

O CONCEITO DE CONCORRENTE E A FIXAÇÃO DE LIMITES À ADJUDICAÇÃO POR LOTES NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Nuno Cunha Rodrigues¹

Sumário: 1. A adjudicação por lotes e a promoção da participação de PME's na contratação pública; 2. A adjudicação por lotes; 3. O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes

1. A ADJUDICAÇÃO POR LOTES E A PROMOÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE PME'S NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA



pacote de directivas sobre contratos públicos de 2014, negociado durante a crise económica que afectou parte dos países da União Europeia desde 2008 procurou aproveitar o impacto económico gerado pela contratação pública – equivalente, em média, a cerca de 16% do PIB de cada Estado-membro na União Europeia² – para associar, aos contratos públicos, de forma mais evidente, a possibilidade de serem prosseguidas as chamadas

¹ Professor auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu. Titular de uma Cátedra Jean Monnet conferida pela Comissão Europeia.

² Cfr. dados da Comissão Europeia, referentes ao ano de 2016, disponíveis em <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>
Sobre a promoção da participação de PME's na contratação pública, v. ANTHONY FLYNN, *Investigating the implementation of SME-friendly policy in public procurement*, Policy Studies, 39:4, 2018, pp. 422-443.

políticas horizontais ou secundárias, por meio das quais se procuram alcançar outras finalidades, como a defesa do meio ambiente ou mediante políticas sociais, tradicionalmente – menos ligadas aos objectivos da contratação pública.³

Procurou-se, entre outras políticas, promover a participação de pequenas e médias empresas (PME's) em procedimentos pré-contratuais. Estudos então realizados pela Comissão Europeia tinham demonstrado que aquelas empresas se encontravam, muitas vezes, afastadas da contratação pública por diferentes motivos – nomeadamente burocráticos ou resultantes da menor eficiência económica que as PME's têm comparativamente com grandes empresas.⁴

Tornou-se, por isso, compreensível que as directivas de 2014 tenham regulado instrumentos como o Documento Europeu Único de Contratação Pública⁵; a ampliação da contratação pública electrónica ou a regra de adjudicação por lotes (associada ao princípio *divide or explain*)⁶ que visavam, justamente, proporcionar uma maior participação de PME's, aumentando, dessa forma, a concorrência.⁷

Esta nova perspectiva da contratação pública levou a que

³ Sobre estas políticas, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Almedina, Coimbra, 2013, reimpressão, pp. 260-303.

⁴ A este propósito cfr. o relatório da Comissão Europeia designado *Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU – Final Report*, Ares(2014)75984 – 15/01/2014, disponível em <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/2153/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>, em especial pp. 110-114.

⁵ Cfr. artigo 59.º da Directiva n.º 2014/24/EU (doravante directiva-clássica).

⁶ Cfr. artigo 46.º da Directiva-clássica.

⁷ Cfr. considerando 78 da Directiva-clássica, referindo que "(...) para aumentar a concorrência, as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão."

Até 2014 as directivas europeias não regulamentavam a divisão dos contratos em lotes nem a agregação desses lotes.

A referência à divisão de contratos em lotes ou agregação encontrava-se prevista no anúncio o qual, quando os contratos eram subdivididos em lotes, deviam indicar a possibilidade de licitação para um, por vários ou para todos os lotes (cfr. anexo VII-A da Directiva 2004/18).

alguns se referissem à alteração de um dos paradigmas que existiam, até 2014 - centrado numa dimensão agregadora da contratação pública, ao proibir o fraccionamento da despesa⁸ - que passou, a partir de 2014, a abranger *também* uma dimensão desagregadora da contratação pública.⁹

Não constitui, por isso, surpresa que se considere que uma das novidades mais relevantes introduzidas na revisão do Código dos Contratos Públicos, aprovada em 2017 pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, diga respeito ao dever de as entidades adjudicantes abrangidas pela Directiva-clássica¹⁰

⁸ Assim, cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre a adjudicação por lotes*, in Revista E-pública, volume 4, n.º 2, novembro 2017, disponível em <http://e-publica.pt/volumes/v4n2a04.html>, p. 69 acrescentando, *ibidem*, p. 71, que a desagregação ou divisão em lotes não implica, necessariamente, adjudicação por lotes uma vez que a entidade adjudicante pode utilizar mais do que um procedimento para proceder à adjudicação das partes em que decidiu dividir a unidade (desde que o objecto do contrato seja cindível).

A adjudicação por lotes não deve também ser confundida com a proibição de fraccionamento da despesa de harmonia com a qual o contrato, de acordo com o valor contratual, não pode ser dividido em vários procedimentos se o objecto poder ser adjudicado num mesmo procedimento.

Esta proibição encontra-se prevista no artigo II, n.º 7 Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio; no artigo 5.º, n.º 2 da Directiva-clássica e artigos 17.º, n.º 8 e 22.º, n.º 1 do CCP.

Sobre a proibição de fraccionamento da despesa no CCP v. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A adjudicação por lotes no CCP revisto*, in CARLA AMADO GOMES et alii, *Comentário à revisão do CCP*, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 296-307.

⁹ Assim, cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas...*, p. 70.

¹⁰ A Directiva-clássica concede liberdade aos Estados-membros para definir a eventual obrigatoriedade na divisão em lotes.

Assim, cfr. considerando 78 da Directiva-clássica: “Os Estados-Membros deverão ser livres de ir mais além no seus esforços de facilitar a participação das PME no mercado dos contratos públicos, alargando o âmbito da obrigação de ponderar se convém dividir os contratos em lotes mais pequenos, exigindo que as autoridades adjudicantes justifiquem a sua decisão de não dividir os contratos em lotes, ou tornando a divisão em lotes obrigatória em determinadas condições. Para o mesmo efeito, os Estados-Membros deverão também ser livres de prever mecanismos de pagamento direto aos subcontratantes.”

Na directiva-sectores especiais (Directiva 2014/25/UE), consagrou-se um regime mais flexível. Nesta, o dever de fundamentar as razões pelas quais não se dividiu aparece no considerando 87 como uma mera *possibilidade* de os Estados-membros irem mais além das directivas e no artigo 65.º, n.º 1, que contém a norma que permite a

procederem, em regra, à adjudicação por lotes, em contratos públicos de aquisição ou locação de bens ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000 e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000, podendo não o fazer desde que, justificadamente, se o pretendam (cfr. artigo 46.º-A, n.º 1 do CCP).

Consagrou-se, assim, o princípio “*divide or explain*” que representa, para a entidade adjudicante, um verdadeiro dever de dividir em lotes “*na ausência de razão suficiente para decidir de outro modo*”.¹¹

2. A ADJUDICAÇÃO POR LOTES

Pela adjudicação por lotes, o objecto submetido à concorrência será dividido, de molde a possibilitar que cada uma dessas partes (ou conjunto, como veremos adiante) seja adjudicada, de forma autónoma, ainda que no mesmo procedimento (cfr. n.º 1 do artigo 46.º-A do CCP).

