

## **Recomendação da Autoridade da Concorrência sobre os procedimentos concursais para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense**

### **Sumário Executivo**

1. Foi remetida, à Autoridade da Concorrência (doravante AdC), pela empresa UNIARTE GRÁFICA, S.A., uma exposição que visa as condições de acesso aos concursos limitados por prévia qualificação, promovidos pelo Instituto do Vinho do Douro e do Porto (doravante IVDP) para fornecimento de selos “tipo cavaleiro” (Procedimento n.º 6579/2013).
2. Naquela exposição coloca-se em causa a adequação dos requisitos mínimos impostos naquele tipo de procedimento aos princípios de defesa da concorrência, referindo-se em particular à exigência de “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”.
3. Atentos os elementos disponíveis no processo e a pronúncia do IVDP, a AdC chegou às seguintes conclusões:
  - i. Enquanto entidade adjudicante num concurso limitado por prévia qualificação, o IVDP encontra-se sujeito às normas procedimentais reguladoras deste tipo de procedimento, expressas nos artigos 164.º e 165.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP), e aplicáveis, em concreto, ao estabelecimento de requisitos mínimos de capacidade técnica para efeitos da qualificação de candidatos, tal como se encontra expresso na alínea h) do n.º 1 do artigo 164.º do CCP.
  - ii. Para a definição destes requisitos mínimos, o IVDP goza de uma margem de discricionariedade, estando, no entanto, sujeito a um princípio de não discriminação imposto pelo n.º 5 do artigo 165.º do CCP, bem como aos princípios da concorrência e da proporcionalidade, nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do CCP e do n.º 2 do artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo, respetivamente.
  - iii. A AdC entende que o requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados” favorece o único fornecedor com o qual o IVDP tem contratado, seja por ajuste direto, seja por concurso público internacional ou por concurso limitado com prévia qualificação, a aquisição de selos de garantia, configura uma barreira de acesso ao mercado, que limita o número ou variedade de fornecedores no mercado e a capacidade dos fornecedores para concorrerem entre si, o que afeta negativamente a eficiência no mercado, prejudicando as condições de oferta (preço, qualidade e diversidade) bem como a inovação.
  - iv. Analisados os fundamentos invocados pelo IVDP para a imposição do requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”, a saber, a garantia de qualidade e de capacidade técnica de fornecimento e a garantia de segurança, por um lado, face ao impacto daquele requisito na concorrência, por outro, a AdC conclui que o mesmo não é justificado à luz dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, existindo outros meios pelo menos tão idóneos para acautelar o interesse público em causa,

menos restritivos e mais equilibrados para a garantia da igualdade de oportunidades dos concorrentes.

- v. Atendendo a que entre as atribuições da AdC se conta a de, nos termos da al. b) do artigo 5.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, “fomentar a adoção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral”, e de modo a melhor salvaguardar o princípio da concorrência, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, a AdC recomenda, com base na al. b) do n.º 4 do artigo 6.º dos seus Estatutos, ao IVDP que, nos concursos limitados por prévia qualificação para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense que por aquela entidade venham a ser promovidos, seja suprimido o requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”, e que não sejam impostos outros requisitos suscetíveis de gerar restrições à concorrência nesse mercado.
4. Por último, considerando que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de agosto), os Institutos Públicos estão sujeitos à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas e que, nos termos do artigo 3.º do respetivo Regulamento Geral esse Tribunal tem direito à coadjuvação de todas as entidades públicas e privadas, esta recomendação ser-lhe-á remetida, para os efeitos tidos por convenientes.

## **I. Da exposição recebida**

5. A UNIARTE Gráfica, S.A., (doravante, UNIARTE) remeteu à Autoridade da Concorrência (doravante, AdC), por carta recebida a 3 de fevereiro de 2014 (com entrada E-AdC/2014/619), uma exposição que visa as condições de acesso aos concursos limitados por prévia qualificação, promovidos pelo Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto (doravante, IVDP) para fornecimento de selos “tipo cavaleiro” (referindo-se, em concreto, ao Procedimento n.º 6579/2013).
6. Na sua exposição a UNIARTE coloca em causa a adequação dos requisitos mínimos impostos nos procedimentos para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense, referindo-se em particular à exigência de “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados.”
7. Para esta empresa, aquela exigência “é por demais limitativa do direito de livre concorrência no mercado nacional, uma vez que exclui à partida todas aquelas empresas que tendo os meios técnicos humanos e demais requisitos exigidos para realmente produzirem e entregarem com a máxima qualidade os selos pretendidos, se vêm totalmente excluídos da possibilidade de concorrerem de forma livre e transparente a tal concurso apenas com base num requisito que em nada releva para a qualidade e produção de futuros selos.”
8. Face a esta posição a UNIARTE solicita “a intervenção da autoridade, no sentido de ser defendida e assegurada a livre concorrência dos parceiros e agentes económicos a operar no mercado, como é o [seu] caso [...], mais requerendo a intervenção desta entidade – Autoridade da Concorrência – no sentido de ser assegurada a livre concorrência no caso em concreto.”

## **II. Pedido de elementos e informações ao IVDP**

9. De forma a melhor compreender os factos apresentados à consideração da AdC, foi enviado, ao IVDP, um ofício com um pedido de esclarecimentos, a 10/03/2014, pelo qual foram solicitadas as seguintes informações:
  - Identificação de todos os procedimentos de aquisição pública, desde 2009, que tenham por objeto transações classificadas com um CPV: 22410000 ou outras que envolvam o fornecimento de selos “tipo cavaleiro”.
  - Relativamente àqueles procedimentos, solicitaram-se os seguintes esclarecimentos:
    - i. Qual o tipo de procedimento;
    - ii. Qual o preço contratado e a quantidade de selos tipo cavaleiro fornecida;
    - iii. Qual a data de celebração do contrato;
    - iv. Quais as entidades que apresentaram propostas ao fornecimento;
    - v. Qual a entidade adjudicatária;
    - vi. Quais os requisitos mínimos apresentados e a sua fundamentação, em especial quanto a requisitos mínimos de experiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, a necessidade de tal experiência face ao objeto do fornecimento e, nesse caso, em que medida não pode tal experiência ser demonstrada por meios que não privilegiem, em abstrato, operadores instalados no mercado em relação a novos operadores.

## II.1. Resposta do IVDP

10. O IVDP respondeu ao pedido de elementos e informações da AdC por ofício de 03/04//2014 (registado com entrada E-AdC/2014/2071).
11. Aquele Instituto começa por esclarecer que “tem por missão promover o controlo da qualidade e quantidade do vinho do Porto, regulamentando o processo produtivo, bem como a proteção e defesa das denominações de origem «Douro» e «Porto» e indicação geográfica «Duriense», nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 97/2012, de 23 de Abril, que aprovou a lei orgânica do IVDP, I.P.”
12. Mais esclarece que “tem como competência a certificação das denominações de origem e indicação geográfica e ainda a emissão de selos de garantia, segundo modelos aprovados, de utilização obrigatória, conforme estipulado no artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 173/2009, de 3 de Agosto, que aprovou o Estatuto das denominações de origem e indicação geográfica da Região Demarcada do Douro.”
13. Relativamente aos “selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, Douro e Duriense”, informa ainda que estes “são de utilização obrigatória nas garrafas dos vinhos com aquelas denominações de origem, nos termos do diploma já identificado, sem os quais não é possível transação/venda de vinhos com essas denominações de origem pelas empresas inscritas [naquele] Instituto.”
14. Quanto ao procedimento de seleção de uma empresa para aquisição dos selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, do Douro e Duriense, o IVDP informa que cumpre com as “regras de contratação pública ou seja, o disposto no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos, os quais são posteriormente fornecidos às empresas inscritas no Instituto, sendo que essa seleção deverá ser rigorosa, para que seja contratada uma empresa fornecedora que cumpra pontualmente as rigorosas exigências a que está sujeito o setor do vinho do Porto.”
15. Relativamente aos procedimentos para aquisição de selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, do Douro e Duriense, desde 2009, prestou a informação que se resume na Tabela 1 (parágrafo 5 da resposta).
16. Sobre os requisitos impostos naqueles processos concursais, o IVDP informa que (parágrafo 6 da resposta):
  - Nos procedimentos nos anos de 2009 e 2010, não foram estipulados requisitos mínimos;
  - Nos procedimentos de 2012 e 2013, estabeleceram-se como requisitos mínimos:
    - a. Dispor no mínimo dos seguintes meios técnicos/equipamento: um numerador do tipo progressivo, dois numeradores do tipo regressivo, dois conjuntos de cortantes para cada um dos modelos de selos, três máquinas de impressão offset, duas máquinas de corte, três máquinas de impressão para numeração e uma máquina de destruição e sucção para contentor de todo o papel - requisito demonstrável pela descrição do imobilizado em equipamentos;
    - b. Experiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados;
    - c. Todos os recursos afetos à atividade desenvolvida na prestação de serviços a contratar, deverão pertencer aos quadros de pessoal do

Adjudicatário - requisito demonstrável pelas listas enviadas à Segurança Social ou organismo equivalente;

d. Estarem certificados pela norma ISO 9001.”

