

# CARTELIZAÇÃO EM CONTRATAÇÃO PÚBLICA

## A EXCLUSÃO DE PROPOSTAS SUSCEPTÍVEIS DE FALSEAR A CONCORRÊNCIA

JOÃO MOREIRA

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O conceito de cartel. 3. Noção de fortes indícios e procedimento de exclusão da proposta. 3.1. Indícios de conluio entre os diferentes concorrentes. 3.2. O procedimento de exclusão e a participação dos concorrentes no processo decisório. 4. Actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear a concorrência. 4.1. Noção de acordos. 4.1.1. A omissão da referência a decisões de associações de empresas. 4.2. Noção de práticas concertadas. 4.2.1. O chamado 'paralelismo inteligente' no âmbito da contratação pública. 4.3. Noção de troca de informações. 4.4. Noção de actos. 4.4.1. Propostas com preços e outras condições injustas ou excessivas. 4.4.2. Propostas com preços predatórios. 4.4.3. Outros actos a que se poderá aplicar esta noção. 5. A susceptibilidade de falsear a concorrência. 5.1. Acordos horizontais. 5.2. Acordos verticais. 6. Os agrupamentos de pessoas singulares ou colectivas e o princípio da concorrência na contratação pública. 7. Conclusão

### 1. INTRODUÇÃO

A eficiência na realização dos contratos celebrados por entidades públicas e outros organismos equiparados àquelas, para efeitos de contratação externa à instituição, é uma imposição, não só da lógica de maximização da utilidade dos recursos públicos, como, também, um imperativo de eficiência económica

global <sup>(1)</sup>. É com vista a expandir o nível de eficiência na contratação do Estado e outros entes públicos com entidades privadas que o princípio da concorrência assume sucessivamente um emprego crescente, apresentando-se, hoje, como peça fundamental do actual quadro jurídico da contratação pública.

Neste contexto, a possibilidade de empresas acordarem de antemão as propostas que pretendem apresentar num concurso ou noutra forma de procedimento de adjudicação é um risco real que todas as entidades adjudicantes enfrentam. Destes acordos anti-concorrenciais resultam graves ineficiências económicas e um elevado custo aos consumidores e entidades adjudicantes, resultando num menor nível geral de bem-estar. São as ineficiências resultantes da actuação em cartel que justificam a atenção crescente que estas estruturas têm recebido e, conseqüentemente, a maior preocupação em sancionar estes comportamentos.

Pode reconhecer-se, no actual quadro legislativo, dois momentos de controlo de cartéis a actuar no campo das compras públicas. Um primeiro momento preventivo, a cargo da entidade adjudicante e sobre o qual versará este texto, que permite controlar comportamentos anti-concorrenciais antes do procedimento de adjudicação. O segundo momento, a cargo da Autoridade da Concorrência a nível nacional e da Comissão Europeia a nível europeu, tem lugar num momento posterior à ocorrência de determinado concurso e deriva da competência destas entidades para zelarem pelo correcto funcionamento do mercado <sup>(2)</sup>. A existência destes dois momentos afirma-se com-

---

<sup>(1)</sup> A contratação pública representa uma considerável fatia das economias de mercado ocidentais, significando uma importante percentagem do Produto Interno Bruto. O sector público despende, em média 45 a 65% dos seus orçamentos em contratação pública, representando entre 13 a 17% do Produto Interno Bruto dos países da OECD. Dentro do espaço da União Europeia este valor cifra-se nos 16%, valor igual aquele que se verifica em Portugal.

<sup>(2)</sup> Não são, porém, estanques estes dois momentos de controlo. Nos termos do art. 70.º, n.º 3, do CCP, uma acção preventiva de controlo

plementar ao controlo destes cartéis específicos. Não se apresentaria suficiente um esquema de protecção contra estas estratégias anti-concorrenciais baseando-se, apenas, numa análise póstuma, em que o prejuízo sofrido pela entidade adjudicante seria sempre muito difícil de avaliar e recuperar <sup>(3)</sup>.

O principal instrumento disponível a uma entidade adjudicante, presente no novo CCP, para o controlo de actuação deste tipo de comportamentos é a possibilidade (diríamos, mais correctamente, dever) de excluir as propostas que demonstrem a existência de tais acções anti-concorrenciais. Não é, contudo, nova a preocupação do legislador nacional no controlo destas situações. Já na vigência do RJEOP, afirmava o art. 107.º, n.º 1, al. e), deste diploma que «o dono da obra não pode adjudicar quando haja indícios de conluio entre os concorrentes». Por oposição, são as Directivas comunitárias de contratação pública omissas neste ponto <sup>(4)</sup>, sendo, porém, possível afirmar-se que a obrigação de controlar este tipo de conluios resultaria já de uma leitura conjugada do art. 4.º, n.º 3, do TUE, que declara a obrigação de tomar todas as medidas gerais ou especiais capazes de fazer cumprir os Tratados, e o

---

tomada pela entidade adjudicante, que se manifeste na exclusão daquela proposta que se suspeita pretender falsear a concorrência, terá de ser comunicada à Autoridade da Concorrência que pode aplicar as infracções e sanções previstas nos arts. 42.º a 46.º da Lei 18/2003.

<sup>(3)</sup> LANG alerta que, apesar de ser fácil estabelecer o valor pago pela entidade adjudicante, o prejuízo que efectivamente esta sofreu, devido ao comportamento anti-concorrencial das empresas que apresentaram proposta, nem sempre é fácil determinar. Isto porque o preço que seria pago pela empresa, caso não houvesse colusão entre os concorrentes, não é muitas vezes claro, principalmente nas situações em que não existam contratos similares com os quais se possam estabelecer comparações, ou existindo estes, não se possa estabelecer de forma segura que não foram sujeitos, também, a algum tipo de acordo anti-concorrencial. JOHN TEMPLE LANG, «Subsidiarity and public purchasing: Who should apply competition law to collusive tendering and how should they do it?», in *European Public Law*, 4 (1), March, 1998, p. 62.

<sup>(4)</sup> CHRISTOPHER BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p. 68.

art. 101.º do TFUE que afirma incompatíveis com o mercado comum todos os acordos susceptíveis de falsear a concorrência <sup>(5)</sup>.

É nosso objectivo, neste texto, realizar uma reflexão sobre o art. 70.º, n.º 2, al. g), que, sob a epígrafe *análise de propostas*, determina que «são excluídas as propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas, ou informações susceptíveis de falsear a concorrência». Procuraremos, também, no último ponto deste texto, reflectir sobre a articulação do controlo de propostas violadoras do princípio da concorrência com a possibilidade da realização de agrupamentos em contratação pública.

Porém, antes de realizarmos o desenvolvimento dos pontos sumariamente enunciados, começaremos por tentar conceptualizar um dos conceitos-chave deste texto, o cartel. Procederemos, assim, de seguida, a uma breve descrição destas estruturas anticoncorrenciais, procurando conhecer, de forma concisa, os seus traços essenciais.

## 2. O CONCEITO DE CARTEL

Um cartel apresenta-se como um acordo entre uma pluralidade de empresas fáctica e legalmente independentes, participantes no mesmo sector de produção ou comercialização com vista a restringir a concorrência. Estes acordos têm como objectivo a expansão dos lucros dos participantes, a segurança e protecção das actividades destes <sup>(6)</sup> e a auto-regulação do seu

---

<sup>(5)</sup> Neste sentido, DIMITRIS TRIANTAFYLLOU, «Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics», in *RTDE*, 32 (1), Janvier-Mars, 1996, pp. 71-73.

<sup>(6)</sup> Efectivamente, nem sempre a maximização do lucro se apresenta como objectivo único, ou sequer principal de um acordo concorrencial. Muitas vezes o principal objectivo da criação de um cartel é estabelecer um ambiente de protecção mútua dos concorrentes. Ver, neste sentido, JOHN LIPCZYNSKI / JOHN WILSON / JOHN GODDARD, *Industrial*

comportamento <sup>(7)</sup>. Os acordos de cartel têm tipicamente por objecto a definição de preços, a divisão de mercados ou a limitação de volumes de produção, permitindo aos concorrentes substituírem a necessidade de tomarem riscos e competirem, através de novos produtos ou preços mais baixos, por uma situação estável no mercado.

Estas estruturas apresentam geometrias variáveis, tanto no número de participantes, como no tipo de ligação entre estes. Um cartel pode ser construído como uma complexa estrutura centralizada, em que um órgão composto por representantes dos diversos participantes toma as decisões necessárias ao funcionamento do cartel, ou como um conjunto de laços de carácter informal, onde as comunicações se estabelecem através de breves contactos difíceis de demonstrar posteriormente à sua realização. Acrescente-se, ainda, que muitos cartéis mostram a capacidade de se metamorfosear entre diferentes tipos organizacionais como resposta aos muitos obstáculos colocados à sua realização.

A possibilidade de realizar acordos de cartel, apesar de se apresentar, à partida, como uma opção atraente e lucrativa para os participantes num determinado sector de actividade, não se mostra como o modelo normal de organização económica, mesmo descontando a acção persecutória a este tipo de acordos. Tal se deve a todos os participantes de cartel encontrarem um forte incentivo para se desviarem do acordo. Certamente que, apesar do respeito por parte de todos os participantes no cartel se apresentar como a estratégia conjunta mais vantajosa, o desvio por parte de apenas uma entidade, quando

---

*Organization: Competition, Strategy, Policy*, 2.<sup>a</sup> ed., Prentice Hall, Harlow, 2005, p. 170. ALEX HUNTER, "The Monopolies Commission and Price Fixing", in *Economic Journal*, 66, December, 1956, pp. 587-588; BJARKE FOG, «How are cartel prices determined?», in *The Journal of Industrial Economics*, 5(1), November, 1956, p. 22.

<sup>(7)</sup> Ver, MAURICE GUERRIN / GEORGIOS KYRIAZIS, «Cartels: Proofs and procedural issues», *Fordham International Law Journal*, 16(2), 1992, pp. 268-270.

não acompanhada pelos restantes concorrentes, é a opção mais atraente para cada um dos participantes tomados individualmente. Baixando o preço por si praticado ou competindo em mercados reservados a um dos seus concorrentes, cada membro, quando não acompanhada nestas acções pelos seus competidores, pode aumentar as suas quotas de mercado e, consequentemente, os seus lucros totais.

Antecipando o desvio dos restantes participantes e não podendo garantir o cumprimento do acordo de cartel, cada empresa optará, igualmente, por desviar-se do acordo de cartel. A pior opção de um participante passa por decidir não competir quando a decisão oposta é tomada pelos restantes participantes. Num ambiente estático, o resultado do acordo de cartel não vinculativo é, necessariamente, a instabilidade do mesmo, encontrando-se o ponto de equilíbrio numa atitude de não cooperação e de desvio ao cartel.

Com vista a ultrapassar os incentivos dados pelo mercado para uma atitude de não cooperação, o cartel tem de encontrar os mecanismos que monitorizem e punam a fuga ao acordo de cartel. Este mecanismo que será, normalmente, de carácter não jurídico, terá de compensar a tentação, que cada empresa enfrenta, de baixar os preços e, assim, conquistar fatias crescentes do mercado <sup>(8)</sup>. Por norma, o mecanismo utilizado pelo cartel opera-se através de uma sanção económica que se traduz numa baixa de preços nos encontros subsequentes entre os concorrentes <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> XAVIER VIVES, *Oligopoly Pricing: old ideas and new tools*, MIT Press, Cambridge, 2000, pp. 263-264; PRESTON MCAFEE / JOHN McMILLAN, «Bidding rings», in *The American Economic Review*, 82(3), June, 1992, p. 579.

<sup>(9)</sup> Associam-se ainda, por vezes, sanções de carácter social, como a perda de relações pessoais ou de posição social ou, em casos menos comuns, respostas de típicos de crime organizado como ameaças à integridade física dos gestores e membros de empresas que se desviem aos acordos colusórios.

Efectivamente, a realidade económica apresenta-se com uma composição dinâmica, onde as empresas, como instrumentos de imputação de recursos e produção de riqueza, são estruturas de carácter tendencialmente permanente. As empresas dentro do mesmo sector de actividade encontrar-se-ão repetidamente no mercado, concorrendo um número previamente indeterminado de vezes. A repetição do encontro entre concorrentes pode despertar o reconhecimento de uma situação de interdependência de acção entre os participantes no cartel, levando estes a aceitar que, apesar de, a curto prazo, um desvio do acordo anti-concorrencial pudesse ser proveitoso, a melhor opção, a longo prazo, passa por respeitar as condições acordadas com os restantes competidores <sup>(10)</sup>.

<sup>(10)</sup> A repetição futura do encontro dos concorrentes no mercado é, também, elemento essencial nos modelos que procuram explicar preços supra-competitivos sem a existência de acordos ou práticas entre os concorrentes. No caso de se encontrarem apenas uma vez e confrontadas com a possibilidade de optar por um preço alto (preço supra-competitivo) ou um preço baixo (preço competitivo), a estratégia dominante, ou seja, a opção mais vantajosa para os concorrentes será sempre a de estabelecer o preço mais baixo. Tal será simples de perceber utilizando-se como exemplo um imaginário duopólio simétrico:

	Empresa B (preço alto)	Empresa B (preço baixo)
Empresa A (preço alto)	10,10	0,16
Empresa A (preço baixo)	16,0	5,5

Num caso como o apresentado, a empresa A adoptará sempre o preço mais baixo, pois se a empresa B optar por cobrar um preço elevado a empresa A obterá o lucro máximo disponível e se a empresa B optar por um preço baixo esta manterá, pelo menos, parte do seu mercado. Em nenhuma das possibilidades propostas cobrar o preço mais elevado se apresenta como a opção mais vantajosa para a empresa A. Sendo este um duopólio simétrico o comportamento da empresa B será exactamente o mesmo, indo esta optar por cobrar, igualmente, o preço mais baixo. Fica, assim, demonstrado como duas empresas, encontrando-se apenas uma vez

Sendo certo que os cartéis não se afirmam como modo transversal de organização da vida económica, não deixa a realidade de demonstrar que, verificados certos pressupostos, existem mercados especialmente propensos a este tipo de actividades. É na categoria de mercados propensos a processos de cartelização que se devem colocar os mercados de contratação pública. Mostrando-se o resultado da adjudicação necessariamente do conhecimento dos restantes participantes no mercado, não se permite, nestes mercados, desvios secretos por parte de um dos concorrentes <sup>(11)</sup>, incrementando, assim, seriamente, as possibilidades destes criarem estruturas anti-concorrenciais. Justifica-se, assim, plenamente, a especial preocupação que o legislador demonstrou com as possibilidades de cartelização em mercados de contratação pública.