O artigo 46.º-A do CCP prevê a possibilidade de a entidade adjudicante, nas peças do procedimento:

- a) *limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente (limitação ou restrição à chegada¹²), devendo indicar essas limitações no convite ou no programa do procedimento, bem como os critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseie a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente nos casos em que a aplicação dos critérios*

adjudicação por lotes. A directiva-concessões (2014/23/UE) não se refere, sequer, à adjudicação por lotes. A este propósito cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos*, in Revista E-pública, vol. 4, n.º 2, novembro de 2017, p. 27.

¹¹ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação ...*, p. 24.

O CCP apresenta o seguinte elenco exemplificativo de fundamentos para a não-divisão: a) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante; b) Quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante.

¹² Na expressão de LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas ...*, p. 73.

de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado (cfr. n.º 4) e b) celebrar contratos que combinem vários ou a totalidade dos lotes, desde que essa possibilidade seja expressamente incluída no convite ou no programa do procedimento, caso em que devem ser previamente estabelecidos e indicados os critérios que fundamentam as várias hipóteses de combinação previstas (cfr. n.º 5);

A entidade adjudicante tem ainda a faculdade de fixar, previamente, limites à quantidade de lotes a que um candidato pode concorrer (*limitação ou restrição à partida*), hipótese que, apesar de não constar expressamente do artigo 46.º-A do CCP, é admitida no considerando 79 da Directiva-clássica, como forma de “preservar a concorrência ou garantir a fiabilidade do abastecimento”.¹³

O que significa, por outras palavras, que a entidade adjudicante pode decidir, previamente, no convite ou no programa do procedimento: (i) limitar o número de lotes a que cada concorrente pode apresentar propostas; (ii) limitar o número máximo de lotes a adjudicar por concorrente ou (iii) agregar parte ou a totalidade dos lotes (*lot bundling*)¹⁴ a adjudicar sem que tenha de fundamentar, genericamente, qualquer das opções tomadas. Deve apenas estabelecer, no convite ou no programa do procedimento: (a) os critérios objectivos e não discriminatórios que fundamentam a escolha dos lotes a adjudicar quando for

¹³ Admitindo esta possibilidade v. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A adjudicação ...*, pp. 366-367 e LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas ...*, pp. 73 e 75.

¹⁴ Sobre a adjudicação combinada de lotes, v. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas ...*, pp. 80-84 e LAURA CARPINETI, GUSTAVO PIGA e MATTEO ZANZA, *Benchmarking European Public Procurement Practices: Purchasing of 'Fix-Line Telephone Services' and 'Paper for Printers'* (September 2006), disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=934504> que relatam um caso sucedido em Itália, em que a central de compras nacional (Consip) decidiu, em julho de 2002, aprovar um procedimento para adjudicação de dois lotes: um para serviços de telecomunicações fixas e outro para serviços de telecomunicações móveis. Permitia-se, igualmente, que os concorrentes apresentassem propostas agregadas para os dois lotes o que não impediu que os dois lotes fossem adjudicados, no final, a dois concorrentes distintos.

ultrapassado o número máximo de lotes¹⁵ ou (b) os critérios que fundamentam as hipóteses de combinação de lotes previstas.¹⁶

Para alguns, a regra de adjudicação por lotes postula-se também, ainda que de forma implícita, como um mecanismo que permite contrariar a tendência moderna de centralização de compras públicas que atende às economias de escala e ao poder de mercado (*buyer power*) conferido às entidades públicas.¹⁷

Seria possível pensar que as directivas de 2014 são algo paradoxais, uma vez que visam, por um lado, promover a participação de PME's na contratação pública e, por outro lado,

¹⁵ Assim, v. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A adjudicação ...*, p. 366.

¹⁶ Como observa LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas ...*, p. 83, num cenário de adjudicação combinada, “além do critério de adjudicação e do critério de desempate (cfr. o artigo 74.º, n.º 4 do CCP), a entidade adjudicante deve indicar, também, o critério (ou critérios) para uma adjudicação combinada de lotes” estando esta “sujeita a um único limite quantitativo, correspondente à verificação de que o todo (ou seja, a combinação de lotes) é melhor (porque o preço é inferior ou a pontuação é mais elevada) do que a soma das diferentes partes, não sendo de exigir, também, que essa mais-valia se revele substancial ou significativa.” (*ibidem*, p. 81).

Questão conexa diz respeito a saber se a apresentação de propostas condicionais é admissível, i.e., se os concorrentes podem apresentar propostas variáveis, dependentes do número e tipos de lotes que lhes venham a ser adjudicados.

¹⁷ A propósito da centralização de compras públicas v. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS e IGNACIO HERRERA ANCHUSTEGUI, *Impact of Public Procurement Aggregation on Competition: Risks, Rationale and Justification for the Rules in Directive 2014/24* (December 5, 2014). University of Leicester School of Law Research Paper n.º 14-35, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2534496>; IGNACIO HERRERA ANCHUSTEGUI, *Centralizing Public Procurement and Competitiveness in Directive 2014/24* (July 20, 2015), disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2633445> e MARCO CALDEIRA, *A centralização das compras públicas: a propósito (mas não só...) das Directivas de 2014*, in *Revista de Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 14 (maio-agosto 2014), pp. 19-44.

As directivas de 2014 ampliaram a possibilidade de centralização das compras públicas ao possibilitar, por exemplo, a criação de entidades adjudicantes transfronteiriças. Não obstante a centralização das compras públicas tem sido acompanhada com atenção por parte da Comissão Europeia e diversas autoridades de concorrência (*National Competition Authorities* - NCA) espalhadas pela União Europeia. Veja-se, a este propósito, o previsto no considerando 59 da Directiva-clássica: “a agregação e a centralização das aquisições deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as PME.”

facilitar a centralização das compras públicas, o que pode conduzir ao afastamento das PME's destas centrais, dadas as menores economias de escala que são capazes de gerar quando comparadas com grandes empresas. Tratar-se-ia, no entanto, de uma conclusão precipitada, pois os objectivos da centralização de compras e da divisão em lotes são diferentes e, por outro lado, as próprias centrais de compras estão igualmente sujeitas ao princípio *divide or explain*.¹⁸

É, por isso, legítimo considerar que a regra de adjudicação por lotes (*divide or explain*) constitui um dos instrumentos mais relevantes para assegurar o incremento da participação de PME's em procedimentos pré-contratuais. O que está em causa é, reiterar-se, a promoção da participação de PME's na contratação pública, o que não é a mesma coisa que dizer qualquer garantia de adjudicação, a PME's, de lotes. Pode até suceder que a entidade adjudicante (i) não proceda à divisão em lotes por alguma razão devidamente fundamentada (cfr. supra) ou (ii) apesar de se ter procedido à divisão em lotes, nenhum lote venha a ser adjudicado a PME's.¹⁹

O regime previsto pelo legislador português confere à entidade adjudicante uma margem de discricionariedade na definição e concretização da divisão em lotes, ainda que circunscrita à configuração do lote, em termos qualitativos e quantitativos.²⁰

Neste contexto, a entidade adjudicante deverá fundamentar devidamente o cumprimento da obrigação "*divide or*

¹⁸ Assim, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação ...*, p. 32. Este dever terá de ser cumprido em qualquer procedimento pré-contratual, nomeadamente nos acordos-quadro frequentemente utilizados por centrais de compras.

