos, republicada pelo Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de janeiro, já alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 96/2015, de 29/05. Os estabelecimentos públicos, por exemplo, as instituições de ensino superior público (universidades e politécnicos) pela Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro.

¹¹² As entidades reguladoras da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (com as alterações da Lei n.º 12/2017, de 2 de maio), bem como as entidades administrativas independentes não dotadas de personalidade jurídica, p. ex., a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Comissão Nacional de Protecção de Dados e a Comissão Nacional de Eleições.

¹¹³ Sujeitas a aplicação da Parte II do CCP é limitada aos contratos identificados n.º 8 do artigo 5.º: empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços.

¹¹⁴ As “fundações públicas de direito público”, nos termos da Lei n.º 24/2012, de 9 de julho (na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 150/2015, de 10/09), que aprova a lei-quadro das fundações, ou seja, as fundações criadas exclusivamente por pessoas colectivas públicas. Exemplo do caso dos “fundos personalizados” criados exclusivamente por pessoas colectivas públicas nos termos da lei-quadro dos institutos públicos. Trata-se de institutos públicos com finalidades de natureza social, cultural, artística, etc., dotados de um património cujos rendimentos constituam uma parte considerável das respectivas receitas, que serão reconduzíveis ao conceito de fundação pública.

E também as legalmente designadas “fundações públicas de direito (regime) privado”, de que podem constituir exemplo as universidades que tenham assumido a forma de “fundação pública com regime de direito privado”, nos termos do artigo 129.º e ss. da Lei n.º 62/2007, de 10-9, que aprova o regime jurídico das instituições de ensino superior.

¹¹⁵ As associações públicas de entidades privadas (as associações públicas profissionais - as ordens profissionais e as câmaras profissionais -, nos termos da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, lei-quadro das associações públicas profissionais. Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 12-9-2013, Proc. C-526/11, sobre a Ordem Profissional dos Médicos da Alemanha. As associações públicas de entidades públicas (e.g., as comunidades intermunicipais – áreas metropolitanas e as comunidades intermunicipais Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro). E, as associações de freguesia de direito público.

de natureza pública já se encontrarão abrangidas pela categoria de associações públicas, e.g: a Associação Nacional de Municípios; a Associação Nacional de Freguesias; associações sob a designação genérica de “associações de desenvolvimento local”.¹¹⁶

Para estas entidades vale a cláusula geral do artigo 16.º, n.º 1 do CCP, isto é, as entidades adjudicantes valem, simplesmente, para contratos cujas “prestações estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado”. E desde logo, o CCP considera submetidos à concorrência de mercados os contratos de empreitada de obras públicas; de concessão de obras públicas; de concessão de serviços públicos; de locação de bens móveis; de aquisição de bens móveis; de aquisição de serviços; e o contrato de sociedade (art. 16.º, n.º 2 CCP). Apesar do artigo 16.º indiciar ser uma regra geral, só vale, simplesmente, para as entidades do artigo 2.º, n.º 1 do CCP.

Além deste grupo de entidades adjudicantes, o artigo 2.º, n.º 2, al. a) indica o segundo grupo: os “organismos de direito público”. A sua natureza cumulativa interpela ao preenchimento de três requisitos para a qualificação de uma entidade como organismo de direito público.

O primeiro requisito: ter personalidade jurídica.

O segundo requisito: entidades criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, cuja atividade não tenha carácter industrial ou comercial.

Para o Doutor Pedro Fernández Sánchez a expressão “carácter industrial ou comercial” é *“particularmente infeliz para sintetizar a intenção legislativa; pois, como esclarece LÉGER, o critério-chave consiste em saber se a pessoa coletiva em causa tem uma atividade que escape, total ou parcialmente, à lógica de mercado”*.¹¹⁷

O factor aqui em causa é muitas vezes apreciado pelo Tribunal de Justiça em recurso a um método indiciário, segundo o qual tem de haver uma compilação de todos os elementos de facto e de direito relevantes para apurar se existe uma concorrência perfeita, ou seja, se a pessoa coletiva se encontra ou não na mesma posição de mercado dos demais concorrentes. A entidade adjudicante seleciona o seu co-contratante em razões de critérios discriminatórios, que não haja privilégios, apoios, compensações ou prerrogativas que ponham em causa o bom funcionamento da concorrência. Visto que, a entidade adjudicante

¹¹⁶ V. Lei n.º 54/98, de 18 de agosto e Decreto-Lei n.º 88/99, de 19 de março.

¹¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández – O âmbito de aplicação do regime de contratação pública: Organismos de Direito Público e Entidades Privadas – In revista da *Contratação Pública-I*. N.º 28. Fevereiro, 2017. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 20.

Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf

escolhe o seu co-contratante através de “critérios puramente económicos e de eficiência”.¹¹⁸

Segundo o acórdão de 22 de maio de 2003, proc. C18/01- *Korhonen*, n.º 53, p. 20¹¹⁹:

“(…) sociedades anónimas detidas por operadores privados, na medida em que suportam os mesmos riscos económicos que estas últimas e podem, da mesma forma, ser objecto de declaração de falência, as autarquias locais às quais pertencem raramente permitirão que isso ocorra e procederão, sendo esse o caso, a uma recapitalização dessas sociedades para que estas possam continuar a assumir as tarefas para as quais foram constituídas, ou seja, essencialmente, o melhoramento das condições gerais de exercício da actividade económica na autarquia local em causa.”

E por fim, o terceiro requisito em que as entidades são maioritariamente financiadas e controladas por entidades adjudicantes.

A existência de uma situação de controlo através de: financiamento maioritário público; controlo de gestão; e de designação de titulares dos órgãos sociais.¹²⁰

Considerando o (10) da Diretiva 2014/24, de 26-02-2014¹²¹:

“O conceito (...) de «**organismos de direito público**» foram examinados diversas vezes na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. A fim de clarificar que o âmbito de aplicação *ratione personae* da presente diretiva se deverá manter inalterado, afigura-se conveniente manter as definições em que o Tribunal de Justiça se baseou e integrar um certo número de precisões, conferidas pela referida jurisprudência, que são essenciais para a compreensão das próprias definições, sem intenção de alterar a compreensão do conceito tal como elaborado pela jurisprudência. Para o efeito, importa esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial.

Do mesmo modo, a condição relativa à origem do financiamento do organismo em causa foi igualmente objeto de jurisprudência, que clarificou nomeadamente que por «**financiado maioritariamente**» se entende financiado em mais de metade, e que este tipo de financiamento pode incluir pagamentos impostos, calculados e cobrados aos utilizadores de acordo com as regras de direito público.” (sublinhado meu)

Temos por fim, um terceiro grupo de entidades adjudicantes, delimitadamente subjetivo, as entidades dos setores especiais (que não sejam organismos de direito público), segundo a disposição do artigo 7.º n.º 1 al. a) “São ainda entidades adjudicantes”:

(i) Quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º, ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com carácter industrial ou comercial, que exerçam atividade nos sectores da água, da energia, dos transportes ou dos serviços postais (nos termos descritos nos artigos 9º, 10º e 13º);

(ii) Não sejam qualificáveis como organismos de direito público, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º;

¹¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández – ob. Cit., 2017, p. 21.

¹¹⁹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0018&from=PT>

¹²⁰ Cfr. Acórdão de 3 de outubro de 2000, Proc C-380/98 *University of Cambridge*. Acórdão de 13 de abril de 2010 Proc. C-91/08 *Wall AG*. Acórdão de 13 de dezembro de 2007 Proc. C-337/06 *Bayerischer Rundfunk*.

¹²¹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>

(iii) Estejam ou possam estar sujeitas à influência dominante de uma entidade do artigo 2º, n.º 1, ou de um organismo de direito público, em virtude (artigo 7º, n.º 2), nomeadamente, da maioria do capital social, da maioria dos direitos de voto, do controlo de gestão, ou do direito de designação da maioria dos titulares dos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização.

Têm assim relevância funcional as atividades exercidas para efeitos dos setores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (arts. 11.º, n.º 1 al. a) e 33.º do CCP).

c) Regulamentação do contencioso da formação e da execução do contrato

Nesta terceira área interpela-se a análise do regime jurídico dos contratos públicos quando estejam em causa litígios emergentes do próprio contrato público, e que tem de ser resolvidos em processos próprios nos tribunais da jurisdição administrativa ou em tribunais arbitrais.

Trata-se da regulamentação entre a fase pré-contratual e a fase relativa a execução do contrato, ou seja, o regime relativo à vida do contrato.

Quando se fala das invalidades pré-contratuais importa definir dois conceitos fundamentais: invalidade e ilegalidade.¹²²

A invalidade é um conceito bastante complexo que se subdivide, por um lado, a título de invalidade própria ou originárias (art. 284.º do CCP), e por outro lado, a título de invalidade consequential ou derivada (art. 283.º do CCP).

O que acontece nestes casos é que os atos procedimentais pré-contratuais estão numa relação de desconformidade com a lei e, consequentemente, essa invalidade vai contaminar o próprio contrato. É um problema frequente nos procedimentos pré-contratuais que se identificam como procedimentos complexos. E consequentemente são procedimentos que caminham para outros procedimentos, por exemplo, procedimentos de adjudicação que inclui subprocedimentos.

¹²² “Os atos administrativos gozam de **presunção de legalidade**, pelo que, até prova em contrário (decisão administrativa ou judicial que os declare ilegais), serão válidos. Mas se um ato administrativo for praticado sem observar, no caso concreto, determinado requisito de validade exigido na lei, ele será *inválido*. Desta forma, a **invalidade** de um ato administrativo consistirá na sua *inaptidão intrínseca para a produção de efeitos jurídicos, decorrente de uma ofensa ou desconformidade à ordem jurídica* (OLIVEIRA, António Cândido de (1945) prefácio na obra de Carlos José Batalhão – *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, 2015, Porto Editora, p. 241.)”. AMARAL, Freitas - Curso de Direito Administrativo. 2018, Vol. II, p. 342 e segs.

Os artigos 283.º e 284.º do CCP são essenciais para construir a ponte das realidades pré-contratuais em detrimento da validade do contrato.

Quando se fala em invalidades consequentes do contrato referimo-nos a que muitos autores designam por “procedimentos complexos”¹²³ ¹²⁴. Podemos ter vários atos procedimentais inválidos, cuja invalidade consequente, consubstancia na invalidade do contrato. É o que sucede com as invalidades da decisão de contratar, da decisão da escolha de procedimentos, dos atos do procedimento de adjudicação, de recusa em contratar, de exclusão de propostas, de avaliação e seleção de propostas, e até peças dos procedimentos.¹²⁵ O preâmbulo do artigo 283.º refere-se às invalidades procedimentais, articuladas a um conceito central em incluir todas as situações de invalidade do ato destacável, quer na fase pré-contratual, quer na fase de execução do contrato. Sendo que, alguns desses atos destacáveis possam vir a ser impugnáveis em tribunal afetando a validade tanto do ato procedimental como do contrato.

Uma questão extremamente relevante fixa-se em saber se a validade pré-contratual tem possibilidade de contaminar o contrato? Será que o contrato pode ser reduzível pelo tribunal? Será que o contrato só é nulo se o tribunal declarar nulidade do ato procedimental?

Relativamente à nulidade, o artigo 283.º, n.º 1, parte final, parece resolver esse tema quando refere que tem de haver uma intervenção judicial (V. art. 100º, n.º 1 do CPA)

Mas se a letra da lei parece ser clara quanto aos atos nulos já não o é no que se refere aos atos anulados. No que se refere a estes últimos atos não há qualquer referência quanto à intervenção judicial, pelo contrário a letra da lei não é explícita. Estamos perante um sentido aberto a outro tipo de interpretações quando se refere a “contrato anuláveis se tiverem sido anuláveis ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração” (V. art. 283.º, n.º 2 do CCP). Coloca-se a questão de saber se a própria Administração pode anular os atos pré-contratuais, já que a própria Administração detém poderes próprios para anular as próprias decisões administrativas (V. arts. 165.º e 166.º, 168.º a 172.º do CPA).

¹²³ Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa – ob. Cit., p. 924.

¹²⁴ Cfr. LEITÃO, Alexandra L. R, Fernandes – ob. Cit., p. 291.

¹²⁵ No que se refere as peças do procedimento, o Prof.º Pedro Gonçalves não concorda que todas as peças do procedimento possam ser objeto de impugnação judicial, como por exemplo, o anúncio. Ao invés do que acontece com o convite à apresentação de proposta que já por si se considera um documento conformador do procedimento. O art. 103.º do CPTA consagra a solução para a impugnação das peças ou dos documentos do procedimento, mas é irrelevante quanto á questão da natureza jurídica. Apenas se consagra “os documentos com função “reguladora” ou “conformadora”, portanto, com um carácter e uma função regulamentares.”. Neste sentido GONÇALVES, Pedro Costa – ob. Cit., p. 924.

De facto, pode-se concluir que essa deveria ter sido uma alteração da revisão de 2017 que ficou aquém.

A norma do artigo 283.º, n.º 1 afasta a consequência da invalidade (nulidade) que decorreria do regime geral da nulidade do art. 134.º, n.º 2 do CPA, nos termos do qual “a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal.”