### 3. NOÇÃO DE FORTES INDÍCIOS E PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DA PROPOSTA

Ao afirmar serem de excluir as propostas que apresentem *fortes* indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear a concorrência, começa o legislador por

---

no mercado, atingirão sempre um Pareto sub-optimal, em que optando ambas por um preço mais baixo não atingem aquela que seria a situação mais vantajosa, a de cobrarem as duas o preço mais elevado. Apenas a antecipação do encontro sucessivo futuro permitirá que se crie um incentivo diferente daquele aqui apresentado tornando assim possível que estas optem pelo preço mais elevado. Para maiores desenvolvimentos, ver KEYTH HYLTON, *Antitrust Law: Economic theory & common law evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 68-71; DOUGLAS BAIRD / ROBERT GERTNER / RANDAL PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Harvard, 1994, p. 166-174.

<sup>(11)</sup> A expressão dos mercados de contratação pública como mercados onde a presença de um comprador de características especiais podia facilitar a estabilidade de um cartel foi, inicialmente, destacada por STIGLER na sua profícua análise do comportamento cartelizante em oligopólio. Ver, GEORGE STIGLER, «Theory of Oligopoly», in *The Journal of Political Economy*, 72(1), February, 1964, pp. 48



esclarecer, no art. 70.º, n.º 2, al. g), que não serão quaisquer sinais, vestígios ou indicações de que existe um acordo ou prática susceptível de falsear a concorrência. Deve, assim, a entidade adjudicante certificar-se de que os indícios que tem perante si são suficientemente seguros para se poder afirmar, com razoável grau de certeza, a forte probabilidade de existirem tais práticas.

Não deve, porém, estabelecer-se aqui uma definição demasiado rigorosa desta condição, visto ser este o único momento <sup>(12)</sup> em que uma entidade adjudicante pode controlar a existência de tais acordos. No exercício da sua liberdade avaliativa <sup>(13)</sup>, terá o júri do concurso que equilibrar, por um lado, a prossecução do interesse público, garantindo que os fundos estatais não serão desperdiçados comprando bens e serviços acima do seu valor de mercado e, por outro lado, garantir que os proponentes não vejam injustamente afectados os seus interesses de carácter patrimonial <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Não será possível, por exemplo, controlar conluíus entre os diferentes concorrentes na fase final do procedimento de adjudicação, não tendo, o legislador nacional, estabelecido, esta situação, como causa de não adjudicação de um procedimento de contratação. Estaria, contudo, livre o legislador nacional para assim o fazer, caso tivesse sido esta a sua opção. Como é confirmado pela jurisprudência comunitária, não se podem retirar das Directivas comunitárias de contratação pública nenhuma regulamentação específica sobre as condições materiais ou formais que presidem à decisão de não adjudicação, sendo a esta decisão aplicados, somente, os princípios gerais dos Tratados. TJUE, ac. «Hospital Ingénieure», de 18 de Junho de 2002, Proc. n.º C-92/00, § 42. Ver CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 247-248.

<sup>(13)</sup> Sobre o conceito de liberdade avaliativa ver MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Dom Quixote, Lisboa, 2004, pp. 187-188.

<sup>(14)</sup> Sobre o princípio da prossecução do interesse público e do respeito pelas posições jurídicas e interesses dos particulares ver JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 8.ª ed., Âncora, Lisboa, 2005, pp. 79-82, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Direito Administrativo...*, cit., pp. 201-207; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit., pp. 35-40 e 61-73.

No controlo jurisdicional da exclusão deve ser respeitado a maior proximidade do júri responsável pela adjudicação com os indícios presentes <sup>(15)</sup>. Estando aqui perante um conceito indeterminado, não seria correcto aceitar-se que na avaliação se determinados indícios são, ou não, suficientemente seguros para determinar a exclusão de uma proposta, pudesse, a autoridade jurisdicional, substituir pura e simplesmente o seu juízo por aquele da entidade adjudicante <sup>(16)</sup>. Por outro lado, tal margem de manobra não deve aqui ser tão ampla como em outras situações. Convém lembrar que o júri de um procedimento de adjudicação não é um órgão criado com o objectivo de controlar a concorrência, nem especialista em tais matérias, enfrentado tais questões apenas em situações muito acidentais, não revelando, em princípio, maior capacidade técnica específica nesta matéria que um juiz. Não se verifica, portanto, neste ponto específico, o argumento, tantas vezes levantado contra o controlo jurisdicional da actividade da Administração, de que esta se encontra mais capaz de efectuar juízos complexos com base na sua maior preparação especializada.

### 3.1. Indícios de conluio entre os diferentes concorrentes

Quanto aos indícios <sup>(17)</sup> nos quais se pode basear a exclusão da proposta apresentada, estes podem, desde logo, retirar-se dos

---

<sup>(15)</sup> Relembre-se aqui que, nos termos do art. 67.º, n.º 1, do CCP, os procedimentos de formação de um contrato público são sempre dirigidos por um júri, excepto se estivermos perante um ajuste directo em que tenha sido apresentada apenas uma proposta.

<sup>(16)</sup> Existe, de facto, uma diferença inevitável, entre as tarefas de decidir e fiscalizar, atribuindo à primeira uma margem de responsabilidade na interpretação de conceitos indeterminados ou na concretização de indeterminações estruturais da norma, cuja especial ligação com os factos apenas poderá ser realizada por um especial agente. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006 p. 98; ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, policopiado, p. 69.

<sup>(17)</sup> Ver OECD, *Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition*, de 8 de Janeiro de 2008, DAF/COMP(2007)34.

preços propostos. Tal será o caso se todos os preços apresentados forem idênticos durante um longo período de tempo eram ou a existência de aumentos de preços não parecer ser suportado por aumentos de custos. Também deverão ser considerados indícios sérios de colusão no mercado as proponentes ter listas publicadas ou praticarem preços ao público sensivelmente mais baixos do que aqueles apresentam nas suas propostas.

Podem, igualmente, ser retirados indícios da análise de padrões de adjudicação em procedimentos anteriores, nomeadamente, quando a mesma firma vence todos os concursos ou se parece desenhar um padrão em que cada firma presente nesse mercado vence o concurso à vez. Deverá ser considerado, ainda, suspeito o facto de um proponente apresentar propostas consideravelmente mais elevados nalguns concursos, do que em outros, não existindo justificação de tais opções. Digno de atenção serão, também, repentinas descidas de preços apresentados sempre que surge um novo proponente, o que poderá indicar a existência de colusão entre as outras empresas do sector.

Existem, ainda, indícios importantes que se podem retirar do comportamento dos concorrentes a um procedimento de adjudicação. Deverá um júri considerar suspeitos procedimentos em que diferentes propostas contêm os mesmos erros de cálculo ou de ortografia <sup>(18)</sup>, o mesmo aspecto gráfico ou existirem provas de encontros entre os diversos concorrentes antes da entrega das propostas. A apresentação destas por parte de empresas que não têm objectivamente nenhuma possibilidade de realizar a prestação a concurso deverá, também, ser analisada com atenção pelo júri do procedimento.

---

pp. 134-135; Anti-trust Division — US Department of Justice, Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For, 2005.

<sup>(18)</sup> O art. 62.º do CCP, ao determinar que todos os documentos deverão ser apresentados directamente em plataforma electrónica, tornará menos provável a possibilidade de aparecimento de propostas com este tipo de erros. Tornará, também, obsoleta a possibilidade de se retirar elementos da caligrafia e material de escritório utilizados na apresentação de propostas.

Torna-se, porém, relevante deixar claro que o facto de uma empresa adoptar algum destes comportamentos não significa que existe, necessariamente, um conluio entre as empresas que concorrem à adjudicação de um concurso público. Uma empresa pode, por exemplo, apresentar uma proposta a um concurso público, mesmo não tendo quaisquer intenções de obter a adjudicação para assim poder obter informações sobre as propostas apresentadas e melhor observar o comportamento dos seus concorrentes <sup>(19)</sup>. Tal conduta não deve ser censurada, visto não ter quaisquer efeitos anti-concorrenciais, dela resultando, apenas, um maior conhecimento do mercado para determinado competidor.

### 3.2. O procedimento de exclusão e a participação dos concorrentes no processo decisório

Na distinção entre comportamentos legítimos e aqueles que deverão dar lugar à exclusão da proposta, pode assumir-se como especialmente útil a possibilidade de pedir esclarecimentos aos concorrentes, conforme previsto no art. 72.º do CCP. Apesar de, segundo o art. 72.º, n.º 2, não ser possível nesta fase alterar qualquer dos atributos da proposta <sup>(20)</sup>, não sendo por isso possível ser utilizada esta fase para permitir desvios a um cartel que se tenha formado na fase anterior à apresentação de propostas, esta norma dá a oportunidade ao júri de pedir esclarecimentos, nomeadamente, sobre custos que justifiquem

---

<sup>(19)</sup> Convém, contudo, alertar que, ao abrigo do art. 66.º do CCP, um concorrente terá a possibilidade de, por motivos de segredo comercial, industrial militar ou outro, requerer a classificação dos documentos que constituem a proposta.

<sup>(20)</sup> A obrigação de manter o conteúdo das propostas compreende-se à luz do princípio da igualdade e da concorrência. Permitir que um proponente, ainda que a título de esclarecimento, alterasse a sua proposta proporcionar-lhe-ia uma vantagem injustificada sobre os restantes concorrentes. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Códigos dos Contratos Públicos — comentado e anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 276-277.

alterações dos valores apresentados em concursos anteriores, a existência de preços idênticos nas diversas propostas ou a discrepância dos valores apresentados em concurso para aqueles que a empresa pratica na venda ao público.

Não deve, contudo, ser visto esta possibilidade de o júri pedir esclarecimentos em relação à proposta apresentada como um direito do concorrente ao contraditório por parte dos concorrentes sobre os quais recaiam indícios da prática actos anti-concorrenciais. O momento indicado para exercer o seu direito a contradizer uma proposta de exclusão do júri é audiência prévia dos interessados <sup>(21)</sup>. A exigência legal da realização de uma audiência prévia dos interessados, corresponde ao princípio constitucional do direito de participação no procedimento administrativo e do direito a ser ouvido, presentes no art. 267.º, n.º 5, e no art. 268.º, n.º 1, da CRP, levando a anulabilidade, por vício formal, do acto final, no caso de não ser facultado a algum dos concorrentes este direito <sup>(22)</sup>.

Nos termos do art. 123.º do CCP, a audiência prévia tem lugar após a elaboração do relatório preliminar e consistirá na pronúncia, por escrito, sobre o projecto de decisão do júri presente naquele relatório. Devem aqui os concorrentes formular o seu juízo valorativo sobre a factualidade, legalidade ou conveniência da ordenação e exclusão de propostas presentes naquele relatório, pronunciando-se, designadamente, sobre os factos que fundamentaram aquele projecto de decisão <sup>(23)</sup>. As observações

---

<sup>(21)</sup> Arts. 123.º, 147.º, 153.º, 185.º e 209.º, n.º 3, do CCP.

<sup>(22)</sup> Estabelece o art. 135.º do CPA que a sanção regra para os actos administrativos praticados em violação de princípios ou normas jurídicas aplicáveis é a anulabilidade. Ver, entre outros, STA, Acórdão de 25 de Fevereiro de 2009; STA, Acórdão de 11 de Dezembro de 2007, Proc. n.º 0497/07; STA, Acórdão de 14 de Dezembro de 2005, Proc. n.º 0905/05; STA, Acórdão de 02 de Junho, Proc. n.º 01591/03.

<sup>(23)</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: Das fontes às garantias*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 522; PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, p. 495.

apresentadas pelos concorrentes na audiência prévia são, necessariamente, ponderadas pelo júri do procedimento antes da elaboração do relatório final. O júri do procedimento poderá, neste momento, alterar o sentido do seu relatório preliminar, podendo, por exemplo, aceitar os argumentos da compatibilidade de determinada conduta com as regras da concorrência ou da inexactidão dos factos apresentados que consubstanciariam aquela infracção. Deve, porém, qualquer alteração da ordenação das propostas constante no relatório preliminar, ser seguida de uma nova audiência, como assegura o art. 148.º, n.º 2, do CCP.

O relatório final do júri será enviado, acompanhado de todos os documentos que compõe o processo de concurso, ao órgão competente para efectuar a decisão de contratar na estrutura da entidade adjudicante. Convém, contudo, esclarecer que a entidade adjudicante, não ficará adstrita à decisão presente no relatório final de excluir determinada proposta. Efectivamente, afirma o art. 123.º, n.º 4, do CCP «que cabe ao órgão competente para a decisão de contratar decidir sobre a aprovação de todas as propostas contidas no relatório final, nomeadamente para efeitos de adjudicação.» Esta solução é aquela que melhor se adequa aos princípios que orientam as relações entre a entidade instrutória e a entidade decisória. O relatório final consiste numa proposta destinada a ser apreciada pelo órgão a quem cabe tomar a decisão final, tendo este órgão o poder de fundamentadamente decidir em sentido contrário daquele parecer <sup>(24)</sup>.

#### 4. ACTOS, ACORDOS, PRÁTICAS OU INFORMAÇÕES SUSCEPTÍVEIS DE FALSEAR A CONCORRÊNCIA

O art. 70.º, n.º 2, al. g), expressa de forma ampla que *actos, acordos, práticas ou informações* susceptíveis de falsear a concorrência, determinam a exclusão de uma proposta. Esta expressão permite controlar os diferentes comportamentos anti-concorren-

---

<sup>(24)</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA / R. ESTEVES, *Concursos e...*, cit., p. 532.

ciais realizáveis pelos proponentes em procedimentos de adjudicação. A vasta diversidade destes comportamentos levaria a que o controlo, atribuído pelo legislador à entidade adjudicante, se tornasse ineficaz caso tivesse aquele optado por uma norma mais restritiva, pois permitiria, facilmente, às empresas construírem conluíus e outros comportamentos anti-concorrenciais que não se integrassem na linguagem normativa.

Esta norma do CCP contém uma fórmula inspirada pelo art. 101.º do TFUE, que numa sintaxe tripartida declara que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os *acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas* que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Podem retirar-se, por isso, válidas lições do direito e jurisprudência comunitário da concorrência na determinação dos diferentes elementos que constituem a norma do CCP.

Começaremos, nesta exposição, por reflectir sobre as noções de acordo, práticas concertadas e trocas de informação, reservando para o final uma reflexão mais profunda sobre a noção de actos, visto ser esta a categoria que necessitará de maiores esclarecimentos.

#### 4.1. Noção de acordos

Tem a jurisprudência comunitária optado por uma muito ampla interpretação do conceito de acordo, sendo aqui incluídos acordos independentemente da sua forma ser escrita ou oral <sup>(25)</sup>, de terem carácter público ou secreto, serem expressos ou tácitos <sup>(26)</sup>, ou serem realizados por empresas colocadas horizontal ou

---

<sup>(25)</sup> Decisão da Comissão de 23 de Dezembro de 1971 — *Nederlandsche Cement-Handelmaatschappij*, Proc. n.º IV/595; Decisão da Comissão de 21 de Dezembro de 1976 — *Theal-Watts*, Proc. n.º IV/28.812; TJUE, ac. «Tepea», de 20 Junho de 1978, Proc. n.º 28/77, § 41.

