

# CONTRATAÇÃO PÚBLICA E CONCORRÊNCIA: DE MÃOS DADAS OU DE COSTAS VOLTADAS?

*Nuno Cunha Rodrigues\**

*ABSTRACT: The purpose of this text is to examine whether competition law and public procurement law go hand in hand. It is aimed at describing some of the points of contact between these two branches of law, in particular in light of some of the recent amendments to the Portuguese Code of Public Contracts by Decree-Law No. 111-B / 2017 of August 31.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tensão entre a transparência e os incentivos à colusão na contratação pública. 3. O conceito de concorrente, para efeitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos, e de empresa, à luz do Direito da Concorrência. 4. Os agrupamentos de concorrentes e a eventual restrição pelo objecto. 5. As práticas de abuso de posição dominante na contratação pública. 6. Conclusões.

## 1. ENQUADRAMENTO GERAL

O estudo do direito da concorrência e do direito da contratação pública é, claramente, interdisciplinar atendendo, nomeadamente, aos objectivos prosseguidos por estes dois ramos do direito.

Vejamos algumas das diferenças.

O direito da concorrência visa, em síntese, promover o bem-estar social, em particular, o bem-estar dos consumidores.<sup>1</sup>

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa. O presente texto corresponde à intervenção efectuada no dia 15 de dezembro de 2017, na conferência “Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?”, organizada pela sociedade de advogados PLMJ. Agradeço ao Senhor Professor Tiago Duarte e à Senhora Dra. Sara Estima Martins, o convite endereçado para intervir na conferência.

1 Cfr, *inter alia*, acórdão de 6 de outubro de 2009, proc. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Glaxosmithkline, EU:C:2009:610, parágrafo 63; Comunicação da Comissão Europeia “orientações sobre as prioridades na aplicação do artigo 82.º do TCE”, in JOCE, 24.02.2009, C 45/2, parágrafo 19 e acórdão de 22 de Outubro de 2002, proc. C-94/00, Roquette Frères, EU:C:2002:603, parágrafo 42.

No caso do direito da contratação pública, os objectivos são diversos, envolvendo, entre outros, o respeito pelos princípios da não-discriminação; da igualdade de tratamento, da transparência e da concorrência (como decorre das directivas europeias sobre contratação pública recentemente transpostas para o direito português<sup>2</sup>), em ordem a alcançar um desejável *value for money*, de harmonia com o interesse público em causa.

Esta dicotomia de objectivos reflecte-se, por exemplo, no funcionamento interno de sociedades de advogados – sabendo-se que os departamentos de Direito da Concorrência e de Direito Público estão, na maior parte dos casos, separados – ou nos próprios reguladores – como acontece, em Portugal, com a Autoridade da Concorrência e o IMPIC, este último responsável pela regulação da contratação pública definida pela Directiva 2014/24/EU.

Não obstante, há claros sinais de convergência entre o direito da concorrência e o direito da contratação pública.

Em primeiro lugar observe-se que, em muitos Estados-membros, as competências de regulação da contratação pública previstas nos artigos 83.º e seguintes da Directiva 2014/24/EU foram cometidas, justamente, às Autoridades da Concorrência, como sucedeu na maior parte dos países escandinavos.<sup>3</sup>

Em segundo lugar, mesmo em Portugal, tem-se assistido a um esforço de articulação entre entidades no combate à cartelização na contratação pública.

Exemplo desse esforço traduz-se no grupo informal, que reúne mensalmente, composto por representantes do Tribunal de Contas, da Autoridade da Concorrência, do IMPIC, da EspAP e da Inspeção-Geral de Finanças.

Por fim, importa sublinhar que, estudos científicos, demonstram que, a nível mundial, cerca de 20% a 25% dos cartéis surgem no contexto da contratação pública.<sup>4</sup>

Esta elevada percentagem decorre, por um lado, da ideia de que é mais fácil enganar dinheiros públicos do que dinheiros privados e, por outro lado, dos incentivos à colusão, frequentemente induzidos pela própria legislação sobre contratação pública e das rotinas associadas aos procedimentos de contratação pública que conduzem à coordenação de comportamentos entre concorrentes.<sup>5</sup>

---

2 Cfr. considerando 1; 45; 58; 68; 90; 110 e artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE.

3 Cfr. *verbi gratia*, o exemplo da Autoridade da Concorrência da Suécia disponível em <http://www.konkurrensverket.se/en/publicprocurement/>.