E por isso, como condição *sine qua non* para que a nulidade do ato procedimental se comunique ao consequente contrato sendo imprescindível a declaração judicial de nulidade daquele ato. Isto não significa que a Administração (V. art. 162.º n2 do CPA) não possa declarar a nulidade do ato procedimental. A Administração está impedida de retirar da declaração de nulidade o efeito de nulidade do contrato administrativo, sob pena de incorrer no crime de usurpação de poderes e consequente nulidade do ato (V. art 161.º do CPA)

“Com efeito, não obstante a regra geral de impugnação de atos nulos a todo o tempo (cf. N.º1 do artigo 58.º do CPTA), a jurisprudência e doutrina têm entendido que, em matéria de impugnação de atos relativos à formação de contratos, quando seja aplicável a ação do contencioso pré-contratual previsto nos artigos 100.º e ss. do CPTA, o prazo de 1 mês previsto no respetivo artigo 101.º é também aplicável a atos nulos, ficando assim precluída a possibilidade de declaração judicial de nulidade quanto a qualquer um desses atos, se a respetiva ação for deduzida em juízo para além daquele prazo de caducidade processual”.¹²⁶

“Já quanto aos atos que devam ser impugnados por via da ação administrativa (normal), a respetiva declaração judicial de nulidade já não estará dependente de qualquer prazo de caducidade, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, do CPTA, podendo a mesma, em princípio, ser declarada a todo o tempo (...)”.¹²⁷

Quanto aos atos procedimentais anuláveis, nos termos do artigo 283.º n.º 2 tem de haver uma apreciação jurisdicional para que a invalidade do ato se possa comunicar ao consequente contrato “devendo demonstrar-se que o vício é causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação objetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial.”¹²⁸

Assim, o conceito de ato pré-contratual elencado no disposto do artigo 283º evidencia o princípio da identidade e o princípio do paralelismo com um quadro base de equivalência eliminatória. Portanto, se o ato procedimental for nulo o contrato será nulo. Se o ato procedimental for meramente anulável o contrato será anulável.

A legislação de 2017 revogou o n.º 3 do artigo 283.º que previa “O disposto no número anterior não é aplicável quando o acto procedimental anulável em que tenha assentado a celebração do contrato se consolide na ordem jurídica, se convalide ou seja renovado, sem reincidência nas mesmas causas de invalidade.” A luz deste n.º 3 conjeturava-se um quadro

¹²⁶ Cfr. TAVARES, Gonçalo Guerra – *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*. 2019. Almedina. P. 666

¹²⁷ Cfr. TAVARES, Gonçalo Guerra – ob. Cit., p. 667.

¹²⁸ Cfr. TAVARES, Gonçalo Guerra – ob. Cit., p. 667.

de atos anuláveis dos quais não seria aplicável desde que um ato procedimental tivesse consolidado como válido, ou se tivesse renovado nestes casos, ou seria inválido no quadro dessa redação. Empregava-se nos casos de se o prazo de um mês passasse, o ato já não poderia ser impugnado em tribunal e por isso era empregado a figura da consolidação. No entanto essa medida foi eliminada tanto no CCP como no CPTA.

O n.º 4 do artigo 283.º do CCP¹²⁹ é aplicável apenas as hipóteses de atos procedimentais anuláveis que prevê aqui a possibilidade de o efeito anulatório ser afastado quando estejam em causa cenários desproporcionados ou contrária à boa fé. Nesta vertente o objeto do contrato continua a ser inválido, porém há um afastamento dos efeitos que decorreriam dessa anulação. Esse efeito deve ser atribuído pelo juiz ou pelo árbitro e nunca pela administração. E além disso poderíamos temperar este afastamento pelo efeito anulatório com uma redução do contrato ou pela aplicação de uma sanção pecuniária, uma vez que, apesar de o contrato ser inválido o juiz ou árbitro pode afastar esse efeito anulatório. Por contrapartida pode haver lugar a um dever de indemnização por parte do impugnante como resulta da legislação administrativa (art. 45.º do CPTA, art. 76.º do CPA e art. 79.º n.º 4 do CCP).

O legislador do Código dos Contratos Públicos teve a necessidade de ponderar ao máximo os contratos consoante os interesses público. Havendo uma necessidade de “salvar o contrato” mesmo que haja uma invalidade procedimental. A regra geral é a da anulabilidade pois permite a redução ou conversão do vício, já a nulidade de qualquer ato procedimental é insanável.¹³⁰

Segundo a Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz

“(…), a tónica do problema da invalidade das normas reside na necessidade de ponderação entre os vários princípios jurídicos e os diversos interesses (públicos) em causa. Tal influência acabou por se espelhar na tentativa de (re)construção dogmática de uma teoria das invalidades que tivesse em conta estes valores.”¹³¹

¹²⁹ Cfr. Ac. TCA 9. 11.2017, proferido no Proc. nº 418/16.7BECTB

¹³⁰ “(…), a nulidade está prevista para os casos em que a referida lesão da ordem jurídica decorrente do vício que afeta o ato jurídico em causa se anuncia de tal forma grave, que a respetiva salvaguarda só se encontrará satisfeita com a total improdutividade do ato; pelo contrário, nas hipóteses de anulabilidade, entende-se que o atentado contra o ordenamento jurídico do ato, admitindo-se, por conseguinte, que, em homenagem a determinados interesses (públicos, mas também privados), subsistam certos efeitos jurídicos. No fundo, e após a análise da gravidade do vício e da teleologia da norma violada, importará ponderar, no mínimo, se deve prevalecer o interesse público da tutela da legalidade administrativa ou os interesses públicos da salvaguarda da certeza do direito e da continuidade da ação administrativa, bem como os interesses privados alicerçados à sombra do ato jurídico inválido.” Neste sentido MONIZ, Ana Raquel Gonçalves – *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*. 2012. Maio. Almedina, pp.559 e 560. “Os atos nulos por natureza são aqueles a que falta um elemento essencial (cf. Artigo 133º, nº 1) – i.e., um elemento de tal modo importante para a “vida” do ato (além dos referidos no nº 2), que este não pode considerar-se perfeito na medida em que o não possua.” MONIZ, Ana Raquel Gonçalves – ob. Cit., p.562.

¹³¹ Cfr. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves – ob. Cit., pp. 570 e 571.

Também, neste sentido a Doutora Maria João Estorninho

“Em *Direito Europeu dos Contratos Públicos* tive a ocasião de defender que, em caso de contratos em cujo procedimento de formação não tenham sido observados trâmites legalmente obrigatórios, cuja preterição gere a anulabilidade do ato procedimental, faria sentido, *de iurecondendo*, atribuir ao juiz a possibilidade de ponderar de forma global os diversos aspetos e decidir qual a solução mais razoável: se, ainda assim, considerar o contrato inválido ou, pelo contrário, em casos de menor gravidade do vício procedimental, eventualmente considerar ser de manter o contrato, procurando compensar o lesado pelo ato inválido através de mecanismos de responsabilidade pré-contratual.”¹³²

Quanto a invalidade própria ou originária trata-se de vícios do próprio contrato, salvaguardando a regra da anulabilidade *com ofensa de princípios ou de normas injuntivas* (V. art. 284.º, n.º 1 do CCP).

Salvo quando padece de um contrato nulo nos casos: a) se encontre expressamente previsto no Código dos Contratos Públicos; b) se verifique o disposto do artigo 161.º do CPA; ou c) resulte de lei especial. (redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 no artigo 284.º, n.º 2).

O n.º 3 do artigo 284.º manda aplicar a todos os contratos administrativos o regime do Código Civil em matéria de *falta e vícios da vontade* (V. art. 240.º a 257.º do CC).

“(…) da preterição dos requisitos de validade que dizem respeito à celebração do contrato em si mesmo ou às respetivas cláusulas contratuais. (…) retirar as devidas consequências, (…) dos mais variados requisitos de validade legalmente exigíveis, no que diz respeito às partes, ao objeto e conteúdo do contrato, ao fim, à forma e às formalidades.”¹³³

¹³² Cfr. ESTORNINHO, Maria João – *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*. 2012. Outubro. Almedina, p. 454.

¹³³ Cfr. ESTORNINHO, Maria João – ob. Cit., 2012, p. 447.

CAPÍTULO III – A livre concorrência na formação de contratos públicos

1. Os objetivos do princípio da concorrência e da contratação pública no mercado

Neste capítulo é essencial definir os objetivos da contratação pública e da concorrência que se encontram em patamares diferentes,

“(…) sendo como que “os dois lados da mesma moeda”, é fundamental notar que têm sido por vezes ambíguas as relações entre o Direito da contratação pública e o Direito da concorrência. Essa ambiguidade ilustra-se pelo facto de, historicamente, na evolução do Direito Europeu, o Direito da formação dos contratos públicos dos Estados Membros ter sido tratado como *uma restrição, obstáculo*, mais concretamente como *uma barreira não tarifária*, à concorrência perfeita. Mesmo hoje, os cultores do Direito da concorrência não hesitam em considerar, em alguns casos, o Direito da contratação pública, precisamente, como uma restrição ou obstáculo à concorrência imputável aos Estados Membros.”¹³⁴

Há quem defina concorrência em dois parâmetros: por um lado, uma concorrência em sentido objetivo como personificação da ideia de “mercado caracterizado pela presença de uma pluralidade de operadores económicos, cada um dos quais compra ou vende uma porção tão irrisória do total do produto trocado, que não consegue influenciar o preço de mercado com a sua conduta económica”. E por outro lado, uma concorrência subjetiva que “preconiza um sistema onde a cada sujeito é garantido o exercício da liberdade de iniciativa económica.”¹³⁵

Outros autores, como, a Doutora Cláudia Viana define a concorrência “em sede de contratação pública, um resultado, que obtém através da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados-membros na sua relação com os particulares”.^{136 137}

O regime da contratação pública decorre da abertura dos mercados, em relação à igualdade e à liberdade de prestação de serviços de todos os Estados-membros, e não propriamente às regras da concorrência que rege as próprias empresas. Por isso, é necessário desvirtuar estes dois conceitos. Por um lado, as regras da contratação pública têm uma natureza jurídico-pública, por outro as regras da concorrência são dirigidas às próprias empresas e, por isso, empregam uma natureza jurídico-privada.¹³⁸

Por sua vez, é necessário ter em conta a importância do mercado quando se fala de contratação pública e de concorrência. Ora, quando estamos perante um concurso público é

¹³⁴ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis – *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*. AAFDL, 2013. P. 379.

¹³⁵ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis – ob. Cit., p. 371.

¹³⁶ Cfr. VIANA, Cláudia – *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007. P. 172.

¹³⁷ Posição também adotada pelo Tribunal de Justiça no Ac. de 24.07.2003 no proc. n.º C-280/00 (*Altmark*).

¹³⁸ Cfr. VIANA, Cláudia – ob. Cit., p.171.

necessário que se alcance o maior número de empresas, e que estas preencham os princípios comunitários e as condições de qualidade-preço, de forma a garantir que a Administração Pública contrate a melhor proposta apresentada pelos concorrentes.

Apesar de o Estado ser o único cliente, ou seja, é monopsonista (controla a procura) é necessário que a regulação da concorrência nos contratos públicos seja em prol de uma concorrência perfeita, eliminando possíveis “obstáculos” que possam aparecer. Autores como o Doutor Miguel Assis Raimundo entende que segundo a teoria económica, quanto maior for o mercado no lado da oferta, maior será a probabilidade de satisfazer os interesses dos agentes que nele atuam, seja concorrente ou entidade adjudicante, pois cria uma dupla coloração, cooperatividade e competitividade entre concorrentes de forma a atingir a melhor proposta.¹³⁹

O JO das Comunidades Europeias define mercado como

“(…) um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas. Permite estabelecer o enquadramento no âmbito do qual a Comissão aplica a política de concorrência. O principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva (…).”¹⁴⁰

Torna-se claro que as empresas quando concorrem não pensam nos princípios fundamentais comunitário, nomeadamente, a promoção da concorrência, antes pensam em ganhar pela melhor proposta comparando os preços com os restantes concorrentes. E por isso, é fundamental a imposição de procedimentos específicos que vão para além do “mais baixo preço”. Que veremos, mais à frente quando abordarmos o tema das garantias da concorrência. Mas podemos adiantar que através de boas práticas nos trâmites do concurso público consegue-se chegar à proposta mais vantajosa.

¹³⁹ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis – ob. Cit., pp. 371 a 373.

¹⁴⁰ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03). In *Jornal Oficial* n.º C 372, de 9 de dezembro de 1997, p. 0005 – 0013, ponto 2. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=PT)

2. O conceito de concorrentes para efeitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos. E, de empresa no direito da concorrência

Na conexão entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública é necessário uma apreciação no conceito de “concorrente” na área dos Contratos Públicos, e de “empresa”, na área da Concorrência.

O instituto de empresa é um conceito relativamente novo no mundo económico. Mas apesar disso, houve sempre na sociedade a ideia de comerciante que ganhou impulso na Idade Média processada através de vários setores, como em oficinas de artesões, em feiras, mercados e até lojas, mas não havia qualquer tipo de controlo perante os comerciantes, o que fazia com que estes conseguissem impor as suas próprias leis.