<sup>(26)</sup> TJUE, ac. «Tepea», cit., § 38-39; Decisão da Comissão de 20 de Julho de 1978 — *GB-Inno-BM/Fedetab, Mestdagh-Huyghebaert/Fedetab e Fedetab Recommendation*, Proc. n.º IV/28.852, IV/29.127 e IV/29.149.

verticalmente na cadeia de produção e distribuição <sup>(27)</sup>. O TJCE parece, apenas, recuar nesta muita ampla definição de acordo, para efeitos de aplicação do art. 101.º, quando a extensão desta noção implicaria uma afectação de outros objectivos essenciais da construção europeia, como a realização de uma política social. Não são por isso controlados, ao abrigo do art. 101.º do TFUE, os contractos colectivos de trabalho na medida em que estes incidam sobre a melhoria de condições de trabalho e emprego <sup>(28)</sup>.

São igualmente considerados acordos todas as manifestações de vontade independentemente de estas representarem, ou não, um vínculo jurídico <sup>(29)</sup>. Não se confunde, portanto, a noção de acordo no direito da concorrência, com a de contrato <sup>(30)</sup>, bastando para a aplicação daquele a existência duas

---

<sup>(27)</sup> TJUE, ac. «Consten and Grundig», de 13 de Julho de 1966, Proc. n.º 56 e 58/64, pp. 342-343; TJUE, ac. «Itália v. Conselho e Comissão», de 13 de Julho de 1966, Proc. n.º 32/65, p. 407.

<sup>(28)</sup> TJUE, ac. «Albany», de 21 Setembro de 1999, Proc. n.º C-67/96, § 59-64.

<sup>(29)</sup> Ultrapassada que parece a tese de apenas os acordos juridicamente vinculativos serem susceptíveis de ser incluídos na noção de acordo, ver TJUE, ac. «Chemiefarma» de 15 de Julho de 1970, Proc. n.º 41/69, § 110-114 e 163-169; afirma CASEIRO ALVES exigir-se apenas que o acordo possua força obrigatória de facto, estando a este associado uma sanção de carácter económico, social ou moral. JOSÉ MANUEL CASEIRO ALVES, *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra, 1989, p. 36. Contudo, nem sempre se poderá vislumbrar tal sanção, devendo, por isso, esta ser tida como uma característica normal de um acordo entre duas partes, mas já não como elemento constitutivo necessário da noção de acordo. Ver, também neste sentido, JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 265.

No sentido oposto, defendendo que acordos têm como característica ser actos juridicamente vinculativos, ver MARIA BELMIRA MARTINS / MARIA JOSÉ BICHO / AZEM REMTULA BANGY, *O Direito da Concorrência em Portugal: O Decreto-Lei n.º 422/83 comentado e comparado com o direito comunitário e de vários países*, Papelaria Fernandes, Lisboa, 1986, p. 125.

<sup>(30)</sup> Sobre a noção de contrato ver JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 211-214.



ou mais manifestações de vontade que restrinjam, de alguma forma, a liberdade dos concorrentes de tomarem decisões. Como resulta da jurisprudência comunitária e como se depreende das considerações anteriores são considerados acordos os chamados *gentleman's agreement* <sup>(31)</sup>.

Deve esta interpretação ser, também, utilizada na aplicação do art. 70.º, n.º 2, al. g), do CCP. Ao estabelecer uma fórmula tão ampla que refere não só acordos, como, também, actos, práticas e informações susceptíveis de falsear a concorrência, fica claro que o legislador pretendeu controlar todos os comportamentos anti-concorrenciais susceptíveis de falsear a concorrência num procedimento de adjudicação. Não permitiria, assim, a teleologia desta norma uma interpretação mais restritiva que aquela aqui apresentada.

---

<sup>(31)</sup> Afirmam alguns autores, que a definição exacta de acordo e práticas concertadas é uma questão menor, visto que, mesmo ao aplicar-se definição diferente daquela aqui apresentada, tais "acordos" seriam sempre considerados práticas concertadas, sendo por isso igualmente proibidos pelo art. 101.º do TFUE. Ver LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», in org. LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, *Derecho europeo de la competencia: Antritrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid 2005, p. 62; JOSEPHINE STEINER / LORNA WOODS / CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, *Textbook on EC Law*, 8.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2003 p. 406; STEPHEN WEATHERILL / PAUL BEAUMONT, *Ec Law*, Penguin Books, London, 1993, p. 620.

Não nos parece, porém, que se possa considerar esta distinção totalmente desprovida de utilidade prática. Apesar de, como veremos *infra*, defendermos que acordos e práticas concertadas possam constituir uma infracção única, principalmente na avaliação de infracções complexas que sejam formadas por um conjunto de acordos e práticas, existem diferenças práticas importantes se determinado conluio é categorizado como acordo ou prática concertada. É que se enquanto para a determinação de um acordo como uma infracção basta a existência deste, uma prática concertada exigirá também um elemento objectivo de acção, não se bastando com um elemento subjectivo de intenção de subverter as regras concorrenciais. Ver TJUE, ac. «Hüls AG», de 8 de Julho de 1999, Proc. n.º C-199/92P, § 161.

Convém aqui referir que acordos susceptíveis de falsear a concorrência podem surgir de actos levados a cabo por empregados mesmo que sem autorização ou instruções da entidade empregadora <sup>(32)</sup>. Assume este alerta especial importância no campo da contratação pública, visto que a coordenação de propostas em procedimentos de adjudicação não implica, muitas vezes, uma complexa estratégia de planeamento que necessariamente tivesse de incluir toda a orgânica da empresa.

Não se deve exigir, igualmente, que um consenso tenha sido atingido em todas as áreas de uma proposta a apresentar. Dois ou mais concorrentes poderão ter apenas sido capazes de acordar um ou mais pontos das propostas, ficando assim os restantes sujeitos à concorrência. Não se pode, contudo, aceitar que as empresas restrinjam, ainda que apenas parcialmente, a concorrência, sendo suficiente para a exclusão de uma proposta um acordo em relação a algum dos factores ou subfactores que densificam o critério da adjudicação.

#### 4.1.1. A omissão da referência a decisões de associações de empresas

O art. 101.º do TFUE afirma serem igualmente proibidas decisões de associações de empresas susceptíveis de falsear a concorrência. Refere-se, aqui, o TFUE já não a manifestações de vontade afirmadas individualmente por cada uma das empresas, mas sim, à vontade colectiva des-

---

<sup>(32)</sup> O art. 47.º, n.º 2, da Lei 18/2003 estabelece expressamente que as pessoas colectivas são responsáveis pelas contra-ordenações baseadas em actos praticados pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores, quando estes actos tiverem sido praticados, no exercício das respectivas funções ou em seu nome ou por sua conta. Este é, aliás, um importante ponto de contraste com o direito de concorrência norte-americano onde a violação das regras da concorrência poderá mesmo levar a uma reacção de carácter penal. A. JONES / B. SUFRIN, *EC Competition...*, cit., p. 117, nota 106.

tas manifestadas no seio de uma associação <sup>(33)</sup>, pelos seus membros <sup>(34)</sup>. Referimo-nos às circulares, recomendações, ainda que não vinculativas <sup>(35)</sup>, dirigidas aos membros por parte da associação e a outras decisões adoptadas pelo órgão competente dentro da associação de acordo com os seus preceitos internos.

A opção do legislador nacional de, na norma do CCP, não fazer referência expressa a decisões de associações de empresas compreende-se, se levarmos em conta que seria manifestamente desproporcionado excluir uma proposta de um candidato, apenas, por este fazer parte de uma associação que tivesse proferido uma decisão com um conteúdo anti-concorrencial. Efectivamente, a tomada de uma decisão por uma associação de empresas pode ser completamente alheia a um dos seus membros individuais, ferindo de forma clara os princípios da proporcionalidade e da justiça. Deverá, porém, ser excluída a proposta daquele concorrente que manifesta, através dos seus comportamentos, expressa ou tacitamente, uma aceitação da decisão anti-concorrencial da associação que faz parte, devendo tal comportamento ser incluído no conceito de acordo, caso se possa demonstrar uma manifestação de vontade entre as empresas participantes para agir dessa forma.

---

<sup>(33)</sup> Associação é aqui tomada, igualmente, em sentido muito amplo de forma a incluir cooperativas, associações empresariais, associações não lucrativas, federações ou ordens profissionais. CATHERINE GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, 3.<sup>a</sup> ed., L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 55-56; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 538.

<sup>(34)</sup> L. A. VELASCO SAN PEDRO «Acuerdos, decisiones...», in org. L. A. VELASCO SAN PEDRO, *Derecho europeu...*, cit., p. 65; ANTÓNIO JOSÉ ROBALO CORDEIRO, *As Coligações de empresas e os direitos português e comunitário da concorrência*, Lusolivro, Lisboa, 1994, p. 33; J. M. CASEIRO ALVES, *Lições de...*, cit., p. 37.

<sup>(35)</sup> TJUE, ac. «Cementhandelaren», de 17 de Outubro de 1972, Proc. n.º 8/72, § 15-25; TJUE, ac. «Frubo», 15 de Maio de 1975, Proc. n.º 71/74, § 30-32; TJUE, ac. «IAZ», 8 de Dezembro de 1983, Proc. n.º 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, § 21.

Convém lembrar que um cartel a operar em procedimentos de adjudicação pode ser organizado e suportado por uma associação de empresas. No acórdão SPO <sup>(36)</sup>, o TPI confirmou uma decisão da Comissão <sup>(37)</sup>, em que esta considerou que os Estatutos da Confederação das Associação das empresas de construção holandesa eram incompatíveis com o art. 86.º do TCE (actual art. 101.º do TFUE). Estabeleciam os Estatutos desta Confederação que, antes de apresentar uma proposta num procedimento de adjudicação, qualquer empresa deveria primeiro enviar a esta associação a sua proposta. A Confederação escolheria aquela que apresentasse o valor mais baixo, sendo a empresa autora desta, a única autorizada a apresentar e a negociar a proposta com a entidade adjudicante, ficando, também, obrigada a indemnizar as outras empresas pelos custos que estas tiveram na elaboração das suas propostas. Apesar de a Confederação ter alegado que estes Estatutos tinham como objectivo a promoção de uma “concorrência ordenada”, não sobram dúvidas que estes tem um claro efeito anti-concorrencial, impedindo as empresas de, através da negociação directa com a entidade adjudicante, poderem apresentar melhores propostas e recusar a possibilidade desta poder determinar qual a proposta vencedora.

#### 4.2. Noção de práticas concertadas

Segundo a jurisprudência comunitária, o conceito de práticas concertadas reconduz-se a uma forma de coordenação entre empresas, em que não se tendo atingido um ponto em que se possa afirmar a existência de um acordo, as empresas substituem, de forma ciente, os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas <sup>(38)</sup>. O conceito de práticas concertadas

---

<sup>(36)</sup> TG, ac. «SPO», de 21 de Fevereiro de 1995, Proc. T-29/92.

<sup>(37)</sup> Decisão da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992 — *indústria da construção nos Países Baixos*, Processos IV/31.572 e 32.571.

<sup>(38)</sup> TJUE, ac. «ICI», de 14 de Julho de 1972, Proc. n.º 48/69, § 64; TG, ac. «Solvay», de 10 de Março de 1992, Proc. n.º T-12/89, § 228.

visa, assim, garantir que cada operador económico determine de forma autónoma a sua política no mercado comum.

Apesar de termos proposto uma ampla definição do conceito de acordo, tal não basta para garantir que as empresas não concertarão a sua política comercial. Sendo a coordenação de empresas com efeitos anti-concorrenciais proibida pelo TFUE e pela legislação nacional, as empresas procurarão esconder os contactos e acordos realizados destruindo qualquer prova que pudesse demonstrar a existência daqueles. Acrescente-se a isto que as empresas poderão coordenar a sua acção através de métodos mais subtis e simples, como breves conversas informais ou simples anúncios de intenções <sup>(39)</sup>. O conceito de práticas concertadas assume, assim, importância no controlo de todas as situações em que actuação conjunta das empresas, apenas, possa ser explicada pela existência de alguma forma de acordo ou contacto, ainda que este não possa ser demonstrado <sup>(40)</sup>.

Esta dificuldade de distinguir, em muitas situações práticas, quando existe um acordo ou um outro tipo mais simples de coordenação, deve permitir a uma entidade adjudicante excluir uma proposta com base numa infracção única, não se podendo em todas as situações exigir que uma entidade adjudicante distinga se o comportamento anti-concorrencial, presente perante si, se consubstancia num acordo ou numa simples prática <sup>(41)</sup>. Esta possibilidade de excluir uma

---

<sup>(39)</sup> DANIEL GEORGE GOYDER, *EC Competition Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 98.

<sup>(40)</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, «Direito da concorrência português», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50, Vol. 3, Dezembro, 1990, p. 633. Devido ao objectivo deste conceito, opta CALVÃO DA SILVA por o definir como uma “noção residual”. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito da Banca, Bolsa e Seguros: Direito Europeu e Português*, Tomo I — Parte Geral, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 337.

<sup>(41)</sup> A jurisprudência comunitária aceitou por diversas vezes tal possibilidade. Ver TJUE, ac. «Brasserie De Haecht», de 12 de Dezembro de 1967, Proc. n.º 23/67, p. 415; TG, ac. «Rhône-Poulenc», de 24 de Outubro de 1991, Proc. n.º T-1/89, § 118-128; TG, ac. «HFB» de 20 de Março de 2002, Proc. n.º T-9/99, § 190-191. Ver, também, J. P. MARIANO PEGO, *O Controlo...*,

proposta com base numa infracção única revelar-se-á de especial importância nos casos em que a entidade adjudicante se encontre perante uma teia complexa de acordos e práticas que une os diversos concorrentes. Não deve, porém, esta possibilidade facultada à entidade adjudicante, ser vista, como uma forma de esta se libertar do seu dever de fundamentação da decisão de exclusão. A entidade tem, por isso, o dever de incluir todos os indícios que fundamentam a decisão e determinar, sempre que possível, se o conluio entre os concorrentes se apresenta como um acordo ou como uma prática concertada.

#### 4.2.1. O chamado 'paralelismo inteligente' no âmbito da contratação pública

Podem existir situações em que as empresas actuarão de forma paralela no mercado, sem nunca existir qualquer tipo de contacto ou acordo entre elas, maximizando, assim, os seus lucros em prejuízo dos consumidores (ou no caso da contratação pública, a entidade adjudicante). Falamos aqui daquelas situações em que através do encontro sucessivo dos concorrentes no mercado, estes, antecipando a conduta dos seus competidores, optam por uma atitude passiva no mercado, procurando maximizar os lucros de todos os participantes.