4 V. Clarke & Evenett, 2003.

5 A este propósito, v. Morais & Cunha Rodrigues, 2013.

Na verdade, a existência de práticas anti-concorrenciais no contexto da contratação pública é historicamente conhecida a nível mundial.

Basta pensar que, em Nova Iorque, no final do século XIX, até 1890 – ano da entrada em vigor do Sherman Act –, eram colocados anúncios nos jornais, convocando empresas de construção civil para participarem numa reunião no Hotel Waldorf Astoria, e aí decidirem quem iria ganhar a próxima empreitada de obras públicas...

Feito este breve introito, serão analisados os seguintes temas:

- i) A tensão entre a transparência e os incentivos à colusão na contratação pública;
- i) O conceito de concorrente, para efeitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos, e de empresa, à luz do Direito da Concorrência;
- ii) Os agrupamentos de concorrentes e a eventual restrição pelo objecto;
- iii) As práticas de abuso de posição dominante através da contratação pública;

## 2. A TENSÃO ENTRE A TRANSPARÊNCIA E OS INCENTIVOS À COLUSÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Começemos pelo primeiro tópico: a tensão entre a transparência na contratação pública e os incentivos à colusão.

É sabido que as entidades adjudicantes estão sujeitas a uma obrigação de transparência, que decorre não apenas de normas do Código dos Contratos Públicos mas também de inúmera jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais administrativos portugueses.<sup>6</sup>

Sucedem que a transparência pode induzir e estimular o alinhamento de preços ou até fenómenos de colusão entre concorrentes.

Vejamus o seguinte exemplo:

Até à recente revisão do CCP, o custo ou preço anormalmente baixo encontrava-se definido no artigo 71.º, n.º 1 considerando-se que, quando o preço base fosse fixado no caderno de encargos, o preço total resultante de uma proposta seria anormalmente baixo quando fosse (a) 40% inferior àquele, no caso de se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas ou (b) 50% inferior àquele, no caso de se tratar de qualquer dos restantes contratos.

---

<sup>6</sup> Sobre a relevância do princípio da transparência na contratação pública, v. Cunha Rodrigues, 2013: 365-367.

Consequentemente, os concorrentes frequentemente apresentavam propostas em que o preço encontrava-se alinhado porque limitava-se a ser superior em 1 cêntimo ao limiar do preço anormalmente baixo, por forma a evitar a apresentação de justificações, o que sucederia se o preço ou custo fosse anormalmente baixo.

Este comportamento, que não é sancionado pelo Direito da Concorrência, motivava um alinhamento de preços propostos pelos concorrentes, induzido pelas próprias normas do CCP, que implicava o recurso ao desempate através da determinação do momento da entrega das propostas – critério que agora foi eliminado de acordo com o CCP revisto.<sup>7</sup>

Ora, na sequência da revisão operada neste ano de 2017, as entidades adjudicantes passam a poder definir, no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo, tendo em conta o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir, ou outros critérios considerados adequados.<sup>8</sup>

Ou seja, foi eliminado este incentivo ao alinhamento de preços ou, no limite, à colusão explícita entre concorrentes, garantindo-se, simultaneamente, que a transparência é salvaguardada.

Porém, há uma outra novidade do Código revisto que pode representar um incentivo à colusão.

Refiro-me à divisão em lotes, prevista no artigo 46.º-A do CCP.