**Tabela 1. Procedimentos para aquisição de selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, do Douro e Duriense, desde 2009**

Ano	Procedimento	Tipo de procedimento	Preço contratado	Quantidade de selos cavaleiro fornecida	Data de celebração do contrato	Entidades que apresentaram propostas	Entidade adjudicada	Requisito curricular mínimo
2009	DSTP 01/2009	Ajuste direto	€ 418.560,00	109 milhões	26/10/2009	Ancestra	Ancestra	Não
2010	DSTP 05/2010	Ajuste direto	€ 220.704,00	40 milhões	2/12/2010	Ancestra	Ancestra	Não
2010	DSTP 03/2010	Concurso público internacional	€ 470.270,00	113 milhões	1/02/2011	Uniarte e Ancestra	Ancestra	Sim
2012	DSTP 03/2012	Concurso limitado por prévia qualificação	€ 500.031,90	135,870 milhões*	24/10/2012	Ancestra	Ancestra	Sim
2013	DSTP 04/2013	Concurso limitado por prévia qualificação	€ 249.550,00	61,950 milhões*	19/11/2013	Uniarte e Ancestra	Ancestra	Sim
2013	DSTP 05/2013	Concurso limitado por prévia qualificação				Ancestra		

\* Na informação prestada pelo IVDP estes valores são escritos com um "." e não com ",", dada as respostas anteriores admite-se que se tenha tratado de uma gralha

17. O IVDP fundamenta a imposição destes requisitos utilizando os seguintes argumentos (parágrafo 6 da resposta):

“a) [...] uma quebra no fornecimento desses selos pode colocar em causa a venda de vinho por parte dessas empresas, sendo esse um fator de desequilíbrio no setor do vinho do Porto”;

“b) A venda de vinhos com a denominação de origem Porto, por vezes, tem épocas de procura elevada (no mês anterior a épocas festivas como a Páscoa e Natal ou mesmo em outras datas não previsíveis), sendo que aquando da verificação dessa procura compete ao Instituto garantir a entrega desses selos, o que obriga a que haja um grande rigor na seleção da empresa que vai fornecer os mesmos, para que se garanta que a mesma tem capacidade de fornecimento, mesmo em cenários atípicos de venda de vinhos. Esta garantia de fornecimento contínuo é demonstrável pela capacidade financeira da empresa a contratar, a qual é verificável e aferida pelo número de contratos que a mesma celebrou em anos anteriores.”

“c) Importa referir que o requisito de ‘experiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados’ pode ser cumprido por diversas empresas (nacionais e multinacionais), em virtude de este tipo de selos (exigido por lei) não ser de utilização exclusiva nos vinhos do Porto, do Douro e Duriense produzidos na Região Demarcada do Douro, sendo que outras regiões vitivinícolas, quer em Portugal, nomeadamente nas regiões de Trás-os-Montes, Vinhos Verdes, Beira Interior, Beira Atlântico, Bairrada, Lisboa, Terras do Dão e na Madeira, quer na União Europeia, nomeadamente na região do Jerez em Espanha, região toscana de Itália, região do champagne de França, região da Vinalda na Hungria, também utilizam selos de garantia (cavaleiro), pelo que, embora não conheçamos os detalhes, deverão existir empresas (designadamente gráficas) que produzem e fornecem esses selos.”

“d) Pelo exposto nos pontos anteriores e atendendo à natureza dos bens a contratar, o Instituto optou nos anos de 2012 e 2013, por selecionar a empresa que vai fornecer esses selos através do concurso limitado por prévia qualificação, o qual é bastante mais moroso e trabalhoso do que o concurso público, atendendo a que este tipo de procedimento integra uma fase prévia de seleção de candidatos em que é valorizada a sua capacidade técnica e financeira e uma fase de apresentação de propostas, pelos candidatos que passaram a primeira fase, mas que efetivamente garante que seja escolhida a empresa que cumpre as elevadas exigências técnicas e financeiras existentes para a entrega deste tipo de bens.”

“e) A experiência curricular dos candidatos é também valorizada pelo facto de este tipo de selos obedecer a critérios rigorosos de produção, pois tratando-se de material específico, com imposições de segurança a ser aplicadas durante a sua execução, que são do exclusivo conhecimento do IVDP, I.P e que são alteradas com certa regularidade, para que não sejam objeto de fraude, obriga a que este Instituto seja rigoroso na seleção da empresa que vai produzir os mesmos, sob pena de o setor do vinho do Porto, a que os mesmos se destinam seja prejudicado. O selo de garantia cavaleiro foi criado no início da década de 40 do século XX para combater fraudes (a abertura da garrafa implica a destruição do selo) tem sido já utilizado como instrumento de prova peia investigação criminal em fraudes de vinho do Porto.”

“f ) Por fim, a violação ou usurpação da denominação de origem ou de indicação geográfica constitui crime, de acordo com o estipulado no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que aprovou o regime das infrações vitivinícolas, pelo que a adjudicação do fornecimento deste tipo de selos de garantia exige um grande rigor

e controlo na seleção da empresa que os vai fornecer, na medida em que após a seleção da empresa, o Instituto vai fornecer à mesma o segredo definido para a respetiva elaboração.”

18. De forma a demonstrar o elevado número de selos de garantia adquiridos durante o período entre 2007 e 2013, bem como a existência de períodos críticos o IVDP anexa à sua resposta informação estatística, mensal, sobre estas vendas, que reproduzimos na Tabela 2.

**Tabela 2. Informação estatística sobre vendas de selos de garantia entre 2007 e 2013**

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
janeiro	7.645.000	8.120.000	9.528.000	9.507.500	7.124.532	7.872.500	8.610.000
fevereiro	9.070.000	10.060.000	6.080.002	8.215.000	7.092.500	6.024.000	6.266.000
março	7.595.000	5.237.400	8.930.000	7.721.000	7.252.500	8.200.000	7.078.500
abril	8.565.000	8.525.000	7.016.450	10.572.500	7.295.000	7.037.500	6.272.000
maio	11.905.000	7.425.000	7.190.000	9.115.000	8.608.000	11.032.500	9.065.000
junho	8.295.000	8.655.000	6.080.000	6.021.050	7.507.500	8.120.000	8.205.000
julho	12.465.000	12.530.000	12.135.000	13.697.502	11.533.433	10.780.000	11.690.000
agosto	7.775.000	8.290.000	7.528.500	6.430.000	6.882.500	7.340.000	6.630.000
setembro	12.435.000	12.435.000	10.702.349	11.502.350	10.390.500	8.340.000	7.923.000
outubro	14.391.000	11.125.000	12.197.500	12.397.500	13.582.500	13.918.000	14.135.000
novembro	13.230.000	10.625.000	11.077.500	14.006.000	11.690.500	12.755.000	10.068.000
dezembro	9.935.000	8.210.350	8.164.000	6.995.106	8.275.000	6.080.500	5.941.000
<b>Total</b>	<b>123.306.000</b>	<b>111.237.750</b>	<b>106.629.301</b>	<b>116.180.508</b>	<b>107.234.465</b>	<b>107.500.000</b>	<b>101.883.500</b>