A Revolução Industrial foi a grande responsável pelo surgimento do conceito de “empresa” transpondo o comerciante para o (atual) empresário. Conceito apoiado por vários economistas do século XX, um deles o capitalista Werner Sombart.

A empresa trazia na sua égide várias conceções: o registo do comerciante, a contabilidade, os títulos de crédito, os contratos de seguros, a insolvência, a livre concorrência, etc. – formando uma economia moderna com vantagens a nível do desenvolvimento financeiro e económico pois sempre se temeu o envolvimento de comerciantes em negócios contratuais.

Em França a noção de empresa surgiu pela primeira vez no código comercial de 1807¹⁴¹. Não houve uma grande evolução do conceito de empresa que se aproximava da noção de prática de atos de comércio, do que propriamente de uma organização económica de empresa.¹⁴²

O direito alemão considera “empresa” (*firma*) quando engloba pessoas singulares ou coletivas, dotadas ou não de personalidade jurídica, na medida em que se dediquem, ativa e separadamente, a uma atividade comercial. A empresa está destinada a uma organização produtiva de bens ou serviços (materiais ou imateriais) destinada à livre circulação de mercadorias (à oferta-procura) com vista à consecução de um fim económico. E acresce outros elementos como: o empresário, o estabelecimento, os funcionários, os fornecedores, a clientela¹⁴³, etc.

¹⁴¹ No art. 632.º: *Toute entreprise de manufactures, de comission de transport par terra ou par eau toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes e l'encan, de spectacles publics.*

¹⁴² V. as seguintes obras: DESPAX, Michel – *L'Entreprise et le Droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957. E ainda, ESCARRA, Jean – *Cours De Droit Commercial*, Nouvelle Edition.

¹⁴³ Elemento funcional apoiado pela doutrina alemã e também portuguesa. V. ABREU, Jorge Coutinho de – *Curso de Direito Comercial*, Vol I, 10ª ed., 2016. Almedina.

Em Portugal, e segundo o entendimento do Doutor Coutinho de Abreu, “empresas” exteriorizam-se em dois sentidos: “em sentido subjetivo (empresas como sujeitos jurídicos que exercem uma atividade económica) e em sentido objetivo (empresas como instrumentos ou estruturas produtivo-económicos objetos de direitos e de negócios).”¹⁴⁴ Não é de todo um “conceito unitário de empresa” que se coadune em todas os tipos de empresas e em todas as áreas do direito.

Também, o Doutor António Menezes Cordeiro define empresa como “um conjunto concatenado de meios materiais e humanos, dotados de uma especial organização e de uma direção, de modo a desenvolver uma atividade segundo regras de racionalidade económica.”¹⁴⁵ A noção de empresa não é prévia ao Direito, ou seja, não existe uma definição concreta de “empresa”. Nesta aceção não serve como elemento sistemático do Direito Comercial, nem tão-só num sentido concreto do Direito das Empresas. A variável e diversificação da noção de empresa faz com que possamos fixá-la num conceito-quadro disponível no ordenamento jurídico com regras práticas do funcionamento de uma empresa.

No sentido subjetivo a noção de “empresa” é evidente no ramo do direito da concorrência.

Podem ser consideradas empresas todos os sujeitos jurídico que exercem uma atividade económica, podem ser do setor privado (pessoas singulares ou coletivas, com ou sem personalidade jurídica, podendo mesmo ser empresas sem sentido objetivo), do setor público, e do setor cooperativo. Basta apenas que, exerça uma qualquer atividade económica, em que haja implicitamente a oferta-troca de bens ou serviços no mercado.

Para o direito comunitário, o conceito de “empresa” no âmbito do direito da concorrência abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente da sua natureza ou estatuto jurídico e do funcionamento.

Esta noção de empresa vigente na jurisprudência comunitário^{146 147} reflete-se na noção do regime jurídico da concorrência nacional, nomeadamente, nas decisões do Tribunal de Justiça. Apesar de, ao contrário do legislador comunitário, o legislador português introduziu nas últimas leis a noção de empresa.

A este respeito o Ac. do Tribunal de Justiça (sexta secção) de 23.04.1991, no proc. C-41/90, pp. I-2016 e I – 2017, n.º 21 e 23 refere que: “no âmbito do direito da concorrência o

¹⁴⁴ Cfr. ABREU, Jorge Coutinho de – ob. Cit., p. 220.

¹⁴⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes – *Direito Comercial*. 4.ª ed. Revista, Almedina. 2016. Outubro. P. 324.

¹⁴⁶ Ac. de 17.02.1993 no proc apenso C-159/91 e C-160/91, de 19.02.2002.

¹⁴⁷ Ac. do Tribunal de Justiça de 19/02/2002, no proc. C-309/99.

conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. A actividade de mediação de emprego é uma actividade económica.”

Já antes da adesão de Portugal a União Europeia, o Dl n.º 422/83, de 3 de dezembro já considerava de uma maneira geral os objetivos da livre concorrência, apesar de não estar no seu preâmbulo a noção de empresa. E por isso, passado nove anos houve necessidade de fazer uma alteração profunda na estrutura e no funcionamento da economia portuguesa, com a substituição pelo Dl 371/93, de 29 de outubro, que já no seu artigo 6.º apresentava uma noção de empresa. Posteriormente, foram revogadas as Leis n.º 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro que aprovam o novo estatuto jurídico da concorrência da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.¹⁴⁸ Também outros diplomas fazem referência ao conceito de empresa, é o caso do artigo 5º do C.I.R.E. e o artigo 1º e 230º do C. Comercial.

No preceito do artigo 3º da Lei n.º 19/2012 o legislador sustenta na norma uma epígrafe que desvirtua em dois aspetos. No n.º 1 a sua epígrafe refere uma noção de empresa em sentido rigoroso. Já o n.º 2 desvincula-se deste conceito de empresa para uma noção de "única empresa".¹⁴⁹

Por "única empresa" entende-se o conjunto de empresas que embora juridicamente distintas, constituem no mercado uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes de: i) participações maioritárias no capital; ii) possuidoras de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; iii) designação de mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; iv) e o poder de regular os respetivos negócios. Assim sendo, para efeitos normativos, considera-se "única empresa" o “conjunto de empresas”¹⁵⁰ em que uma delas domina, de forma direta ou indireta, outra(s) empresa(s), formando uma teia extremamente complexa com capacidade de autodeterminação económica.

¹⁴⁸ A revogação do artigo 2º da Lei n.º 18/2003 corresponde a atual norma do artigo 3º da Lei n.º 19/2012. A noção é quase integral, a grande diferença reside no facto de em vez da palavra “funcionamento” temos agora “financiamento”. E a parte final do n.º 2 foi alterada para discriminar o que se entende por “laços de interdependência”, exemplificando, alguns padrões que podem fundamentar a noção de “única empresa”.

¹⁴⁹ Há quem não é a favor desta norma, entendem que o legislador poderia ter sido mais rigoroso e menos simplista. Cfr, COSTA, Adalberto – ob. Cit., p. 19.

¹⁵⁰ Este “conjunto de empresas” procede também na aplicação de acordos e concertações restritivas da concorrência, de abusos de posição dominante e das concentrações de empresas. O que acontece é um conflito de normas com a necessidade de uma “interpretação restritivo-teológico”. Isto poderia ter sido muito bem invitado se “o n.º 2 do art. 3.º não tivesse (re)aparecido.” (cfr. ABREU, Jorge Coutinho de – ob. Cit., pp. 228 e 229). Também nesta ótica o Doutor Adalberto Costa entende que: “o legislador não pode dar à vida económica noções como a de Lei “única empresa”, pelo menos da forma e com o conteúdo que vai expresso pelo n.º 2 do preceito em análise. No nosso entendimento, uma única empresa não pode ser vista como sendo um conjunto.” (COSTA, Adalberto – ob. Cit., p.19).

A norma é, como se pode ver, bastante clara quanto aos “laços de interdependência”, exemplificando, alguns tipos que poderão envergar na via de “única empresa”. Já quanto à “unidade económica” o legislador não foi tão rigoroso, ficamos sem saber a que se coaduna.¹⁵¹

Nesta perspetiva o Doutor Coutinho de Abreu entende que “talvez bastasse referência à “atividade económica”, entendida como produção de bens materiais e imateriais ou serviços que exige ou implica o uso e a troca de (outros) bens. Mas é certa a incerteza que reina (tanto no domínio do direito como no da economia) acerca do que é o económico.”¹⁵²

No direito da concorrência, enquanto noção de empresa deve ser considerada em sentido amplo, e é essencial para determinar a capacidade de autodeterminação económica da empresa, sendo de irrelevante a autonomia jurídica no mercado.

Quanto aos Contratos Públicos é congruente em falar de “concorrente”, nomeadamente na sua epígrafe do artigo 53.º do CCP que entende que são concorrentes “a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.”

Nos procedimentos em que existe uma fase de seleção, os candidatos, para poderem apresentar a sua proposta, de outra forma, para serem concorrentes, tem de serem previamente selecionados. Será então considerado concorrente logo após a fase prévia de qualificação existente nos seguintes procedimentos adjudicatários: concursos limitados por prévia qualificação (v. art. 163.º do CCP), procedimentos por negociação (v. art. 194.º do CCP), diálogo concorrencial (v. 205.º do CCP) e da parceria para inovação (v. 218.º-A do CCP).

Depois do que foi exposto *a supra*, podemos concluir que qualquer pessoa jurídica (singular ou coletiva) pode apresentar as suas propostas para a participação de um concurso. No entanto, é necessário que os concorrentes reúnem os requisitos necessários na fase pré-contratual, para poderem ser co-contratante das entidades públicas, e desta forma garantir a eficácia da execução do contrato.

Falamos aqui da verificação de aptidões exigidas pela entidade adjudicante aos operadores que será indicada no anúncio de concurso, no caderno de encargos ou na memória descritiva. Essas exigências deverão ser aceitáveis e plausíveis para todos os participantes sem que haja favoritismos. Com o objetivo preliminar de o proponente garantir a execução

¹⁵¹ Também como crítica temos os Doutores Coutinho de Abreu e Adalberto Costa.

¹⁵² Cfr. ABREU, Jorge Coutinho de – ob. Cit., p. 224.

efetiva do contrato.

Podemos enquadrar como critérios de seleção qualitativa impostos pelas diretivas europeias¹⁵³ as seguintes: a situação pessoal dos concorrentes¹⁵⁴, a capacidade económica e financeira, a capacidade técnica e ainda pode ser exigido registo profissional ou comercial.

Tais critérios são enunciados taxativamente pelas diretivas, não podendo as entidades adjudicantes utilizarem outros critérios.¹⁵⁵ O direito comunitário não visa fixar as capacidades dos concorrentes para contratar, mas sim, pretende fixar os critérios a utilizar pela entidade adjudicante para avaliar as aptidões dos concorrentes para contratar (Fig. 5).

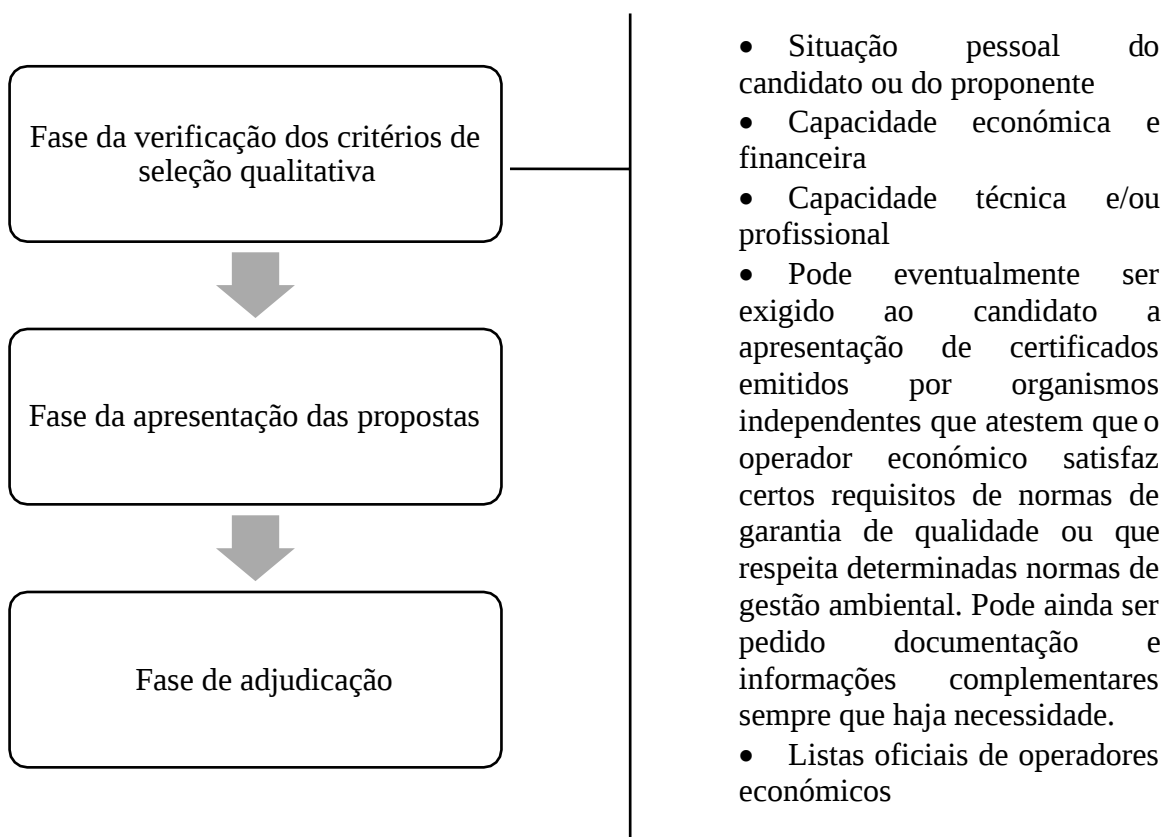


Figura 5 – Estrutura do processo de seleção qualitativa até a adjudicação nos concursos públicos

¹⁵³ V. Diretiva 2004/18/CE (arts. 44.º a 52.º), da Diretiva 92/50/CEE (arts. 29.º a 35.º), da Diretiva 93/37/CEE (arts. 24.º a 29.º) e da Diretiva 93/36/CEE (arts. 20.º a 25.º).