Num mercado de carácter oligopolístico, onde poucos concorrentes estão presentes, duas ou mais empresas podem ter um comportamento próximo daquele expectável de um monopolista devido à interdependência da acção destas. O mecanismo que suporta este comportamento é a ameaça de futura não cooperação, sabendo cada operador que uma descida de preços num primeiro momento irá produzir descidas de preços dos seus concorrentes em encontros subse-

---

cit., pp. 276-285; ALISON JONES / BRENDA SUFRIN, *EC Competition Law: text, case and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 112; D. G. GOYDER, *EC Competition...*, cit., p. 94.

quentes <sup>(42)</sup>. Permitindo este comportamento paralelo um maior lucro das empresas, em prejuízo dos dinheiros públicos, a questão que se coloca é a de saber se este paralelismo deve, ou não, determinar a exclusão do procedimento das propostas que o manifestem.

A resposta da jurisprudência comunitária tem sido consistente ao afirmar que o art. 101.º não impede as empresas de se adaptarem inteligentemente às condições de mercado <sup>(43)</sup>. Não fica, desta forma, impedida uma empresa de estabelecer a sua política comercial tomando em conta a conduta que prevê que os seus concorrentes venham a tomar. O art. 101.º apenas impede que os concorrentes substituam as suas próprias previsões sobre o comportamento dos seus concorrentes, por uma certeza fundada em contactos, anúncios ou outras formas de cooperação.

Não sobram, porém, dúvidas que o paralelismo do comportamento pode ser utilizado enquanto elemento de prova de um conluio anti-concorrencial <sup>(44)</sup>. É preciso não esquecer que para existir coordenação entre as empresas, sem estas contactarem entre si, são necessárias uma série de condições que raras vezes se verificarão cumulativamente. Será necessário, desde logo, que o produto seja homogéneo, exista a possibilidade de serem observáveis desvios de comportamento e se verifique uma credível punição futura destinada ao concorrente desviante. Um comportamento paralelo terá, fora de mercados muito específicos marcados por uma simetria de custos de produção, um número extremamente reduzido de participantes e um produto razoavelmente homogéneo, como explicação mais provável a existência de um acordo secreto ou de contactos de algum tipo entre os participantes.

---

<sup>(42)</sup> MASSIMO MOTTA, *Competition Policy: theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 140; D. BAIRD / R. GERTNER / R. PICKER, *Game Theory...*, cit., pp. 173-174. Ver, também, *supra*, nota 10.

<sup>(43)</sup> C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire...*, cit., p. 54.

<sup>(44)</sup> J. P. MARIANO PEGO, *O Controlo...*, cit., pp. 276-285.

Efectivamente, as teorias de interdependência oligopolista como meio explicativo de preços supra-competitivos sem colusão ou contactos entre concorrentes têm atraído algumas críticas <sup>(45)</sup>. Mesmo em mercados simétricos, uma empresa pode ter fortes incentivos a baixar preços e aumentar a sua quota de mercado, bastando para tal, que os seus concorrentes não possam responder a essa descida de preço automaticamente ou não possam expandir a sua produção para responder ao aumento de procura.

Acrescente-se que estas teorias manifestam, igualmente, sérias dificuldades em explicar como se atinge um preço supra-competitivo através desta interdependência. Se qualquer subida dos preços provoca, por oposição a uma descida, uma fuga massiva da procura para os outros concorrentes, não é simples de explicar como se chegará a um preço supra-competitivo <sup>(46)</sup>. Uma possível explicação pode ser encontrada nos mecanismos de *price leadership* <sup>(47)</sup>. Adiantam estes mecanismos que tal paralelismo de preços supra-concorrenciais pode ser explicado através da subida de preço de uma das empresas <sup>(48)</sup>, que é seguida pelas restantes presentes no mercado. Porém,

---

<sup>(45)</sup> Ver, GREGORY WERDEN, «Economic evidence on the existence of collusion: Reconciling antitrust law with oligopoly theory», in *Antitrust Law Journal*, 71(3), 2004, pp. 762-763; RICHARD WHISH, *Competition Law*, 5.<sup>a</sup> ed., LexisNexis, Londres, 2003, pp. 510-511; RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, 2.<sup>a</sup> ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2001, pp. 55-60.

<sup>(46)</sup> R. POSNER, *Antitrust Law*, cit., p. 58.

<sup>(47)</sup> Ver, DON WALDMAN / ELIZABETH JENSEN, *Industrial Organization: Theory and practice*, 3.<sup>a</sup> Edição, Addison Wesley, Boston, 2007, pp. 307-311

<sup>(48)</sup> Argumentando como insatisfatórios os modelos de liderança de preço, POSNER afirma, pertinentemente, que não existe nenhuma razão para que um competidor siga, necessariamente, um aumento de preços realizado por um rival. É que apesar de ser benéfico para todos os concorrentes, no seu conjunto, seguirem aquele aumento de preço, existe, também, um incentivo individual sobre cada empresa para atrasar, o máximo possível, essa resposta à subida de preço, permitindo, esta atitude, realizar ganhos temporários de quota de mercado decorrentes do preço menor que a empresa cobra no período



tal comportamento paralelo de apresentação de propostas acima dos custos médios implica, pelo menos nos mercados de contratação pública, um acordo, um entendimento tácito ou alguma forma de comunicação prévia à apresentação de proposta devido à incapacidade que cada empresa manifesta de antecipar o valor exacto da proposta de cada um dos seus rivais <sup>(49)</sup>.

---

que medeia a subida de preço do líder e a resposta do competidor. R. POSNER, *Antitrust Law*, cit., p. 59.

<sup>(49)</sup> A especificidade dos mercados de contratação pública como mercados não sujeitos a uma interdependência oligopolista, mesmo na presença de um número reduzido de participantes, pode ser melhor compreendida recordando o mecanismo de fixação de preço num mercado em que os preços são definidos através de um leilão de proposta fechada, o método mais comum em procedimentos de adjudicação. Num mercado com as referidas características, as quantidades e especificidades do bem ou serviço a ser adquirido é definido pela entidade adjudicante. Cada empresa estabelece apenas o preço e, por vezes, outros factores abertos pela entidade adjudicante como abertos à concorrência. Para estabelecer o preço a oferecer, cada empresa realiza, primeiro, uma estimativa dos seus custos em fornecer o bem ou o serviço adicionando-lhe um *mark up* estratégico que dependerá de um conjunto de factores entre os quais se destacam como o número de potenciais concorrentes, a aversão ao risco e o reconhecimento, pela empresa, dos seus custos de produção como atípicos perante o conjunto dos rivais. KENNETH HENDRICKS / ROBERT PORTER, «Collusion in auctions», in *Annales d'Economie et de Statistique* 15/16, 1989, cit., p. 220.

Determinando-se o preço a apresentar da forma descrita, facilmente se compreende que uma proposta, comportando exactamente os mesmos valores, muito dificilmente será explicada por um equilíbrio decorrente de uma ameaça futura de guerra de preços ou por uma pura coincidência resultante de uma eventual extrema proximidade de custos de produção. Num mercado caracterizado por um sistema de *winner-takes-all* como é, em condições normais, um procedimento de adjudicação, ou seja, um mercado em que apenas a empresa que apresente melhor proposta adquirirá o contrato, estamos próximos de um oligopólio regido por um modelo de Bertrand ou por um modelo de mercado disputado, não devendo ser, por isso, expectável encontrar preços muito distantes dos níveis de custos marginais ou dos níveis de custos médios das empresas mais eficientes do mercado. MANFRED NEUMANN, *Competition*

---

*Policy: history, theory and practice*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001, p. 187.

Mesmo existindo um nível de frequência e de homogeneidade dos procedimentos de adjudicação que levassem as empresas a reconhecer, cada uma realizando um raciocínio isolado, que uma política comercial de não agressão seria, a longo prazo, a estratégia mais vantajosa, continuaria a não ser possível, realisticamente, que esta política de não agressão se traduzisse numa apresentação de propostas com os exactos mesmos valores visto, num mercado dinâmico, as alterações de preços de matérias-primas e de outros de custos de produção, as flutuações de procura e a alteração do nível de pressão derivados de potenciais e actuais concorrente, torna irrealista a uma empresa saber, sem comunicação, se a proposta de um concorrente num procedimento anterior se deveu a uma tentativa de subir o preço praticado na indústria ou de um outro factor, sendo, também, próximo do impossível prever, até o último cêntimo, como o, sempre existente, dinamismo de mercado afectará uma nova proposta do rival num procedimento futuro. Recorde-se que o conceito de paralelismo inteligente, apesar de permitir a uma empresa adaptar-se inteligentemente ao comportamento expectável dos seus competidores, não pode ser utilizado como cobertura para comportamentos que não encontram uma plausível explicação na ciência económica.

Por último, refira-se que a simples coincidência, mesmo em situações em que exista homogeneidade de custos de produção, não se apresenta como explicação credível para propostas perfeitamente paralelas. Primeiro, porque diferenças de custos de transporte decorrente de uma diferente posição geográfica das empresas implicam, quase sempre, preços finais dissemelhantes. Mas, sobretudo, a coincidência como explicação provável do exacto paralelismo, até ao último cêntimo, de duas propostas, esbarra no facto da avaliação dos custos marginais ou custos médios futuros ser sempre uma estimativa. Na prática, mesmo na inverosímil condição das duas empresas se encontrarem perante custos absolutamente simétricos e optarem pelo exacto mesmo *mark up*, não conhecendo, nenhuma empresa, com absoluta precisão, os seus custos de produção, a previsão realizada estabelece-se num possível intervalo. Mesmo contendo este intervalo um valor curto de algumas dezenas ou centenas de euros de valores possíveis para custos de produção totais, a coincidência, até ao último cêntimo, de duas propostas implicaria que dois operadores escolhessem independentemente o mesmo valor entre milhares ou dezenas de milhares de valores possíveis.

Levando isto em conta, na ausência de um ponto focal <sup>(50)</sup>, propostas perfeitamente paralelas apresentadas num concurso e acima dos custos médios de produção, não podem deixar de constituir um forte indício de acordos ou práticas concertadas <sup>(51)</sup>. Será tão mais forte esse indício quanto maior for o número de propostas exactamente alinhadas e quanto maior for o número de factores e subfactores nos quais estas se encontrem perfeitamente paralelas. Deveremos concluir que, faltando explicação para o comportamento paralelo das empresas, uma entidade adjudicante pode, estabelecendo um juízo objectivo a partir das propostas apresentadas, determinar a sua exclusão, sendo suficiente apresentarem todas os mesmos atributos, devendo esta entidade acrescentar, sempre que possível, todos os outros indícios que apontem igualmente nesta direcção <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Ver FREDERIC SCHERER, «Focal point pricing and conscious parallelism», in *Antitrust Bulletin*, 12(2), Summer, 1967, pp. 497-503. Alerta-se, porém, que as empresas alinharem a sua proposta num ponto focal, pense-se, no caso da contratação pública, por exemplo, num preço-base, não significa que não tenha existido um acordo neste sentido. Pelo contrário, mesmo este tipo de alinhamento, dificilmente se atinge espontaneamente sem existir um nível de comunicação entre os concorrentes.

<sup>(51)</sup> Considerando, igualmente, que duas propostas de valores exactamente idênticos criam uma presunção de colusão entre os concorrentes, ver VERNON MUND, «Identical bid prices», in *The Journal of Political Economy*, 68(2), April, 1960, pp. 168-169. Efectivamente, mesmo TURNER, autor fundamental da tese de não aplicação do direito da concorrência ao paralelismo inteligente, afirma que este conceito não pode estender-se a propostas exactamente idênticas em produtos não estandardizados, como são aqueles que na maior parte das vezes são contratados por uma entidade adjudicante, criando, estas propostas, uma forte, se não conclusiva, presunção de comunicação anterior à apresentação da proposta, pois, nas palavras do Autor, «...without communication there would be no way, even for the most psychic of sellers, to determine the basis on which competitors would compute their price offers.». DONALD TURNER, «The definition of agreement under the Sherman Act: Conscious parallelism and refusals to deal», in *Harvard Law Review*, 75(4), February, 1962, p. 672.

<sup>(52)</sup> No mesmo sentido TCAS, Acórdão de 29 de Janeiro de 2009, Proc. n.º 04105/08.

### 4.3. Noção de troca de informações

O art. 70.º, n.º 2, al. g), refere expressamente que são excluídas as propostas que manifestem fortes indícios de trocas de informações susceptíveis de falsear a concorrência. Esta noção não está presente no art. 101.º do TFUE, sendo as trocas de informações incluídas no conceito de práticas concertadas. A referência expressa a este conceito compreende-se devido à especial importância que a troca de informações entre concorrentes poderá assumir no período anterior à apresentação de propostas.

A troca de informações entre empresas é muito comum na vida comercial e tem, muitas vezes, resultados positivos para o bem-estar geral. O conhecimento da capacidade instalada ou da procura agregada permite, por exemplo, a um empresário planear melhorar os seus investimentos, aumentar a rentabilidade marginal do capital e, assim, aumentar o bem-estar geral. Facilita, também, a troca de informações entre empresas, uma dispersão do conhecimento técnico, decorrendo igualmente destas trocas resultados positivos para a eficiência económica <sup>(53)</sup>.

A troca de informações entre empresas pode, todavia, ter efeitos negativos na concorrência e conseqüentemente no bem-estar geral. Ao informar os seus concorrentes da sua política comercial estará a permitir que estes actuem no mercado antecipando a sua conduta permitindo que as empresas estabeleçam preços e outras condições mais onerosas do que aquelas que resultariam do jogo da concorrência <sup>(54)</sup>. Torna-se,

---

<sup>(53)</sup> Sobre os benefícios das trocas de informação, ver ANTONIO CAPOBIANCO «Information exchange under EC competition law», in *Common Market Law Review*, 41, 2004, p. 1257; R. WHISH, *Competition Law*, cit., pp. 486-487; A. JONES / B. SUFRIN, *EC Competition...*, cit., pp. 671-672.

<sup>(54)</sup> Os efeitos negativos na concorrência serão tão mais exacerbados quanto mais a estrutura de determinado mercado for susceptível de conluíus expressos ou tácitos entre os competidores. A. CAPOBIANCO «Information exchange...», cit., p. 1266-1268; R. WHISH, *Competition Law*, cit., pp. 491-492; A. JONES / B. SUFRIN, *EC Competition...*, cit., p. 672.

assim, fundamental distinguir, no âmbito da contratação pública, aquelas situações em que a troca de informações falseará a concorrência.

Desde logo, devem ser excluídas as propostas em que um concorrente tenha informado antecipadamente outro sobre qualquer um dos atributos constantes da sua proposta. A troca de informações entre concorrentes sobre propostas a apresentar prospectivamente permite a estes preverem, com precisão, o comportamento dos seus competidores facilitando a coordenação das propostas apresentadas, com os naturais prejuízos para a entidade adjudicante e falseando, de forma indiscutível, a concorrência.

