

ÍNDICE GERAL

NOTA PRÉVIA	5
RESUMO	7
ABSTRACT	9
MODO DE CITAÇÃO DA BIBLIOGRAFIA	11
MODO DE CITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	11
ABREVIATURAS	13

PARTE I

INTRODUÇÃO	17
A) Considerações introdutórias	17
B) Delimitação do tema	55
C) Percurso	59

PARTE II – A DIMENSÃO ECONÓMICA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

INTRODUÇÃO	67
------------	----

CAPÍTULO I – A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS PÚBLICOS E A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE	73
1. As funções económicas da contratação pública	73
1.1 A contratação pública enquanto instrumento de política macroeconómica	74
1.2 A contratação pública enquanto instrumento operacional da procura pública	83

871

2. O Estado enquanto parte contratante na aquisição de bens e serviços	86
2.1 Os contratos públicos sob a perspetiva da teoria da agência	86
2.2 A centralização das compras públicas	93
3. Os mercados da contratação pública	100
3.1 A urgência de abandonar o paradigma do “mercado público”	100
3.2 Uma tipologia dos mercados da contratação pública	104
3.2.1 A situação regulatória do mercado	105
3.2.2 O grau de preponderância do comprador público	107
4. A definição do mercado relevante em contratação pública	114
4.1 A dimensão objetiva do produto	117
4.2 A dimensão geográfica do mercado	123
4.3 A dimensão temporal do mercado	124
5. Conclusões preliminares	127

CAPÍTULO II – OS EFEITOS ECONÓMICOS

E CONCORRENCIAIS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1. Aspetos gerais e plano de exposição	129
2. A contratação pública como mecanismo económico e jurídico determinante de falhas de mercado	131
2.1 A contestabilidade do mercado	131
2.2 O Estado comprador	132
2.3 Os fornecedores	135
2.4 A contratação pública como complexo de regulação determinante da falha de mercado	137
3. Os efeitos da contratação pública na concorrência	140
3.1 Os efeitos diretos de encerramento	144
3.1.1 Os efeitos de encerramento no mercado a montante (dimensão vertical)	144
3.1.2 Os efeitos de encerramento <i>waterbed</i> (dimensão horizontal)	148
3.2 Os efeitos indiretos de colusão	153
3.2.1 Os comportamentos de cooperação entre candidatos	153
3.2.2 Os comportamentos de cooperação entre entidades adjudicantes	159
3.3 Os efeitos ao nível do investimento e da inovação	160
3.3.1 Efeitos diretos na inovação	163
3.3.2 Efeitos indiretos na inovação	164
4. Conclusões preliminares	169

**PARTE III – A REGULAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA
PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

INTRODUÇÃO	173
CAPÍTULO III – O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO NORMATIVO DE REGULAÇÃO DOS COMPORTAMENTOS DAS ENTIDADES PÚBLICAS ADJUDICANTES	177
1. Aspetos gerais e plano de exposição	177
2. Soluções normativas para a regulação jusconcorrencial da aquisição pública	180
2.1 As regras relativas aos Auxílios de Estado e à atribuição de direitos especiais ou exclusivos	180
2.1.1 A concessão de Auxílios de Estado	181
2.1.2 A atribuição de direitos especiais ou exclusivos e os SIEG	192
2.2 A inaplicabilidade do núcleo das regras europeias da concorrência: os arts. 101.º e 102.º do TFUE	199
2.2.1 O conceito jusconcorrencial de “empresa”	200
2.2.2 O Estado adjudicante enquanto empresa	207
2.2.2.1 O processo <i>FENIN</i>	211
2.2.2.1.1 Os antecedentes do processo	211
2.2.2.1.2 Os argumentos perante o Tribunal de Primeira Instância	212
2.2.2.1.3 O acórdão do Tribunal de Primeira Instância	214
2.2.2.1.4 A Opinião do Advogado-Geral Poiares Maduro	215
2.2.2.1.5 O aresto do Tribunal de Justiça	218
2.2.2.2 O processo <i>SELEX</i>	219
2.2.2.3 Análise da jurisprudência <i>FENIN-SELEX</i>	223
2.2.2.3.1 Introdução	223
2.2.2.3.2 As conclusões do AG Poiares Maduro	225
2.2.2.3.3 O conflito com posições preconizadas ao nível do TJUE e com a prática decisória e jurisprudencial nacional	236
2.2.2.4 <i>A ratio decidendi</i> da solução <i>FENIN-SELEX</i>	246
2.2.2.5 O processo <i>EasyPay</i> : novas perspetivas de regulação?	252
2.2.2.5.1 Os factos e as questões de direito	252
2.2.2.5.2 O acórdão do TJ	254
2.2.2.5.3 As implicações do caso <i>EasyPay</i> para a disciplina dos contratos públicos	256
2.2.2.6 Uma possível solução alternativa	260