¹⁹ Registe-se, a este propósito, ser um pouco incompreensível que o CCP determine, no artigo 74.º, n.º 6 do CCP que, em caso de empate entre propostas, se dê preferência à que foi apresentada por uma PME uma vez que tal opção do legislador nacional não está prevista (nem podia estar) nas directivas de 2014 e, por outro lado, ofende o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

²⁰ Assim, cfr. considerando 78 da Directiva-clássica: "A dimensão e o objeto dos lotes deverão ser determinados livremente pela autoridade adjudicante (...)".

Sobre a discricionariedade procedimental na divisão em lotes v. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A adjudicação ...*, pp. 328-346.

explain”. Esta ponderação, quando realizada de forma adequada, limitará um possível escrutínio judicial.²¹

Por tudo isto a entidade adjudicante deve ponderar, previamente, a situação – excepcional²² - em que opta por *não dividir* em lotes.

Como observa GIAN LUIGI ALBANO, a decisão de dividir um contrato em lotes é uma das mais relevantes no desenho (*design*) de um procedimento pré-contratual competitivo.²³ Assim, a antecipação da resposta do mercado à divisão em lotes subjacente ao procedimento pré-contratual pode até implicar, em alguns casos, a necessidade de se proceder à consulta preliminar ao mercado (cfr. artigo 35.º-A do CCP), uma vez que a divisão em lotes deve ser orientada para a defesa da concorrência.²⁴

²¹ Cfr. considerando 78 da Directiva-clássica: “Sempre que a autoridade adjudicante decida que não convém dividir o contrato em lotes, o relatório individual ou os documentos do concurso deverão conter uma indicação das principais razões para a sua escolha.”

Partilhamos, no entanto, do entendimento de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ...*, p. 39, para quem a decisão da entidade adjudicante é escrutinável judicialmente à luz dos princípios gerais da contratação pública e em especial, do princípio da concorrência, razão pela qual a fundamentação invocada pela entidade adjudicante para não-dividir em lotes deve constar do processo administrativo subjacente ao procedimento pré-contratual em causa.

²² A natureza excepcional infere-se da redacção, ainda que exemplificativa, prevista no n.º 2 do artigo 46.º-A o qual se refere aos casos, exemplificativos, em que (a) as prestações forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes ou (b) quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante (sublinhado nosso).

Cfr. ainda o considerando 78 da Directiva-clássica: “A autoridade adjudicante poderá, nomeadamente, considerar que essa divisão é suscetível de restringir a concorrência ou de tornar a execução do contrato excessivamente onerosa ou tecnicamente difícil, ou que a necessidade de coordenar os diferentes adjudicatários dos lotes poderá comprometer seriamente a correta execução do contrato.”

²³ Cfr. GIAN LUIGI ALBANO, *Working Party n.º 2 on Competition and Regulation - Competition in Public Procurement Markets*, 19 June 2017, disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2017)1/en/pdf), p. 10: “By affecting the number and the type of firms that are able to compete, ‘lots design’ can have a dramatic impact on the intensity of competition in the market, and hence for current and potential future contracts.”

²⁴ A este propósito v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *O princípio da concorrência*

A entidade adjudicante poderá equacionar diversos critérios para proceder à divisão em lotes os quais podem ser, por exemplo, (i) geográficos; (ii) em função da possibilidade de parcelamento substancial do produto; (iii) do preço dos diferentes lotes; (iv) da divisão operacional do serviço ou (v) outros.²⁵

Qualquer das opções terá vantagens e desvantagens que devem ser devidamente ponderadas e antecipadas pela entidade adjudicante.

Por exemplo, a divisão em lotes assentes em critérios geográficos pode criar incentivos para a colusão explícita entre concorrentes, susceptível de facilitar a repartição geográfica de mercados.²⁶ Também a divisão em lotes, baseada em

nas novas diretivas sobre contratação pública, in Maria João Estorinho (coord.), A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, ICJP / CIDP, 2016, disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/9030/view> e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Aiming at the market you want: a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU*, in P.P.L.R. 2018, 4, pp. 167-187 (em especial pp. 178-179).

²⁵ Sobre os critérios de divisão, cfr. considerando 78 da Directiva-clássica: “*Esta divisão poderá ser feita numa base quantitativa, adaptando melhor a dimensão dos contratos individuais à capacidade das PME, ou numa base qualitativa, em função dos diferentes setores comerciais e de especializações envolvidos, adaptando mais estreitamente o conteúdo dos contratos individuais aos setores especializados de PME e/ou em função das diferentes fases subseqüentes do projeto.*”

²⁶ Aqui estará em causa um acordo entre empresas que viola o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ou o artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência.

A este propósito v. acórdão *Ski Taxi*, processo E-03/16, decidido pelo Tribunal da EFTA, em 22 de dezembro de 2016, disponível em http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvca-

[ses_pi1%5Bcase_id%5D=281&cHash=77ab5837d77b1e3b57be524fc45a0394](https://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvca-ses_pi1%5Bcase_id%5D=281&cHash=77ab5837d77b1e3b57be524fc45a0394) em que se apreciou um cartel constituído na sequência do lançamento, em 2010, pelo Hospital de Oslo, de um concurso público para celebração de acordos-quadro relativos ao transporte de doentes que foi dividido em nove lote, organizados por zonas geográficas vizinhas do Hospital. Para dois desses lotes, o Hospital só recebeu uma proposta, apresentada conjuntamente por duas companhias de táxi. Uma vez que a entidade adjudicante - o Hospital - esperava que fossem apresentadas propostas distintas, entendeu-se que havia um cartel, pelo que foi cancelado o procedimento relativo a estes dois lotes, tendo a Autoridade da Concorrência da Noruega condenado as duas empresas, potencialmente concorrentes, por considerar que havia cartel (restrição pelo objecto). Mais tarde os lotes foram redesenhados o que permitiu o surgimento de novos concorrentes.

preços-base uniformes e constantes poderá facilitar a colusão entre concorrentes.

Por tudo isto, a opção por adjudicar por lotes não é pacífica na doutrina, atendendo às vantagens e desvantagens que lhe são inerentes.²⁷

É certo que permite a obtenção de ganhos de eficiência para a entidade adjudicante atendendo, nomeadamente:

- a) à partilha de riscos que a adjudicação de diversos lotes gera entre diferentes fornecedores, evitando a dependência excessiva ou a cristalização da entidade adjudicante num único ou em escassos fornecedores;
- b) à possibilidade de permitir que concorrentes de dimensão regional ou local apresentem propostas que, de outra forma, não poderiam fazer (v.g. perante lotes de dimensão nacional);
- c) à ampliação do número de fornecedores, permitindo que a entidade adjudicante possa comparar a execução dos diferentes contratos por fornecedores distintos;

A este propósito v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?*, in Revista de Concorrência & Regulação, ano VIII, n.º 32, outubro-dezembro 2017, pp. 131-145.

Defendendo que a divisão de contratos em lotes geográficos pode permitir assegurar uma maior participação de PME's que, por razões logísticas, estariam impossibilitadas de concorrer, v. GIAN LUIGI ALBANO, *Working Party No. 2 on Competition and Regulation - Competition in Public Procurement Markets*, 19 June 2017, disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2017)1/en/pdf), p. 12.