Por outro lado, as informações trocadas sobre a actuação passada tanto em procedimentos de adjudicação anteriores como informações sobre política comercial da empresa em geral, necessitarão de uma análise caso a caso, levando em conta a natureza e conteúdo das informações trocadas. Deverá, porém, ter-se como regra que quanto mais distante do tempo presente menor será a possibilidade de os dados trocados terem uma repercussão negativa no comportamento futuro de quem recebe os dados <sup>(55)</sup>. O facto de determinado concorrente ter tido a possibilidade de obter a informação trocada de forma legal, por exemplo participando nos procedimentos adjudicantes anteriores a que informação se refere, não significa que aquela troca de informações se considere compatível com uma livre concorrência <sup>(56)</sup>.

Não devem, como afirmou já a Comissão, ser considerados susceptíveis de falsear a concorrência a troca de dados agregados sobre a actividade realizada em determinado sector nos quais não seja possível distinguir os diferentes concorrentes,

---

<sup>(55)</sup> J. P. MARIANO PEGO, *O Controlo...*, cit., p. 293; R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 487. Ver, também, decisão da Comissão de 17 de Fevereiro de 1992 — *Intercâmbio de registo de tractores agrícolas no Reino Unido*, Proc. n.º IV/31.370 e 31.446.

<sup>(56)</sup> R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 493.

visto estas não permitirem às empresas antecipar o comportamento dos seus competidores <sup>(57)</sup>. Estas informações estatísticas agregadas podem revelar-se de muita importância para determinada empresa permitindo a esta comparar a sua *performance* com a *performance* média dos seus concorrentes em determinada indústria, incentivando-a, assim, a melhorar a sua eficiência <sup>(58)</sup>.

#### 4.4. Noção de actos

A mais complexa das noções presentes no art. 70.º, n.º 2, al. g), é a noção de acto. Por oposição aos conceitos anteriormente descritos já não tratamos aqui daquelas situações em que determinado concorrente em conluio com outro ou outros procura subverter as regras concorrenciais, mas, já sim, àquelas circunstâncias em que uma empresa procura, por si mesma, falsear as regras da concorrência. Referimo-nos aqui às situações em que, recuperando a linguagem do art. 102.º do TFUE, uma empresa procura abusar de uma posição dominante no mercado <sup>(59)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Decisão da Comissão de 8 de Setembro de 1977 — COBELPA/VNP, Proc. n.º IV 312.366; Decisão da Comissão de 2 de Dezembro de 1986 — *Ácidos Gordos*, Proc. n.º IV/31.128.

<sup>(58)</sup> A. CAPOBIANCO «Information exchange...», cit., p. 1270.

<sup>(59)</sup> A jurisprudência comunitária afirma que uma empresa está em posição dominante quando tem o poder de agir independentemente dos seus competidores, fornecedores e consumidores. Decisão da Comissão de 9 de Dezembro de 1971 — *Continental Can Company*, Proc. n.º IV/26.811; TJUE, ac. «Hoffman-La Roche», de 13 de Fevereiro de 1979, Proc. n.º 85/76, § 38. Sobre como determinar uma posição dominante, ver, entre muitos outros, JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, *A posição dominante relativa no direito da concorrência: análise jurídico-económica*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 26-53; J. M. CASEIRO ALVES, *Lições de Direito...*, cit., pp. 68-76. Refira-se, porém, que nos mercados de contratação pública deve ser atribuída menor importância às quotas de mercado possuídas por cada concorrente. Comportando-se estes mercados, como mercados contestáveis ou seguindo comportamentos próximos daqueles expectáveis num oligopólio de Bertrand, um concorrente, mesmo com uma larga fatia do mercado, pode não estar em condições de subir preços, visto tal subida poder significar uma perda total

A exigência de uma empresa estar em posição dominante para que lhe seja possível falsear sozinha a concorrência não se manifesta difícil de compreender. Apenas controlando uma fatia larga do mercado pode uma empresa encetar comportamentos anti-concorrenciais impondo condições desproporcionadas, injustas ou susceptível de causar dano aos seus consumidores e concorrentes, pois num mercado competitivo em que existam um número elevado de empresas capazes de proporcionar o mesmo produto verificar-se-á uma fuga da procura de determinada empresa para um concorrente. Existe portanto uma presunção de que o comportamento de uma empresa não dominante não terá a possibilidade de falsear a concorrência <sup>(60)</sup>, sendo a possibilidade de controlar o comportamento da empresa dominante o resultado da “especial responsabilidade” que sobre esta recai <sup>(61)</sup>.

---

desse mercado. SZILÁGYI PÁL, «Bidding markets and competition law in the European Union and the United Kingdom — Part II» in *ECLR*, 29(2), 2008, p. 94. Ver, ainda, Decisão da Comissão de 19 de Julho de 2000 — *Pirelli/BICC*, Proc. n. COMP/M.1882.

<sup>(60)</sup> O facto da jurisprudência apenas controlar actos individuais, se estes forem tomados por uma empresa dominante, tem levado a que empresas tenham alegado que um dos seus concorrentes se encontrava em posição dominante em situações assumidamente improváveis. Por exemplo, no caso *Demo-Studio Schmidt*, um particular procurou demonstrar que a empresa *Revox*, que apenas possuía um 1% da quota de mercado, estava em posição dominante. O TJUE, prontamente, recusou esta alegação. TJUE, ac. «*Demo-Studio Schmidt*», de 11 de Outubro de 1983, Proc. n.º 210/81, § 21.

A Comissão tem procurado lidar com estas situações estendendo o conceito de acordos a situações que à primeira vista se definiram como actos unilaterais. Por exemplo, no caso *Sandoz*, o TJUE aceitou que a inscrição das palavras “exportação proibida” nas facturas entregues aos seus consumidores por parte daquela empresa, constituiria um acordo. TJUE, ac. «*Sandoz*», de 11 de Janeiro de 1990, Proc. n.º C-277/87 (*publicação sumária*). Porém, também já ficou demonstrado que a jurisprudência comunitária não aceitará uma extensão ilimitada do conceito de acordo. Ver, TG, ac. «*Bayer AG*», de 26 de Outubro de 2000, Proc. n.º T-41/96, § 64-72.

<sup>(61)</sup> TJUE, ac. «*Michelin*», de 9 de Novembro de 1983, Proc. n.º 322/81, § 57.

A diversidade dos actos susceptíveis de falsear a concorrência aconselha, contudo, a uma análise diferenciada destes.

#### 4.4.1. Propostas com preços e outras condições injustas ou excessivas

Uma empresa pode, desde logo, apresentar propostas com preços excessivos num determinado procedimento de adjudicação. Não é evidente qual o momento a partir do qual se pode considerar determinado preço excessivo, não existindo nenhuma fórmula fixa que elucide neste sentido. Deve, porém, referir-se como factores indicativos um excessivo distanciamento entre o preço cobrado e o custo de realização da prestação <sup>(62)</sup>, ou uma injustificada diferença com os preços praticados em mercados de produtos semelhantes ou em quadrantes geográficos comparáveis <sup>(63)</sup>.

A cobrança de preços excessivos não tem, porém, sido uma prioridade para a Comissão <sup>(64)</sup>. Esta falta de apreensão com este tipo de abusos poderá encontrar a sua explicação no facto do aumento do preço atrair competidores àquele mercado. Quando essa entrada não for possível tal se deverá a factores estruturais, nomeadamente à existência barreiras à entrada, e as quais constituem o verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento da concorrência <sup>(65)</sup>. Não se deve, porém, uma entidade adjudicante satisfazer com tal resposta e esperar, simplesmente, que em procedimentos de adjudicação futuros exista uma correcção no mercado, sendo por isso a exigência

---

<sup>(62)</sup> TJUE, ac. «United Brands», de 14 de Fevereiro de 1978, Proc. n.º 27/76, § 235-267. Ver, igualmente, ALLA POZDNAKOVA, «Excessive pricing and the abuse of a dominant position», in *World Competition*, 33(1), March 2010, pp. 125-133.

<sup>(63)</sup> TJUE, ac. «Lucazeau», de 13 de Julho de 1989, Proc. n.º 110, 241-242/88, § 33.

<sup>(64)</sup> Neste sentido, A. POZDNAKOVA, «Excessive pricing...», p. 139.

<sup>(65)</sup> VALENTINE KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 7.ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 134-135.



de preços excessivos por partes de empresas uma preocupação real que aquela deve atender.

Deve, todavia, começar por afirmar-se que não será simples para uma empresa impor condições injustas a um Estado ou a outras entidades adjudicantes na sua dependência. Desde logo, em relação aos monopólios, a forma mais forte de posição dominante, é necessário lembrar que a existência destes depende muitas vezes do Estado e que aqueles monopólios actuam muitas vezes sobre o seu controlo <sup>(66)</sup>. Não tem, por isso, em muitas situações, as empresas públicas e os grandes monopólios estatais, dependentes do seu controlo e protecção, grandes incentivos a cobrarem preços excessivos ao Estado e a outras entidades adjudicantes de quem muitas vezes dependem, estando inclusive, em algumas situações, tais relações contratuais excluídas das regras de contratação pública, por se apresentarem como relações *in house* <sup>(67)</sup>.

É certo que as empresas públicas e monopólios estatais representam apenas uma parte das empresas em posição dominante, sendo este conceito aplicado, sobretudo, a empre-

---

<sup>(66)</sup> SAMUELSON / NORDHAUS afirmam mesmo que todos os monopólios dependem de alguma forma de protecção governamental. P. SAMUELSON / W. NORDHAUS, *Economia*, cit., p. 156. Para uma distinção dos diferentes tipos de monopólio, ver MANUEL CARLOS LOPES PORTO, *Economia: um texto introdutório*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 153-154.

<sup>(67)</sup> No acórdão Teckal, o TJUE definiu que para existir uma relação, *in house*, será necessário existir, cumulativamente, um controlo semelhante ao que exerce sobre os próprios serviços e da actividade da empresa ser essencialmente realizada para a entidade que sobre si exerce controlo. TJUE, ac. «Teckal», de 18 de Novembro de 1999, Proc. n.º C-107/98, § 50. Sobre a contratação *in house*, ver RUI MEDEIROS, «Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência», in *CJA*, 69, Maio/ Junho 2008, pp. 12-17; BERNARDO AZEVEDO, «Contratação, *in house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado», in org. PEDRO GONÇALVES, *Estudos de Contratação Pública — I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 115-145; C. VIANA, *Princípios Comunitários...*, cit., pp. 474-484.

sas privadas que, embora não estando numa posição monopolista, controlam uma importante parcela da quota de mercado no território geográfico relevante. Porém, mesmo em relação a estas, terá de afirmar-se que não será fácil a estas impor ao Estado ou a uma outra entidade adjudicante condições não equitativas. Ao controlar em muitos mercados uma parte considerável da procura, situando-se, inclusivamente, em alguns numa posição monopsonista, uma entidade adjudicante dispõe de forte poder negocial, permitindo-lhe, assim, contrapor ao poder da empresa em posição dominante de impor as suas condições de mercado, as suas próprias exigências.

Não são, porém, estes argumentos, assumidamente limitados como resposta liminar à possibilidade de uma empresa forçar uma entidade adjudicante a contratar um preço excessivo, a obstar, por completo, a esta possibilidade. Poderia, portanto, pensar-se que, nos casos em que uma empresa em posição dominante de mercado apresentasse uma proposta com valores excessivos, devesse ver excluída tal proposta. Contudo, tal nem sempre se manifesta como a melhor solução para os interesses da entidade adjudicante. Como foi já referido, uma empresa dominante não se confunde com um monopolista, podendo, por isso, serem apresentadas outras propostas por parte de outros competidores, propostas essas insusceptíveis de serem excluídas com base num abuso de posição dominante.

Tendo em conta o dever de adjudicação expressamente assumido no art. 76.º do CCP, excluir a proposta da empresa dominante teria, então, como consequência forçar a entidade adjudicante a contratar como uma empresa que apenas detivesse uma posição menor ou mesmo marginal no mercado. Acrescente-se que se as propostas das empresas não dominantes forem as mais vantajosas para a entidade adjudicante sempre serão estas as escolhidas, sendo nestes casos redundante a exclusão da proposta da empresa dominante. Esta exclusão apenas se revela útil, no caso da empresa dominante ter sido a única a apresentar proposta e a entidade adjudicante

cante procurar através desta exclusão forçar um procedimento de negociação ou de ajuste directo com a referida empresa, ao abrigo art. 24.º, n.º 1, al. b), e o art. 29.º, n.º 1, al. a), do CCP.

Por tudo isto se concluí que o art. 70.º, n.º 2, al. g), do CCP não se mostra como método mais adequado para lidar com propostas contendo preços excessivos. Não podendo utilizar, igualmente, esta situação como causa de não adjudicação, a entidade adjudicante deve tomar uma atitude prudente e preventiva. O método mais simples disponível a uma entidade adjudicante para prevenir estas situações é estabelecer um preço base suficientemente agressivo para, obrigando a proposta a conformar-se a esse limite, garantir os interesses da entidade adjudicante.

#### 4.4.2. Propostas com preços predatórios

No extremo oposto das políticas de preços consideradas abusivas estão as chamadas estratégias de preços predatórios. Pode definir-se uma estratégia de preços predatórios como a tentativa por parte de uma empresa em posição dominante de eliminar os seus concorrentes baixando preços, conseguindo, assim, colocar-se numa posição de monopólio no mercado. Serão estas estratégias compostas por dois momentos, um primeiro em que a empresa baixa os seus preços com vista a eliminar os seus competidores e um segundo momento, em que, encontrando-se sozinha no mercado, elevará os seus preços, procurando mais que compensar as perdas ocorridas no momento inicial.

A primeira questão que se coloca é a de saber quando é o preço presente numa proposta, um preço predatório. Uma resposta possível encontra-se na aplicação, quando se suspeite a existência de uma estratégia predatória, do teste *Areeda-Turner*. Este teste, fielmente seguido na jurisprudência norte-americana, afirma serem predatórios os preços estabelecidos abaixo dos custos variáveis médios, e estabelecendo como compatíveis com as regras de mercado preços estabelecidos acima des-

tes <sup>(68)</sup>. Outra opção seria considerar predatórios todos os preços estabelecidos abaixo dos custos totais médios. Porém, uma opção neste sentido seria difícil de aceitar, visto que em muitas situações esta será uma política racional sem efeitos predatórios. Será esta a situação, por exemplo, em mercados cíclicos, em que uma empresa poderá, nos momentos em que o mercado esteja regredir, desejar realizar mais vendas, mesmo que estas apenas possam contribuir parcialmente para cobrir todos os custos fixos <sup>(69)</sup>.