2.3 A “Doutrina da Ação do Estado” e a sua inaptidão para disciplinar a contratação pública anticoncorrencial	264
2.3.1 A origem e evolução da doutrina da ação do Estado	266
2.3.2. A doutrina da ação do Estado na sua atual formulação	274
2.3.3 Dificuldades com a atual fórmula	278
2.3.4 A doutrina da ação do Estado revista	285
2.3.4.1 O critério integrador da soberania e da legitimidade do Estado e a atividade de intervenção económica no mercado	285
2.3.4.2 A doutrina da ação do Estado face ao direito da contratação pública	287
2.3.4.3 A doutrina da ação do Estado face à prática administrativa na contratação pública	289
2.3.4.4 Síntese conclusiva: a exclusão do escopo da doutrina da ação do Estado de atividades providas de uma legitimidade e soberania atenuada	292
2.4 As regras relativas às liberdades de circulação	293
2.5 Os regimes dos arts. 37.º, 116.º e 117.º do TFUE	297
2.6 A nova Diretiva UTP: uma tutela residual em contratação pública	298
2.7 Conclusões preliminares	306
3. Análise das restrições de concorrência derivadas do exercício do poder de mercado do comprador público (restrições substantivas)	311
3.1 Aspetos gerais	311
3.2 Análise exemplificativa de comportamentos de abuso do poder comprador público	318
3.2.1 Abusos de exploração: o esmagamento da margem lucro das empresas candidatas, o licenciamento de direitos PI e a prática de preços excessivos	318
3.2.2 Abusos de exclusão: a duração excessiva dos contratos e o tratamento discriminatório	323
3.3 Conclusões preliminares	327
CAPÍTULO IV – O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO	
NORMATIVO DE REGULAÇÃO DOS COMPORTAMENTOS	
DAS ENTIDADES OFERTANTES	
1. Aspetos gerais e plano de exposição	329
2. A regulação <i>ex ante</i>	331
2.1 Considerações introdutórias	331
2.2 O regime europeu do controlo de operações de concentração – evolução do quadro normativo e critérios substantivos de apreciação	332