¹⁵⁴ Exige a condição de não se encontrarem em estado de insolvência, salvo quando se encontram abrangidas por um plano de insolvência; não tenham sido condenados, salvo se já tiver decorrido o período de reabilitação; não tenham dívidas ao Fisco e à Segurança Social, salvo se estiverem a ser aplicados regimes de recuperação de dívidas; não tenham beneficiado de vantagens falseando a concorrência.

¹⁵⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de Abril de 1994, no proc n.º C-272/91 (ponto 35): “estas disposições enumeram **taxativa e imperativamente** os critérios de selecção qualitativa” (sublinhado meu).

O que o legislador comunitário quis demonstrar e foi replicado pelo legislador nacional é que a falta de verificação de um dos pressupostos pode determinar a exclusão do concorrente. Está presente uma redução de liberdade do legislador nacional que não pode desenvolver outros parâmetros de seleção dos concorrentes para além destes.

No entanto, no que se refere a “capacidade económica e financeira” os meios de prova dos elementos enunciado nas diversas diretivas¹⁵⁶ não é exaustiva, pode a entidade adjudicante pedir outros documentos, para além dos referidos daqueles, desde que esteja especificado no anúncio ou no convite para apresentação de propostas. Este é um critério bastante relevante quando se trata de selecionar o concorrente, pois é aqui que se apura a estrutura financeira e económica da empresa face aos compromissos futuros.

Se o legislador comunitário deu margem de liberdade ao legislador nacional face ao critério da capacidade económica e financeira, já não procedeu assim quanto ao critério da capacidade técnica. Na capacidade técnica o legislador comunitário não prevê outros meios probatórios que comprovam a capacidade técnica dos concorrentes, para além daqueles limitativamente fixados nas diretivas, o que se compreende para evitar discriminações.

No artigo 48.º, n.º 5 *in fine*, da Diretiva 2004/18/CE¹⁵⁷ o legislador comunitário fixa a experiência profissional no critério da capacidade técnica, nos seguintes termos “pode ser apreciada em função das suas capacidades, eficiência, experiência e fiabilidade”. Verifica-se uma violação do princípio da livre concorrência, na medida em que se impossibilita os concorrentes “inexperientes” de contratar com a Administração. Ora, isso não pode acontecer. O critério da experiência não pode ser decisor quando se está a contratar. Esse foi o entendimento apoiado pela Doutora Cláudia Viana em que “determinada experiência profissional para efeitos de avaliação da capacidade técnica pode mostrar-se justificada, em função do objeto do contrato, bem como da sua execução, mas não pode constituir critério geral, a utilizar indiscriminadamente.”¹⁵⁸

Quanto a estrutura do processo a Doutora Cláudia Viana e a maioria da Jurisprudência (cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça (sexta secção), de 12 de Dezembro de 2002, proc. n.º C-470/99) entendem que a fase da verificação dos critérios de seleção qualitativa não se confunde com a fase da avaliação das propostas.^{159 160}

¹⁵⁶ V. art 47.º da Diretiva 2004/18/CE, o art. 31.º da Diretiva 92/50/CEE, o art. 22.º da Diretiva 93/36/CEE, e o art. 26.º da Diretiva 93/37/CEE.

¹⁵⁷ V. art. 32.º n.º 1 da Diretiva 92/50/CEE

¹⁵⁸ Cfr., VIANA, Cláudia – ob. Cit., p. 501.

¹⁵⁹ A avaliação dos concorrentes depende do procedimento pré-contratual, ora se se trata de um concurso público, a entidade adjudicante verifica os critérios de seleção qualitativa e exclui aqueles que não estão em conformidade com as condições exigidas. Já quando se tratar de concursos limitados e nos procedimentos por negociação com publicidade de anúncio, a avaliação dos critérios qualitativos é posterior à seleção dos concorrentes, de forma a apurar os mais qualificados, sendo que só estes serão convidados à apresentar as suas propostas.

¹⁶⁰ É admitido em qualquer procedimento que a entidade adjudicante exija “níveis mínimos” das capacidades dos candidatos que devem ser indicados no anúncio do concurso (V. art. 44.º, nº 2 da Diretiva 2004/18/CE). E ainda é facilitado a entidade adjudicante solicitar esclarecimentos aos concorrentes na fase de seleção qualitativa.

3. A “crise” da transparência das regras da concorrência e o efeito de conluio na contratação pública

Para além de poder haver um favoritismo entre a entidade adjudicante e certo concorrente (corrupção ativa e passiva), pode haver também entre os participantes. O chamado conluio entre participantes consiste na concentração de propostas com o objetivo de eliminar ou limitar a concorrência nos procedimentos de contratação.

O mercado fica particularmente mais vulnerável na contratação pública consequentemente.

“(…) uma diminuição das vantagens que uma concorrência efetiva poderia trazer. O Direito da contratação pública impõe regras sobre a tramitação do procedimento com o objetivo de evitar possíveis conluio entre participantes (por exemplo, mantendo as propostas secretas até ao final do prazo de apresentação). Para além de certas estratégias para evitar conluio entre empresas o Direito da Concorrência *stricto sensu* é constituído por normas imperativas que penalizam condutas ilícitas de conluio.”¹⁶¹

Este tipo de comportamentos leva a uma situação de ineficiência da contratação pública¹⁶² que, por sua vez, constitui uma grave violação da lei da concorrência (nacional¹⁶³ e europeia¹⁶⁴). O conluio resulta de quebras de fundos públicos que vem muitas das vezes dos contribuintes, através de impostos, que deveriam ter como finalidade promover a concorrência para maximizar o bem-estar dos cidadãos.

O conluio é a principal ameaça à concorrência por ser mais difícil de detetar pelo seu carácter secreto.¹⁶⁵ E por isso, há uma necessidade de a AdC, das entidades adjudicantes, do Tribunal, e de outras entidades reguladoras estarem unidas no combate ao conluio ou a outras práticas que possam influenciar, restringir ou limitar a concorrência.¹⁶⁶ Através de uma atuação *ex-ante* (e.g. com a recolha sistemática através de uma análise de bases de dados de contratação pública com dados históricos; com a deteção de anomalias nos padrões de licitação; etc.) e *ex-post* para prevenir e detetar comportamentos (com multas e coimas).

O conluio pode assumir duas maneiras de se manifestar num procedimento concursal, ou pela, manipulação dos resultados do procedimento, ou pela forma de compensação para que

¹⁶¹ RAIMUNDO, Miguel Assis – ob. Cit., p. 378.

¹⁶² Um estudo realizado pela AdC mostra que a adoção de procedimentos de concursos públicos permite uma poupança até 3,8% do valor do contrato.

Disponível em:

<http://www.concorrenca.pt/combateaoconluionacontratacapublica/files/Mais%20e%20melhor%20por%20menos.pdf>

¹⁶³ Cfr. o artigo 9.º n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

¹⁶⁴ Cfr. o artigo 101.º do TFUE.

¹⁶⁵ Cfr. SILVA, Miguel Moura e Silva – Os cartéis e a sua proibição no Tratado de Roma: aspetos substantivos e prova. In revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40. 2007. Julho-Setembro. Almedina, p. 39 a 57.

¹⁶⁶ Cfr. Cartel: Acordo entre empresas que tem por objetivo restringir ou falsear a concorrência. Sentença do 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de Maio de 2007, Proc. 965/06.9TYLSB. In revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40. 2007. Julho-Setembro. Almedina, p. 213 a 273.

as empresas que se envolvem nesse esquema ganhem mais do que aquilo que receberiam em concorrência¹⁶⁷ (Fig. 6).

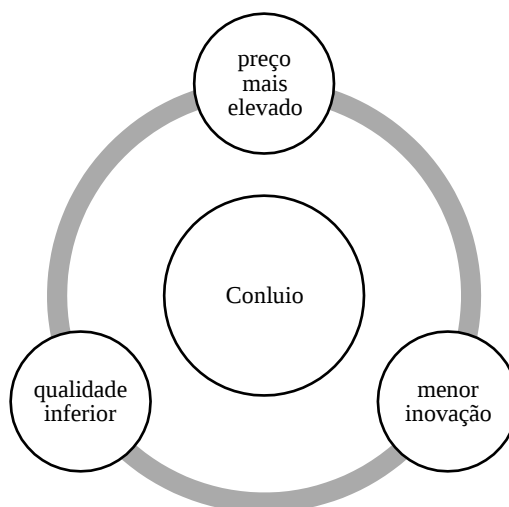


Figura 6 – Causas negativas de conluio

Num concurso público os concorrentes são obrigados a seguir as regras da contratação e as regras de mercado para a promoção de uma concorrência efetiva. Assim, as entidades adjudicantes tem como objetivo principal respeitar o princípio da concorrência, evitando que, através das compras públicas, se gerem distorções no funcionamento dos mercados, mais ainda no momento em que a crescente centralização das compras públicas reforça a ideia de “*buyerpower*” das entidades públicas (Estado), permitindo moldar ou limitar a estrutura de alguns mercados.¹⁶⁸

Contudo, o mercado não pode ser totalmente transparente. O princípio da transparência contribui para o escrutínio das decisões de contratação pública facilitando a monitorização e auditoria dos procedimentos, com a probabilidade de detetar mais facilmente comportamentos abusivos de concorrência que de alguma forma anulam a concorrência (e.g corrupção ou práticas restritivas da concorrência).¹⁶⁹

¹⁶⁷ Vários são os indícios de estaremos perante uma situação de conluio: pelos padrão de rotatividade da proposta vencedora entre os concorrentes; ou pelo padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras; ou pela situação de um concorrente habitual não apresentar proposta num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer noutros procedimentos; ou nas condições de mercado haver um alinhamento súbito dos preços entre concorrentes; ou pela descida de preços quando participa um novo concorrente; ou pela diferença abismal de preço entre propostas concorrentes. São alguns exemplos de comportamentos anti concorrências.

¹⁶⁸ Cfr. RODRIGUES, Nuno Cunha – Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas? – *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 32, 2017, Outubro-Dezembro, Almedina. p. 135.

Disponível em:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2032.pdf

¹⁶⁹ Cfr. RODRIGUES, Nuno Cunha – ob. Cit., p. 143

Apesar do princípio da transparência ser considerado um princípio fundamental na contratação pública, em termos jurídico-económico a transparência pode ser monitorizada pelos participantes envolvidos no conluio de forma a desviar os termos acordados no procedimento, pondo em causa a estabilidade do concurso.

Poderá concluir-se que o princípio da transparência não deveria ter tanto relevo para efeito de procedimento na contratação pública face ao direito da concorrência. Nomeadamente, não deveria ter tanto ênfase em certas fases do procedimento (como na fase de preparação do procedimento e na fase de avaliação das propostas).¹⁷⁰

Ora, isto era facilmente resolvido se a entidade adjudicante manifestasse dois comportamentos: mantivesse o anonimato dos concorrentes até à apresentação de candidaturas e propostas e dos suprimimentos de irregularidades, ponderando cuidadosamente o tipo de informação a divulgar; e a oportunidade de realizar reuniões/entrevistas com os concorrentes para mitigar problemas relacionados com o procedimento.

¹⁷⁰ Cfr. MERNIZ, Fatima - Social Responsibility is an Ethical Necessity for Business Organizations. *In* Program of 38th International Scientific Conference on Economic and Social Development. 21-22 March, 2019. Venue: The Faculty of Law Economics and Social Sciences Salé, Rabat, Morocco. Book of proceedings. Pp. 64 a 68.

CAPÍTULO IV – Como garantir o princípio da concorrência no âmbito da contratação pública?

1. As Diretivas da Contratação Pública no Direito da Concorrência

Como vimos, há uma carência do legislador europeu¹⁷¹, e mais tarde também do legislador nacional de aproximar o Direito da contratação pública ao Direito da concorrência, procurando prevenir práticas anti concorrenciais.