²⁷ Descrevendo críticas à preferência pela adjudicação por lotes, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação ...*, p. 27.

Sobre as vantagens e desvantagens da divisão em lotes v. igualmente ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2.^a edição, Oxford Hart, 2015, pp. 347-352 e ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look from the New EU Directive on Public Procurement* (April 1, 2014), publicado em G Racca & C Yukins (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts* (Bruxelas, Bruylant, 2014), disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2053414>. Na doutrina norte-americana, v. D. PANGBURN, *The Impact of Contract Bundling and Variable-Quantity Contracts on Competition and Small Business*, in *Public Contract Law Journal*, 1995-1996, p. 69 e I. AKYUZ, *Bundling into the Millenium: Analyzing the Current State of Contract Bundling*, *Public Contract Law Journal*, 2000-2001, p. 123.

- d) ao aumento do dinamismo dos mercados, a partir de abordagens e soluções diversas inerentes a cada lote, atenta a possibilidade de vários concorrentes garantirem simultaneamente o fornecimento de bens e serviços;
- e) à possibilidade de surgirem novos entrantes nos mercados (v.g. PME's e empresas especializadas), nomeadamente quando a divisão considera lotes de bens ou serviços heterogéneos²⁸;
- f) à redução do efeito de *lock-in*²⁹ que pode ser verificado por dois factores essenciais:
 - a. A curva da aprendizagem (*learning by doing*) que a empresa incumbente beneficia que pode reflectir na proposta o resultado da experiência adquirida. O conhecimento do fornecedor relativamente às necessidades da entidade adjudicante aumenta a capacidade para apresentar melhores propostas em procedimentos posteriores. Em situações de monopsonio³⁰, tal pode impedir outros concorrentes de apresentar propostas e, conseqüentemente, de beneficiarem da curva de aprendizagem.
 - b. Custos irre recuperáveis (*sunking costs*). A necessidade de realização de investimentos que não são recuperáveis (v.g. em infraestruturas) pode afastar outros concorrentes, gerando, como tal, uma barreira à entrada.
- g) à redução do risco de colusão, na medida em que a possibilidade de diversos tipos de empresas apresentarem propostas (v.g. PME's e grandes empresas) atenuará

²⁸ O que pode ocorrer perante, v.g., software informático; reagentes químicos ou equipamento médico.

²⁹ Sobre o efeito *lock-in* na contratação pública, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação pública ...*, p. 90.

³⁰ Sobre o poder de monopsonio na contratação pública, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação pública ...*, pp. 378-381 e *passim*.

eventuais estratégias colusórias que podem surgir entre empresas da mesma dimensão, frequentemente presentes em cartéis. Quanto maior for o número de potenciais empresas a concorrer, menor será a possibilidade de haver colusão entre estas.³¹

Em sentido oposto, a divisão em lotes pode ter um impacto negativo, considerando que:

- a) é apta a reduzir a concorrência, nomeadamente por afastar grandes empresas que podem deixar de estar interessadas em apresentar-se em procedimentos com lotes pequenos.³² Aqui, pode entender-se que tudo dependerá, a final, da relação entre o número de lotes e os potenciais interessados, o que conduz a eu oo argumento seja considerado reversível,
- b) o custo do bem ou serviço a fornecer à entidade adjudicante (*value for money*) pode ser superior face à potencial redução de economias de escala que resulta da divisão em lotes;
- c) a adjudicação por lotes pode não ser exequível face a determinados bens e serviços (v.g. perante algumas empreitadas de obras públicas);

³¹ Neste sentido, v. R. P. MCAFEE e J. MCMILLAN, *Incentives in Government Contracting*, pp. 57-60; V. GRIMM *et alli*, *Division into Lots and Competition in Procurement*, in N. Dimitri et al (eds. by), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 168 e 175. 54 e L. CARPINETI *et alli*, *The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement*, in N. Dimitri *et alli*, *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 14 e 23-24.

³² Neste sentido v. J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2.^a edição, 2007, p. 728. Mostrando-se contra a agregação de lotes devido aos efeitos anti-concorrenciais que pode gerar, v. também OFT, *Assessing the Impact of Public Sector Procurement on Competition*, 2004, pp. 16-20 e 110-125 e o acórdão n.º 25/2012 – 24. jul. – 1.ªS/SS do Tribunal de Contas, em que se afirmou que uma disposição de um programa de concurso, que limitava a possibilidade de adjudicação a um mesmo concorrente de apenas dois lotes (num universo de cinco), “*é suscetível de ter limitado o universo dos potenciais concorrentes, na medida em que alguns potenciais interessados só teriam interesse em apresentar propostas se lhes pudessem ser adjudicados todos os lotes, apostando eventualmente numa economia de escala*”.

- d) podem surgir problemas técnicos durante a execução dos contratos, considerando a diferente abordagem que cada fornecedor pode ter perante o lote que lhe foi adjudicado;
- e) não faz pressupor, *per se*, que os lotes sejam adjudicados a diferentes concorrentes. Apesar da divisão em lotes promover a concorrência pode suceder, a final, que sejam adjudicados ao mesmo concorrente mantendo-se, conseqüentemente, o risco de *lock-in*;
- f) pode gerar ineficiências nos concorrentes uma vez que se a adjudicação for feita por lotes, as grandes empresas que beneficiam de economias de escala, não as podendo fazer repercutir em pequenos lotes, podem afastar-se do procedimento ou transformar a ineficiência gerada em custo acrescido da proposta;
- g) facilita a colusão solucionando, previamente, questões inerentes à formação e distribuição de lotes entre membros de um cartel (v.g. no caso da divisão geográfica de lotes ou da divisão de lotes com base no mesmo preço);

As desvantagens enumeradas devem ser solucionadas ou atenuadas através da aplicação de diferentes soluções.³³

Atente-se, em particular, na possibilidade de fixar, por via do *design* procedimental previamente escolhido, a hipótese de, para além da adjudicação de lotes individuais, serem adjudicados lotes combinados ou agregados (*package bidding*).³⁴

Acresce a possibilidade de previamente ser definido um número máximo de lotes a ser adjudicado por concorrente podendo, neste caso, ser exigido aos concorrentes que indiquem a ordem de preferência dos lotes a que apresentam propostas, caso

³³ Segue-se de perto algumas das hipóteses referidas por GIAN LUIGI ALBANO, *Working Party ...*, p. 12.

³⁴ Cfr. considerando 79 e artigo 46.º, n.º 3 da Directiva-clássica. A propósito de *package bidding*, v. N. DIMITRI, R. PACINI, M. PAGNOZZI, & G. SPAGNOLO, *MultiContract Tendering and Package Bidding in Procurement*, in N. Dimitri, G. Piga, and G. Spagnolo (Eds.). *Handbook of Procurement 2006*, Cambridge University Press, pp. 193-219.

seja ultrapassado o número máximo de lotes a adjudicar.