2.3 A evolução da abordagem regulatória às operações de concentração em mercados de leilão	335
2.4 A prática decisória e a jurisprudência da UE	340
2.4.1 O valor indicativo dos índices estruturais	341
2.4.2 Os indicadores adicionais	346
2.4.3 O impacto dos chamados “valores comuns”	358
2.4.3.1 Teoria: os valores comuns e a “praga do vencedor”	358
2.4.3.2 Efeitos unilaterais na presença de “valores comuns”	359
2.4.4 A especial vulnerabilidade aos comportamentos de coordenação	360
2.4.4.1 Introdução. Metodologia de análise	360
2.4.4.2 A prática decisória da Comissão	362
2.4.4.3 Conclusões preliminares	371
2.4.5 O poder de compensação do adquirente público	377
2.4.6 A entrada no mercado	384
2.4.7 As eficiências geradas pela operação	387
2.5 A eficácia da metodologia de análise dos mercados de leilão	389
2.6 Conclusões preliminares	392
3. Regulação <i>ex post</i>	395
3.1 A aplicação do art. 101.º do TFUE aos contratos públicos	395
3.1.1 O art. 101.º n.º 1 do TFUE	397
3.1.1.1 Aspetos gerais	397
3.1.1.2 Empresas	414
3.1.1.3 Acordos	421
3.1.1.4 Práticas concertadas	428
3.1.1.5 A afetação do comércio entre Estados-membros	443
3.1.2 O art. 101.º n.º 3 do TFUE	453
3.1.3 Conclusões preliminares	471
3.2 A aplicação do art. 102.º do TFUE aos contratos públicos	473
3.2.1 Aspetos gerais	473
3.2.2 Os abusos de posição dominante das entidades ofertantes privadas	480
3.2.2.1 Os abusos de exploração nos contratos públicos	480
3.2.2.1.1 Propostas com preços excessivos	481
3.2.2.1.2 Propostas com cláusulas contratuais abusivas	486
3.2.2.2 Os abusos de exclusão nos contratos públicos	490
3.2.2.2.1 A apresentação de propostas com preços predatórios	491
3.2.2.2.2 As vendas ligadas (<i>tying e bundling</i>)	498
3.2.2.2.3 Outras estratégias atípicas de exclusão	501
3.2.2.3 Outros comportamentos abusivos	503

3.2.2.4	Os abusos cometidos durante a fase de execução do contrato	504
3.2.2.5	Os abusos de posição dominante coletiva entre empresas candidatas	504
3.2.3	Os abusos de posição dominante das entidades ofertantes públicas	507
3.2.3.1	O poder de mercado das entidades públicas candidatas à adjudicação de contratos públicos e o risco de conduta abusiva	509
3.2.3.1.1	Vantagens ligadas ao estatuto e ao regime jurídico das pessoas públicas	510
3.2.3.1.2	Vantagens que resultam da relação de proximidade do Estado	511
3.2.3.2	Os comportamentos abusivos das entidades públicas candidatas	513
3.2.3.2.1	A prática de subvenções cruzadas e preços predatórios	513
3.2.3.2.2	Práticas orientadas para a perpetuação da relação contratual	515
3.2.3.2.3	A recusa de acesso a infraestruturas essenciais	516
3.2.3.3	Propostas para minimizar o risco do abuso de posição dominante	519
3.2.3.3.1	A separação contabilística das atividades: o mínimo exigido	519
3.2.3.3.2	Uma separação mais completa ao nível jurídico, financeiro e organizacional	521
3.2.4	O problema da dependência ao operador incumbente	523
3.2.5	Conclusões preliminares	531

CAPÍTULO V – O *PUBLIC ENFORCEMENT* DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS

		535
1.	Aspetos gerais e plano de exposição	535
2.	A punição do <i>bid-rigging</i>	536
2.1	As sanções previstas pelo direito da concorrência	537
2.1.1	Aspetos gerais	537
2.1.2	O montante-base da coima	540
2.1.3	A duração da infração e outros fatores	550
2.1.4	Considerações finais	559
2.2	A articulação entre as sanções do direito da concorrência e do direito penal	560
3.	O regime de clemência e o <i>bid-rigging</i>	569
3.1	Aspetos gerais	569
3.2	A clemência e o regime de sanção das diretivas de contratação públicas	575
3.3	A clemência e o crime de fraude	591
3.4	O regime de clemência- <i>plus</i>	595
3.5	Considerações finais	596
4.	Conclusões preliminares	599

CAPÍTULO VI – O PRIVATE ENFORCEMENT DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS	603
1. Aspectos gerais e plano de exposição	603
2. O <i>private enforcement</i> em casos de <i>bid-rigging</i> : o passado e o presente	605
3. <i>Private enforcement</i> em casos de <i>bid-rigging</i> ?	610
4. Legitimidade para intentar a ação de indenização	616
4.1 O Estado	617
4.2 Os concorrentes lesados	625
5. O problema da quantificação do dano e o regime de tutela previsto pela Diretiva 2007/66/CE	632
6. Conclusões preliminares	639