É sabido que o regime-regra que passará a vigorar determina a obrigatoriedade de se proceder à divisão em lotes podendo, excepcionalmente, esta não ser feita caso tal seja justificado pela entidade adjudicante.<sup>9</sup>

A divisão em lotes deve, consequentemente, ser ponderada pela entidade adjudicante sabendo que a forma como seja operada pode causar distorções no mercado não apenas por poder beneficiar alguns dos potenciais concorrentes (*verbi gratia* grandes empresas, sabendo-se que, nos termos do artigo 46.ºA, n.º 4, a entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente) como também por possibilitar a colusão, como sucede quando se procede a uma divisão em lotes definidos

---

7 Cfr. artigo 74.º, n.º 5.

8 Cfr. artigo 71.º, n.º 1.

9 A decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000. Cfr. artigo 46.ºA, n.º 2.

territorialmente, que pode estimular que os concorrentes procedam à repartição geográfica de mercados, baseados justamente nos lotes definidos, ou à divisão em lotes com o mesmo preço-base.

Por tudo isto, as entidades adjudicantes devem assegurar a aplicação do chamado princípio da concorrência, que foi desenvolvido nas directivas de 2014 bem como no Código agora revisto.<sup>10</sup>

Aqui, deve fazer-se uma breve advertência: o Direito da Concorrência não é aplicável às entidades adjudicantes uma vez que, como explicou o Tribunal de Justiça da União Europeia nos acórdãos *Fenin* e *Selex*, estas não exercem uma actividade económica não sendo, conseqüentemente, empresas para efeitos de aplicação do direito da concorrência.<sup>11</sup>

É por isso que o princípio da concorrência surge reforçado como elemento de escrutínio da actividade prosseguida pelas entidades adjudicantes, ainda que todos conheçam as questões doutrinárias que envolvem a aplicação de princípios gerais de direito à contratação pública que, alguns entendem, deve ser restringida porquanto o direito da contratação pública deve ser assente, *prima facie*, na aplicação das regras previstas no Código.

Não obstante, as entidades adjudicantes devem procurar respeitar o princípio da concorrência, evitando que, através das compras públicas, se gerem distorções no funcionamento dos mercados, mais a mais no momento em que a tendência crescente de centralização das compras públicas reforça o chamado “*buyer power*” de entidades públicas – que, em alguns casos, se afirma como um verdadeiro poder de monopsonio<sup>12</sup> – apto, frequentemente, a permitir às entidades adjudicantes moldar a estrutura de alguns mercados.

### **3. O CONCEITO DE CONCORRENTE, PARA EFEITOS DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, E DE EMPRESA, À LUZ DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Uma outra questão que se coloca, na intercepção entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública, diz respeito à definição de concorrente, à luz do Código dos Contratos Públicos, e de empresa, para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência.

---

10 A este propósito, v. Cunha Rodrigues, 2016.

11 A propósito dos acórdãos *Fenin* e *Selex*, v. Cunha Rodrigues, 2013:395-427.

12 Sobre o poder de mercado e o poder de monopsonio na contratação pública v. Cunha Rodrigues, 2013:378-380.

Vejamos.

De harmonia com o artigo 53.º do CCP define-se concorrente como “*a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.*”

Partindo deste conceito podemos-nos interrogar se podem sociedades com personalidade jurídica distinta, mas que integram o mesmo grupo de empresas, apresentar propostas também elas distintas no mesmo procedimento pré-contratual.

É que essas mesmas sociedades constituem, à luz do Direito da Concorrência, uma única empresa.<sup>13</sup>

A questão já foi apreciada, no passado, quer pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, quer pelos tribunais administrativos.

Assim, no acórdão *Assitur*<sup>14</sup>, o Tribunal do Luxemburgo considerou que viola o Direito da União Europeia “*(...) uma legislação nacional (...) que prevê a exclusão automática da participação nesse procedimento (...) tanto a um consórcio estável como às empresas que sejam membros deste, quando estas últimas tenham apresentado propostas concorrentes das do consórcio, no âmbito do procedimento*”.