19. O IVDP remeteu, ainda, à AdC os programas dos procedimentos concursais por “concurso limitado com prévia qualificação” em causa, sendo de destacar, no que se refere aos anos de 2012 e 2013, que:
- No âmbito dos critérios de seleção de candidaturas a escolha é feita tendo em conta critérios: a) de capacidade técnica, que avaliam os equipamentos e os meios técnicos disponíveis bem como a experiência curricular que é pontuada de acordo com o número de contratos já apresentados; b) de capacidade financeira.
  - Relativamente aos critérios de adjudicação, esta é feita de acordo com a proposta economicamente mais vantajosa, sendo as propostas avaliadas tendo em conta a qualidade técnica, os prazos de fornecimento e o preço da proposta.
20. Para além dos programas de concurso o IVDP remeteu igualmente à AdC os cadernos de encargos daqueles concursos dos quais se destacam, de entre as cláusulas da secção I do capítulo II, referente às obrigações do fornecedor, as cláusulas 6.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> relativas a “Inspeção e testes para efeitos de análise e avaliação da proposta” e

“Inspeção e testes”, ambas contemplando a possibilidade de o contraente realizar verificações do cumprimento das especificações técnicas contratadas.

### III. Projeto e recomendação sobre os procedimentos concursais para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, Douro

21. A 14/10/2014 a AdC deu a conhecer ao IVDP (pelo ofício S-AdC/2014/2556) e à UNIARTE (pelo ofício S-AdC/2014/2558) um projeto de recomendação sobre os procedimentos concursais para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, Douro e Duriense que submeteu a comentários.
22. Resumidamente, nesse projeto de recomendação, atenta a informação recolhida, a AdC concluiu o seguinte:
  - Reconhecendo que o IVDP tem por missão a promoção do controlo da qualidade e quantidade dos vinhos do Porto, regulamentando o processo produtivo, bem como a proteção e defesa das denominações de origem «Douro» e «Porto» e a indicação geográfica «Duriense» (n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 97/2012, de 23 de abril);
  - Tendo em atenção que, enquanto entidade adjudicante num concurso limitado por prévia qualificação, o IVDP encontra-se sujeito às normas procedimentais reguladoras deste tipo de procedimento, expressas nos artigos 164.º e 165.º Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP), e, em concreto, ao estabelecimento de requisitos mínimos de capacidade técnica para efeitos da qualificação de candidatos, tal como se encontra expresso na alínea h) do n.º 1 do artigo 164.º;
  - Gozando o IVDP de uma margem de discricionariedade para a definição destes requisitos mínimos, está, no entanto, sujeito a um princípio de não discriminação imposto pelo n.º 5 do artigo 165.º do CCP, bem como aos princípios da concorrência e da proporcionalidade, nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do CCP e do n.º 2 do artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo, respetivamente;<sup>1</sup>
  - Considerou a AdC que o requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados” favorece o único fornecedor com o qual o IVDP tem contratado a aquisição de selos de garantia, seja por ajuste direto, seja por concurso público internacional ou por concurso limitado com prévia qualificação, configurando uma barreira ao acesso ao mercado, que limita o número ou variedade de fornecedores no mercado e a capacidade dos fornecedores para concorrerem entre si;
  - Tendo-se analisado os fundamentos invocados pelo IVDP, na resposta ao pedido de informação para a imposição daquele requisito, a garantia de qualidade e de capacidade técnica de fornecimento e a garantia de segurança [alíneas “e)” e “f)” dos argumentos apresentados] face ao impacto do mesmo na concorrência, concluiu-se que tal requisito não é justificado à luz dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, existindo outros meios tão ou mais idóneos para acautelar o interesse público em causa, menos restritivos e mais equilibrados para a garantia da igualdade de oportunidades dos concorrentes;
  - Por este conjunto de razões, propôs a AdC recomendar a supressão pelo IVDP do requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”, nos concursos limitados por

1.

<sup>1</sup> Correspondente ao n.º 2 do artigo 7.º do novo Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

prévia qualificação para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense que venham a ser promovidos pelo IVDP.

23. A UNIARTE não respondeu, até à data, ao pedido de comentários da AdC, tendo o IVDP respondido a 31 de outubro de 2014 (documento com entrada E-AdC/2014/5871)

### III.1. Resposta do IVDP ao Projeto de Recomendação

24. O IVDP começa por recordar as suas competências e a relevância do sector em causa destacando que:

“a) Como referido anteriormente, compete ao IVDP, IP a emissão de selos de garantia cavaleiro para os vinhos do Porto, do Douro e Duriense. Esses selos são posteriormente fornecidos às empresas inscritas no IVDP, IP. Uma quebra no fornecimento dos referidos selos pode colocar em causa a venda de vinho por parte dessas empresas. Importa sublinhar que nos estamos a referir a um negócio (o da venda de vinhos do Porto, Douro e Duriense) no valor anual de mais de 450 milhões de euros anuais (vide quadro I anexo).

b) O vinho com denominação de origem Porto é vendido para mais de 100 países todos os anos (documento anexo II).”

25. Aquele instituto alerta, depois, para os riscos inerentes a uma eventual rutura no fornecimento de selos cavaleiro:

“c) A existência de penalidades contratuais e a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento não conseguem suprir as elevadas consequências negativas para todo o sector, em especial o do vinho do Porto, caso se verifique uma rutura do fornecimento. As consequências seriam particularmente graves para o IVDP, IP se as empresas não conseguissem cumprir os seus contratos de fornecimento de vinho por o IVDP, IP não ter selos para fornecer. Só o negócio do vinho do Porto ultrapassa 360 milhões de euros anuais.”

26. Destacando que a realização das inspeções e testes previstos no procedimento contratual não seriam suficientes para “prevenirem aquele risco” [ponto d) da resposta].

27. Relativamente à aplicação do princípio da proporcionalidade, o IVDP refere que;

“e) Acresce, e gostaríamos de sublinhar este elemento na ponderação do princípio da proporcionalidade, que em caso de rutura de fornecimento (gerador de um incumprimento contratual, eventualmente fundamento de resolução, e ainda que tivéssemos efetuado todos os testes e inspeções) o IVDP, IP teria, com urgência de contratar outra empresa. Todavia, ainda que se recorresse ao procedimento de ajuste direto com fundamento em urgência, o novo fornecedor necessitaria de tempo para poder produzir e fornecer os selos. O que significa que, segundo os nossos serviços, tal demoraria, no mínimo (e estamos a ser minimalistas) 3 meses. Ora, com os “picos” [de] procura referidos, a exigência dos 40 milhões são perfeitamente adequados. Ou seja, o concorrente tem de ser capaz de produzir tal quantidade para o IVDP, IP ter constantemente um stock para situações desta natureza (o que não é uma improbabilidade, pois, como referimos, já aconteceu)”.

28. Mais acrescentando que:

“h) O requisito em causa é razoável e não viola, na nossa opinião, o princípio da proporcionalidade. Na verdade, ponderarmos o grau de exigência – essa capacidade de fornecimento de 40 milhões de selos - com as consequências particularmente graves de uma rutura do fornecimento, ainda que pontual.

i) Muito mais grave seria se, atendendo ao agora disposto no artigo 58.º, n.º 3, da Diretiva 2014/14/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, o IVDP, IP exigisse que o volume de negócios anual mínimo exigido aos operadores económicos fosse o correspondente ao dobro

do valor estimado do contrato. Só que, precisamente porque queremos prevenir as consequências graves de uma rutura de fornecimento de selos, entendemos muito mais adequada a exigência referida do que o volume de negócios do concorrente (ou outros requisitos mais onerosos, mas menos eficazes para atingir o objetivo pretendido). Ou seja, preocupamo-nos com o valor da concorrência - e reiteramos que se trata de um mercado contestável e com o respeito pelo princípio da proporcionalidade em face da gravidade das consequências de um não fornecimento”<sup>2</sup>.