PARTE IV – PROPOSTAS PARA LIMITAR A PROBABILIDADE DE OCORRÊNCIA DE RESTRIÇÕES DE CONCORRÊNCIA GERADAS PELAS ENTIDADES OFERTANTES

INTRODUÇÃO	643
------------	-----

CAPÍTULO VII – PROPOSTAS COMPLEMENTARES PARA LIMITAR AS RESTRIÇÕES PRIVADAS DE CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS – AS PRÁTICAS DE <i>BID-RIGGING</i>	645
1. Aspectos gerais e plano de exposição	645
2. Os fatores estruturais de mercado que condicionam o <i>bid-rigging</i>	646
2.1 O número de concorrentes	646
2.2 Barreiras à entrada	647
2.3 A frequência das interações	648
2.4 O grau de transparência do mercado: a questão da divulgação de informação	649
2.5 Os mercados em expansão: o crescimento da procura	650
2.6 A flutuação da procura e os ciclos de contratação	651
2.7 Assimetrias no perfil dos candidatos	651
2.8 O grau de diferenciação dos produtos	653
2.9 Conclusões preliminares	655
3. Propostas no âmbito do direito da contratação pública	655
3.1 O formato/arquitetura do procedimento e opções ao nível da respetiva organização	655
3.1.1 Os leilões eletrónicos em particular	660

3.1.2	Recomendações ao nível da organização do procedimento	665
3.2	A questão do acesso à informação de mercado e a profissionalização dos colaboradores da adjudicante	671
3.3	Os consórcios e a subcontratação	675
3.4	A denúncia obrigatória de comportamentos suspeitos	679
3.5	A utilização do certificado de participação concorrencial	680
3.6	Soluções <i>ex post</i> depois de detetada a infração: em particular, a exclusão obrigatória e a suspensão temporária dos infratores; os <i>scoring handicaps</i> ; e as <i>private damage actions</i>	685
3.7	Conclusões preliminares	691
4.	Propostas no âmbito do direito da concorrência	694
4.1	O atual <i>status quo</i>	694
4.2	Propostas no âmbito do <i>public enforcement</i>	697
4.2.1	As coimas	697
4.2.2	Sanções criminais	703
4.2.3	Sanções administrativas	708
4.2.4	Os programas de <i>compliance</i> e os códigos de conduta	710
4.2.5	A redução dos períodos de investigação (<i>backlog</i>)	711
4.2.6	A deteção – o programa de clemência	712
4.3	A aplicação privada do direito da concorrência (<i>private enforcement</i>)	715
4.4	Conclusões preliminares	717

PARTE V – CONCLUSÃO FINAL

A)	Os objetivos propostos	721
B)	Contratação pública e concorrência: a confluência de dois universos normativos focados na tutela da concorrência	722
C)	A dimensão económica da contratação pública e a necessidade do escrutínio jusconcorrencial	725
D)	O direito da concorrência como normativo de regulação dos comportamentos das entidades públicas adjudicantes	729
E)	O direito da concorrência como normativo de regulação dos comportamentos das entidades privadas ofertantes	736
F)	A aplicação pública e privada das regras de concorrência no âmbito dos contratos públicos	749
G)	Propostas para limitar o potencial de restrições privadas de concorrência nos contratos públicos	757

ÍNDICE GERAL

H) Perspetivas evolutivas	760
ÍNDICE DE REFERÊNCIAS	767
I. BIBLIOGRAFIA	769
II. JURISPRUDÊNCIA	815
III. PRÁTICA DECISÓRIA	843
IV. LEGISLAÇÃO E <i>SOFT LAW</i>	849
V. ATOS DE ORGANIZAÇÕES SUPRANACIONAIS	863
VI. DISCURSOS, CONFERÊNCIAS E <i>WORKSHOPS</i>	865
VII. PRESS RELEASES	869
ÍNDICE GERAL	871