Ambas as soluções darão origem a diferentes comportamentos estratégicos por parte dos concorrentes, nomeadamente porque:

- i. Face à fixação de um número máximo de lotes a adjudicar por concorrente, pode suceder que:
 - a) aumente o incentivo à colusão explícita entre concorrentes, uma vez que a não apresentação de propostas para determinados lotes sempre pode ser justificada, pelos concorrentes, pela limitação do número máximo de lotes a que podem concorrer, dificultando a deteção de práticas de *bid-rigging*³⁵;
 - b) fique previamente condicionada, a capacidade dos concorrentes para a apresentação de propostas. Assim, e exemplificativamente, a divisão em dois lotes heterogéneos, um de elevado valor e outro de valor residual, pode levar a que as grandes empresas apenas apresentem propostas para o lote maior, deixando para as PME's a submissão de propostas para o(s) lote(s) de menor valor, o que, permitindo promover a participação das PME's, acaba, a final, por reduzir a concorrência e conduzir a que a entidade adjudicante aceite propostas menos competitivas e eficientes, com prejuízo para o *value for Money*.

Em sentido oposto, é legítimo entender que esta solução pode produzir efeitos pró-concorrenciais por permitir a entrada no mercado de novos concorrentes.

Por fim, em contratos públicos de elevado valor (por exemplo, acordos-quadro geridos por agências centralizadas³⁶) pode ponderar-se se o valor dos lotes

³⁵ V. ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *Prevention and Deterrence...*, *passim*.

³⁶ A este propósito v. o comentário de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO disponível em <https://contratospublicos.net/2017/04/17/divisao-em-lotes-e-centralizacao-de-compras-duas-politicas-que-se-contradizem-e-anulam-ii/>

deve ser semelhante (lotes homogêneos) ou diferente (lotes heterogêneos), antecipando a reação dos concorrentes a esta divisão. Em alguns casos, a divisão em lotes heterogêneos pode igualmente facilitar a tarefa de distribuição entre membros (assimétricos) de um cartel. Neste caso, a divisão em lotes heterogêneos deve ter uma correspondência diversa da quota de mercado dos potenciais concorrentes.

- ii. O risco de a divisão de lotes facilitar o conluio pode ser mitigado, dividindo-se o contrato em menos lotes do que o número esperado de concorrentes (dado que, face à impossibilidade de todos os concorrentes ganharem lotes, a estabilidade do cartel ficará perturbada, forçando um entendimento quanto ao lote específico que interessa ao cartel e aumentando a probabilidade de detecção de práticas anti-concorrenciais).

Por outro lado, o número de lotes a adjudicar deve exceder o número de incumbentes facilitando, dessa forma, o surgimento de novos entrantes ou concorrentes.

Por fim, os lotes não devem ser estáveis e previsíveis. As entidades adjudicantes devem modificar a divisão em lotes realizada em procedimentos anteriores, tornando-a mais imprevisível para os potenciais concorrentes.

Ponderadas as soluções acima descritas e reflectidas no *design* procedimental preparado pelas entidades adjudicantes, os concorrentes podem apresentar propostas (i) para um dos lotes; (ii) uma parte substancial dos lotes ou (iii) todos os lotes.

No primeiro caso – propostas para um único lote –, os concorrentes devem identificar na proposta os lotes que preferem, por ordem crescente ou decrescente de preferência.

No segundo cenário - propostas para lotes agregados (*package bidding*), – os concorrentes podem apresentar propostas para os lotes individuais e/ou para os diversos (ou mesmo todos os) lotes (*package bidding*), explicitando, neste último

caso, as condições propostas que devem ser melhores do que as propostas para cada lote individual. Aqui, o convite ou o programa do procedimento devem prever os critérios que fundamentam as hipóteses de combinação ou de agregação.

Por fim os concorrentes podem apresentar propostas para lotes individuais e/ou para todos os lotes (em *bundle*). Evita-se, desta forma, que grandes empresas que procuram economias de escala se afastem de procedimentos em que se tenha procedido à divisão por lotes.

3. O CONCEITO DE CONCORRENTE E A FIXAÇÃO DE LIMITES À ADJUDICAÇÃO POR LOTES

Vimos, anteriormente, que a entidade adjudicante pode prever, no convite ou no programa do procedimento, a adjudicação combinada ou agregada de lotes, partindo da ampla margem de discricionariedade concedida às entidades adjudicantes.

Este cenário pode levar ao afastamento do interesse na participação por parte de PME's – ao contrário do objectivo pretendido com a regra da adjudicação por lotes – uma vez que, de forma intuitiva, podem considerar que serão as grandes empresas as mais aptas à adjudicação de lotes agregados ou combinados.

Compreende-se, por isso, que o legislador tenha também facultado às entidades adjudicantes a possibilidade de limitarem a apresentação de propostas a um dado número de lotes ou de fixarem um número máximo de lotes a adjudicar por concorrente, hipóteses que serão, seguramente, utilizadas no futuro.

É de esperar, por isso, que face à limitação do número de lotes em relação aos quais podem ser apresentadas propostas ou do número máximo de lotes a adjudicar por concorrente – determinada previamente pela entidade adjudicante – concorrentes, ainda que juridicamente distintos, que mantenham uma unidade económica ou laços de interdependência entre si possam vir a

submeter, no mesmo procedimento, várias propostas para diferentes lotes ou grupos de lotes procurando, dessa forma, contornar as limitações previamente fixadas pela entidade adjudicante.

Este problema foi analisado, no passado, pela doutrina, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pelos tribunais administrativos nacionais, ainda que de forma conexa.

No acórdão *Assitur*³⁷ suscitava-se problema questão de saber se duas sociedades, entre as quais houvesse uma relação de domínio, podiam apresentar propostas no mesmo procedimento, uma vez que a lei italiana - que regia especificamente os contratos de empreitada -, estabelecia uma presunção inilidível de que a proposta da sociedade dominada era conhecida da sociedade dominante. Por este motivo, o legislador entendia que aquelas duas sociedades não seriam capazes de apresentar propostas com a necessária independência, seriedade e fiabilidade, pois estavam associadas por uma estreita comunhão de interesses. As empresas seriam, assim, obrigatoriamente excluídas do processo de adjudicação.³⁸

Partindo deste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio questionou o TJUE sobre se o princípio «*favor participationis*» não se devia sobrepor a uma norma, como a prevista na lei italiana, que visava afastar a potencial colusão explícita entre participantes e salvaguardar a igualdade de tratamento dos candidatos e a transparência do processo.

O TJUE respondeu, afirmando que a solução prevista na lei italiana reduziria consideravelmente a concorrência a nível comunitário, pelo que a mera constatação de uma relação de

³⁷ V. acórdão *Assitur*, proc. C-538/07, de 19 de Maio de 2009, EU:C:2009:317. Comentando o acórdão *Assitur*, v. JOANA AZEREDO, *A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência*, in Revista Electrónica de Direito – Outubro 2016 – n.º 3, disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1507>

³⁸ Procedendo à análise dos efeitos económicos produzidos pela participação em consórcio, v. GIAN L. ALBANO, GIANCARLO SPAGNOLO e MATTEO ZANZA, *Regulating Joint Bidding in Public Procurement*, in Journal of Competition Law & Economics, Volume 5, Issue 2, 1, junho 2009, pp. 335–360.

domínio entre as empresas em causa, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que podiam exercer nas assembleias gerais ordinárias, não bastava para que a entidade adjudicante as pudesse excluir automaticamente do processo de adjudicação, sem verificar se tal relação tinha uma incidência concreta sobre o seu comportamento no âmbito desse processo.