29. Sobre a aplicação do princípio da concorrência, o IVDP começa por alegar que o mesmo tem valor relativo:

“g) O princípio da concorrência ainda que basilar, não é um valor absoluto. Como indicamos - desde logo com referência a outras denominações de origem que usam este tipo de selo (ou muito similar) - este é um mercado contestável em que existe uma suficiente rivalidade económica (e não apenas uma concorrência potencial).”

30. Acrescentando, depois, que considera que o mesmo não está violado com a imposição do requisito de experiência curricular:

“j) Por fim, o referido requisito não tem por objetivo ou por efeito restringir a concorrência, não é uma barreira ao acesso ao mercado (e a dificuldade de outros concorrentes apresentarem propostas prende-se - tanto quanto sabemos - com as exigências qualitativas dos selos estabelecidas legalmente<sup>1</sup> e não com o requisito referido) e os meios alternativos indicados não suprem a necessidade e as graves consequências de uma rutura de fornecimento”

31. Referindo ainda o IVDP, em nota de rodapé, que: “Como referimos o selo de garantia cavaleiro foi criado no início da década de 40 do século XX para combater fraudes (a abertura da garrafa implica a destruição do selo) e sua particular e forma e desenho é particularmente exigente em termos de produção técnica. Estamos convencidos, sem certeza absoluta, que esta tem sido a dificuldade de outros operadores económicos concorrerem. Acresce que aquela forma e desenho constituem um sinal distintivo do comércio, uma imagem de marca, em especial no vinho do Porto, sendo uma valor comercial relevante na identificação do produto pelos consumidores pois a visibilidade do selo diferencia e identifica de imediato o produto face aos seus concorrentes.”

Concluindo:

“Em face do exposto e com todo respeito pelo projeto de recomendação, entendemos que não violamos, com o referido requisito, o princípio da concorrência ou o princípio da proporcionalidade atendendo, como dissemos, às graves consequências da rutura de fornecimento.”

1. \_\_\_\_\_

<sup>2</sup> O IVDP refere-se à Diretiva 2014/14/EU, de 26 de fevereiro. Acredita-se que esta referência constituirá um lapso, uma vez que a Diretiva 2014/14/EU é uma Diretiva Delegada, de 18 de outubro de 2013, “que altera, para efeitos de adaptação ao progresso técnico, o anexo III da Diretiva 2011/65/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita a uma isenção para 3,5 mg de mercúrio por lâmpada em lâmpadas fluorescentes compactas de casquilho simples para iluminação geral, de potência < 30 W e com uma vida útil igual ou superior a 20 000 h”. A Diretiva aqui em causa deverá ser a Diretiva 2014/24/EU de 26 de fevereiro de 2014, “relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.”

#### IV. Avaliação do impacto concorrencial dos requisitos mínimos impostos nos procedimentos para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense

##### IV.1 Enquadramento Jurídico

32. O IVDP realizou, em 2012 e 2013, três concursos limitados por prévia qualificação para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense.
33. Este tipo de procedimento integra duas fases, descritas no artigo 163.º do CCP: a fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos e fase de apresentação, análise das propostas e adjudicação.
34. Tal como sustenta o Tribunal Central Administrativo Norte no acórdão proferido no proc. n.º 01327/09.1 BERT, de 22/04/2010, o artigo 18.º do CCP atribui à entidade adjudicante uma liberdade de escolha entre os procedimentos de concurso público e de concurso limitado por prévia qualificação. No entanto,

“[a] discricionariedade de escolha optativa conferida por esta norma tem implicação diretas [sic] na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no concurso público, nesta outra forma procedimental o acesso ao concurso é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira.

Por isso mesmo, o exercício da liberdade de escolha do procedimento não é arbitrário: há normas reguladoras dessa autonomia, como o artigo 38.º do CCP, que impõe a fundamentação dessa decisão ou normas que a limitam internamente, como acontece com os princípios da proporcionalidade, da imparcialidade e boa-fé.

A faculdade de escolha de um ou outro procedimento, ainda que por natureza implique menor exigência de concorrência, não pode ser pois determinada com intuito de restringir a concorrência. No âmbito da margem de autodeterminação que o artigo 18.º lhe deixa, cabe ao órgão que decide contratar fazer uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes e se concluir que é necessário proceder-se a uma avaliação autónoma da capacidade técnica e financeira dos candidatos, deve então fundamentar de forma objetiva e não arbitrária a opção pelo concurso limitado.

Em princípio, o que move a opção pelo concurso limitado são os inconvenientes, em termos de custos financeiros e de tempo, causados por um procedimento de acesso a todos os interessados, como é o caso do concurso público. Se este procedimento é aquele que garante maior concorrência, a verdade é que a previsão de um número elevado de participações não só pode acarretar custos elevados como também pode tornar mais moroso o procedimento pela necessidade de se ter que avaliar inúmeras propostas, algumas delas apresentadas por entidades não qualificadas. Só razões deste tipo, hierarquizadas à luz do interesse público específico a prosseguir através do contrato, é que podem ser relevantes na escolha do procedimento e não a intenção de afastar ou limitar o número de candidatos.”<sup>3</sup>

35. Tendo a entidade adjudicante efetuado a escolha pelo concurso limitado por prévia qualificação, ela fica assim vinculada às normas procedimentais reguladoras dessa forma de procedimento, designadamente à obrigatoriedade de estabelecer no programa de concurso requisitos mínimos de capacidade técnica e requisitos mínimos

1. \_\_\_\_\_

<sup>3</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

de capacidade financeira, para efeito de qualificação dos candidatos [artigo 164.º, n.º 1, al. h) e i) e n.º 2 e artigo 165.º, n.ºs 1, 2 e 3 do CCP].

36. Face a esta obrigatoriedade normativa, não deixa o mesmo Tribunal de clarificar que:

“[p]ara além da vinculação procedimental, com inclusão de regras que impõem condutas obrigatórias, como a fixação do requisito mínimo de capacidade financeira traduzido pela expressão matemática constante do anexo IV do CCP (cfr. art. 165.º, n.º 2), decorre daquelas normas espaços de autonomia da entidade adjudicante na fixação dos requisitos de qualificação. Dessas normas procedimentais resulta uma medida abstrata de discricionariedade na escolha dos critérios que presidem à avaliação da capacidade técnica e financeira dos potenciais candidatos ao concurso. Desde logo, a entidade adjudicante dispõe da faculdade de escolher que a qualificação se faça apenas em função da capacidade técnica ou apenas em função da capacidade financeira (art. 164.º, n.º 5). Quanto à fixação dos requisitos mínimos da capacidade técnica, a lei apenas exemplifica alguns dos critérios que podem ser considerados, «designadamente», a experiência curricular, os recursos humanos, tecnológicos e de equipamento, o modelo e capacidade organizacionais, a capacidade de adoção de medidas de gestão ambiental (cfr. art. 165.º, n.º 1 ,al. a), b) d) e e)).”

37. Não obstante a existência desta discricionariedade procedimental, novamente o Tribunal Central Administrativo Norte esclarece que também esta:

“tem os limites de normas reguladoras dessa autonomia, normas que estabelecem limites e direcionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos, quer aos princípios gerais da atividade administrativa, para que remete o art. 5.º, n.º 6 al. a) quer aos princípios específicos da contratação pública referidos no art. 1.º, n.º 4 do CCP. A discricionariedade na fixação dos requisitos mínimos de qualificação não tem apenas por limite a fim visado pela norma que a confere, mas também determinados princípios, como a igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, transparência e concorrência. Estas normas de princípio incidem ou projetam-se no espaço de autonomia que aquelas normas atribuem às entidades adjudicantes, impondo certos cânones ou determinados parâmetros ao «iter» lógico que conduz à fixação dos critérios de avaliação da capacidade técnica e financeira dos candidatos.”

38. Para o mesmo Tribunal, resultando da aplicação destes princípios à escolha da entidade adjudicante um conflito, o mesmo terá de ser resolvido através de uma ponderação:

“por um lado, temos as normas que conferem à entidade adjudicante autonomia para fixarem requisitos mínimos, por outro lado, temos as normas de princípio que estabelecem o efeito contrário, na estrita medida em que, pelo menos, parte dessa autonomia é por si excluída ou diminuída. O conflito entre estas normas, que aparecem como geradoras de efeitos incompatíveis, só é possível resolver-se através do método da ponderação desses efeitos, com base na especificidade das circunstâncias de facto que geram o conflito. A solução jurídica do caso depende, pois, dos termos em que é feita a contrapesagem dos factos e dos juízos de valoração a ela associados.”