Na sua jurisprudência, porém, o TJCE estabeleceu, numa controversa opção, um critério misto entre os dois critérios aqui apresentados, afirmando como predatórios, em todas as situações, os preços abaixo dos custos variáveis médios. Para os preços estabelecidos entre os custos variáveis médios e os custos totais médios, exige o TJCE a presença de um elemento subjectivo, ou seja, que a empresa manifeste uma intenção de eliminar os seus concorrentes <sup>(70)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> De forma mais exacta, preços predatórios são, segundo AREEDA / TURNER, aqueles que se situam abaixo dos custos marginais expectáveis a curto prazo. Os custos variáveis médios são apenas apresentados como um *proxy* para custos marginais, visto que a maior parte das empresas, como reconhecem os Autores, não sabe a cada momento o custo de uma unidade extra, apenas sendo possível em condições normais retirar da contabilidade desta os custos totais e em seguida a partir daí determinar os custos variáveis médios. PHILIP AREEDA / DON TURNER, «Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act», in *Harvard Law Review*, 88, 1975, pp. 716-717.

<sup>(69)</sup> V. KORAH, *An introductory...*, cit., p. 124.

<sup>(70)</sup> TJUE, ac. «AKZO», de 3 de Julho de 1991, Proc. C-62/86, § 71-72. Esta opção do TJUE foi alvo de diversas críticas. Desde logo o critério de intenção, ou seja, a vontade de eliminar os concorrentes, dificilmente parece ser de aceitar visto ser prática comum das empresas procurarem eliminar os seus competidores. A principal crítica apontada ao acórdão do TJUE tem sido, porém, o facto de este não exigir a demonstração de que a empresa dominante poderá recuperar as perdas iniciais. Sem esta recuperação não estaremos perante uma estratégia predatória bem sucedida, existindo uma vantagem líquida para os consumidores. Ver, TJUE, ac. «Tetra Pak», de 14 de Novembro de 1996, Proc. n.º C-333/94P § 44. Para uma descrição mais desenvolvida das

No âmbito do CCP, será o art. 71.º que lidará, *prima facie*, com as propostas que incluam, recuperando a expressão presente na epígrafe da norma, preços anormalmente baixos. Esta norma, que encontra a sua reflexão comunitária no art. 55.º da Directiva 2004/18/CE, tem como função regular as condições em que uma entidade adjudicante pode excluir uma proposta por esta conter valores injustificadamente baixos, garantindo, assim, a exequibilidade desta. No caso de existir um preço base, e ao contrário da norma comunitária ou das normas existentes nos ordenamentos jurídicos mais próximos, estabelece o CCP um valor objectivo a partir do qual se considera que uma proposta contém um valor excessivamente baixo <sup>(71)</sup>. É, então, anormalmente baixa, uma proposta cujo valor esteja 40% abaixo daquele que a entidade adjudicante estabeleceu como preço base no caso de se tratar de empreitada de obras públicas e 50% abaixo daquele valor no caso dos restantes contratos. Nos termos do art. 71.º, n.º 2, do CCP, caso não tenha sido estabelecido um preço base, cabe à entidade adjudicante, fundamentadamente, determinar se tal proposta se apresenta como anormalmente baixa.

A questão que se coloca é a de saber como lidar com propostas que tendo um efeito predatório, não atingem os valores objectivos determinados no art. 71.º do CCP. O princípio da concorrência, expressamente assumido no art. 1.º, n.º 4, não se articularia convenientemente uma interpretação que limitasse o controlo de propostas predatórias àquelas que atingissem as

---

críticas aqui apresentadas, ver A. JONES / B. SUFRIN, *EC Competition...*, cit., 339-341.

<sup>(71)</sup> Por exemplo, o *Code des Marchés Publics*, limita-se, no seu art. 55.º, a repetir a norma da Directiva 2004/18/CE. O art. 136.º da Ley de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, admite que se possa definir, através de regulamento, parâmetros objectivos para determinar uma proposta anormalmente baixa, já não a partir do preço-base, mas sim, por referência ao conjunto de ofertas válidas que tenham sido apresentadas. Sobre esta norma, ver JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA / FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva ley de contratos del sector público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 541-543.

percentagens estabelecidas no art. 71.<sup>o</sup> Parece, por isso, justificado controlar-se, supletivamente, as propostas predatórias ao abrigo do art. 70, n.<sup>o</sup> 2, al. g), não podendo deixar de incluir-se a realização de preços predatórios na noção de acto susceptível de falsear a concorrência <sup>(72)</sup>.

Tem de se afirmar, contudo, que os fenómenos de predação comercial se apresentam como muitos raros, podendo-se apresentar fortes argumentos contrários à sua exequibilidade enquanto estratégia económica racional. As estratégias de preços predatórias comportam elevadíssimos custos crescentes, visto que, à medida que a empresa dominante conquista fatias sucessivas do mercado, esta realizará maiores prejuízos, pois tendo uma perda por cada unidade produzida, mais vendas significarão menos lucros. Acrescente-se que estas estratégias podem, igualmente, não se demonstrar eficazes a eliminar definitivamente um concorrente, visto que este poderá simplesmente parar a sua produção, retomando-a com o fim da estratégia de preços predatórios.

Deve ser levado igualmente em conta que, para se apresentar como uma estratégia racional, cortar preços terá de ser como a forma mais económica de eliminar os concorrentes. Nem sempre será assim, apresentando, muitas vezes, custos menores absorver uma empresa concorrente por fusão ou aquisição. Por último, é importante referir-se que uma estratégia predatória apenas é eficaz se a empresa que esta pretende levar à saída do mercado não conseguir encontrar suporte no mercado financeiro, apesar de a longo prazo ser capaz de obter lucros <sup>(73)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Este mesmo raciocínio parece poder estender-se ao caso de existir um auxílio estatal ilegal a uma proposta, mas esta não possa ser excluída por não cumprir os requisitos do art. 71.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do CCP.

<sup>(73)</sup> Estas críticas foram pela primeira vez apresentadas por McGEE em 1958. JOHN MCGEE, «Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case», in *The Journal of Law & Economics*, 1, October, 1958, pp. 139-143. Resumindo, também, estes argumentos e indicando situações em uma estratégia de preços predatórios poderá ser bem sucedida, ligadas, essen-

Por tudo isto, uma entidade adjudicante terá de ser muito cuidadosa na eliminação de um concorrente por considerar que aquele está a praticar um preço predatório. Como afirmámos, estas estratégias revelam-se raras, sendo ainda menor o número de vezes que tal estratégia se afirma bem sucedida. Acrescente-se a isto que um escrutínio severo da entidade adjudicante tem, também, como consequência, que as empresas, antecipando essa atitude, apresentem propostas menos competitivas com graves prejuízos para os dinheiros públicos. Na avaliação destas situações deve uma entidade adjudicante aplicar um critério de avaliação próximo do proposto por AREEDA/TURNER, ou seja excluindo apenas as propostas cujo custo marginal de execução se apresente acima do preço apresentado na proposta.

#### 4.4.3. Outros actos a que se poderá aplicar esta noção

Vimos já que a expressão *actos* poderá ser utilizada para, com as diversas limitações indicadas, controlar as políticas de preços utilizadas por empresas, nomeadamente, aquelas que se encontram em posição dominante. Porém, não será simples conceber o art. 70.º, n.º 2, al. g), como método do controle em relação a outros abusos normalmente associados a uma posição dominante. Tal acontece porque muitos destes abusos não serão facilmente impostos a uma entidade adjudicante. Pense-se, por exemplo, nas imposições de prestações complementares (conhecidas como práticas de *tying*) exigidas por uma empresa dominante para realizar uma prestação principal. Ao

---

cialmente, a falhas de informação no mercado, ver M. МОТТА, *Competition Policy...*, cit., pp. 413-421. Não se nega, então, em absoluto, a possibilidade de existirem preços abaixo dos custos marginais de produção por empresas dominantes, se não tanto como um instrumento de eliminar a concorrência existente, mas antes como uma estratégia de limitar a entrada de possíveis novos competidores. Alerta-se, porém, que mesmo nestes casos as condições de mercado necessárias para que esta estratégia se revele eficiente são estritas.

estabelecer no caderno de encargos as cláusulas a incluir no contrato a celebrar não se configura evidente como poderá uma empresa, mesmo em posição dominante impor cláusulas suplementares sem relação com o objecto principal do contrato. Existem ainda abusos, como por exemplo as recusas de fornecimento, a que a norma do CCP será totalmente alheia, visto não manifestar nessas situações a exclusões de propostas qualquer efeito.

Pensamos, porém, poder estender, em certos casos, a noção de actos anti-concorrenciais referida no art. 70.º, n.º 2, al. g), do CCP a actos praticados por empresas em posição não dominante. Pense-se, por exemplo, nos casos que a entidade adjudicante se decide por um procedimento em que determina um número máximo de concorrentes que podem apresentar proposta e em que uma empresa e uma sucursal desta, ou uma outra estrutura empresarial incapaz de determinar de forma independente a sua actividade, se apresentam como candidatos independentes. Na situação descrita não se poderia aceitar que, na prática, a mesma empresa, independentemente de se encontrar em posição dominante, pudesse ocupar dois lugares de um número máximo pré-estabelecido num modelo complexo de qualificação <sup>(74)</sup>. Tal estratégia, por parte de uma empresa, além de se apresentar claramente anti-concorrencial, violaria a regra da proibição da apresentação de propostas variantes excepto quando expressamente previsto no programa de procedimento <sup>(75)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> Estabelece, contudo, a jurisprudência comunitária que esta exclusão não se pode realizar directamente da mera contestação de um direito de propriedade ou de um número de direito de votos sem permitir aos concorrentes excluídos demonstrar que essa relação não teve influência sobre o seu comportamento no âmbito daquele procedimento em concreto. Efectivamente, as relações entre empresas de um mesmo grupo podem ser regidas por disposições particulares que garantam a independência e a confidencialidade aquando da elaboração e apresentação das propostas. TJUE, ac. «Assitur» de 19 de Maio de 2009, Proc. n.º C-538/07, § 31-32.

<sup>(75)</sup> Cfr. art. 59.º, n.º 7, do CCP.



A figura dos actos concorrenciais deve, ainda, controlar aquelas situações em que a entidade adjudicante divide o contrato em diversos lotes e apenas permite a cada empresa candidatar-se a um deles. Nesta situação, se uma empresa, por exemplo através de uma sucursal ou criando uma empresa fachada, apresentar proposta a adjudicação nos diferentes lotes, tal deve ser considerado um acto susceptível de falsear a concorrência. Não caberá a relação entre estas duas empresas na noção de acordo, visto não existirem aqui duas manifestações de vontade <sup>(76)</sup> <sup>(77)</sup>.

## 5. A SUSCEPTIBILIDADE DE FALSEAR A CONCORRÊNCIA

Naturalmente nem todos os acordos e práticas estabelecidas entre as empresas têm efeitos negativos sobre a concorrência. O art. 70.º, n.º 2, al. g), do CCP, tal como o art. 101.º do TFUE, limita a proibição àqueles acordos e práticas que falseiem a concorrência. Procederemos, então, a uma reflexão sobre que tipos de acordos serão susceptíveis de cumprir este requisito.

A norma do TFUE começa por referir serem proibidos os acordos e práticas que tenham como *objectivo ou efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência. Da expressão disjuntiva presente na norma pode retirar-se que não é necessário a presença de um elemento subjectivo anti-concorrencial por parte

---

<sup>(76)</sup> Relatando uma situação próxima daquela aqui descrita, STA, Acórdão de 1 de Junho de 2006, Proc. n.º 01126/05.

<sup>(77)</sup> Preferindo definir a sanção do comportamento daquelas empresas que, embora desprovidas de autonomia, apresentam ofertas falsamente independentes como um caso de possível aplicação excepcional da proibição de acordos anticoncorrenciais, ver CHRISTOPHE CABANES / BENOÎT NEVEU, *Droit de la Concurrence dans les Contrats Publics*, Le Moniteur, Paris, 2008, pp. 66-67.

das empresas participantes na *entente* <sup>(78)</sup>. Tal interpretação deve ser igualmente utilizada na aplicação da norma do CCP. Dificilmente se poderia pedir a uma entidade adjudicante um critério mais restritivo do que aquele utilizado na jurisprudência comunitária. Confrontada com um acordo em que participe um dos concorrentes num procedimento de adjudicação bastará à entidade adjudicante demonstrar os efeitos anti-concorrenciais que aquele acordo terá naquele procedimento de adjudicação.

Na determinação se um certo acordo entre empresas é, ou não, susceptível de falsear a concorrência deve dispensar-se um tratamento essencialmente diferente aos acordos horizontais e aos acordos verticais. Os acordos horizontais são aqueles realizados entre empresas que, de outra forma, competiriam entre si pelos mesmos mercados, contratos e consumidores. Por outro lado, os acordos verticais são os estabelecidos entre empresas que se situam em momentos diferentes da cadeia de produção ou distribuição, não existindo, assim, uma competição directa entre aquelas.

Se nos acordos horizontais as empresas têm um interesse em estabelecer uma diminuição da produção e um aumento do preço, já nos acordos verticais as empresas procuram aumentar a sua produção visto que uma procura maior beneficia todos os participantes no acordo. Uma empresa a montante não terá, em princípio, interesse de proteger as empresas que distribuem os seus produtos de competir entre si. Os acordos verticais devem, então, ter um tratamento menos severo que os acordos realizados entre empresas colocadas horizontalmente, pois a limitação concorrencial decorrente de acordos verticais se limitará, normalmente, à necessária para incentivar os distribuidores a realizar níveis ideais de investimento <sup>(79)</sup>.

---

<sup>(78)</sup> M. GUERRIN / G. KYRIAZIS, «Cartels: Proofs...», cit., pp. 294-295; P. ALBUQUERQUE, «Direito da...», cit., p. 635; J. M. CASEIRO ALVES, *Lições de...*, cit., p. 43-44. Ver, também, TJUE, ac. «Société Technique Minière», de 30 de Junho de 1966, Proc. n.º 56/65, p. 249.

<sup>(79)</sup> SIMON BISHOP, «Unfinished business: The new approach to assessing vertical restraints», in *Intereconomics*, 37(1), January, 2002, p. 13; V. KORAH, *An introductory...*, cit., pp. 215-216.

## 5.1. Acordos horizontais

São, desde logo, susceptíveis de falsear a concorrência, acordos entre concorrentes em que estes definam algum dos atributos a apresentar. Não se deverá realizar uma distinção se o acordo foi constituído com o objectivo específico de se aplicar, apenas, a determinado procedimento de adjudicação ou se o acordo de fixação de preços pretende aplicar-se a toda a actividade comercial das empresas. Também o estabelecimento de preços alvo, ou seja, o estabelecimento de preços que as empresas pretendem, a prazo, atingir, deverão ser considerados como tendo efeitos anti-concorrenciais <sup>(80)</sup>.

Igualmente proibidos, são os acordos através dos quais as empresas procuram dividir os procedimentos de adjudicação que procurarão vencer através de linhas geográficas. Falamos daqueles acordos em que as empresas dividem os mercados através de linhas nacionais, regionais ou outras, comprometendo-se, cada uma delas, a apenas participar em procedimentos de adjudicação na área que lhes foi arregimentada.