Vimos isso, nos termos do artigo 70.º, n.º 2 al. g) e n.º 4 do CCP, que dispõe a obrigatoriedade de comunicar a AdC práticas que sejam suscetíveis de falsear as regras da concorrência (e.g. “preço ou custo anormalmente baixo”).

Contudo, não se pode confundir o princípio da concorrência introduzido na contratação pública com a defesa da concorrência postulado nas diretivas de 2014¹⁷² da União Europeia.

Para o Doutor Nuno Cunha Rodrigues

“As novas diretivas de 2014 visam essencialmente a simplificação e flexibilização das regras existentes em matéria de contratos públicos; criar incentivos à contratação pública transfronteiriça e à participação de pequenas e médias empresas e, por fim, estimular o desenvolvimento de políticas secundárias, horizontais ou públicas mediante a contratação pública.”¹⁷³

O princípio da concorrência nas diretivas de 2014 foi reafirmado e densificado como sendo um princípio geral da contratação pública (V. artigos 18.º e 24.º da diretiva 2014/24/UE e artigo 36.º da diretiva 2014/25/UE), presenciando-se em todas as disposições quanto a fase de preparação e da adjudicação do contrato (V. artigos 40.º, 41.º, 42.º, 50.º e 67.º da diretiva 2014/24/UE), assegurando taxativamente à entidade adjudicante motivos de exclusão que submetam a concorrência (V. artigo 57.º da diretiva 2014/24/UE).

O Código dos Contratos Públicos aponta no seu artigo 1º-A para os princípios gerais da contratação pública, sendo um deles o princípio da concorrência, que desempenha ao longo das disposições do CCP duas funções essenciais no contexto da contratação pública. Trata-se, essencialmente, de atingir um maior número possível de empresas concorrentes, em condições de igualdade, no procedimento pré-contratual, mas também, que as entidades

¹⁷¹ O princípio da concorrência no âmbito da contratação pública foi pela primeira vez aplicado no TJUE no acórdão *Lombardini e Mantovani*, proc. n.º C-285/99 e C-286/99, de 27 de novembro de 2001.

¹⁷² Relativamente a diretiva 2014/23/UE (concessões), a diretiva 2014/24/UE (designada por diretiva-clássica relativa aos contratos públicos e que revogou a diretiva 2004/18/CE), e a diretiva 2014/25/UE (setores especiais).

¹⁷³ Cfr. RODRIGUES, Nuno Cunha – O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública. – *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 19, 2014, Julho-Setembro, Almedina, p. 216.

Disponível em:

http://concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2019.pdf

adjudicantes estejam atentas a possíveis impactos concorrenciais na aquisição de bens ou serviços de forma a proteger e salvaguardar a concorrência do ponto de vista social.¹⁷⁴

No mesmo sentido, a jurisprudência tem entendido que “o princípio da concorrência postula a consideração dos concorrentes a determinado concurso como opositores uns dos outros, por forma a que compitam entre si e sejam avaliados, bem como as respectivas propostas, sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis.” (cfr. Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 03.04.2002, proc n.º 0277/02 (relator: Adérito Santos))

¹⁷⁴“(…) quer da jurisprudência do TJUE quer das (novas) diretivas pode ajudar a reduzir o afastamento entre a aplicação do Direito da concorrência e o Direito da contratação pública, determinando que o Estado procure assegurar, através da contratação pública, a defesa da concorrência efetiva, evitando práticas abusivas realizadas quer por concorrentes, quer pelo Estado (ainda que o Estado possa, em algumas situações, não estar sujeito à aplicação do Direito da concorrência).” Como é o caso de jurisprudência do TJUE no caso do acórdão Fenin e Selex, que não aplica o Direito da concorrência ao Estado enquanto entidade adquirente de bens e serviços. “Por fim, o papel das autoridades nacionais da concorrência pode ser pedagógico como forma de prevenir eventuais formas de distorção da concorrência por parte das entidades adjudicantes.” Cfr. RODRIGUES, Nuno Cunha – O princípio da concorrência ..., p. 220.

2. As garantias da concorrência no processo de contratação pública

O legislador nacional no contexto da contratação pública introduz mecanismos de regulamentação para garantir a concorrência no processo de contratação pública, sendo que tem de ser comumente reconhecida e controlada pela entidade adjudicantes, tribunal e as entidades reguladoras de contratação pública e concorrência. No fundo, o objetivo é evitar desperdícios de concurso que tem consequências negativas na economia nacional.

De todos os procedimentos, o concurso público é aquele que alcança uma maior competitividade e igualdade de oportunidades para todos os proponentes interessados em apresentar uma proposta.

No entanto, a legislação e as diretivas admitem outros procedimentos de “contratação direta”, como o ajuste direto, a consulta prévia ou o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, em circunstâncias muito excecionais que tem de ser interpretadas restritivamente, sem nunca esquecer o princípio da igualdade de oportunidade de acesso à contratação pública.

A nível sistemático, a base de um procedimento de contratação pública deve conjetar num conjunto de boas práticas e de medidas de prevenção acompanhada em todas as fases dos procedimentos de contratação pública evitando riscos específicos que lhe são muitas vezes associadas e que devem ser respondidas pelas entidades públicas, em conformidade com o princípio da livre concorrência. (Fig. 7)

RAZÕES DA CONTRATAÇÃO

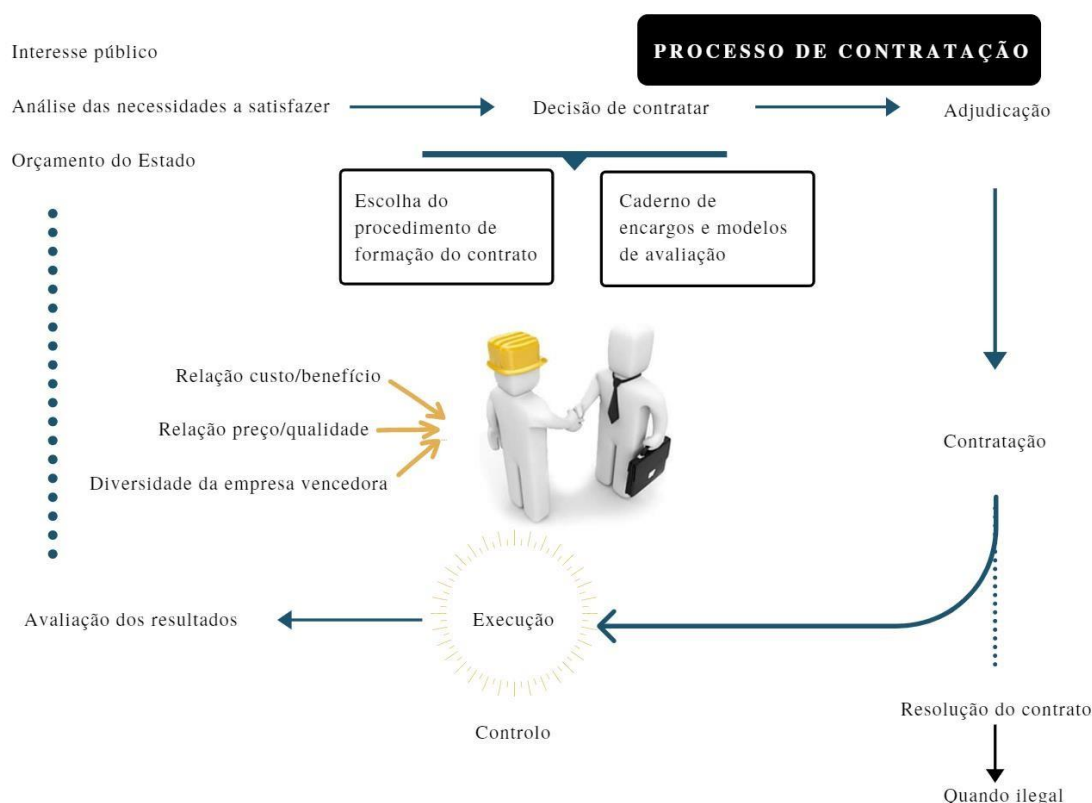


Figura 7 – Modelo sistémico de contratação pública

A entidade adjudicante está obrigada a escolher e a fixar as “regras do jogo”, que em cada tramitação do processo de contratação vai efetivar a concorrência e a igualdade quer no acesso ao procedimento, quer na avaliação e escolha da proposta, quer nas sucessivas diligências do procedimento.

Essas regras devem ser imperativas e vinculativas tanto para a entidade adjudicante como para os participantes.

Pelo que, se houver no decurso do procedimento uma alteração das regras do jogo sucede que “a alteração das regras definidas, fixadas e divulgadas em sede de um procedimento pré-contratual concreto implica ainda a violação do princípio da igualdade. Para além do mais, e se estiver em causa uma concreta disposição comunitária – constante das correspondentes directivas – verificar-se-á também a violação do princípio da legalidade (comunitária).”¹⁷⁵

¹⁷⁵ Cfr. VIANA, Cláudia – ob. Cit., p. 127.

Se a alteração resultar da parte do concorrente corresponde, desde logo, a uma recusa. Na fase de execução do contrato, o adjudicatário fornece os bens ou executa a obra ou serviços, tal como acordado pela entidade adjudicante e pelo adjudicatário. Ora, quando há uma alteração substancial do contrato a melhor solução será a resolução do contrato ou a obrigação de cumprimento do contrato nos termos acordados. Uma vez que, a alteração das especificações do contrato tem como consequência o aumento do custo e/ou a modificação por completo no âmbito das obrigações do contratante desvirtuando à posteriori a natureza concorrencial do concurso.¹⁷⁶

Para que haja uma concorrência efetiva num processo de contratação pública é necessário averiguar os parâmetros de boas práticas em cada fase do processo.

Ora, a fase inicial é a preparação do contrato. Esta fase é o pontapé de saída para efetivar um contrato que liga critérios do coeficiente de ponderação conforme os princípios de igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, parâmetros que dominam as tramitações procedimentais pré-contratuais. Mas que também é fundamental assegurar a observância daqueles mesmos princípios ao longo da fase de avaliação das propostas, assim como durante as diligências do processo de contratação.

A ideia logo no início do contrato, de não haver barreiras à entrada, que consequentemente, traduz na redução da pressão concorrencial e do número de concorrentes. É uma ideia defendida também pelo país vizinho:

«“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.” Esta regla se establece en el artículo 117.2 del TRLCSP y se repite en el 42.2 de la D. 2014/24 y en el 126 PLCSP.»¹⁷⁷

A doutrina portuguesa coopera no sentido de defender a contratação dentro do mercado europeu em prol de ajudar as empresas a tornarem-se mais fortes fora do país de origem. E

¹⁷⁶ Cfr. Transparência e Integridade. *Transparency International Portugal* – Riscos de Corrupção na Contratação Pública. Projeto financiado pela Comissão Europeia. Ponto 4.

Disponível em: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/02/diptico_riscos_corrupcao-ilovepdf-compressed-1.pdf

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ, José Manuel Martínez – Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública. *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 41, 2017, enero 2017. Junta de Castilla y León, p 26.

Disponível em:

<file:///C:/Users/carol/Downloads/Revista+Jur%C3%ADica+de+Castilla+y+Le%C3%B3n+n%C2%BA+41.pdf>

desta forma, enfrentarem a concorrência a nível mundial. Trata-se de alargar a competitividade através de concursos internacionais.^{178 179}

A tramitação do processo de contratação pública deve ser pública. Com a necessidade de ser criada uma base de dados eletrónicos, do conhecimento do público para: queixas, esclarecimentos, suprimientos de irregularidades e decisões tomadas durante o processo de seleção. Em casos específicos haja a possibilidade de recurso para o Tribunal de Contas, antes da fase de execução do contrato, em que conste razões de facto e de direito do licitante que se opõe. Com a possibilidade de demonstrar que a sua proposta atende aos requisitos técnicos do objeto do contrato. A publicação de relatórios no Portal BASE sobre todas as adjudicações transmite uma segurança e uma transparência do concurso.