39. Sobre a aplicação do disposto nos artigos 164.º e 165.º do CCP, o Tribunal Central Administrativo Norte entendeu, no acórdão citado, que:

“O *princípio da concorrência*, trave-mestra dos procedimentos [da] contratação pública, é uma norma sobre o acesso ao procedimento que determina, dentro do imperativo de otimização em que se traduz a sua aplicação, o mais amplo acesso de todos os interessados em contratar ao respetivo procedimento pré-contratual. O princípio estabelece que a instrução do procedimento deve ser orientada pelo objetivo de garantir a mais ampla entrada de concorrentes: *no procedimento de contratação*

*pública, e no que respeita ao acesso de interessados, deve viabilizar-se o mais amplo acesso possível.* O interesse público subjacente à norma de concorrência está bem implícito no seu enunciado: estimular o mercado e os operadores económicos a concorrerem, como opositores e em condições de igualdade, de modo a se poder selecionar a proposta que melhores condições oferece para a satisfação do interesse específico que levou a entidade adjudicante a determinar-se ao negócio. O interesse da maior abertura ao mercado manifesta-se sobretudo na fase inicial, em que se formula o caderno de encargos e o programa de concurso, mas também tem projeções variáveis ao longo do procedimento.

A projeção da norma de concorrência nas alternativas de discricionariedade atribuída pelos artigos 164º e 165º do CCP à entidade que decide abrir o concurso, relativamente à fixação dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, aponta no sentido de vedar a formulação de critérios de qualificação que estabeleçam condições restritivas do acesso sem base justificativa. Apesar da sua aparente legitimidade, não pode estabelecer-se critérios ou exigências limitativas do acesso ao procedimento sem que haja motivos justificados, racionais e razoáveis. A legitimidade jurídica das restrições à concorrência estabelecidas no programa de concurso depende, pois, da ponderação que se faça sobre as circunstâncias de facto relevantes para a celebração do contrato em expectativa.

O *princípio da proporcionalidade*, definido no n.º 2 do art. 5.º do CPA, é uma norma que numa relação de meio fim determina a medida certa, a «justa medida», e que no lado oposto estabelece a proibição do excesso, em qualquer das perspetivas em que o mesmo se possa manifestar: falta de adequação, de necessidade e de equilíbrio. É um *princípio de adequação*, no sentido de que a medida adotada para a prossecução do interesse público deve ser apropriada ou idónea ao fim ou fins a ele subjacentes; um *princípio de necessidade*, no sentido de não haver outro meio adequado para alcançar o fim que seja menos oneroso para a comunidade e para os particulares, designadamente no que se refere à limitação ou ablação de direitos e interesses legalmente protegidos; e um *princípio de equilíbrio*, no sentido de que a medida tomada tem que ser um meio razoável, de modo a que as vantagens intentadas não devam estar em notória desproporcionalidade como os custos incorridos.” (itálico no original)

40. Os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira apresentam assim um potencial de restrição da igualdade de oportunidades dos concorrentes, semelhante ao das especificações técnicas. O CCP, que transpõe, entre outras, a Diretiva 2004/17/CE, prevê no n.º 1 do artigo 49.º que as especificações técnicas “são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência”. Sublinhe-se que, como afirmou a Advogada-Geral Christine Stix-Hackl, nas suas conclusões no caso *Sintesi*, “o princípio da concorrência constitui um dos princípios fundamentais da legislação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos”.<sup>4</sup>
41. A Diretiva 2004/17/CE foi recentemente revogada pela Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro<sup>5</sup>.
42. O preâmbulo da nova Diretiva Europeia para a contratação pública, Diretiva n.º 2014/24/EU, refere, no considerando 74, que:

1.

<sup>4</sup> Conclusões da Advogada-Geral no Proc. C-47/02, parágrafo 34. V. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção), de 7.10.2004, *Sintesi*, Proc. C-47/02, Colet. 2004, p. I-9215.

<sup>5</sup> Publicada no J.O.U.E., L 94, de 28.03.2014, p. 65. A Diretiva n.º 2014/24/UE deve ser transposta até 18 de abril de 2016 (artigo 51.º, n.º 1).

“As especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência, bem como a consecução dos objetivos de sustentabilidade. Para o efeito, deverão possibilitar-se a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços.

Consequentemente, as especificações técnicas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo. A elaboração das especificações técnicas em termos de requisitos funcionais e de desempenho permite geralmente que este objetivo seja alcançado da melhor forma possível. Os requisitos funcionais e de desempenho, que são também meios adequados para favorecer a inovação no âmbito da contratação pública, deverão ser aplicados o mais amplamente possível.”

43. O n.º 1 do artigo 18.º da mesma Diretiva<sup>6</sup>, relativo aos princípios de contratação, estabelece que:

“1. As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.”

44. Mais concretamente, relativamente à definição de especificações técnicas, o n.º 2 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/EU<sup>7</sup> estabelece que:

“As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.”

45. Ainda na mesma Diretiva, no artigo 58.º, especificam-se os “Critérios de Seleção”, nos seguintes termos:

“1. Os critérios de seleção podem estar relacionados com:

- a) A habilitação para o exercício da atividade profissional;
- b) A capacidade económica e financeira;
- c) A capacidade técnica e profissional.

As autoridades adjudicantes só podem impor aos operadores económicos os critérios referidos nos n.ºs 2, 3 e 4 a título de condições de participação. As autoridades adjudicantes limitam as condições às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações

1.

<sup>6</sup> Que corresponde ao artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>7</sup> Que corresponde ao n.º 2 do Artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE: “As especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.”

técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar. Todos os requisitos devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato”

[...]

No que se refere à capacidade económica e financeira, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos destinados a assegurar que os operadores económicos disponham da capacidade económica e financeira necessária para executar o contrato. Para esse efeito, as autoridades adjudicantes podem exigir, nomeadamente, que os operadores económicos tenham um determinado volume de negócios anual mínimo, designadamente no domínio abrangido pelo contrato. Além disso, as autoridades adjudicantes podem exigir que os operadores económicos forneçam informações sobre as suas contas anuais apresentando, por exemplo, o rácio entre ativos e passivos. Podem também exigir um nível adequado de seguro contra riscos profissionais.

O volume de negócios anual mínimo que é exigido aos operadores económicos não pode exceder o dobro do valor estimado do contrato, salvo em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos. A autoridade adjudicante indica as principais razões de tal exigência nos documentos do concurso ou no relatório individual referido no artigo 84.º.

Por exemplo, o rácio entre ativos e passivos pode ser tido em consideração quando a autoridade adjudicante especifica os métodos e critérios para tal consideração nos documentos do concurso. Tais métodos e critérios devem ser transparentes, objetivos e não discriminatórios.

[...]

4. No que respeita à capacidade técnica e profissional, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato.

As autoridades adjudicantes podem exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado. As autoridades adjudicantes podem partir do princípio de que um operador económico não possui as capacidades profissionais exigidas caso tenha concluído que o operador económico em questão se encontra numa situação de conflito de interesses suscetível de afetar negativamente a execução do contrato.

Nos concursos para a aquisição de fornecimentos que impliquem operações de montagem ou instalação, a prestação de serviços ou a execução de obras, a capacidade profissional do operador económico para prestar o serviço ou executar a instalação ou a obra em causa pode ser apreciada em função das suas capacidades, eficiência, experiência e fiabilidade.

5. As autoridades adjudicantes indicam no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse as condições de participação exigidas, que poderão ser expressas como níveis mínimos de capacidade, juntamente com os meios de prova adequados.”

## **V.2 Avaliação jusconcorrencial**

46. Os procedimentos concursais introduzem um momento de concorrência nos processos de contratação pública, contribuindo para a definição de melhores condições de transação. A definição de requisitos mínimos de acesso a estes

procedimentos constitui uma barreira no acesso ao mercado, “limitando o número ou variedade de fornecedores no mercado”, bem como “a capacidade dos fornecedores para concorrerem entre si”<sup>8</sup>.

