

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

O contrato público como operação de concentração  
de empresas: uma perspetiva procedimental



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA

Beatriz de Carvalho Pinto Pereira

Orientação da Professora Doutora Vera Eiró

Mestrado em Direito Administrativo e Contratação Pública

Lisboa

31 de Julho de 2014

*Aos meus pais,*

## ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	4
1.1. Enquadramento.....	4
1.2. Âmbito do trabalho a desenvolver.....	7
2. O contrato público como operação de concentração.....	9
3. A transcendência do programa de procedimento .....	13
4. A avaliação prévia: uma nova fase do procedimento de contratação pública? .....	20
5. Conformação das propostas com o entendimento da AdC em sede de avaliação prévia.....	25
6. O controlo de concentrações resultantes da celebração de contratos públicos .....	26
7. Consequências da decisão adotada pela AdC no procedimento de controlo de operações de concentração sobre o procedimento de formação do contrato público ..	30
7.1. As decisões de não oposição e de oposição à operação de concentração .....	31
7.2. A decisão de não oposição com imposição de condições para garantir o cumprimento de obrigações e compromissos .....	36
7.2.1. Os ajustamentos ao contrato.....	37
7.2.2. Estabilidade subjetiva do procedimento.....	42
7.2.3. Incumprimento dos compromissos propostos .....	44
7.2.4. Revisão de compromissos .....	45
8. CONCLUSÕES.....	47
REFERÊNCIAS E FONTES BIBLIOGRÁFICAS .....	52

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Enquadramento

*«Não demorou muito tempo perceber que a principal ameaça à concorrência, nomeadamente entre empresas de diferentes Estados membros, provinha menos de empresas privadas poderosas, e mais dos próprios Estados e de outras entidades juridicamente habilitadas a fazer uso dos poderes deste. E foi aqui que a história cruzou os caminhos da defesa da concorrência com a contratação pública»<sup>1</sup>.*

O Direito da concorrência e o Direito da contratação pública são duas áreas jurídicas que se interseitam, o que decorre do facto de ambas prosseguirem um mesmo objetivo, de realização do mercado interno, e de serem instrumentais para a garantia do princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, como é exigido pelo artigo 119.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”). Nestes termos, estão destinados a garantir a existência de igualdade de condições dentro do mercado interno e a efetividade das liberdades fundamentais consagradas no TFUE.

Neste seu propósito, tanto o Direito da concorrência, como o Direito da contratação pública servem-se, para esse efeito, do mesmo princípio-tronco: o da proteção e da promoção da concorrência<sup>2</sup>. Não obstante, a forma como esse princípio se concretiza e a forma como o objetivo de desenvolvimento do mercado único é prosseguido em cada um dos sistemas normativos referidos diverge.

De facto, o Direito da concorrência concentra-se mais nas restrições privadas à concorrência que prejudicam os consumidores e na prevenção da criação de barreiras privadas às trocas, sendo fundamentalmente dirigido às empresas. Nesta conformidade, configura o princípio da concorrência como um princípio de liberdade concorrencial<sup>3</sup>, limitando-se a proibir determinadas condutas das empresas consideradas lesivas para o normal funcionamento do mercado. Basta-se, portanto, com a «garantia do

---

<sup>1</sup> Cit. JOÃO CAUPERS, “Contratação Pública e Concorrência”, in *Contratação Pública e Concorrência*, org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, 2013, p. 7.

<sup>2</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 184 e 185; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, p. 380.

<sup>3</sup> Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 373 e 396.

desenvolvimento concorrencial e eficiente das atividades económicas»<sup>4</sup>, assumindo uma natureza *ex post*, repressiva de comportamentos desviantes, salvo no caso do controlo de operações de concentração, em que a atuação do Direito da concorrência ocorre *ex ante*.

Já o Direito da contratação pública, por sua vez, enquanto sistema normativo dirigido ao setor público, tem sido largamente concentrado em eliminar restrições públicas à circulação de bens e serviços relacionados com medidas protecionistas dos Estados Membros. Assim, o Direito da contratação pública é um instrumento essencial para garantir as liberdades fundamentais do TFUE e para implementar a política económica de abertura da atividade contratual do setor público à concorrência, constituindo, dessa forma, uma ferramenta-chave para o desenvolvimento e consolidação do mercado interno, enquanto objetivo primário da política económica da União Europeia (doravante, “UE”).

Não obstante ser esta a origem e o propósito nuclear deste sistema normativo, a verdade é que há outras considerações que configuram objetivos essenciais desta área do direito, nomeadamente a satisfação das necessidades das entidades públicas de uma forma eficiente, fazendo uso do princípio da concorrência como um princípio de igualdade concorrencial e de economicidade<sup>5</sup>.

Isso significa que, nesta área do Direito, não basta a preservação das condições normais de mercado – aliás, nem é essa a sua função<sup>6</sup>; de facto, o Direito da contratação pública pressupõe que o mercado funciona sem distorções, ou seja, que o Direito da concorrência está a cumprir o seu propósito, apesar de, num dado momento, isso poder não estar a acontecer, o que terá, inevitavelmente, um impacto negativo na atividade aquisitiva do comprador público, já que comprometerá as suas hipóteses de vir a adjudicar uma proposta com a melhor relação qualidade/preço possível<sup>7</sup> –; na verdade, neste âmbito, o princípio da concorrência intervém *ex ante*, já que, visando a adjudicação da melhor proposta possível, do ponto de vista do interesse financeiro do

---

<sup>4</sup> *Cit.* CLÁUDIA TRABUCO, “Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jusconcorrencial de empresa”, in *Contratação Pública e Concorrência*, org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, 2013, p. 12.