No acórdão *Assitur*³⁹, o Tribunal do Luxemburgo considerou, assim, que viola o Direito da União Europeia “(...) *uma legislação nacional (...) que prevê a exclusão automática da participação nesse procedimento (...) tanto a um consórcio estável como às empresas que sejam membros deste, quando estas últimas tenham apresentado propostas concorrentes das do consórcio, no âmbito do procedimento*”.

A jurisprudência *Assitur* e o mais recente acórdão *Lloyds of London*⁴⁰ vieram, de alguma forma, contrariar a hipotética aplicação da proibição prevista no artigo 54.º, n.º 2⁴¹ do CCP a sociedades que façam parte do mesmo grupo, na medida em que remetem a possibilidade de sociedades do mesmo grupo apresentarem propostas diversas no mesmo procedimento para os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não

³⁹ V. acórdão *Assitur*, proc. C-538/07, de 19 de Maio de 2009, EU:C:2009:317.

⁴⁰ O TJUE, no acórdão *Lloyd's of London*, de 8 de fevereiro de 2018, considerou que os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação decorrentes dos artigos 49.º e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que não permite a exclusão de dois concorrentes da participação num mesmo concurso público de serviços de seguros pelo simples motivo de as respetivas propostas terem sido assinadas pelo mesmo representante geral para esse Estado-Membro, mas permite, em contrapartida, excluí-los se se verificar, com base em elementos incontestáveis, que as suas propostas não foram formuladas de forma independente.

Cfr. acórdão *Lloyd's of London*, proc. C-144/17, de 8 de fevereiro de 2018, EU:C:2018:78.

⁴¹ A violação desta norma implica a exclusão de todas as propostas em que o mesmo operador participa (cfr. artigos 146.º, n.º 2, alínea b) e 184.º, n.º 2, alínea b) do CCP), determinando ainda a aplicação de uma contraordenação simples (cfr. artigo 488.º, alínea a) do CCP).

discriminação previstos nos artigos 49.º e 56.º do TFUE.⁴²

Note-se que estes acórdãos se referem a situações em que a exclusão de propostas apresentadas por sociedades que fizessem parte do mesmo grupo (i) tinha sido determinada pela lei nacional em (ii) procedimentos pré-contratuais abertos.

Porém, a questão que aqui debatemos é diversa.

Trata-se de saber se, face à limitação do número de lotes em relação aos quais podem ser apresentadas propostas ou do número máximo de lotes a adjudicar por concorrente – determinada previamente pela entidade adjudicante – concorrentes, ainda que juridicamente distintos, que mantenham uma unidade económica ou laços de interdependência entre si podem submeter, no mesmo procedimento, propostas para diferentes lotes ou grupos de lotes.

Seguindo *mutatis mutandis* o raciocínio de PEDRO GONÇALVES, ainda que numa lógica jurídico-formal subjacente ao regime dos grupos de empresas previsto no Código das Sociedades Comerciais, o n.º 2 do artigo 54.º não regula directamente estas situações, por isso que “(...) *não se pode afirmar que uma sociedade dominada (“A”) por outra sociedade, a sociedade dominante (“B”) seja, ela mesma, membro do agrupamento que esta integre*”.⁴³

Uma vez que as entidades em relação de grupo não são atingidas pelo n.º 2 do artigo 54.º - estão em causa entidades juridicamente diferentes pelo que não são um único concorrente para os efeitos do n.º 7 do artigo 59.º -, pode concluir-se que não existe norma legal que proíba a participação simultânea dessas entidades em procedimentos em que se tenha limitado o número

⁴² Sobre a relação entre estas liberdades de circulação e o direito da contratação pública, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação pública ...*, pp. 304-318.

⁴³ Em sentido idêntico, ainda que sem importar o conceito de *empresa* do Direito da Concorrência, v. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 616. Em sentido diferente, v. MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública*, in *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora, 2010, pp. 129 e ss. propondo a interpretação extensiva do artigo 54.º, n.º 2.

máximo de lotes aos quais podem ser apresentadas propostas ou o número máximo de lotes a adjudicar por concorrente.

No entanto o problema não está – repete-se - em saber se sociedades que fazem parte do mesmo grupo podem fazer parte de agrupamentos diferentes para efeitos do artigo 54.º, n.º 2 do CCP mas antes se, nesses procedimentos específicos onde se procedeu à limitação à adjudicação por lotes, essas sociedades devem ser consideradas como um único concorrente, à luz do artigo 53.º do CCP.

Por outras palavras, não está em causa saber se o princípio da proibição da dupla participação num procedimento pré-contratual, previsto no artigo 59.º, n.º 7 do CCP, foi, ou não, respeitado.⁴⁴

Vejamos.

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

Em Portugal, a jurisprudência administrativa tem evoluído no sentido de considerar que diferentes sociedades, apesar de apresentarem “*a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes*” “*(...) são pessoas jurídicas autónomas, detendo personalidade jurídica própria e, nessa medida, considera-se que estamos perante duas concorrentes, apresentado cada uma a sua*

⁴⁴ Como bem observa PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Alameda, Coimbra, 2018, p. 615, “*A proibição da dupla participação é justificada pelo propósito de reduzir o risco de transferência ou passagem de informações de um agrupamento para outro (no caso de participação em mais do que um agrupamento) e de, assim, prevenir e não promover ou facilitar práticas que possam falsear as regras da concorrência. Por outro lado, agora na perspectiva dos valores próprios da contratação pública, procura-se prevenir situações de falsa concorrência e de competição não genuína entre operadores económicos que, afinal, se relevam diversos apenas num plano formal. (por vezes vê-se advogada a tese da conveniência em atribuir às entidades adjudicantes o poder de definição de exceções à regra da proibição da dupla participação, desde logo com o propósito de aumentar o número de candidaturas ou propostas.*”

proposta.”⁴⁵

Este entendimento foi reiterado, em 2016, no acórdão do TCASUL⁴⁶ em que se concluiu que “(...) o Código dos Contratos Públicos (...) *consagrou uma definição de concorrente alicerçada no conceito tradicional de personalidade jurídica, estabelecendo que é concorrente a “pessoa”, singular ou colectiva, que apresente uma proposta, pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54.º) são pessoas autónomas com propostas autónomas.*”

Consequentemente, como conclusão preliminar, ainda que não definitiva, pode admitir-se que concorrentes ainda que juridicamente distintos, que mantenham uma unidade económica ou laços de interdependência entre si, possam submeter, no mesmo procedimento, propostas para diferentes lotes ou grupos de lotes.

Neste caso, alguns entendiam ser possível a invocação do (actual) artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP que determina a exclusão de propostas cuja análise revelasse a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.⁴⁷

Não partilhamos este entendimento.