Em Portugal, a jurisprudência administrativa tem evoluído por forma a considerar que diferentes sociedades, apesar de apresentarem “*a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes*” “*(...) são pessoas jurídicas autónomas, detendo personalidade jurídica própria e, nessa medida, considera-se que estamos perante duas concorrentes, apresentado cada uma a sua proposta.*”<sup>15</sup>

Este entendimento foi reiterado em 2016, num outro acórdão do TCASUL<sup>16</sup> onde se concluiu que “*(...) o Código dos Contratos Públicos (...) consagrou uma definição de concorrente alicerçada no conceito tradicional de personalidade jurídica, estabelecendo que é concorrente a “pessoa”, singular ou colectiva, que apresente uma proposta, pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54º) são pessoas autónomas com propostas autónomas.*”

13 Sobre a noção de empresa no Direito da Concorrência, v. Cunha Rodrigues, 2013:381-386.

14 Acórdão de 19 de Maio de 2009, proc. C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317.

15 Cfr. acórdão do TCASUL, processo nº 12542/15, de 26.11.2015.

16 Cfr. acórdão do TCASUL, processo nº 13205/16, de 02.06.2016.

#### 4. OS AGRUPAMENTOS DE CONCORRENTES E A EVENTUAL RESTRIÇÃO PELO OBJECTO

Tudo isto leva-nos a uma outra questão: a de saber se a formação de agrupamentos de concorrentes, prevista no artigo 54.º do CCP, pode ser considerada como um acordo entre empresas, atendendo à restrição pelo objecto que pode estar em causa através da constituição desse agrupamento.

O problema já foi analisado por diversas vezes.

Refiro-me, em concreto:

- (i) À OCDE – que, no documento de 2009 denominado *Directrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*, Fevereiro de 2009, p. 14<sup>17</sup> apresenta como indício de conluio a situação em que duas ou mais empresas apresentam uma proposta conjunta apesar de, pelo menos, uma delas ter capacidade para apresentar uma proposta independente.
- (ii) À Autoridade da Concorrência que, por exemplo, na decisão de 24 de Outubro de 2007<sup>18</sup> Aeronorte/Helisul, proc. 20/05, concluiu que estávamos perante um cartel uma vez que as empresas participantes num consórcio se encontravam aptas a concorrer sozinhas ao concurso público internacional dado que tinham participado, de forma isolada, em concursos públicos anteriores.

Neste caso, a AdC considerou que havia um acordo entre empresas atendendo (i) à eliminação da pressão concorrencial que se vinha verificando, substituindo-a pela concertação voluntária, consciente e explícita e de uma repartição entre as empresas do fornecimento dos bens e serviços pedidos em concurso público; (ii) à redução do número de concorrentes de dois para um; e (iii) à alta artificial dos preços e das restantes condições comerciais.

Note-se que esta decisão foi mais tarde revogada pelo Tribunal de Comércio de Lisboa por acórdão de 21 de maio de 2008 uma vez que se considerou que havia, em Portugal, pelo menos mais quatro empresas com capacidade para apresentarem propostas e que estávamos perante um concurso público internacional.

---

17 Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>.

18 V. decisão da ADC Aeronorte/Helisul, proc. 20/05, disponível em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Paginas/lista.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/lista.aspx).

(iii) Ao recente caso *Ski Taxi*, processo E-03/16, decidido pelo Tribunal da EFTA, em 22 de dezembro de 2016, que se explica rapidamente.<sup>19</sup> Em 2010, o Hospital de Oslo, lançou um concurso público para celebração de acordos-quadro relativos ao transporte de doentes que foi dividido em nove lotes organizados por zonas geográficas vizinhas do Hospital.

Para dois desses lotes, o Hospital só recebeu uma proposta, apresentada conjuntamente por duas companhias de táxi.

Uma vez que a entidade adjudicante – o Hospital – esperava que fossem apresentadas propostas distintas, considerou-se que havia um cartel, pelo que foi cancelado o procedimento relativo a estes dois lotes, tendo a Autoridade da Concorrência da Noruega condenado estas duas empresas, potencialmente concorrentes, por considerar que havia um cartel (restrição pelo objecto).

Em síntese, conclui-se que se um concorrente tiver capacidade para, individualmente, fornecer os produtos procurados, não deve ser admitido num agrupamento ou consórcio num procedimento pré-contratual.

Devo referir que não partilho totalmente este entendimento.