47. Estas limitações dão origem a uma distorção concorrencial no acesso ao processo de contratação pública que pode gerar dois tipos de impactos negativos sobre a eficiência económica e logo sobre o bem-estar: um impacto estático, atendendo às condições existentes no mercado e de oferta do bem ou de prestação serviço em causa; e um impacto dinâmico sobre essas mesmas condições.
48. Assim, na perspetiva estática, aquelas limitações reduzem o número de operadores que se podem apresentar ao procedimento concursal, diminuindo a concorrência nesse momento de acesso ao mercado.
49. A realização de um concurso constitui um momento de concorrência que antecede a atribuição de um direito exclusivo de fornecimento, do bem ou serviço em causa, por um determinado período de tempo. Uma vez que, no decurso daquele período de tempo, a entidade que fornece o bem ou serviço beneficia de um exclusivo atuando sem pressão concorrencial (i.e., atua sem estar condicionada pela existência de concorrência no mercado), o procedimento concursal deve gerar concorrência no acesso ao mercado obrigando as entidades interessadas a apresentar as melhores ofertas.
50. A existência de requisitos mínimos de acesso constitui, necessariamente, um entrave de acesso aos concursos diminuindo a pressão concorrencial no decurso desse procedimento. Em consequência às entidades contratantes não serão oferecidas as melhores condições de preço, qualidade e diversidade na oferta dos bens ou serviços que pretendem adquirir.
51. Esta perspetiva encontra reflexo no “princípio de concorrência” enquanto “trave-mestra dos procedimentos de contratação pública” a que se refere o Tribunal Central Administrativo Norte, no acórdão a que se fez referência<sup>9</sup>.
52. Como se deixa claro naquele acórdão, as melhores condições de preço e qualidade nas propostas a concurso só são alcançáveis se existir uma pressão concorrencial efetiva com uma ampla oferta.
53. Note-se, que no caso do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, as limitações que resultam da existência de requisitos mínimos reflete-se tanto na fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, restringindo-se o acesso aos concorrentes que conseguem preencher os requisitos estabelecidos (por exemplo, requisitos de capacidade técnica), como também na fase de apresentação e análise das propostas e adjudicação, pela consequente limitação do número de participantes nessa segunda fase.
54. Como se referiu, a este impacto estático, que decorre da distorção concorrencial no acesso ao processo concursal face às condições existentes no mercado e de oferta do bem ou de prestação do serviço em causa, acresce um potencial impacto dinâmico, com dois tipos de repercussões.
55. Por um lado, quando estão em causa requisitos de experiência/curriculares de cumprimento obrigatório, a sua exigência impede a entrada de novos operadores no

1.

<sup>8</sup> Por referência à tabela de avaliação de impacto concorrencial de políticas públicas da OCDE. Ver Guia de Avaliação de Concorrência – Volume I - Princípios, OCDE, Paris, 2011, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>.

<sup>9</sup> Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte no proc. n.º 01327/09.1 BERT, de 22/04/2010.

- mercado e a expansão da atividade de concorrentes potenciais (criação ou reforço de barreiras à entrada e expansão).
56. Acresce que a limitação à entrada pode ainda constituir uma barreira ao desenvolvimento tecnológico e à inovação, sempre que promova uma estagnação nas condições de oferta, retirando os incentivos de mercado à melhoria da qualidade dos produtos e serviços em causa.
  57. Este conjunto de impactos negativos sobre a eficiência económica, que resultam na distorção da concorrência decorrente da criação de limites de acesso ao processo concursal, deve, no entanto, ser ponderado atendendo ao interesse económico geral que estará em causa na atuação da entidade pública adjudicante que promove o concurso.
  58. Assim sendo, há que ponderar se as limitações impostas ao processo concursal são adequadas e necessárias para garantir o fornecimento dos bens ou serviços em causa e o eficaz cumprimento da missão de interesse económico geral em apreço.
  59. Colocando-se esta questão, há que confrontar, por um lado, as consequências, acima referidas, que resultam da distorção concorrencial decorrente dos requisitos de capacidade técnica definidos no concurso limitado por prévia qualificação com, por outro, a necessidade de garantir a eficácia na prossecução de um interesse económico geral.
  60. É neste quadro que a imposição de tais requisitos carece de justificação pela entidade adjudicante, tendo presente:
    - a sua adequação à finalidade visada, no sentido de as medidas em causa serem idóneas ao objetivo prosseguido pela entidade adjudicante;
    - a sua necessidade, na medida em que não existam outros meios adequados ao fim em causa que se mostrem menos onerosos para a concorrência;
    - o seu equilíbrio, em termos de se comprovar que a medida em causa é razoável, não existindo uma nítida desproporcionalidade entre os benefícios almejados e os custos incorridos, nomeadamente, nos aspetos lesivos para a concorrência.
  61. Assim, na linha do que sustenta o Tribunal Central Administrativo Norte no acórdão citado, impõe-se a avaliação dos requisitos mínimos do concurso limitado por prévia qualificação atendendo ao princípio da concorrência, conjugado com o princípio da proporcionalidade nas três dimensões da adequação, necessidade e equilíbrio.
  62. No caso em concreto, está em causa a definição de um requisito mínimo de acesso a um concurso limitado por prévia qualificação para a aquisição de selos de garantia pelo IVDP.
  63. Tal como se refere acima, uma vez adotado o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, a entidade adjudicante fica obrigada ao cumprimento das normas estabelecidas nos artigos 164.º e 168.º do CCP, incluindo, desde logo, a definição de requisitos mínimos de acesso ao concurso, estando sujeito aos limites legais já referidos.
  64. Como ponto prévio, aceita-se que a missão do IVDP, de promover o controlo da qualidade e quantidade do vinho do Porto, regulamentando o processo produtivo, bem como a proteção e defesa das denominações de origem «Douro» e «Porto» e indicação geográfica «Duriense», corresponde a uma finalidade de interesse económico geral, compreendendo-se a sua relevância para garantir o bom fornecimento deste tipo de vinhos.

65. Neste sentido, reconhece-se a relevância da atuação desta instituição e a importância do setor em causa, a que o IVDP faz referência nos seus comentários ao projeto de recomendação.
66. O IVDP, na resposta ao pedido de elementos e informações, fundamentou os requisitos mínimos impostos com base em duas justificações: a garantia de qualidade e de capacidade técnica de fornecimento [alíneas a) a c) dos argumentos apresentados] e a garantia de segurança contra fraudes [alíneas e) e f) dos argumentos apresentados].
67. No seu comentário ao projeto de recomendação, o IVDP retoma esta argumentação referindo-se, novamente, aos riscos de rutura de fornecimento e à necessidade de garantir a capacidade de fornecimento, bem como à necessidade de defesa face à fraude.
68. Atenta a posição do IVDP, apresenta-se um conjunto de argumentos que podem apoiar uma análise que pondere se o requisito mínimo curricular, que foi definido nos concursos para o fornecimento daquele tipo de selos, é suscetível de ser justificado face à distorção concorrencial que impõe, tendo em conta a sua adequação, necessidade e equilíbrio face a cada um dos objetivos identificados.
69. Quanto à primeira justificação, de garantia da qualidade e de capacidade técnica de fornecimento, o IVDP indica na sua resposta ao pedido de informações que em 2008 se verificou uma situação de não entrega de selos, “em virtude de a empresa INOVA, Artes Gráficas que fornecia os selos de garantia cavaleiro para o vinho do Porto ao IVDP, I.P., no final do ano de 2008, ter demonstrado grande instabilidade financeira, não tendo por esse motivo procedido à entrega de selos”. Tal terá levado o IVDP a proceder ao ajuste direto com a empresa ANCESTRA.
70. Refira-se que o recurso ao procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, com a imposição do requisito em causa, ocorreu pela primeira vez em 2012, isto é, cerca de quatro anos após a situação referida no parágrafo anterior.
71. Acresce que só após a realização do Concurso público internacional n.º DSTP03/2010, no qual concorreram a ANCESTRA e a UNIARTE, foi pela primeira vez utilizado o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação.
72. Tendo presentes as preocupações expressas pelo IVDP, bem como a experiência transmitida, afigura-se, ainda assim, duvidosa a idoneidade do requisito em apreço para a salvaguarda da qualidade e capacidade técnica de fornecimento.
73. Atente-se, desde logo, na existência de medidas alternativas de controlo da qualidade e da capacidade de execução das obrigações contratadas, que já se encontram contempladas nos programas de concurso e caderno de encargos, nomeadamente:
- a valoração da experiência curricular e a ponderação de critérios de capacidade técnica na fase de qualificação;
  - a valorização da capacidade financeira associada a um requisito mínimo de capacidade financeira (de acordo com o estabelecido no anexo IV do CCP) ; e,
  - a realização de inspeções e testes, no decurso da execução do fornecimento, como resulta, desde logo, do artigo 442.º do CCP (v., a título de exemplo, a cláusula 7.ª do contrato relativo ao procedimento DSF 04/2013).
74. Note-se, que a valorização da experiência curricular e da capacidade financeira, bem como a definição de um requisito mínimo de capacidade financeira, constituem dois critérios de seleção a que se refere o artigo 58.º da Diretiva 2014/24/EU (tendo o IVDP feito referência, no seu comentário à proposta de recomendação, à possibilidade de