Quanto ao modo de actuação, os cartéis em contratação pública podem operar segundo um de três modelos, que apresentam diferentes vantagens e desvantagens. Um primeiro modo de actuação disponível aos membros do cartel é a *apresentação de propostas exactamente idênticas* por parte de todos os participantes no cartel. Este método consiste em todos os concorrentes submeterem propostas com os mesmos exactos factores e subfactores, apresentando-se, assim, todas as empresas, com a mesma probabilidade de obter o contrato em disputa, resolvendo as dificuldades derivadas de decidir quem deve, entre os membros do cartel, obter o contrato <sup>(81)</sup>.

Porém, este método de cartelizar procedimentos de adjudicação depara-se com dois problemas. Primeiro, a apresentação de propostas perfeitamente idênticas por parte de diver-

---

<sup>(80)</sup> A. JONES / B. SUFRIN, *EC Competition...*, cit., pp. 643-645.

<sup>(81)</sup> P. MCAFEE / J. McMILLAN, «Bidding rings», cit., pp. 583-584.

sos concorrentes funcionará como significativo sinal de alerta de possíveis acordos entre os diferentes participantes, podendo, assim, desencadear punições por parte das autoridades responsáveis pelo controlo das regras da concorrência. Acrescente-se que o método descrito apresenta, também, dificuldades decorrentes de assimetrias entre os custos de produção e valorizações entre as diferentes firmas presentes no cartel. É que ao determinar aleatoriamente o vencedor de um procedimento de adjudicação, o cartel poderá acabar por indicar um candidato menos eficiente que os seus parceiros, resultando, assim, uma menor diferença entre o custo pago pela entidade adjudicante e aquele suportado pelo concorrente vencedor, decorrendo daqui, a longo prazo, um nível menor de vantagens em formar um laço anti-competitivo entre os diferentes competidores.

Um segundo método através do qual os concorrentes podem organizar um cartel em contratação pública é através de *esquemas de rotação da proposta vencedora*. Segundo este método, os membros do cartel vão tomando rotativamente o lugar de vencedor do contrato a adjudicar e os restantes elementos do cartel abstêm-se de realizar proposta ou limitam-se a apresentar propostas-sombra, com vista a mascarar a cartelização do procedimento de adjudicação <sup>(82)</sup>.

Os esquemas de rotação têm como vantagem resolver, em parte, o primeiro dos problemas levantados pela apresentação de propostas paralelas, ou seja, a facilidade de detecção por autoridades de concorrência <sup>(83)</sup>. Essa capaci-

---

<sup>(82)</sup> Ver, C. CABANES / B. NEVEU, *Droit de...*, cit., 2008, pp. 47-48.

<sup>(83)</sup> Os esquemas de rotação do vencedor do contrato terão ainda uma outra vantagem sobre os esquemas de apresentação de propostas idênticas. É que enquanto estes determinam sempre uma mesma probabilidade de vencer certo procedimento de adjudicação, os esquemas de rotação permitem uma diferente distribuição do número de contratos adjudicado a cada empresa, decidindo que certa empresa deverá obter um número superior de adjudicações. LOUIS PHILIPS, *Competition policy: a game-theoretic perspective*, Cambridge University

participantes aumentam os lucros agregados do cartel e conseguem alargar o número de oportunidades de atingir acordos satisfatórios para todos os membros <sup>(85)</sup>.

Contudo, a realização de pagamentos laterais oferece alguns riscos às empresas que decidam utilizar este instrumento para melhor distribuir os lucros resultantes do processo de colusão. É que ao adoptar este método, os participantes em determinado cartel deixam de poder afirmar que as suas acções de coordenação resultam de um paralelismo decorrente de uma forte interdependência oligopolista ou de uma simples coincidência derivada das condições de mercado, visto este esquema necessitar de grandes níveis de comunicação entre os seus membros. Acrescente-se, ainda, que as transferências de dinheiro entre concorrentes proporcionam um rasto que poderá ser seguido pelas autoridades responsáveis pela aplicação das regras da concorrência para conhecer e punir eventuais empresas participantes na viciação de procedimentos de adjudicação <sup>(86) (87)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> KEVIN ROBERTS, «Cartel behavior and adverse selection», in *The Journal of Industrial Economics*, June, 1985, pp. 411-413.

<sup>(86)</sup> L. PHILIPS, *Competition policy...*, cit., p. 76; THOMAS VON UNGERN-STERNBERG, «Cartel stability in sealed bid second price auctions», in *The Journal of Industrial Economics*, 36(3), March, 1988, p. 352; K. ROBERTS, «Cartel behavior...», cit., p. 401.

<sup>(87)</sup> Afirme-se, porém, que recorrendo à subcontratação um cartel pode, emulando as vantagens das transferências de pagamentos, encontrar entre os seus membros a empresa mais eficaz para a realização do contrato a adjudicar sem atrair as atenções da entidade adjudicante e autoridades da concorrência. Distribuindo através de subcontratos os lucros decorrentes do acordo anti-competitivo, o cartel evita transferências directas de dinheiro que poderiam ser utilizadas como elemento de prova num possível momento posterior de punição. É este risco real de exploração da subcontratação como método de distribuição dos lucros de cartel que justifica a norma presente no art. 317.º, n.º 1, al. c), do CCP e que, repetindo a formulação do art. 70, n.º 2, al. g), determina ser a subcontratação sempre vedada quando existam fortes indícios que esta resulte actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência.

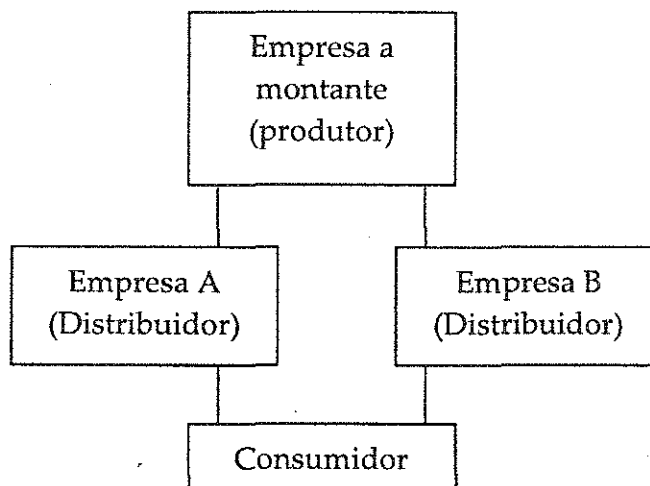
## 5.2. Acordos verticais

Um dos mais controversos tópicos na área do direito da concorrência manifesta-se no tratamento que deverá ser dispensado aos acordos verticais. Apresentando-se estes como instrumentos indispensáveis de racionalização e coordenação entre os diferentes níveis de produção e distribuição, manifestam-se, porém, como difíceis de avaliar as consequências económicas de tais acordos.

Deve afirmar-se, em primeiro lugar, que os acordos verticais apresentam, por norma, efeitos positivos sobre a concorrência e o bem-estar geral. Permitem estes acordos, garantindo, por exemplo, preços mínimos de venda ou esquemas selectivos de distribuição, evitar problemas de *free riding*, incentivando distribuidores a jusante do produtor a oferecer serviços complementares à compra do produto, investir em publicidade ou realizar manutenção ao produto vendido <sup>(88)</sup>. A possibili-

---

<sup>(88)</sup> O *free-riding* apresenta-se como uma externalidade horizontal positiva decorrente de um investimento por parte de um distribuidor ou retalhista, tal como ilustrado no exemplo apresentado em seguida:



Neste exemplo, duas empresas distribuidoras de um determinado produto concorrem na sua venda, procurando, cada uma delas, aumentar a sua quota de mercado. Na realização desse objectivo, um distribuidor poderá utilizar um conjunto diverso de técnicas que poderão aumentar a qualidade e apelo do produto (pense-se, por exemplo, num distribuidor que contrata empregados para esclarecer dúvidas, promover

dade de, através de acordos verticais, incentivar distribuidores a realizar novos investimentos, apresentar-se-á como instrumental à entrada de produtos e produtores em novos mercados.

Os argumentos aqui apresentados não são, porém, suficientes para se poder afirmar que os acordos verticais manifestam sempre efeitos positivos sobre o nível geral de bem-estar e produção, apresentando sempre um resultado positivo para os consumidores. Efectivamente, a diminuição da concorrência entre os distribuidores devido à protecção oferecida pela empresa a montante pode ter efeitos negativos sobre níveis gerais de bem-estar dos consumidores, caso o aumento de preços resultante da protecção oferecida pelo acordo vertical represente uma maior perda de rendimento do que bene-

---

o produto ou fornecer um serviço de pós-venda), actividades, essas, que terão um custo associado.

O benefício de alguns desses investimentos poderá ser internalizado de forma total por aquele distribuidor que o realize. Imagine-se, por exemplo, que a empresa A oferece aos seus consumidores uma linha de crédito aos seus consumidores. Neste caso, toda a procura extra decorrente da oferta deste serviço suplementar dirigir-se-á à empresa A, não se colocando, aqui, um problema de *free-riding*. Porém, se a empresa A investir numa estratégia de publicidade que promova, não apenas aquele distribuidor, mas também a marca do produtor a montante, tal terá um efeito *spill-over* que beneficiará a empresa B.

Num exemplo como o descrito, qualquer das empresas manifestar-se-á extremamente relutante em realizar qualquer investimento cujo benefício vá, ainda que parcialmente, reflectir-se de forma positiva sobre o produto vendido, esperando que esse custo seja antes incorporado por uma das suas empresas concorrentes. Os acordos verticais poderão ser utilizados pela empresa a montante para resolver este problema incentivando as empresas distribuidoras a otimizar a oferta de serviço e o nível de investimento. Estabelecendo um nível mínimo de preços ou oferecendo protecção territorial a cada um dos seus distribuidores, poderá, aquela empresa, criar os incentivos para que os seus distribuidores realizem um nível óptimo de investimento. M. MOTTA, *Competition Policy...*, cit., pp. 313-315; S. BISHOP «Unfinished business...», cit., pp. 15; LESTER TELSER, «Why should manufacturers want fair trade?», in *The Journal of Law & Economics*, 3, October, 1960, pp. 89-94.

efeitos positivos e negativos dos acordos verticais, podendo-se, por exemplo, afirmar que estes serão mais nefastos quando realizados entre empresas bem estabelecidas no mercado ou com grandes cotas da produção ou distribuição de determinado produto ou serviço <sup>(91)</sup>, a ponderação dos efeitos pro-competitivos ou anti-concorrenciais de determinado acordo raras vezes se afirmará óbvia.

Permitir-se, então, que uma entidade adjudicante excluísse uma proposta de um concorrente por considerar que um acordo concluído entre esta e uma empresa colocada num nível diferente da produção se apresenta como violando as regras da concorrência, teria como consequência uma aplicação fragmentária deste direito com graves consequências para a segurança jurídica. A indiscutível importância deste tipo de acordos, aliada ao carácter tendencialmente permanente destes, conviveria mal com decisões contraditórias de diferentes entidades adjudicantes, levando a que determinadas empresas, sobretudo aquelas mais dependentes de procedimentos adjudicação, numa atitude defensiva, se abstivessem de celebrar acordos verticais, ainda que estes se apresentassem potencialmente benéficos para os níveis gerais de bem-estar.

Efectivamente, os diferentes tipos de acordos verticais apresentam-se, pelo menos parcialmente, como substituíveis entre si na realização da protecção do distribuidor, apresentando, essencialmente, os mesmos efeitos económicos, levando a uma menor competição entre os distribuidores de uma mesma marca ou limitando a entrada no mercado de novos distribuidores dessa marca <sup>(92)</sup>. Contudo, na maior parte dos

---

<sup>(91)</sup> W. COMANOR, «Vertical price...», cit., pp. 1001-1002.

<sup>(92)</sup> M. MOTTA, *Competition Policy...*, cit., p. 377; KIP VISCUSI / JOHN VERNON / JOSEPH HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3.<sup>a</sup> ed., The MIT Press, Cambridge, 2000, p. 234. A escolha do produtor por determinado tipo de acordo vertical far-se-á com base nas circunstâncias práticas que se encontrem perante si, optando por dividir mercados por linhas territoriais quando diferentes territórios necessitarem da oferta de diferentes serviços para atrair um maior número de consumidores, e



casos, a menor pressão sobre distribuidores do mesmo produto será compensada com uma mais vincada competição de marcas e produtos sucedâneos, cuja entrada no mercado é muitas vezes possibilitada pela própria existência daqueles acordos verticais.

Conceda-se, porém, que diferentes tipos de acordos de distribuição, apesar de manifestarem, essencialmente, as mesmas consequências económicas, podem, na prática, ter maiores ou menores consequências na concorrência. Contudo, a avaliação se determinado tipo de acordo tem maiores ou menores efeitos na concorrência não se pode realizar, apenas, olhando para o tipo de acordo em presença. É certo que a Comissão Europeia tem tradicionalmente manifestando forte resistência a aceitar determinados tipos de acordos verticais, ainda hoje perfeitamente visível, por exemplo, na proibição *tout court* de acordos que estabeleçam preços mínimos de revenda ou na proibição de protecções territoriais absolutas <sup>(93)</sup>. Porém, tal opção da Comissão deverá ser compreendida, não como uma afirmação de que tais acordos trarão, necessariamente, efeitos económicos nefastos, mas como uma refacção do objectivo político de promover um mercado comum e que tais acordos tenderiam a isolar mercados e distribuidores por linhas nacionais <sup>(94)</sup>.

---

decidindo-se, ao invés, por restrições da possibilidade dos seus distribuidores competirem através do preço, quando o produtor se sentir em melhor posição para definir técnicas de venda que uma fracção considerável daqueles que distribuem os seus produtos. ROBERT BORK, «The rule of reason and the *per se* concept: price fixing and market division», in *Yale Law Journal*, 75(3), January 1966, p. 454.

<sup>(93)</sup> Cfr. art. 4.º do Regulamento (CE) 2790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999.

<sup>(94)</sup> A. JONES / B. SUFRIN, *EC Competition...*, cit., p. 155; BARRY HAWK, «System Failure: Vertical restraints and EC competition law», in *Common Market Law Review* 32, 1995, p. 981; IVO VAN BAELE / JEAN FRANÇOIS BAELE, *Droit de la Concurrence de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Bruxelas, 1991, pp. 136-137. Criticando fortemente a opção da Comissão por uma lista de cláusulas *hardcore*, determinando que certos acordos

Em conclusão e apesar de não seguirmos aquela posição que advoga que os acordos verticais, simplesmente, não deverão ser uma preocupação do direito da concorrência <sup>(95)</sup>, pensamos que mesmo uma possível ilegalidade de um acordo entre um distribuidor e um produtor não deve determinar a exclusão de uma proposta a concurso. Como já afirmámos, permitir que uma entidade adjudicante avaliasse os efeitos competitivos de acordos verticais teria consequências fortemente negativas sobre a segurança jurídica, devendo, por isso, o monopólio de controlo e avaliação da legalidade de tais acordos manter-se nas mãos de autoridades especializadas no controlo das regras da concorrência.