É admissível que duas empresas de construção civil formem um consórcio (agrupamento), para a realização de uma empreitada de obras públicas ainda que cada uma, de forma isolada, tenha capacidade para o realizar.

Mais.

Em alguns casos é a própria entidade adjudicante a incentivar a constituição de consórcios – impondo-a no caderno de encargos.<sup>20</sup>

Entendo, por isso, que nem sempre um agrupamento de empresas constituído no contexto do artigo 54.º do CCP equivalerá a uma restrição pelo objecto, ainda que as empresas tenham capacidade de concorrerem de forma isolada.

Trata-se de uma ideia defendida, aliás, pelo Conselho da Concorrência Francês que considerou, na decisão n.º 07-D-34, de 24 de Outubro de 2007<sup>21</sup>,

19 Disponível em [http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx\\_nvcases\\_pi1%5Bcase\\_id%5D=281&cHash=77ab5837d77b1e3b57be524fc45a0394](http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvcases_pi1%5Bcase_id%5D=281&cHash=77ab5837d77b1e3b57be524fc45a0394).

20 Sobre a constituição de agrupamentos de concorrentes em procedimentos pré-contratuais, v. Nuno Cunha Rodrigues, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Almedina, Coimbra, 2013 (reimpressão), pp. 367-371.

21 Disponível em <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d34.pdf>.

que estes agrupamentos não são sempre ilícitos devendo, no entanto, justificar-se por necessidades técnicas ou economias de escala e não terem por objecto ou efeito eliminar a concorrência no mercado em causa.<sup>22 23</sup>

É certo que a OCDE fala em *índicios*. E que a Autoridade da Concorrência também parece apontar para o mesmo.

No final, tudo dependerá da apreciação da estrutura do mercado em apreço, incluindo o número de potenciais concorrentes a actuar nos mercados relevantes em causa.

## 5. AS PRÁTICAS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Analise agora o cruzamento entre práticas de abuso de posição dominante e o direito da contratação pública.

Aqui, dir-se-á que, em condições normais, dificilmente se poderão vislumbrar práticas de abuso de posição dominante uma vez que a concorrência, num concurso público, é feita *pelo* mercado e não *no* mercado.

Note-se, porém, que já houve casos de condenação de concorrentes em procedimentos pré-contratuais por abuso de posição dominante.

Na decisão n.º 06-MC-03, de 11 de Dezembro de 2006, do *Conseil de la Concurrence* francês, estava em causa um concurso público relativo ao transporte marítimo entre a Córsega e o continente.<sup>24</sup>

Os concorrentes podiam apresentar propostas para cada linha marítima ou para a totalidade das linhas marítimas que estavam a ser concessionadas.

O Conselho considerou que a empresa vencedora do concurso – a SCNM –, que já dispunha da concessão de uma linha marítima entre a Córsega e o continente e que apresentou uma proposta global única para todas as rotas, tinha praticado um abuso de posição dominante – abuso por exclusão – uma vez que todos os restantes concorrentes não dispunham da capacidade de apresentarem uma proposta global idêntica relativamente a mercados conexos com aquele em que a SCNM já atuava e onde tinha posição dominante.

22 A este propósito, v. Idot, 2008.

23 Neste sentido, cfr. igualmente acórdão de 23 de Dezembro de 2009, *Serrantoni*, proc. C-376/08, EU:C:2009:808, parágrafo 45.

24 Disponível em <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06mc03.pdf>.

Num exemplo recente, a Autoridade da Concorrência condenou a ROCHE, no chamado caso dos concursos hospitalares, em 2012 (Decisão AdC PRC 10/08 de 12.4.2012).<sup>25</sup>

Neste caso, a Roche por condenada por abuso de posição dominante por aplicar descontos de *rappel* ao montante de aquisições de um conjunto de produtos em propostas de aquisição de medicamentos apresentadas aos hospitais.

Esta empresa procedia à negociação individualizada com cada hospital da venda de dezasseis medicamentos, sabendo-se que a Roche tinha posição dominante em quatro.