- recurso a um critério financeiro). Estão em causa critérios de valoração de propostas apresentadas que devem obedecer aos princípios, da igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, transparência e concorrência a que se refere o Tribunal Central Administrativo Norte, e de proporcionalidade a que se refere o n.º 1 artigo 58º da Diretiva 2014/24/EU<sup>10</sup>.
75. Assim, mesmo que fosse de admitir a idoneidade do requisito em apreço para a prossecução da primeira finalidade identificada pelo IVDP, não está demonstrada a sua necessidade, existindo outros meios idóneos à finalidade pública em causa e que são menos restritivos da concorrência.
76. É a própria complexidade do procedimento de concurso com prévia qualificação, a que se refere o IVDP, na alínea d) dos argumentos que apresenta em resposta ao pedido de elementos e informações, para suportar a exigência dos requisitos mínimos, que justifica a não indispensabilidade daquele requisito face às exigências curriculares e técnicas que impõe nas fases de qualificação e de adjudicação, bem como à capacidade de fiscalização e controlo que mantém durante o processo pré-contratual e no decurso do próprio fornecimento dos bens em causa.
77. A previsão de penalidades no contrato de aquisição de selos garantia por incumprimento, dos prazos e datas de entrega e da obrigação de continuidade de fabrico e de fornecimento (até 1/3 do valor contrato por cada incumprimento), evidencia que não só o risco em causa não é mitigado pela imposição do requisito de “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”, como existem meios mais adequados, necessários e proporcionais de o prevenir (v., a título de exemplo, a cláusula 14.ª do contrato relativo ao procedimento DSF 04/2013). A isto acresce, em todo o caso, a possibilidade de, em última análise, o IVDP poder resolver o contrato em caso de violação grave e reiterada por parte do fornecedor, designadamente em caso de atraso na entrega superior a três meses (v., a título de exemplo, a cláusula 16.ª do contrato relativo ao procedimento DSF 04/2013).
78. Relativamente ao argumento da variabilidade da procura, a que se refere a alínea b) dos argumentos apresentados em resposta ao pedido de elementos e informações, e que o IVDP suporta com os dados *supra* referidos, uma análise da variância da procura, tal como apresentada na figura 1, confirma que existem meses de alguma volatilidade da procura sendo, no entanto, de destacar a tendência homogênea ao longo do ano.
79. Face à previsibilidade das tendências ao longo do ano, não se encontra fundamento para o estabelecimento de umnexo lógico entre a definição de um requisito mínimo de capacidade quantitativa anual de “40 milhões de selos fornecidos” e a capacidade para fazer face à volatilidade no decurso do ano ou de garantia de qualidade e de capacidade técnica de fornecimento.
80. Note-se que, no programa de concurso já estão contempladas a valoração da experiência curricular e a capacidade financeira e no caderno de encargos é tida em conta a capacidade de controlo técnico e de desempenho, através de “testes e fiscalizações”, pelo que, como referido, o requisito obrigatório, que impõe limites de

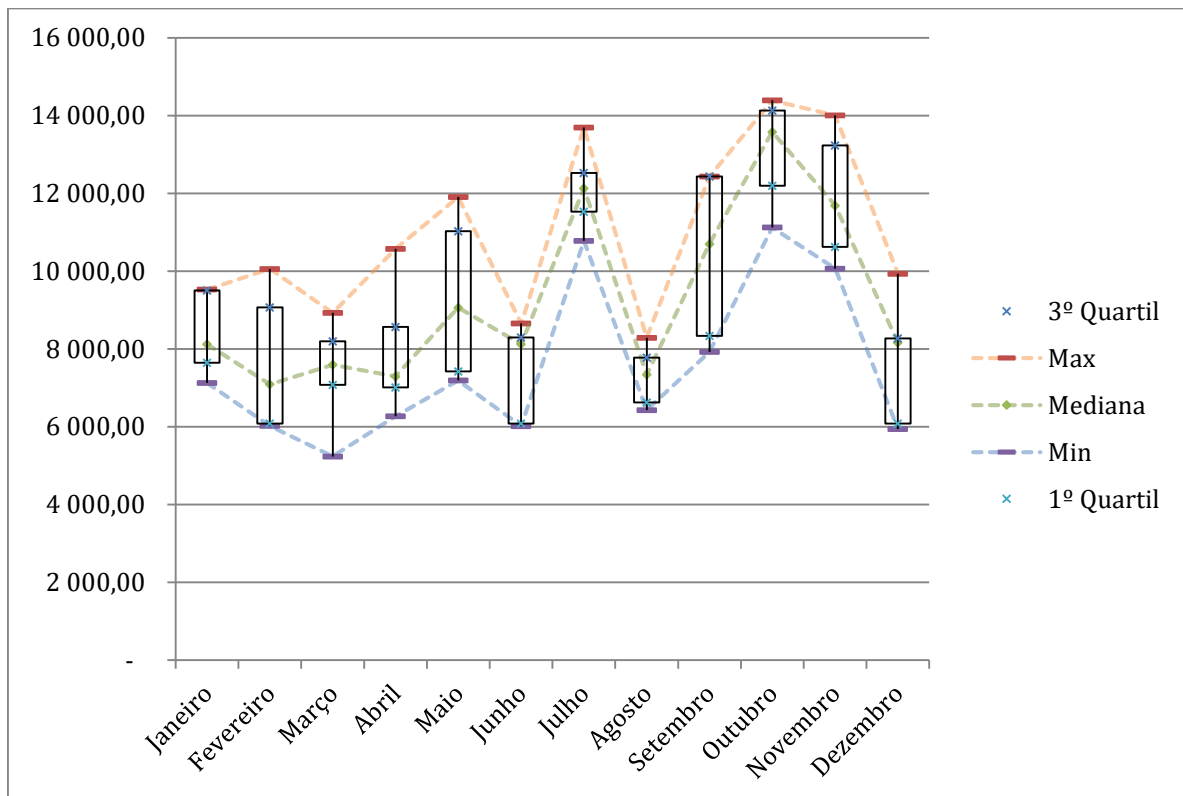
1.

---

<sup>10</sup> “As autoridades adjudicantes limitam as condições às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar. Todos os requisitos devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato.”

acesso e, logo, restrições à concorrência, não parece indispensável para garantir a capacidade de resposta à volatilidade da procura.