## 6. OS AGRUPAMENTOS DE PESSOAS SINGULARES OU COLECTIVAS E O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

No último ponto deste texto procuraremos conciliar a possibilidade aberta pelo legislador no art. 54.º do CCP e que determina, no seu n.º 1, que «podem ser candidatos ou concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou colectivas, qualquer que seja a actividade por elas exercida» com as regras da concorrência que se deverão aplicar a um procedimento de adjudicação.

A primeira dificuldade resultante da interpretação desta norma resulta do facto do legislador não ter colocado qualquer limite expresso à possibilidade de duas ou mais empresas

---

verticais não serão, em nenhuma circunstância, aceites ver VALENTINE KORAH / DENNIS O'SULLIVAN, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pp. 295-296.

<sup>(95)</sup> Foi, por exemplo, esta a posição tomada por BORK num influente artigo de 1966 em que categoricamente afirmava deverem ser os acordos verticais, sempre, considerados compatíveis com o direito da concorrência. R. BORK, «The rule...», cit., p. 475.

apresentarem propostas conjuntas <sup>(96)</sup>. Porém, e apesar de tal limite expresso inexistir neste artigo do CCP, dificilmente se poderia aceitar total liberdade das empresas para se candidatarem, conjuntamente, num procedimento de adjudicação. Não seria, certamente, de aceitar que num mercado que apresentasse um carácter duopolista ou oligopolista, se permitisse que as poucas empresas a operarem nesse mercado apresentassem, através de um agrupamento, uma única proposta, eliminando, na prática, qualquer competição na obtenção de um contrato público.

Deve, assim, o art. 70.º, n.º 2, al. g), do CCP ser visto como um limite à possibilidade de as empresas se agruparem, devendo-se considerar que tal acordo determina a exclusão da proposta, quando a presença de um agrupamento seja de tal forma abrangente que signifique o falseamento da concorrência <sup>(97)</sup>. Efectivamente, admitir-se uma liberdade ilimitada para formar agrupamentos conviveria mal com o princípio da concorrência, expressamente assumido no art. 1.º, n.º 4, do CCP. Mostrar-se-ia, também, difícil de compreender a preocupação do legislador de proibir todos os acordos e actos susceptíveis de falsear a concorrência, protegendo-se de possíveis cartéis

---

<sup>(96)</sup> Prescrição diferente é preconizada no art. 51.º, n.º 1, do *Code des Marchés Publics*, onde se afirma que os operadores económicos se poderão apresentar como um candidato único, condicionando, porém, esta candidatura ao respeito pelas regras da concorrência.

<sup>(97)</sup> No caso de um agrupamento com as características referidas pode mesmo admitir-se a aplicação do art. 101.º do TFUE que, recordando o seu n.º 1, afirma «São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.» Assim, no caso de o acordo de agrupamento entre as empresas ter como objectivo ou efeito falsear a concorrência este deve, seguindo a prescrição do n.º 2 do art. 101.º, ser considerado nulo. Admitindo, igualmente, esta interpretação, ver J. T. LANG, «Subsidiarity and...», cit., p. 63.

dos concorrentes a um procedimento de adjudicação, para depois, autorizar, na prática, que as empresas chegassem ao mesmo efeito através da realização de abrangentes acordos de agrupamentos de concorrentes.

Certo é que os agrupamentos de empresas apresentam, muitas vezes, efeitos positivos sobre a eficiência das propostas, permitindo, através do uso de sinergias de produção e informação, apresentar custos de produção mais reduzidos e propostas mais agressivas <sup>(98)</sup>, abrindo a possibilidade das pequenas e médias empresas acederem com maior facilidade a contratos públicos, permitindo-se às empresas que individualmente não teriam a capacidade de apresentar proposta o possam fazer conjuntamente <sup>(99)</sup>. Contudo, resultará também da

---

<sup>(98)</sup> A possibilidade de apresentar propostas conjuntas dá aos competidores a possibilidade de eliminar, parcialmente, o paradoxo designado como a maldição do vencedor (*winner's curse*). Este fenómeno ocorre quando o verdadeiro custo ou valor dos contratos a disputar não se mostre inteiramente conhecido aos concorrentes e, por isso, a proposta de cada um dos competidores dependa de uma estimativa que cada um realize dos custos de realização somada de uma margem de lucro. Uma situação como a descrita determina que, nos casos em que seja muito difícil de estimar o verdadeiro custo de realização do contrato, o vencedor do procedimento de adjudicação não será, muitas vezes, o mais eficiente, mas, simplesmente, aquele que se encontrava perante indícios mais optimistas do verdadeiro custo de realização.

Antecipando que uma proposta vencedora pode significar graves prejuízos devido a uma realização indevida da estimativa de custos, os concorrentes optarão por apresentar propostas muito conservadoras para obter a adjudicação do contrato. O agrupamento de empresas, ao permitir que diferentes concorrentes unam os seus dados e realizem estimativas mais próximas da realidade, pode levar a apresentarem propostas mais agressivas em procedimentos de adjudicação. Ver, HAN HONG / MATTHEW SHUM, «Increasing Competition and the Winner's Curse: Evidence from Procurement», in *Review of Economic Studies*, 69(4), October, 2002, pp. 891-892; PAUL MILGROM, «Auctions and bidding: A primer», in *The Journal of Economic Perspectives*, 3(3), Summer, 1989, pp. 5-6.

<sup>(99)</sup> J. ANDRADE DA SILVA, *Código dos...*, cit., p. 197; LAURENT RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6.<sup>a</sup> ed., L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 436-437.

existência de propostas conjuntas, o efeito oposto, ou seja, a existência de propostas menos agressivas devido ao facto de existirem menos competidores <sup>(100)</sup>.

Tendo-se referido que de a participação de agrupamentos de empresas pode resultar, ao mesmo tempo, efeitos pró e anti-competitivos, facilmente se induz a dificuldade de se estabelecer regras precisas para a avaliação dos agrupamentos de empresas. Pode, porém, afirmar-se que não devem causar preocupações aqueles agrupamentos de empresas constituídos por concorrentes de pequena dimensão ou que, individualmente, não tivessem a capacidade de concorrer àquele procedimento de adjudicação <sup>(101)</sup>.

A resposta tem, contudo, de ser diferente quando o agrupamento seja realizado entre as maiores e mais competitivas empresas dentro de determinado mercado. A pergunta que se coloca, então, é a de saber quando deveremos considerar estar perante empresas suficientemente grandes, dentro de determinado mercado, para considerar que associação entre estas representará um falseamento da concorrência. Na avaliação do grau de concentração de determinado mercado e na determinação do risco que a união de duas empresas crie ou reforce comportamentos oligopolistas tem sido, frequentemente, utilizado o índice *Herfindahl-Hirschman*. Calculado através da soma do quadrado da percentagem da quota de mercado das empresas envolvidas em determinado mercado relevante, este índice permite, não só, conhecer o grau de concentração de certo

---

<sup>(100)</sup> Os efeitos no bem-estar geral resultantes de uma fusão, ou, mais exactamente, no caso da contratação pública, o agrupamento, é dado pela diferença entre a perda de bem-estar dos consumidores resultante da diminuição da competição pelos preços (*dead-weight loss*) e o valor resultante da diminuição de custos de produção derivada da união entre as empresas. Ver, OLIVER WILLIAMSON, «Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs», in *The American Economic Review*, 58(1), March, 1968, pp. 21-22.

<sup>(101)</sup> J. T. LANG, «Subsidiarity and...», cit., p. 63. Também neste sentido, Decisão da Comissão de 24 de Outubro de 1988 — *Eurotunnel*, Proc. n.º IV/32.437/8.

mercado, como compreender de que modo a junção de duas empresas reforçará o carácter oligopolista desse mercado <sup>(102)</sup>, podendo, assim, funcionar como um ponto de partida de uma decisão da entidade adjudicante quanto à compatibilidade do acordo de agrupamento com as regras da concorrência.

Acrescente-se que o agrupamento de empresas, ao agregar a oferta num número inferior de participantes poderá facilitar a formação de cartéis, permitindo uma mais simples conclusão de um acordo favorável a todas as partes <sup>(103)</sup>. Se é certo que uma entidade adjudicante deve preocupar-se com os efeitos de cartelização provocados pela presença de agrupamentos de pessoas colectivas e singulares, esta deve, também, levar em conta as melhorias de eficiência resultantes desses mesmos agrupamentos. Assim, no caso de existirem vantagens decorrentes de maior eficiência ou maior agressividade dos competidores, que sejam transmissíveis à entidade pública através de reduções de preço ou de melhorias objectivas na qualidade do

---

<sup>(102)</sup> Sobre a aplicação do índice *Herfindahl-Hirschman* (IHH) tem a Comissão afirmado não serem de causar preocupação aquelas concentrações cujo IHH, após a concentração, seja inferior a 1000. A Comissão tem igualmente afirmado não serem, em princípio, passíveis de apreensão, aqueles mercados que contenham um IHH entre 1000 e 2000 ou superior a 2000 se tiverem um delta, ou seja, a variação de IHH ocorrida entre o momento anterior e o momento posterior à concentração, inferior a 250 ou 150, respectivamente. Nestes dois últimos casos, a Comissão poderá, contudo, não aceitar determinada concentração quando se verificarem especiais circunstâncias. Ver Comissão, *Orientações para...*, cit., § 19-21.

<sup>(103)</sup> M. MOTTA, *Competition Policy...*, cit., p. 251; KARA HABERBUSH, «Limiting the government exposure to bid rigging schemes: A critical look at sealed bid sealed bidding regime», in *PCLJ*, 30(1), Fall, 2000, p. 110; ROBERT PORTER / DOUGLAS ZONA, «Detection of bid rigging in procurement auctions», in *The Journal of Political Economy*, 101(3), June, 1993, pp. 524-525. É certo, porém, que, apesar de diminuir o número de concorrentes a determinado procedimento de adjudicação, a formação de agrupamentos poderá, em certas condições, diminuir a probabilidade de cartelização. Tal acontecerá, se através da formação de um agrupamento passe a existir uma menor simetria entre os participantes em certo mercado, incentivando, assim, a uma fuga do equilíbrio colusório.

produto, tal deverá levar a entidade adjudicante a considerar que a formação de agrupamentos não falseará a concorrência e não deverá, assim, determinar a exclusão da proposta <sup>(104)</sup>.

## 7. CONCLUSÃO

Muitos dos mercados de contratação pública têm uma estrutura que propícia a formação e estabilidade de cartéis e outros acordos anti-concorrenciais. Apresentando, estes mercados, muitas vezes, uma natureza oligopolista, onde as características dos bens a contratar pela Administração são, comumente, conducentes a mercados com um número reduzido de concorrentes que se encontram repetidamente no mercado, nasce, assim, uma situação de forte inter-dependência de comportamento por parte dos operadores económicos, convidativa a comportamentos colusivos.

Os processos de cartelização em contratação pública são, então, um problema real dos procedimentos de adjudicação. Da entidade adjudicante espera-se, assim, para além de um desenho do procedimento que promova a concorrência, um controlo específico de propostas anti-concorrenciais através da exclusão de propostas que apresentem fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear a concorrência.

De clara inspiração nas normas jus concorrenciais, a dificuldade de interpretação dos conceitos enunciados pode ser suprida, em larga medida, com recurso aos extensos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais realizados no âmbito do Direito da Concorrência, sobretudo, no âmbito comunitário. Contudo,

---

<sup>(104)</sup> Considerações de eficiência têm sido, também, aceites na avaliação de concentrações entre empresas no direito comunitário, ainda que apenas respeitando apertadas condições de transmissibilidade aos consumidores. Ver, J. P. MARIANO PEGO, *O Controlo...*, cit., pp. 207-212; CAROLINA CUNHA, *Controlo das Concentrações de Empresas: direito comunitário e direito português*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 165-166.

importa sublinhar que a aplicação de tais conceitos no âmbito específico do controlo de actos e acordos anti-concorrenciais em procedimentos de adjudicação exige que a entidade adjudicante compreenda, tanto o seu papel específico neste controlo, como reconheça as limitações que decorrem de uma decisão cujas consequências directas se reportam somente ao âmbito do próprio procedimento.

Efectivamente, o controlo realizado de uma proposta por parte de uma entidade adjudicante não pode ser equiparado à função de regulação económica que necessariamente se atribui a um regulador económico transversal, como são as entidades responsáveis pela aplicação das regras da concorrência. Assim, necessariamente, o controlo por parte de uma entidade adjudicante não se pode estender, por exemplo, a acordos verticais, onde o risco de decisões fraccionadas por parte de diferentes entidades adjudicantes poria sem dúvida em causa valores fundamentais de segurança jurídica, resultando em mensagens contraditórias sobre que acordos seriam consideráveis compatíveis com os valores da concorrência.

Do exercício de controlo de propostas fundadas em comportamentos anti-concorrenciais espera-se resultar um efeito dissuasor sobre os participantes nestes mercados, desincentivando-os, através do risco de exclusão do procedimento, de participarem em actos, acordos ou práticas susceptíveis de falsear a concorrência. É importante, porém, sublinhar que a exclusão de um ou mais participantes em procedimentos de adjudicação não é uma operação sem custos, visto poder forçar a entidade adjudicante a contratar com operadores menos eficazes, cuja capacidade de ver a si adjudicado o contrato se resume, no caso concreto, aos concorrentes mais eficientes se terem visto excluídos por algum comportamento anti-concorrencial.

O risco assumido pelo legislador de que determinados procedimentos resultem em não adjudicações ou em adjudicações a empresas e competidores menos eficientes apenas pode ser compreendido como um sério compromisso com os valores e princípios orientadores da concorrência. Esta opção resulta



da percepção dos mercados de contratação pública como mercados com características específicas em que os comportamentos anti-concorrências exigem uma resposta coordenada que ultrapasse o mero controlo *ex-post* reservado à generalidade da vida económica.

O actual regime de controlo dos cartéis em contratação pública apresenta-se, então, como uma tarefa complexa, onde ao papel primordial da entidade adjudicante se junta a acção complementare, e igualmente indispensável, das autoridades responsáveis pela aplicação das regras da concorrência. Disponibilizando, as actuais regras de contratação pública, as ferramentas necessárias para uma resposta a diferentes tipos de mercado e a diferentes riscos de comportamentos anti-concorrenciais, a capacidade de resposta a estruturas anti-concorrenciais dependerá, sobretudo, da capacidade de compreender o mercado, explorar as possibilidades de resposta proporcionadas na actual legislação e uma cooperação eficiente entre os momentos de controlo prospectivo e retrospectivo actualmente definidos na legislação em vigor.