Em qualquer apresentação de propostas deve evitar-se comparar a dimensão mínima das empresas pequenas às grandes. O que se pretende é garantir a liberdade de acesso ao mercado por parte de pequenas empresas e a possibilidade de os grandes grupos económicos enfrentarem uma concorrência aguerrida por parte de pequenas e médias empresas. O aumento de 1% no número de participantes leva a uma redução de 0,2% do preço da proposta vencedora.¹⁸⁰

Outro requisito essencial na fase de licitação é a necessidade de avaliar cada proposta, sem restringir apenas ao mais baixo preço. O que tem acontecido é que os operadores económicos “colem” os seus preços aos limites referidos, estabelecendo quase um “preço fixo” igual ao preço anormalmente baixo (característico das Economias de Planeamento Centralizado). Sucede que para garantir a adjudicação o operador económico expõe duas situações:

“**c1)** estabelecer o preço levemente abaixo do limite do preço anormalmente baixo e esperar que em fase de justificação do preço, o júri a aceite, passando assim a ganhar face aos outros concorrentes menos imaginativos;

c2) investigar a soma dos preços parcelares sem arredondamento de modo a tentar demonstrar que tal soma para a proposta vencedora é superior à do reclamante, já que tal soma prevalece sobre o preço global, prática responsável pelo desenvolvimento de “especialistas em arredondamentos.”¹⁸¹

¹⁷⁸ As novas Diretivas enfrentam esta problemática através: da adoção da contratação pública eletrónica (e-Certis); da adoção do Documento Europeu Único de Contratação Pública permitindo a cada operador ser habilitado em procedimentos abertos em qualquer Estado-membro; da adjudicação por lotes, facilitando a participação das PMEs (V. art. 46.º-A do CCP); da limitação de qualificação financeira expressa em função do volume anual de receitas (sem exceder o dobro do valor do contrato); e de evitar exigências excessivas de qualificações ou de atributos exigidos pelo caderno de encargo. (Cfr. TAVARES, Luís Valadares – Ob. Cit., p. 63) Portugal esta bastante a baixo da média com apenas 10% quanto aos contratos públicos adjudicados a empresas sediadas noutro Estado-membro.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández – Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. In GODINHO, Inês Fernandes; CASTRO, Miguel Osório de. (editores) - Conferência proferida nos Seminários sobre Covid-19 e o Direito. Edições Universitárias Lusófonas 2020. Abril. Porto: Universidade Lusófona do Porto. Pp. 45 a 89. Disponível em: file:///C:/Users/carol/Downloads/Covid_19_e_o_Direito.pdf

¹⁸⁰ Disponível em:

<http://www.concurrencia.pt/combateaoconluioacontratacaopublica/files/Mais%20e%20melhor%20por%20menos.pdf>

¹⁸¹ Cfr. TAVARES, Luís Valadares – ob. Cit., p. 66.

Para além disso, pode acontecer que a empresa esteja em fase de se apresentar à insolvência incumprindo posteriormente o contrato; ou ainda o “preço baixo” ser reflexo de uma fraca qualidade¹⁸² da OP ou BS contratado.

Nestes termos, o Doutor Miguel Assis Raimundo entende que:

“Não obstante, como a própria teoria económica reconhece, o mais baixo preço dificilmente pode constituir a única forma de promoção de ganhos de eficiência no mercado, já que a longo prazo, a utilização obriga as empresas a concorrer apenas com base nos custos de produção para a qualidade e para a sustentabilidade das empresas, e o aumento da “mortalidade” das empresas ocasiona o risco de se cair em esquema oligopolísticos”¹⁸³

Por fim, a fase de execução do contrato também preocupa a entidade adjudicante pelo risco de incumprimento do contrato. Trata-se, aqui, da necessidade de criar estratégias de forma a minimizar os riscos de incumprimento contratual, nomeadamente, estabelecer, obrigatoriamente, uma garantia financeira para todos os procedimentos adjudicatário sem restringir ao valor do contrato (e.g. caução, seguro, etc.) de forma a compensar a entidade adjudicante em caso de exequibilidade do contrato.

O processo de contratação pública não deve ser desnecessariamente complexos, dispendiosos ou demorados, pois isso pode causar atrasos excessivos na aquisição de OP ou BS. Podendo desencorajar a participação, principalmente de pequenas e médias empresas. A burocracia excessiva também pode criar possíveis oportunidades de corrupção, por exemplo, no caso de instabilidade regulatória.

Deve, por isso, haver um regime de fiscalização por parte das autarquias locais ou municípios, concomitante de uma fiscalização sucessiva, nomeadamente, pelo TdC (v. art. 454.º-B do CCP aditado pelo DI 111-B/2017, de 31 de agosto). De forma a evitar: que seja sempre o mesmo concorrente a ganhar o concurso, e por sua vez tentando evitar as propostas rotativas; que as propostas que são submetidas a um preço mais elevado que da empresa que escolheram previamente para vencer o procedimento; pela supressão de propostas; pela repartição de mercado entre empresas; pela subcontratação também quando existam esses fortes indícios de concentrações de empresas; entre outras situações.

Por esta razão, podemos analisar os quatro critérios para avaliar se um determinado concurso público limita ou restringe a garantia da livre concorrência através: da determinação do mercado relevante; das quotas de produção do mercado; do perfil dos participantes; e por fim, da magnitude dos consumidores.

¹⁸² É importante incluir outras dimensões que não o preço (e.g. a qualidade), “é já bem antiga pois consta do Artigo 30.º ou 34.º da Diretiva 93/37/CE ou 93/38/CE de 14 de junho de 1993 e foi afirmada por acórdãos do Tribunal de Justiça da UE, (...) (Acórdão do TJUE de 17 de Setembro de 2002, Processo C-513/99).” Cfr. TAVARES, Luís Valadares – ob. Cit., p. 47.

¹⁸³ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis – ob. Cit., p. 373.

a) Esquema das boas práticas das fases da tramitação do processo de contratação pública¹⁸⁴

Fase de preparação do contrato
• Apurar antecipadamente a necessidade e idoneidade do contrato. Nomeadamente, na realização de "consultas de pré-mercado" de forma transparente para determinar o objetivo dos contratos. • Estabelecer meios de <i>stakeholders</i> através de audiência ou consultas públicas a todos os concorrentes económicos para apurar a disponibilidade do mercado antes da celebração de um contrato. Este ato não é incomum, mas deve ser realizado de forma transparente, para que nenhum contratante tenha uma posição inicial vantajosa. • A proibição de participação de uma pessoa que tenha interferido no momento da preparação dos documentos preparatórios do contrato não é absoluta, desde que essa participação não cause restrições à livre concorrência ou que obtenha um tratamento favorável. • Preparação de um caderno de encargos disponibilizado em formato eletrónico, nos sites do governo e das autarquias, que delimite o perfil do contratante e o objetivo do concurso. • Fixar de forma clara, precisa e pública as informações necessárias para participar no concurso. • Evitar conflitos de interesses no processo de contratação, pela formatação de concursos para favorecer determinada empresa ou indivíduo. • Garantir a livre concorrência para todos os interessados no concurso, ampliar a livre escolha do licitante por parte da entidade adjudicante, como por exemplo, evitar o ajuste direto. • Alargar a participação ao maior número de empresas possíveis, nacionais e internacionais. • O aumento do número de empresas a concorrer no procedimento diminui o vínculo entre empresas concorrentes (e.g. conluio). • O objetivo de ter produtos inovadores, a homogeneidade dos produtos/serviços facilitam a coordenação de preços (aumentam a probabilidade de conluio). • A total transparência de informação pode facilitar o conluio, promover o anonimato das propostas (e.g. identidade e propostas dos concorrentes), ponderando cuidadosamente o tipo de informação a disponibilizar aos candidatos no momento da abertura da proposta e na publicação dos resultados. • Reduzir os custos de preparação da proposta simplificando os procedimentos de contratação ao longo do tempo (recorrer à contratação eletrónica; fixando prazos adequados para a apresentação da proposta).

¹⁸⁴ Transparência e Integridade. *Transparency International Portugal* – Riscos de Corrupção na Contratação Pública. Projeto financiado pela Comissão Europeia. Disponível em: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/02/diptico_riscos_corupcao-ilovepdf-compressed-1.pdf

Fase de licitação – adjudicação do contrato
• Garantir que todos os licitantes recebam, em tempo útil, a mesma informação. • Estabelecer prazos razoáveis para o conhecimento de todos os interessados poderem participar e preparar as ofertas. • Indicar e fundamentar as causas que são objeto de exclusão das ofertas que não podem ser supridas, oferecem segurança jurídica para os concorrentes. • Abertura de uma fase de denúncia de atos ilícitos. • Admitir a possibilidade de correção de erros dentro de um determinado limite. • Ter em atenção as propostas conjuntas (e.g. consórcios), que possam indicar um esquema de conluio. E em que as mesmas teriam condições de apresentar individualmente. • Estabelecer requisitos com precisão e clareza dos critérios de avaliação das ofertas ou dos métodos de pontuação. E através deles de forma ponderada e adequada escolher com segurança a oferta mais vantajosa. • Evitar requisitos de qualificação restritivos e desnecessários.
Fase de execução do contrato
• Supervisão da entidade adjudicante, tribunal e de outras entidades reguladoras em apurar se a execução do contrato se encontra em conformidade com as especificações técnicas do contrato. • Inspeções aleatórias, sem aviso prévio, quando se trata de obras públicas. • Elaboração de um relatório final por uma entidade imparcial que avaliam os resultados (custos e benefícios estimados com os reais) e os impactos, sob alçada, por exemplo do TdC. O relatório deve ser disponibilizados <i>on-line</i>, numa linguagem acessível, em tempo útil, ao público, nos sites do governo e das autarquias, e devem ficar em arquivo para consultas posteriores. • Todos os contratos devem ser remetidos, imediatamente ao TdC para conhecimento. • Deve ser aplicado medidas coercivas quando haja má execução do contrato, estando sujeitos a responsabilidades disciplinares e penais. • Regular estritamente as modificações do contrato, sendo necessário uma reapreciação e autorização por parte da comissão de avaliação. • Garantir que todos os licitantes estejam vinculados a um código de condutas com sanções aplicáveis. • Estabelecer seguros ou garantias (e.g. caução) que compensem a entidade adjudicante em situação de incumprimento do contrato.

Figura 8 – Esquema das boas práticas das fases da tramitação do processo de contratação pública

Breves notas sobre a proposta de Lei n.º 41/XIV/19, aprovada em Conselho de Ministros de 18 de junho de 2020

Após concluir a investigação da presente dissertação em maio de 2020, surge posteriormente uma iniciativa de alteração ao CCP. Contudo, apenas considerando a proposta de Lei n.º 41/XIV/19¹⁸⁵, ainda não promulgada pelo Sr. Presidente da República, não podemos deixar de fazer uma breve referência a esta iniciativa legislativa governamental, que mesmo antes de entrar em vigor já despertou muitas críticas e pareceres muito críticos, nomeadamente do Tribunal de Contas¹⁸⁶, da Autoridade da Concorrência¹⁸⁷ e da Associação Portuguesa dos Mercados Públicos¹⁸⁸.

A principal crítica que tem sido, segundo algumas opiniões de especialistas em contratação pública é o risco acrescido de redução da concorrência na contratação pública. Isto porque a intenção de facilitar o procedimento de contratação pública comporta um risco de cartelização do mercado e uma opção deliberada pela restrição da concorrência. Por outro lado, é já a 12.ª alteração ao Código em 12 anos, tratando-se de um indício de inconsistência legislativa.

Relembre-se que o CCP foi já alvo de uma extensa modificação em 2017, a propósito da transposição para o ordenamento jurídico português das Diretivas Europeias da contratação pública de 2014, e que, em muitos aspetos, não foi nada feliz.

A alteração agora em discussão, conforme foi anunciado pelo Governo, visa simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de contratação pública, aproveitando também para corrigir alguns pontos menos positivos que resultaram essencialmente da referida alteração de 2017.

¹⁸⁵ Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45053>

¹⁸⁶ Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764e6b4e46535539515343394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c324d77595446684f5755304c5749344f4459744e4441794e5331694f54517a4c5449324e44646a4f5749334d7a67305a6935775a47593d&fich=c0a1a9e4-b886-4025-b943-2647c9b7384f.pdf&Inline=true>

¹⁸⁷ Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764e6b4e46535539515343394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c3255354e47513259574d334c5755315a546b744e474a6c4d793034597a557a4c5455334e7a4e685a6d466b4d7a426b5a6935775a47593d&fich=e94d6ac7-e5e9-4be3-8c53-5773afad30df.pdf&Inline=true>

¹⁸⁸ Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764e6b4e46535539515343394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c3251785954597a595756694c5456694d5749744e446b7a5a5330344e4451334c5452684d475534593246694f5451334f4335775a47593d&fich=d1a63aeb-5b1b-493e-8447-4a0e8cab9478.pdf&Inline=true>

Destacando alguns pontos sobre algumas das alterações da proposta de lei para o CCP. Antes, uma observação de ordem geral, sob o cenário à questão de saber se a introdução de “medidas especiais” de contratação pública e a alteração normativa ao CCP (designadamente na parte III)¹⁸⁹ dirão respostas na recuperação económico-social pós-pandemia?

Ora, o ponto mais atacado na proposta de lei é o que diz respeito à criação de um regime excecional de contratação – em derrogação das regras de formação de contratos da Parte II do CCP – em determinadas áreas prioritárias, como é o caso dos contratos que tenham por objeto a execução de projetos cofinanciados por fundos europeus, dos contratos que tenham em vista a promoção da habitação pública ou de custos controlados ou dos contratos em matéria de tecnologias de informação e conhecimento.

Para todos estes contratos, o que a proposta de lei prevê é que, quando o respetivo valor fique abaixo dos limiares de aplicação das Diretivas Comunitárias da contratação pública, os mesmos possam ser adjudicados **por recurso a um procedimento de consulta prévia a cinco entidades**, em detrimento do regime regra do concurso público (ou limitado) previsto como regra no CCP. Com esta alteração, por exemplo, uma empreitada de obra pública financiada com preço base inferior a € 5.350.000,00, ou uma prestação de serviços informáticos com preço base inferior a € 214.000,00 poderão passar a ser adjudicados através de uma consulta prévia.