Os descontos variavam em função do hospital e do respetivo volume de aquisições efetuado à Roche.

A Autoridade considerou que a definição de um limiar personalizado de escalões de descontos aumentava os custos de mudança de fornecedor por parte dos hospitais, resultando num efeito máximo de reforço de fidelização.

Acresce que a Roche procedia a descontos multi-produto, o que lhe permitia estender a posição dominante a mercados conexos, inviabilizando que fornecedores igualmente eficientes nesses mercados conexos conseguissem compensar os hospitais pela perda de descontos decorrente da mudança de fornecedor.

Podem ainda identificar-se práticas de abuso de posição dominante no âmbito, por exemplo, do recurso ao ajuste directo, quando a opção por este procedimento pré-contratual é feita com base em critérios materiais, com base nos artigos 24.º a 27.º do CCP.

Basta pensar no sector farmacêutico, onde inúmeras empresas dispõem de patentes sobre medicamentos podendo suceder que os preços de medicamentos propostos a entidades adjudicantes sejam claramente excessivos, estando em causa, neste caso, abusos por exploração.

Mas há ainda outras questões relacionadas com eventuais práticas de abuso de posição dominante no contexto da contratação pública, como seja saber se o fornecedor de um bem ou serviço pode apresentar-se em novos procedimentos pré-contratuais.

É que a empresa titular do contrato estará numa posição mais favorável para concorrer à renovação de um contrato público atendendo ao efeito de

---

25 Cfr. [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Paginas/lista.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/lista.aspx).

incumbente (“*incumbency effect*”) e à vantagem inicial (“*first mover advantage*”) que possui.<sup>26</sup>

A questão foi colocada, no passado, ao Tribunal de Justiça da União Europeia tendo este considerado, no acórdão GE/Honeywell que, nos contratos sujeitos a concurso, o facto de uma determinada empresa ter ganho os últimos concursos não implica, necessariamente, que um dos seus concorrentes não possa ganhar o seguinte.<sup>27</sup>

Também no acórdão Evropaiki, o Tribunal Geral da União Europeia, reconheceu a existência de uma “*vantagem inerente de facto*” relativa à empresa titular do contrato, que não pode ser totalmente neutralizada.

No entanto, o TGUE afirmou que essa vantagem deve ser diluída na medida em que a neutralização seja tecnicamente fácil de operar, quando é economicamente aceitável e quando não viola os direitos do contratante actual ou do proponente.<sup>28</sup>

Assim, num cenário em que a empresa titular do contrato se pode apresentar novamente, deve evitar-se utilizar a capacidade dos concorrentes como factor de densificação do critério de adjudicação sabendo-se que o artigo 75.º, n.º 2, alínea b) e n.º 6 permitem que, em abstracto, esses factores ou subfactores possam referir-se à organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato.

Neste ponto, deve referir-se que, em qualquer destes casos, quer as entidades adjudicantes, quer os concorrentes prejudicados, podem ser ressarcidos dos prejuízos causados questão que, no futuro, será seguramente suscitada, após a transposição da directiva sobre *private enforcement*.<sup>29</sup>

Há, aliás, um caso curioso em que a Comissão Europeia sancionou o chamado cartel dos elevadores (formado pela Otis, ThyssenKrupp e Schindler) que lesou, também, a Comissão Europeia enquanto entidade adjudicante.

Consequentemente, a Comissão Europeia, enquanto lesada, propôs uma acção *follow-on* junto dos tribunais belgas, representando as instituições da União Europeia lesadas, onde reclamou os prejuízos sofridos em virtude do

26 Sobre a eliminação da vantagem do incumbente na teoria dos jogos, v. Cunha Rodrigues, 2013:84. Desenvolvendo a aplicação do artigo 102.º do TFUE a contratos públicos, v. Cunha Rodrigues, 2013:372-375.