Figura 1. Análise da variância das vendas de selos de garantia entre 2007 e 2013



81. Relativamente ao facto de se tratar de um processo concursal aberto a empresas nacionais e estrangeiras, refira-se que o que está em causa é a avaliação da necessidade de um requisito mínimo de acesso à prossecução da finalidade declarada atendendo ao facto do mesmo limitar a concorrência efetiva impondo restrições à entrada de novas empresas neste mercado. Note-se que, independentemente da abrangência geográfica do concurso, apenas uma empresa preencheu aquele requisito nos concursos lançados em 2012 (DSTP 03/2012) e 2013 (DSF 04/2013).
82. Nesta mesma perspetiva, note-se, ainda, que o argumento aduzido nos comentários à proposta de recomendação em que se refere que “este é um mercado contestável em que existe uma suficiente rivalidade económica (e não apenas uma concorrência potencial)”, contradiz a utilização de um requisito mínimo curricular.
83. Por mercado contestável entende-se um mercado em que existe liberdade de entrada e saída, i.e., um mercado em que não existem barreiras significativas à entrada. Nestes mercados os concorrentes potenciais podem exercer uma pressão “disciplinadora” sobre os incumbentes, ameaçando entrar no mercado sempre que se verifiquem ineficiências.

84. Neste sentido, a fixação de requisitos mínimos, por definição, cria barreiras ao acesso ao mercado, desvitalizando a contestabilidade e pondo em causa a eficiência do resultado concursal.<sup>11</sup>
85. Relativamente à existência de uma “suficiente rivalidade económica” no mercado, importa sublinhar que não se põe em causa a sua potencial existência. O que se pretende é que tal rivalidade possa ser efetiva, i.e., que se possa exercer livremente nos concursos públicos e que esta seja aberta a novas empresas que promovam uma pressão concorrencial e introduzam inovação no mercado.
86. Neste sentido, e de forma a garantir a máxima participação no procedimento concursal, independentemente de se tratar de um concurso internacional, o princípio da concorrência determina que não devam ser estabelecidos requisitos que ponham em causa o acesso de novos concorrentes e que não tenham justificação, atento também o princípio da proporcionalidade.
87. Quanto ao segundo objetivo invocado pelo IVDP como justificação dos requisitos mínimos, o de prevenir eventuais fraudes que lesem os interesses dos consumidores e dos produtores de vinhos do Douro, Duriense e do Porto, deve sublinhar-se que, até 2012, o IVDP não impunha quaisquer requisitos mínimos, sem que tal se tenha traduzido, aparentemente, em qualquer risco acrescido de fraude.
88. Sendo evidente que a prevenção de fraudes obriga o IVDP a segurança do processo de fornecimento de selos de garantia tipo cavaleiro, não se vê de que forma o requisito de imposição quantitativa de “40 milhões de selos fornecidos” por ano, poderá contribuir para essa finalidade. Acresce que existem meios menos restritivos da concorrência que são claramente adequados a essa prevenção de fraudes e que constam já do contrato de aquisição de selos garantia (v., a título de exemplo, a cláusula 7.<sup>a</sup> do contrato relativo ao procedimento DSF 04/2013), tais como a realização de inspeções e testes, dispondo ainda o IVDP dos instrumentos previstos no artigo 442.º do CCP para proceder ao acompanhamento do fabrico dos bens em questão.

## V. Conclusões

89. Nesta análise está em causa o impacto concorrencial da imposição de um requisito mínimo curricular num concurso público limitado por prévia qualificação.
90. O IVDP tem por missão a promoção do controlo da qualidade e quantidade dos vinhos do Porto, regulamentando o processo produtivo, bem como a proteção e defesa das denominações de origem «Douro» e «Porto» e a indicação geográfica «Duriense» (n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 97/2012, de 23 de abril). O artigo 43.º do estatuto das denominações de origem e indicação geográfica da Região Demarcada do Douro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 173/2009, de 3 de agosto, atribui ao IVDP a competência para a emissão de selos de garantia.

1.

---

<sup>11</sup> Reafirmando que o objetivo desta análise é o de reforçar a necessidade de ponderar a necessidade de impor um requisito obrigatório que pode pôr em causa a eficiência do procedimento cite-se o texto seminal de William J. Baumol (“Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure”, *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, Mar., 1982, pp. 1-15) sobre o conceito de mercados contestáveis em que o autor afirma: “uma conclusão mais óbvia questiona se serão desejáveis as barreiras artificiais à entrada que os reguladores tendem desde há muito a impor. A nova análise [que introduz o conceito de mercado contestável] limita-se a reforçar a perspetiva segundo a qual deve existir à partida uma forte presunção contra a adoção de qualquer proposta de implementação de novas barreiras regulatórias à entrada.” *Id.*, a p. 14 (tradução nossa).

91. O IVDP estabeleceu, no âmbito de três procedimentos concursais para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense, entre outros requisitos mínimos, a obrigatoriedade de comprovar a “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”.
92. Enquanto entidade adjudicante num concurso limitado por prévia qualificação, o IVDP encontra-se sujeito às normas procedimentais reguladoras deste tipo de procedimento, expressas nos artigos 164.º e 165.º do CCP, e aplicáveis, em concreto, ao estabelecimento de requisitos mínimos de capacidade técnica para efeitos da qualificação de candidatos, tal como se encontra expresso na alínea h) do n.º 1 do artigo 164.º do CCP.
93. Para a definição destes requisitos mínimos, o IVDP goza de uma margem de discricionariedade, estando, no entanto, sujeito a um princípio de não discriminação imposto pelo n.º 5 do artigo 165.º do CCP, bem como aos princípios da concorrência e da proporcionalidade, nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do CCP e do n.º 2 do artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo, respetivamente.
94. A AdC entende que o requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados” favorece o único fornecedor com o qual o IVDP tem contratado, seja por ajuste direto, seja por concurso público internacional ou por concurso limitado com prévia qualificação, a aquisição de selos de garantia, configurando uma barreira de acesso ao mercado, que limita o número ou variedade de fornecedores no mercado e a capacidade dos fornecedores para concorrerem entre si, o que afeta negativamente a eficiência no mercado, prejudicando as condições de oferta (preço, qualidade e diversidade) bem como a inovação.<sup>12</sup>
95. Analisados os fundamentos invocados pelo IVDP para a imposição do requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”, a saber, a garantia de qualidade e de capacidade técnica de fornecimento e a garantia de segurança, por um lado, face ao impacto daquele requisito na concorrência, por outro, a AdC conclui que o mesmo não é justificado à luz dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, existindo outros meios pelo menos tão idóneos para acautelar o interesse público em causa, menos restritivos e mais equilibrados para a garantia da igualdade de oportunidades dos concorrentes.
96. Pelo exposto, atendendo a que entre as atribuições da AdC se conta a de, nos termos da al. b) do artigo 5.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, “fomentar a adoção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral”, e de modo a melhor salvaguardar o princípio da concorrência, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, a AdC recomenda, com base na al. b) do n.º 4 do artigo 6.º dos seus Estatutos, ao IVDP que, nos concursos limitados por prévia qualificação para o fornecimento de selos de garantia cavaleiro para os Vinhos do Porto, do Douro e Duriense que por aquela entidade venham a ser promovidos:

1. \_\_\_\_\_

<sup>12</sup> Por referência à tabela de avaliação de impacto concorrencial de políticas públicas da OCDE. Ver Guia de Avaliação de Concorrência – Volume I - Princípios, OCDE, Paris, 2011, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>.

- i) seja suprimido o requisito pelo qual se exige “[e]xperiência curricular dos candidatos no fornecimento de selos tipo cavaleiro, em fornecimentos superiores a 40 milhões, nos anos de 2009 a 2012, demonstrada através dos contratos celebrados”, e que
- ii) não sejam impostos outros requisitos suscetíveis de gerar restrições à concorrência nesse mercado.

97. Mais se informa que a presente recomendação será remetida ao Tribunal de Contas para análise no âmbito das competências atribuídas aquela instituição, bem como será oportunamente publicada na página eletrónica da AdC no cumprimento dos deveres de transparência a que se encontra vinculada pelo disposto na alínea b) do artigo 46.º dos seus estatutos.

Lisboa, 15 de maio de 2015

X 

---

António Ferreira Gomes  
Presidente  
Assinado por: ANTÓNIO JÚLIO LEITÃO FERREIRA GOMES

X 

---

Nuno Rocha de Carvalho  
Vogal  
Assinado por: NUNO MARIA ROCHA DE CARVALHO

X 

---

Maria João Melícias  
Vogal  
Assinado por: MARIA JOÃO LAUREANO MELÍCIAS DUARTE