Ora, o risco de cartelização é, pois, evidente, bem assim como o risco de aumento da corrupção. Mas, o que releva verdadeiramente é que nesta proposta de lei é notória a opção deliberada pela restrição da concorrência, dado que, atendendo aos valores em causa, serão mesmo muitos os contratos que passarão a estar sujeitos a procedimentos com um grau de concorrência e publicidade manifestamente inferior àquele que é assegurado através de um concurso público, transformando a exceção (não sujeição a concurso público) numa regra.

Isto, sem prejuízo de entender que os atuais valores aplicáveis à escolha do procedimento de ajuste direto e à escolha do procedimento de consulta prévia a mais do que uma entidade – e que foram objeto de uma redução acentuada na última alteração ao CCP em 2017 (o ajuste direto passou a ser possível apenas para contratos de aquisição de bens e serviços com valor até € 20.000,00 e de empreitadas com valor até € 30.000,00) –, por comparação com os limiares europeus, se encontram bastante desajustados e que, efetivamente, poderiam ser objeto de correção.

¹⁸⁹ Alteração ao DL 200/2008, de 9 de outubro (centrais de compras). E ainda uma alteração processual, nomeadamente, nos artigos 102.º e 103.º-A do CPTA.

Outro aspeto que tem sido bastante atacado pelos problemas que poderá vir a criar é a alteração pela qual, em matéria de empreitadas de obras públicas, deixa de ser excecional a possibilidade de recurso à modalidade concepção-construção, em que a responsabilidade pela elaboração do projeto é do empreiteiro. Com esta alteração, as entidades adjudicantes vão poder optar indiscriminadamente por lançar procedimentos de contratação sem projeto previamente aprovado, remetendo essa tarefa ao empreiteiro, para a fase pós-adjudicação já em sede de execução do contrato.

Sabendo-se que o recurso a esta modalidade se justifica primordialmente para certo tipo de projetos cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem, não parece adequado transformar esta modalidade numa opção perfeitamente a par dos concursos com projeto elaborado pelo dono da obra.

Este e outros problemas vão, certamente, despertar muita discussão no futuro próximo e vão, certamente, gerar ainda maior litigância no âmbito da execução dos contratos de empreitada.

Conclusão

Definimos concorrência como a liberdade de atuação econômica dos mercados em que os diferentes produtores, vendedores ou fornecedores do bem e/ou do serviço devem atuar de forma independente face ao comprador e consumidor. Num sentido objetivo, concorrência é a rivalidade entre empresas, produtores ou fornecedores.

Portugal ao longo dos anos foi evoluindo o conceito de “concorrência”, com raízes fortes no corporativismo medieval, fortalecido na Idade Média, e que perdurou até à extinção das corporações. Apesar de a Constituição de 1933 estabelecer o conceito do princípio da concorrência não havia, até àquela data, um diploma concreto que preambula-se o teor da matéria da concorrência. Foi só em 1936 em pleno Estado Novo, prosseguindo com inúmeras revogações por leis sucessivas como a Lei 1/72, DI 293/82 e o DI 422/83. Sendo que foi com a Lei 19/2012, de 8 de maio (designada por LdC) sob influência das Diretivas 2014, que houve um reconhecimento do papel competitivo entre candidatos e concorrentes na adjudicação de bens/serviços ou obras públicas.

A contratação pública numa perspetiva sistémica procura satisfazer as necessidades da entidade adjudicante tendo em conta as ofertas do mercado. O mercado é o instrumento universal do qual abrange todas as relações de contratação incidindo sobre a empreitada de obras públicas, as concessões de obras públicas e de serviços públicos, a aquisição ou locação de bens móveis, a aquisição de serviços, ou as sociedades, sempre que as entidades adjudicantes adotem um tipo de procedimento.

Nos procedimentos em que existe uma fase de seleção, os candidatos passam a ser designados concorrentes, de forma a poderem apresentar as suas propostas. Traduzem-se em concorrentes num concurso público como em qualquer outro procedimento adjudicatário, salvo no de ajuste direto em que não há concorrência. E por isso, é importante ter uma metodologia racional para poder escolher o procedimento adequado face às necessidades da entidade adjudicante e do orçamento governamental. As entidades públicas, na sua veste de entidades adjudicantes, têm a obrigação de exercer o seu poder de compra de forma ética, social e ambiental.

A amplitude da concorrência varia conforme o tipo de procedimento adjudicatário: é a mais ampla possível no concurso público, algo menor no concurso limitado por prévia qualificação e ainda menor nos restantes procedimentos, não existindo no ajuste direto.

A salvaguarda do princípio da concorrência manifesta-se desde a regulamentação do procedimento de formação do contrato, da regulamentação da relação contratual, até à

regulamentação do contencioso da formação e da execução do contrato. Nestas fases os proponentes concorrentes quando atuam através de práticas concertadas (como o conluio) ou outras práticas restritivas da concorrência incumprem nas regras que regulam a contratação pública e a concorrência.

No direito comunitário, o conceito de “empresa” abrange qualquer sujeito jurídico que exerça uma atividade económica, em que haja implicitamente a oferta-troca de bens ou serviços. Fala-se também da noção de “concorrentes” quando queremos dirigir a uma entidade que participa em qualquer procedimento para a formação de contratos.

O que se pretende com os concursos públicos é, em primeiro lugar, garantir a livre defesa da concorrência nos mercados públicos. E o princípio da livre concorrência só é respeitado na sua plenitude através do concurso público. No entanto esta liberdade, como todas as existentes em regime democrático, não são factos adquiridos em concreto. Além das condicionantes, é preciso ter presente e fazer prevalecer que só o rigor da concorrência nos permite produzir mais e melhor e solucionar as dificuldades que a nossa economia tem de ultrapassar. É este o grande desafio: proceder a um maior controlo e prevenção por parte das entidades reguladoras, como a AdC, e de um maior poder sancionatório por parte do Tribunal de Contas.

As boas-práticas da contratação são uma missão de todos os que participam no concurso público, principalmente da entidade adjudicante (Estado). Lembremo-nos que qualquer ato do procedimento que seja suscetíveis de afetar o mercado ou que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência têm como consequências nefastas o orçamento do Estado que poderia ser utilizado para outros fins (e.g. Setor da Saúde).

O regime jurídico da contratação pública deve ter a preocupação de garantir que as escolhas em alternativa satisfaçam as necessidades coletivas, os entes públicos são orientados, de um modo geral, pela preocupação de racionalidade económica, equilíbrio das finanças públicas e máxima satisfação do bem-estar das populações. Um equilíbrio racional dos interesses em presença.

A entidade adjudicante tem um rol de tarefas quanto às peças procedimentais, seguindo especificação do objetivo do contrato, preparando o caderno de encargos, estruturando o modelo de avaliação, escolhendo o programa do procedimento, e elaborando o anúncio ou convite. Após a decisão de contratar, a entidade adjudicante está em condições de iniciar a organização e o desenvolvimento das peças do contrato até chegar à etapa da contratação (decisão de contratar). Porém é necessário que o operador económico satisfaça as condições de habilitação e de qualificação para poder aceder ao procedimento, evitando desta forma a

sua exclusão. Também aqui há a necessidade de observar as três fases do procedimento – preparação do contrato, adjudicação e execução – e perceber quais as melhores práticas para que este sistema possa ser utilizado garantindo a livre concorrência entre os operadores económicos, com base nas exigências regulamentares e legais, para a tutela de uma verdadeira e sã concorrência, protegendo cada fase do procedimento.

Cada fase tem um conjunto de riscos específicos e que devem ser respondidos através de um conjunto de boas práticas. Assim, em síntese propomos o reforço das garantias de isenção e transparência do procedimento através de um sistema de fiscalização dos procedimentos de contratação pública, em três momentos essenciais a saber:

a. Fase de preparação do contrato

Nesta fase há uma avaliação das necessidades com influência dos impactos ambientais, sociais e económicos da aquisição do bem ou na execução de obra pública ou do serviço, através da recolha e análises das propostas com o parecer da AdC.

b. Fase de licitação – adjudicação do contrato

Nesta fase, a obrigatoriedade, de uma auditoria na prévia aprovação do contrato e das condições contratuais por uma entidade isenta, como o Tribunal de Contas. E ainda, a necessidade de criar uma plataforma on-line para denúncias, tal como acontece em Espanha.

c. Fase de execução do contrato

Nesta fase, há uma necessidade de reforçar a fiscalização por parte de uma entidade independente, controlada pela Comissão Europeia, para garantir a execução do contrato, apurar se a obra esta conforme o acordado, e sancionar em caso de incumprimento por parte do adjudicatário.

Assim, concluímos que a melhor estratégia para combater práticas anti concorrências é a expansão do mercado, potenciando a participação do maior número possível de candidatos e a apresentação das respetivas candidaturas e propostas. Isto faz com que os concorrentes estimulam o aperfeiçoamento das suas propostas, com vista à comparação do seu mérito com os demais, com ganhos substanciais para as finanças públicas.

Cumprindo o objetivo desta dissertação conclui-se que é necessário pôr um travão a todo o tipo de práticas que distorçam o normal funcionamento do mercado. O Código dos Contratos Públicos, como principal instrumento regulador do acesso aos mercados públicos,

deve reforçar ainda mais a garantia da livre concorrência na contratação pública. Tal pressupõe a redução da via do ajuste direto, o reforço das garantias de acesso ao mercado e da celeridade do procedimento de adjudicação, salvaguardando o interesse público.

No que toca à celeridade na resolução dos litígios emergentes dos procedimentos de contratação pública o recurso à arbitragem, consagrada e reforçada nas recentes alterações legislativas, afigura-se como uma via adequada e eficaz para garantir a celeridade da decisão e a concretização do interesse público.

Os princípios da concorrência, publicidade, transparência, igualdade de tratamento e não-discriminação que regem a contratação pública deverão ser sempre respeitados, por forma a garantir as condições de concorrência efetiva. A este propósito, a recente iniciativa de Lei nº 41/XIV/19, aprovada em Conselho de Ministros, tem sido muito criticada, segundo algumas opiniões de especialistas em contratação pública, por representar um risco acrescido de redução da concorrência na contratação pública. E, sendo assim, o risco de aumento do clientelismo, da corrupção e da discricionariedade, são um sinal preocupante de afastamento da contratação pública em Portugal do espírito contido nas Diretivas de 2014 e, nessa medida, um retrocesso inexplicável e preocupante. Esta proposta de alteração evidencia uma clara opção pela restrição da concorrência. Por se tratar de uma proposta de lei que surgiu após o encerramento da investigação realizada para a dissertação agora apresentada, mas não podemos deixar de registar o quanto ela evidencia a importância e atualidade do tema.

Dir-se-á que a posição defendida nesta dissertação aponta num sentido claramente diverso daquele que, lamentavelmente, o legislador português parece ter adotado. Esta é uma posição assumida e, mesmo contra a corrente dominante no campo legislativo, não abdicamos de defender como essencial à transparência e racionalidade da gestão pública, essenciais à democracia e ao Estado de Direito.

Referências Bibliográficas

- (Sem autor) Cartel: Acordo entre empresas que tem por objetivo restringir ou falsear a concorrência. Sentença do 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de Maio de 2007, Proc. 965/06.9TYLSB (2007). In revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40, Julho-Setembro. Almedina, p. 213 a 273. ISSN 0872-2137.
- Abreu, J. C. (2016). *Curso de Direito Comercial*. Vol. I. 10ª ed.. Almedina.
- Amaral, D. F., V. (2018). *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. 4.ª ed.. Almedina.
- Amorim, J. P. (2014). *Direito Administrativo da Economia*. Vol. I (Introdução e constituição económica). Almedina.
- Anjos, M. R & Fionda, R. Q. (2020). Prohibition of Restrictive Competition Agreements in the European Union: Analyzing the 'Expedia' Case. In E. P. Costa; M. R. Anjos & M. PRZYGODA (Ed.). *Economic and Social Development. 52nd International Scientific Conference on Economic and Social Development Development*. Book of Proceedings.. 16-17 de abril. Porto. Pp. 505 a 515.
- Anjos, M. R.(2016). *Serviços de Interesse Económico Geral, Concorrência e Garantias dos Cidadãos Usuários – Um Estudo à luz do Direito Comunitário*. Maia: Edições ISMAI. Centro de Publicações do Instituto Universitário da Maia.
- Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03) de 9 de dezembro de 1997. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=PT)
- Confraria, J. (2005). *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*. Universidade Católica Editora.
- Cordeiro, A. M. (2005). Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia. In R. Albuquerque & A. M. Cordeiro (coord.). *Regulação e Concorrência*. Almedina.
- Cordeiro, A. M. (2016). *Direito Comercial*. 4ª ed. Revista. Almedina.
- Costa, A. (2014). *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*. Vida Económica.
- Despax, M. (1953). *L'Entreprise et el Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Escarra, J. (1952). *Cours de Droit Commercial: Nouvelle Édition Reliure inconnue*.
- Estorninho, M. J. (2006). *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*. Almedina.