A causa de exclusão prevista no artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP visa afastar propostas que violem *regras* de direito da concorrência. A redacção actual corresponde, aliás, à redacção

⁴⁵ Cfr. acórdão do TCASUL, processo n.º 12542/15, de 26.11.2015, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁶ Cfr. acórdão do TCASUL, processo n.º 13205/16, de 02.06.2016, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁷ Neste sentido, v. JOÃO MOREIRA, *Cartelização em Contratação Pública*, in Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 240 e 241 e, preconizando que se deve “estender a aplicação do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP” a “situações em que uma mesma empresa procurará utilizar pessoas jurídicas diferentes (por exemplo, uma “empresa de fachada”) para tentar vencer todos os lotes a concurso, contornando, deste modo, a limitação prevista nas peças do procedimento”, v. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas ...*, p. 80.

do CCP original de 2008.⁴⁸

A exclusão, neste caso, tem em vista, fundamentalmente⁴⁹, práticas de *bid-rigging* que ocorrem frequentemente no contexto da contratação pública.

Ora, a comunicação à Autoridade da Concorrência de uma situação em que duas sociedades do mesmo grupo apresentam propostas diferentes para lotes no mesmo procedimento não conduzirá à abertura de qualquer processo de inquérito pela meridiana razão de que estas duas sociedades constituem uma única empresa, à luz do Direito da Concorrência, não se encontrando verificado, por consequência, qualquer acordo entre empresas (*bid-rigging*).⁵⁰

O que significa, como referimos, que a causa de exclusão prevista no artigo 70.º, n.º 2, alínea g) só ocorrerá perante infracções ao Direito da Concorrência. Não pode, por isso, ser aplicada a situações em que uma mesma empresa procure utilizar pessoas jurídicas diferentes (por exemplo, empresas fictícias) para tentar vencer todos os lotes a concurso, perante casos em que se limitou, previamente, o número máximo de lotes a que se pode

⁴⁸ O CCP de 2008 previa, no n.º 3 do mesmo artigo, que a exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na g) devia ser imediatamente comunicada à Autoridade da Concorrência (AdC) e, na actual redacção, a comunicação à Autoridade da Concorrência deve ser feita *também* perante a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência. Trata-se aliás de normas que secundam o disposto nas Directivas. Cfr. considerando 101 da Directiva-clássica e artigo 57.º, n.º 4, alínea d) da Directiva-clássica.

⁴⁹ Analisando outras práticas anti-concorrenciais na contratação pública (abuso de posição dominante), v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação pública ...*, pp. 372-375 e NUNO CUNHA RODRIGUES, *Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?*, in Revista de Concorrência e Regulação, ano VII, número 32, outubro – dezembro 2017, pp. 131-146 (em especial pp. 139-142).

⁵⁰ Neste sentido, ainda que à luz das relações societárias de grupo decorrentes da aplicação do Código das Sociedades Comerciais, v. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *A participação simultânea de sociedades em relação de domínio ou em relação de grupo em procedimentos de contratação pública*, in Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 9 e segs. e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2, 2011, pp. 89-109.

concorrer ou que podem ser adjudicados.

Face à impossibilidade de a entidade adjudicante invocar aquela causa de exclusão, podemos-nos interrogar se haverá outros mecanismos para afastar concorrentes que, atendendo a que mantêm uma unidade económica ou laços de interdependência entre si, submetam propostas no mesmo procedimento pré-contratual em que se estabeleceu um número máximo de lotes a que cada concorrente pode apresentar-se ou a adjudicar por concorrente.

É que essas mesmas sociedades constituem, à luz do Direito da Concorrência, uma única empresa.⁵¹

A resposta a esta questão dependerá dos tipos de procedimentos que estão em causa e que podem ser:

a) Procedimentos pré-contratuais abertos:

Neste caso, os concorrentes que façam parte da mesma *empresa* podem apresentar propostas diversas no mesmo procedimento pré-contratual, à luz dos princípios «favor participationis»; da concorrência; da transparência; da igualdade de tratamento e da não discriminação, conforme decorre dos acórdãos *Assitur* e *Lloyd of London*, em que se afirmou que não basta concluir que os concorrentes pertencem a um mesmo grupo empresarial, sendo necessário verificar se, em face das circunstâncias concretas, essa relação teve uma efetiva influência sobre o conteúdo das propostas apresentadas por cada uma das empresas.

Sublinhe-se que, nestes procedimentos, o princípio da

⁵¹ Sobre a noção de empresa no Direito da Concorrência, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *ibidem*, pp. 381-386 e NUNO CUNHA RODRIGUES, *A nulidade dos contratos públicos à luz do Direito da Concorrência*, in Estudos de Contratação Pública, CEDIPRE, Coimbra, volume IV, 2012, pp. 181-230.

Note-se que, para efeitos de aplicação do direito da concorrência, a forma jurídica assumida pela empresa é irrelevante exigindo-se apenas a consideração da actividade económica materialmente exercida, sem impor a análise da sua natureza jurídica o que confere ao conceito uma amplitude consideravelmente alargada, reconduzindo-o a uma noção funcional e ampla de empresa.

concorrência é assumido de forma plena, do que resulta que a exclusão de concorrentes apenas seja admissível caso se verifique, com base em elementos incontestáveis, que as propostas não foram formuladas de forma independente.

b) Procedimentos pré-contratuais de acesso limitado:

Nestes procedimentos, a limitação é imposta *ope legis* (v.g. no concurso público por prévia qualificação) ou pela entidade adjudicante (v.g. no convite ou no programa do procedimento) e tem por objectivo assegurar que os concorrentes que se apresentam no procedimento se encontram, entre si, num determinado *level playing field* que procura, de alguma forma, nivelar a capacidade destes para a apresentação de propostas.

Em certos casos, procura-se igualmente, e de forma mais rigorosa, evitar o desdobrimento da personalidade societária ou empresarial que permitiria a apresentação de múltiplas propostas.

O princípio da concorrência encontra-se, por isso, previamente condicionado, na medida em que não se procura, nestes casos, chamar o maior número possível de oponentes ao procedimento mas apenas aqueles que reúnam certas características.

Neste contexto, e atenta a natureza dos procedimentos pré-contratuais de acesso limitado, será admissível que a entidade adjudicante possa limitar, *ex-ante* – no convite ou no programa do procedimento – a natureza dos concorrentes que se podem apresentar ao procedimento.⁵²

⁵² Como bem observa JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A adjudicação ...*, pp. 366 a propósito da prévia limitação do número máximo de lotes a adjudicar por concorrente, esta “(...) não é senão uma forma de antecipar (para o momento da apresentação das propostas) o efeito de diversificação de potenciais adjudicatários subjacente a todo o regime da adjudicação por lotes e, muito em particular, à própria regra do n.º 4 do artigo 46.º-A. Se o que aí se pretende é evitar a concentração num só operador de

Consequentemente, propõe-se duas soluções para os casos em que concorrentes que integram a mesma *empresa* à luz da noção prevista em Direito da Concorrência apresentem propostas diversas em procedimentos em que a entidade adjudicante fixou limites ao número máximo de lotes a que se podem apresentar propostas ou ao número máximo de lotes que podem ser adjudicados por concorrente.