27 Acórdão de 14 de Dezembro de 2005, proc. T-210/01, EU:T:2005:456, parágrafo 149.

28 Acórdão de 12 de Março de 2008, proc. T-345/03, EU:T:2015:168, parágrafo 76.

29 Cfr. a Directiva 2014/104/UE. Sobre a transposição para Portugal desta directiva, v. Sousa Ferro, 2018.

cartel tendo, para tal, a Comissão Europeia, enquanto lesada, solicitado à Comissão Europeia (como entidade investigadora) acesso aos documentos no processo que sancionou o cartel.

## 6. CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor do CCP revisto, a defesa da concorrência na contratação pública e, bem-assim, a aplicação do direito da concorrência, será reforçada, uma vez que passa a ser feita por um conjunto diverso de operadores, tais como:

- i) As entidades adjudicantes que devem vigiar, em primeira linha, o respeito pelo Direito da Concorrência sabendo-se que o artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do Código dos Contratos Públicos prevê a exclusão de propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência e que o artigo 317.º, n.º 1, alínea c) proíbe a cessão da posição contratual e a subcontratação também quando existam esses fortes indícios.

Revela-se, por isso, essencial a estratégia de *advocacy* junto das entidades adjudicantes que tem sido seguida pela Autoridade da Concorrência, nomeadamente através da campanha de combate ao conluio na contratação pública que segue recomendações da OCDE neste domínio.<sup>30</sup>

Verifica-se, aliás, que na maior parte dos Estados-membros, os processos de inquérito a práticas anti-concorrenciais no contexto da contratação pública iniciam-se com base em denúncias de entidades adjudicantes;

- ii) A Autoridade da Concorrência, que passa a ter acesso a toda a informação constante do *site* base.gov.pt, nos termos do artigo 454.º-C, do Código, podendo, a partir daqui, recorrer às conhecidas técnicas de *screening* para recolher indícios de práticas anti-concorrenciais na contratação pública o que, de alguma forma, permitirá atenuar a menor atractividade que o estatuto de clemência representa para empresas envolvidas em cartéis na contratação pública.

Esta menor atractividade explica-se rapidamente.

É sabido que o estatuto de clemência visa contornar um dos crónicos problemas da aplicação do direito da concorrência: a obtenção de prova.<sup>31</sup>

30 Sobre a necessidade de criação de acções pedagógicas junto de entidades adjudicantes, em articulação com as autoridades da concorrência locais, v. Cunha Rodrigues, 2013:353 e n. 1074.

31 A este propósito v. Cunha Rodrigues, 2013:377.

Acontece que está demonstrado que grande parte dos cartéis na contratação pública estão associados igualmente à prática de crimes de corrupção.

Aqui afirmar-se que a colusão e a corrupção na contratação pública estão de mãos dadas e não de costas voltadas.

Veja-se, por exemplo, o que sucedeu no caso Lava-jacto no Brasil.

A este propósito, um estudo da OCDE de 2014, o *Foreign Bribery Report*, conclui que cerca de 57% da corrupção verificada a nível mundial está relacionada com contratação pública<sup>32</sup> (que representa, pelo menos, 15% a 20% do PIB nos países desenvolvidos e mais do que esta percentagem, nos países em vias de desenvolvimento<sup>33</sup>).

Consequentemente uma empresa envolvida num cartel na contratação pública, em práticas de *bid-rigging*, poderá ser levada a reflectir, antes de recorrer ao estatuto de clemência, uma vez que a invocação deste estatuto não evita nem atenua a imputação do crime de corrupção.

Uma nota paradoxal deve ser suscitada: a transparência na contratação pública é fundamental para reduzir o risco de corrupção, mas o excesso de transparência pode incentivar fenómenos de colusão explícita.

- iii) Por fim, note-se que os próprios concorrentes passarão a vigiar-se reciprocamente, não apenas durante o procedimento pré-contratual mas mesmo durante a execução do contrato.

Pode ilustrar-se este entendimento com dois exemplos:

- a) As entidades adjudicantes abrangidas por sistemas de compra vinculada ao abrigo de um acordo-quadro ficam excecionadas dessa vinculação caso demonstrem que a utilização do acordo-quadro levaria ao pagamento de um preço, pelo menos, 10% superior ao preço demonstrado pela entidade adjudicante nos termos do artigo 256.º-A, n.º 1 do CCP (obtenção de um preço mais vantajoso fora do acordo-quadro).