- Estorninho, M. J. (2012). *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*. Almedina.
- Fernández, J. M. M. (2017). Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública. *Revista jurídica de Castilla y León*. N.º 41. Enero. Junta de Castilla y León. Pp. 7-52. ISSN 2254-3805. Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/Revista+Jur%C3%ADdica+de+Castilla+y+Le%C3%B3n+n%C2%BA+41.pdf>
- Ferreira, J. E. P. (2006). Contributos para um enquadramento da evolução das leis de defesa da concorrência em Portugal. In A. G. Soares & M. M. L. Marques (coord.). *Concorrência. Estudos*. Almedina.
- Freire, P. V. (2009). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Vol. I. In P. Otero & P. Gonçalves (coord.). Almedina.
- Gomes, A. F. (2018). Com Concorrência Todos Ganhamos. *Revista da Concorrência e Regulação*. N.º 35. Julho-Setembro. Pp. 167 a 173. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista_ReC_35.pdf
- Gonçalves, P. C. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. Almedina.
- Leitão, A. (2002). *A proteção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública*. Almedina.
- Lexicoteca Moderno Dicionário de Língua Portuguesa (1985). Vol. I. Ed. n.º 1110. Círculo de Leitores.
- Maican, O. H. (2018). Abuse of a Dominant Position. In K. Strada-Rozenberg & M. R Anjos (Ed.) *Current Issues in Business Law*. Contributions to the 8th International Conference Perspectives of Business Law in the Third Millennium. November 16. Bucharest/Romenia. ADJURIS international Academic Publishes Bucharest. Pp. 126 a 130.
- Majone, A. S. G. (2000). *Lo Stato Regolatore*. Il Mulino,
- Mateus, A. M. (2007). Economia e Direito da Concorrência e Regulação. In *Revista Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40, Julho-Setembro. Almedina, p. 11 a 26. ISSN 0872-2137.
- Meilán Gil, J. L. (2016). Prólogo da obra de Maria do Rosário Anjos. *Serviços de Interesse Económico Geral, Concorrência e Garantias dos Cidadãos Usuários – Um Estudo*

- à luz do Direito Comunitário. Maia: Edições ISMAI. Centro de Publicações do Instituto Universitário da Maia. Pp. 13 a 20.
- Merniz, F. (2019). Social Responsibility is an Ethical Necessity for Business Organizations. In Program of 38th International Scientific Conference on Economic and Social Development. 21-22 March. Venue: The Faculty of Law Economics and Social Sciences Salé, Rabat, Morocco. Book of proceedings. Pp. 64 a 68.
- Mimoso, M. J. & Anjos, M. R. (2019). *Unidroit Principles in International Trade Contracts' Regulation*. 40th International Scientific Conference on Economic and Social Development. 10-11 May. Buenos Aires. Book of Proceedings, pp. 138 a 143. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/2826/Unidroit%20principles%20in%20international%20trade%20contracts%e2%80%99%20regulation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moniz, A. R. G. (2012). *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*. Almedina.
- Moreira, T. (2007). O novo Instituto da Clemência: a dispensa e a atenuação especial da concorrência. In revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40. Julho-Setembro. Almedina, p. 75 a 97. ISSN 0872-2137.
- Moreira, V. (2004). Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral. In V. Moreira (Organização). *Estudos de Regulação Pública – I*. Direito Público e Regulação 5. CEDIPRE & FDUC. Abril. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 548 a 563.
- Motatu, A. (2018). Free movement of capital and payments in the European Union, the result of successive regulations. In K. Strada-Rozenberg & M. R Anjos (Ed.) *Current Issues in Business Law*. Contributions to the 8th International Conference Perspectives of Business Law in the Third Millennium. November 16. Bucharest/Romenia. ADJURIS international Academic Publishes Bucharest. Pp. 85 a 92.
- Oliveira, A. C. (2015) – prefácio na obra de Carlos José Batalhão. *Novo Código de Procedimento Administrativo. Notas Práticas e Jurisprudência*. Porto Editora.
- Patrício, J. S., (1982). *Direito da Concorrência (aspetos gerais)*. Gradiva.
- Pego, J. P. F. M. (2007). *O controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas-Empresariais. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina.

- Pinto, E. V. C. (2004). A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI. In R. Albuquerque & A. M. Cordeiro (coord.) – *Regulação e Concorrência. Perspetivas e Limites da Defesa da Concorrência*. Almedina, pp. 159 a 201.
- Porto, M. C. L. (2009). *Economia um texto introdutório*. 3ª ed.. Almedina.
- Raimundo, M. A. (2013). *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*. AAFDL.
- Rodrigues, N. C. (2014). O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública. *Revista de Concorrência e Regulação*. N.º 19. Julho-Setembro. Almedina. Pp. 213 a 224. Disponível em: http://concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2019.pdf
- Rodrigues, N. C. (2017). Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?. *Revista de Concorrência e Regulação*. N.º 32. Outubro-Dezembro. Almedina. Pp. 131 a 146. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2032.pdf
- Roque, A. (2004). *Regulação do Mercado: Novas Tendências*. Quid Juris?.
- Rosa, M. M. (2018). Direito à Concorrência. *Revista da Concorrência e Regulação*. N.º 35. Julho-Setembro. Pp. 175 a 180. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista_ReC_35.pdf
- Ruiz, N. (2007). Comentário à sentença do proc. N.º 766/06, 4TYLSB. *Revista Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. n.º 40. Julho-Setembro. Almedina, p. 125 e ss. ISSN 0872-2137.
- Sánchez, P. F. (2017). O âmbito de aplicação do regime de contratação pública: Organismos de Direito Público e Entidades Privadas. *Revista da Contratação Pública – I*. N.º 28. Fevereiro. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Pp. 11 a 24. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf
- Sánchez, P. F. (2019). *Estudos sobre Contratos Públicos*. 2.ª Ed. AAFDL Editora.

- Sánchez, P. F. (2020). Medidas Excepcionais de Contratação Pública para Resposta à Pandemia Causada pela Covid-19. In I. F. GODINHO & M. O. CASTRO (editores). Conferência proferida nos Seminários sobre *Covid-19 e o Direito*. Edições Universitárias Lusófonas. Abril. Porto: Universidade Lusófona do Porto. Pp. 45 a 89. ISBN 978-989-757-129-9. Disponível em: file:///C:/Users/carol/Downloads/Covid_19_e_o_Direito.pdf
- Silva, J. A. (2018). *Dicionário dos Contratos Públicos*. 2.^a ed.. Almedina.
- Silva, J. N. C. (2005). O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral. In M. Porto & F. Amaral (diretores) – *Temas de Integração*. N.º 20. 2.º semestre. Dezembro, Almedina, pp. 185 a 209.
- Silva, M. M S. (2007). Os cartéis e a sua proibição no Tratado de Roma: aspetos substantivos e prova. In revista *Sub Judice*. Justiça e Sociedade. Direito da Concorrência. N.º 40, Julho-Setembro. Almedina, p. 39 a 57. ISSN 0872-2137.
- Silva, M. M. (2008). *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*, Almedina.
- Silva, M. M. (2020). *Direito da Concorrência*. Reimpressão. AAFDL Editora.
- Sobral, M. R. R. & Ferreira, J. E. P. (1985) *Da livre concorrência à defesa da concorrência. História e Conceitos. Base da legislação de defesa da concorrência*. Porto Editora.
- Sousa, M. R. & Matos, A. S. (2007). *Direito Administrativo Geral - Tomo III - Actividade administrativa*. Dom Quixote.
- Tavares, G. G. (2019). *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*. Almedina.
- Tavares, L. V. (2018). *O essencial sobre Contratos Públicos: As Diretivas de 2014 e o Decreto-Lei 111-B/2017*. OPET.
- Transparência e Integridade. *Transparency International Portugal* – Riscos de Corrupção na Contratação Pública. Projeto financiado pela Comissão Europeia. Disponível em: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/02/diptico_riscos_corrupcao-ilovepdf-compressed-1.pdf
- Viana, C. (2007). *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra Editora.

Webgrafia

<http://www.concorrencia.pt>

<http://www.impic.pt>

<http://www.grupoeis.com.br/engenharia/index.php?page=parceiros>

<http://www.apmep.pt/>

<https://www.parlamento.pt/>

Instrumentos Legislativos

- Decreto-Lei 19/2012, de 08 de Maio, Regime Jurídico da Concorrência
- Decreto-Lei n.º 111-B/2017, 31 Agosto. Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.ºs 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014
- Decreto-Lei n.º 12/2017, Série I de 2017-05-02. Primeira alteração à lei-quadro das entidades reguladoras e à Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que a aprova
- Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, Código dos Contratos Públicos
- Decreto-Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro. Estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais
- Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro, Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- Decreto-Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho. Aprova a Lei-Quadro das Fundações e altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966
- Decreto-Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, Aprova a lei quadro dos institutos públicos
- Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, Código do Processo Administrativo
- Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de Janeiro. A alteração operada pelo presente Decreto-Lei à Lei-Quadro dos Institutos Públicos
- Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
- Decreto-Lei n.º 54/98, de 18 de Agosto. Associações representativas dos municípios e das freguesias
- Decreto-Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro. Regime jurídico das instituições de ensino superior

- Decreto-Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, Regime Jurídico das Autarquias Locais
- Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, Código Comercial
- Decreto-Lei n.º 88/99, de 19 de Março. Aprova o estatuto das agências de desenvolvimento regional
- Decreto-Lei n.º 96/2015, de 29 de Maio. Aprova a orgânica do Instituto de Gestão Financeira da Educação, I.P.
- Diário da República n.º 159/2011, Série II de 2011-08-19
- Diretiva 2014/24/UE (designada por diretiva-clássica relativa aos contratos públicos que revogou a Diretiva 2004/18/CE)
- Diretiva 2014/25/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE
- Diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços
- Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento
- Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas
- Lei n.º 41/XIV/19 aprovada em Conselho de Ministros de 18 de Junho de 2020
- Notificação prévia de uma concentração (Processo M.9707 — Aperam Alloys Imphy/Tekna Plasma Europe/ImphyTek Powders). Processo suscetível de beneficiar do procedimento simplificado (Texto relevante para efeitos do EEE) 2020/C 38/03
- Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado
- Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas
- Regulamento de Execução (UE) 2016/7 da Comissão, de 5 de Janeiro de 2016, que estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública
- Tratado de Funcionamento da União Europeia

Jurisprudência do Tribunal de Justiça

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 1978, no Proc n.º 27/76

- Acórdão do Tribunal de Justiça (6.^a secção) de 23 de abril de 1991, no Proc. n.º C-41/90
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1993, nos Procs. apensos n.ºs C-159/91 e C-160/91
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 1994, no Proc n.º C-272/91
- Acórdão do Tribunal de Justiça (5.^a Secção) de 16 de março de 2000, no Procs. n.ºs C- 395/96 P e C-396/96
- Acórdão do Tribunal de Justiça (5.^a Secção) de 3 de outubro de 2000, no Proc. n.º C-380/98
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (5.^a Secção Alargada) de 26 de outubro de 2000, no Proc. n.º T-41/96
- Acórdão do Tribunal de Justiça (6.^a Secção) de 7 de dezembro de 2000, no Proc. n.º C- 324/98
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 2001, no Proc. n.º C-285/99E C- 286/99
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de fevereiro de 2002, no Proc. n.º C-309/99
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2002, no Proc. n.º C-513/99
- Acórdão do Tribunal de Justiça (6.^a secção), de 12 de dezembro de 2002, Proc. n.º C-470/99
- Acórdão do Tribunal de Justiça (5.^a Secção) de 22 de maio de 2003, no Proc. n.º C18/01
- Acórdão do Tribunal do Tribunal de Justiça no Ac. de 24 de julho de 2003 no Proc. n.º C-280/00
- Acórdão do Tribunal de Justiça (4.^a Secção) 13 de dezembro de 2007, no Proc. n.º C-337/06
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de abril de 2010, no Proc.n.ºs C- 91/08
- Acórdão do Tribunal de Justiça (2.^a Secção) de 13 de dezembro de 2012, no Proc. n.º C- 226/11
- Acórdão do Tribunal de Justiça (5.^a Secção) de 12 de setembro de 2013, no Proc. n.º C- 526/11

Jurisprudência Nacional

- Decisão do Conselho da Concorrência, de 13 de julho de 2000, no Proc. n.º 2/99

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03 de abril de 2002, no Proc. n.º 0277/02
- Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (2.º juízo), de 15 de fevereiro de 2007, no Proc. n.º 766/06.4TYLSB
- Tribunal de Comércio de Lisboa (sentença do 2.º Juízo), de 2 de maio de 2007, no Proc. n.º 965/06.9TYLSB
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.ª Secção), de 03 de julho de 2007, no Proc. n.º 1372/06-9
- Acórdão do Tribunal de Comércio de Lisboa (2.º juízo), de 02 de março de 2010, no Proc. n.º 1065/07.0TYLSB
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 07 de outubro de 2011, no Proc. n.º 00225/11.3BECBR
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 21 de junho de 2012, no Proc. n.º 08869/12
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 25 de janeiro de 2013, no Proc. n.º 01312/11.3BEBRG
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de janeiro de 2013, no Proc. n.º 0993/12
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 07 de novembro de 2013, no Proc. n.º 10404/13
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 15 de julho de 2016, no Proc. n.º 03661/15.2BEBRG
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo, de 9 de novembro de 2017, no Proc. n.º 418/16.7BECTB
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de julho de 2018, no Proc. n.º 2574/17.8BELSB