Primo, a entidade adjudicante pode estabelecer, *a priori*, no convite ou no programa do procedimento pré-contratual de acesso limitado, proibida proibição da participação de mais do que uma sociedade ou entidades de qualquer natureza que façam parte da mesma empresa, à luz da noção aplicada pelo direito da concorrência (cfr. artigo 132.º, n.º 4 do CCP).⁵³

Neste caso, a entidade adjudicante, usando do poder de auto-regulação procedimental disposto no artigo 132.º, n.º 4 do CCP, deve registar, nas peças do procedimento pré-contratual de acesso limitado, ser proibida a participação de concorrentes que integrem a mesma empresa, de harmonia com a noção prevista no artigo 3.º da Lei da Concorrência.

Sublinhe-se que a noção de empresa, prevista na Lei da Concorrência, não abrange *apenas* sociedades do mesmo grupo. Está também em causa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência, v.g., pessoas singulares que detêm participações sociais em pessoas colectivas ou até sociedades irregularmente constituídas.⁵⁴

todos os benefícios advenientes da adjudicação de todos ou de grande parte dos lotes, não é difícil de compreender que a forma mais imediata de evitar essa concentração é, desde logo, limitar o próprio espaço de participação procedimental de cada concorrente no momento da apresentação das suas propostas aos vários lotes”.

⁵³ Cfr. artigo 132.º, n.º 4 do CCP: “4 - O programa do concurso pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.”

⁵⁴ Cfr. artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência):

2 — *Considera -se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora*

O cenário proposto pode ser concretizado, não apenas nos procedimentos pré-contratuais de acesso limitado em que se preveja previamente uma limitação à partida ou à chegada na adjudicação por lotes, mas igualmente em todos os procedimentos de acesso restrito a um número qualificado de participantes, por forma a garantir a efectividade que o princípio da concorrência deve assumir em procedimentos de acesso limitado.⁵⁵

A solução preconizada não contende com a jurisprudência do TJUE anteriormente citada, em que estava em causa, recorde-se, a exclusão de propostas apresentadas por sociedades que faziam parte do mesmo grupo (i) determinada pela lei nacional em (ii) procedimentos pré-contratuais abertos.

A hipótese que se suscita permite, segundo entendemos, excluir concorrentes que façam parte da mesma empresa, à luz do conceito previsto no artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual poderá ser determinada, pela entidade adjudicante, (i) previamente no convite ou no programa do procedimento e em (ii) procedimentos pré-contratuais de acesso limitado.⁵⁶

juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente: a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios.

⁵⁵ Assim, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Alameda, Coimbra, 2018, p. 617: “nestes casos, a proibição tem os propósitos legítimos de, por um lado, evitar que se ponha em causa a genuína competição entre diferentes concorrentes e, por outro lado, dissuadir os operadores económicos da tentação de se desdobrarem em entidades de fachada com o fito de ocuparem os lugares disponíveis no procedimento.” Cfr. também RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Restrições à participação em procedimento de contratação pública*, em *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, p. 34, disponível em <http://www.fd.uc.pt/cedipre/>

⁵⁶ Coloca-se ainda a dúvida de saber se a exclusão, a ocorrer, abrangerá todas as propostas apresentadas pelos concorrentes que façam parte da mesma empresa ou se pode ser aprovada uma das propostas apresentadas, sendo excluídas todas as restantes. Entende-se que estando em causa, a final, um único concorrente – identificado com uma única empresa - a entidade adjudicante deverá excluir todas as propostas que tenham sido apresentadas por todos os concorrentes que integrem a empresa.

Secundo, pode ainda suceder que a entidade adjudicante não tenha definido, *a priori*, a proibição de apresentação de propostas para entidades que integrem a mesma *empresa*, de harmonia com a noção prevista no Direito da Concorrência, como proposto anteriormente.

Neste caso, a entidade adjudicante pode, seguindo a jurisprudência *Assitur*, apreciar os factos, a fim de determinar se a relação existente entre os dois concorrentes exerceu uma influência concreta no conteúdo das respetivas propostas, suficiente para excluir as referidas empresas do processo⁵⁷ ou recorrer à teoria do levantamento ou desconsideração da personalidade jurídica (“*disregard of legal entity*”)⁵⁸ para, a final, excluir as propostas apresentadas, com fundamento no disposto na alínea i) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP atendendo a que um mesmo concorrente submeteu duas propostas a cada lote, em violação do disposto no n.º 7 do artigo 59 do CCP.⁵⁹

Estas hipóteses podem ser consideradas em procedimentos pré-contratuais abertos ou de acesso limitado.

O recurso à teoria do levantamento ou desconsideração da personalidade jurídica pressupõe, aqui, a prática de abuso de direito por parte de uma única *empresa* (ainda que traduzida na apresentação de diferentes propostas) que ficciona a existência de *várias* propostas através de *vários* concorrentes.

Porém a concreta actuação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades padece ainda de alguma falta de rigor dogmático, desde logo porque não apela a concretas normas jurídicas mas antes a princípios, como os da boa-fé e do abuso de direito, relacionados com a instrumentalização da referida personalidade. É, aliás, controversa, porquanto se

⁵⁷ Cfr. acórdão *Assitur*, cit., parágrafo 32.

⁵⁸ Sobre a aplicação desta teoria no direito administrativo, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento de véu*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, FDL, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 633-656.

⁵⁹ Neste sentido, v. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas ...*, p. 80.

manifestam entendimentos não inteiramente convergentes quanto à formulação dos respectivos requisitos.⁶⁰

Assim, julgamos que face às novas possibilidades abertas pelas directivas de 2014 e pelo CCP revisto relativas à adjudicação por lotes – que incluem a possibilidade de as entidades adjudicantes limitarem o número máximo de lotes a que cada concorrente pode apresentar propostas e/ou o número máximo de lotes a adjudicar por concorrente – será prudente que as entidades adjudicantes, usando do poder de auto-regulação procedimental disposto no artigo 132.º, n.º 4 do CCP, estabeleçam a proibição de participação de concorrentes que integrem a mesma empresa, à luz do conceito previsto no artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, devendo essa proibição ser prevista (i) previamente no convite ou no programa do procedimento e em (ii) procedimentos pré-contratuais de acesso limitado.

Nos restantes casos, *i.e.* procedimentos pré-contratuais abertos em que se fixaram limites ao número máximo de lotes a que se podem apresentar propostas ou ao número máximo de lotes que podem ser adjudicados por concorrente, a entidade adjudicante terá de lançar mão, reiterar-se, da teoria do levantamento ou desconsideração da personalidade jurídica para, a final, poder excluir as propostas apresentadas ou de harmonia com a jurisprudência *Assitur*, examinar e “apreciar os factos, a fim de determinar se a relação existente entre duas entidades exerceu uma influência concreta no conteúdo das respetivas propostas (...) sendo a constatação de uma influência dessa natureza, independentemente da sua forma, suficiente para excluir as referidas empresas do processo.”⁶¹

⁶⁰ Sobre esta teoria *v.*, mais recentemente, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica: as realidades brasileira e portuguesa*, Direito das Sociedades em Revista, Março 2016, Ano 8, Vol. 15, pp. 29-57.

⁶¹ Cfr. acórdão *Assitur*, cit., parágrafo 32.