Consequentemente, um concorrente que não faça parte de um acordo-quadro, poderá propor a venda de um bem ou serviço por um preço 10% inferior ao do acordo-quadro, deixando, neste caso, a entidade adjudicante de estar vinculada ao referido acordo-quadro;

32 Disponível em <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>.

33 V. Cunha Rodrigues, 2017:135-137.

- b) Nos termos do artigo 318.º-A, n.º 1 do CCP, o contrato pode prever que, em caso de incumprimento, pelo co-contratante, das suas obrigações, que reúna os pressupostos para a resolução do contrato, o co-contratante ceda a sua posição contratual ao concorrente do procedimento pré-contratual na sequência do qual foi celebrado o contrato em execução, que venha a ser indicado pelo contraente público, pela ordem sequencial daquele procedimento. Ou seja, deixará de ser indiferente saber se o concorrente excluído ficou em segundo ou terceiro ou até quarto lugar, uma vez que, no decorrer da execução do contrato, este pode ser chamado a ocupar o lugar do vencedor havendo aqui um incentivo à vigilância da execução do contrato pelos concorrentes, uma vez que podem ser chamados a vir a executar o contrato em caso de incumprimento.

Podiam ainda ser tratadas outras áreas onde o direito da concorrência e o direito da contratação pública se cruzam, como no contexto do controlo prévio de concentrações<sup>34</sup> ou da aplicação do regime dos auxílios de Estado.<sup>35</sup>

Ou ainda referir a sanção acessória prevista no artigo 71º, n.º 1, alínea b) da Lei da Concorrência, que prevê a possibilidade de a Autoridade da Concorrência determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, da sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos que, em alguns casos, pode ser contraproducente por levar à redução do número de concorrentes em futuros procedimentos pré-contratuais podendo conduzir, de forma paradoxal, à formação de oligopólios ou até duopólios.<sup>36</sup>

Mas estes não são temas no âmbito deste artigo.

Termino, por isso, pela questão central: o direito da concorrência e o direito da contratação pública estão de mãos dadas ou de costas voltadas?

Ao longo deste texto foram descritos alguns dos pontos de contacto entre estes dois ramos de direito que, conclui-se, não estão de costas voltadas. Mas não se pode afirmar que estão de mãos dadas, como um casal de namorados.

No final, estamos face a dois bons amigos que frequentemente se encontram para trocar ideias e unir esforços.

34 A este propósito v. Cunha Rodrigues, 2012.

35 Sobre a relação entre o direito da contratação pública e o regime dos auxílios de Estado, v. Cunha Rodrigues, 2013:461-484.

36 Assim, v. Cunha Rodrigues, 2013:377.

## BIBLIOGRAFIA

CLARKE, J. & EVENETT, S. J.

2003 “A multilateral framework for competition policy?”, State Secretariat of Economic Affairs & Simon J. Evenett (eds.), *The Singapore Issues and The World Trading System: the Road to Cancun and Beyond*, capítulo II, Berna, 2003, pp. 77-168.

CUNHA RODRIGUES, N.

2012 “A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, pp. 47-68.

2013 *A contratação pública como instrumento de política económica*, Almedina, Coimbra.

2016 “O principio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 19, pp. 213-224.

2017 “The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: Relations between the EU and the BRICS in the Context of the New EU Trade and Investment Strategy”, in *Public Procurement Law Review*, Issue 3.

IDOT, L.

2008 “Commande publique et droit de la concurrence: un autre regard”, *Concurrences*, n.º 1, pp. 52-63.

MORAIS, L. & CUNHA RODRIGUES, N.

2013 “Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia: em especial acordos entre empresas”, in EIRÓ, V. & Trabuço, c. (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 85-116.

SOUSA FERRO, M.

2018 “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States – Portugal”, in Rodger, B., Marcos, F. & Sousa Ferro, M. (eds.), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford University Press, 2018 (Forthcoming), disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3077260](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3077260).