<sup>5</sup> *Cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 393 a 397.

<sup>6</sup> A concorrência que o Direito da contratação pública visa proteger é a concorrência dentro do procedimento.

<sup>7</sup> *Cfr.* ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 10 e 11.

Estado, obriga à criação de um mercado<sup>8</sup> em que sejam garantidas iguais condições de acesso<sup>9</sup> e de participação<sup>10</sup> nos procedimentos de contratação pública, assegurando, por essa via, uma verdadeira competição e, conseqüentemente, a legitimidade das decisões relativas às compras públicas. Assim, na contratação pública, o princípio da concorrência assume-se como um verdadeiro valor de interesse público, o qual, enquanto responsabilidade do Estado, deve ser não só protegido como produzido por ele<sup>11</sup>.

Do exposto decorre que o Direito da concorrência e o Direito da contratação pública, embora prossigam o mesmo objetivo de proteção da concorrência e de realização do mercado único, são dois sistemas normativos com uma pretensão de aplicação distinta.

Não obstante o que acabámos de referir, o Direito da concorrência e o Direito da contratação pública são dois conjuntos normativos de natureza horizontal<sup>12</sup>, ou seja, ambos têm a especificidade de afetarem, em geral, o todo do mercado. Assim sendo, situações há em que pode existir uma aplicação simultânea das duas áreas. De facto, afigura-se possível identificar certas zonas de interseção entre as duas áreas do Direito, as quais se concretizam nas referidas situações que ambas as disciplinas pretendem regular. Podemos reconduzir essas zonas de interseção a três matérias: auxílios públicos; controlo de concentrações de empresas; e as práticas restritivas da concorrência<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> «É na concorrência que se funda o mercado da contratação pública (...)», RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra, 2008, p. 67.

<sup>9</sup> «Princípio do acesso público», do qual decorre o dever de a entidade adjudicante não exigir condições de acesso que resultem numa limitação desproporcionada no acesso ao mercado, *cfr. idem*, pp. 68 e 69.

<sup>10</sup> *Cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 393 a 397; CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 124 a 128; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 189.

<sup>11</sup> *Cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 375 a 377.

<sup>12</sup> *Vide.* ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *ob. cit.*, pp. 80 a 83.

<sup>13</sup> Defendendo o princípio da separação entre os dois sistemas normativos, v. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 411 a 427. O autor propõe como solução um modelo de «integração da teleologia concorrencial nos princípios e regras da contratação» (p. 421), no sentido de estas não se esgotarem no «modelo clássico de promoção da concorrência e de garantia da igualdade concorrencial», estendendo-se também à defesa da concorrência (p.417). Sobre a forma de concretização desta integração de preocupações concorrenciais nas regras de contratação pública, *cfr.* pp. 418 a 427.

É sobre a zona de interseção correspondente ao controlo de concentrações de empresas que nos propomos estudar, do ponto de vista do panorama legislativo nacional.

## 1.2. Âmbito do trabalho a desenvolver

*«As operações de concentração abrangidas pela presente lei devem ser notificadas à Autoridade da Concorrência após a conclusão do acordo e antes de realizadas, (...) ou ainda, no caso de uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, após a adjudicação definitiva e antes de realizada»<sup>14</sup>.*

*«(...) a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado na presente lei»<sup>15</sup>.*

O Direito da concorrência, em Portugal, é fundamentalmente regido, no nível infraconstitucional, pelo novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante, “RJC”), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. É neste diploma legislativo que encontramos a disciplina do procedimento de controlo de operações de concentração de empresas, nos seus artigos 36.º a 59.º.

A contratação pública, por outro lado, é regulada pelo Código dos Contratos Públicos (doravante, “CCP”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o qual já foi sucessivamente revisto, datando a última alteração de Julho de 2012<sup>16</sup>.

Como já tivemos oportunidade de referir, estas duas áreas do Direito interseitam-se em várias zonas, nomeadamente na das operações de concentração, agora em análise. Mas em que medida é que as operações de concentração configuram uma zona de sobreposição entre estes dois conjuntos normativos? Como veremos, há contratos públicos, ou melhor, projetos de contratos públicos, que podem desencadear o mecanismo do controlo de operações de concentração, uma vez que os contratos a que vão dar origem podem ser suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional, ou numa parte substancial deste, de acordo com os critérios previstos.

---

<sup>14</sup> Artigo 37.º, n.º 2 do RJC.

<sup>15</sup> Artigo 37.º, n.º 3 do RJC.

<sup>16</sup> Decreto-lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.

É neste contexto que devem ser analisadas as disposições do RJC acima transpostas, as quais dizem respeito às operações de concentração que são originadas por via da celebração de um contrato público. Estas duas disposições são, atualmente, a única referência legal à articulação entre os procedimentos de controlo de operações de concentração e de contratação pública. Todavia, como tencionamos demonstrar, são claramente insuficientes.

Estas disposições levantam várias dúvidas e problemas. Desde logo, podemos antever que não é claro a que se refere a lei quando alude à «adjudicação definitiva e antes de realizada». Adicionalmente, dá competência à entidade adjudicante para disciplinar a articulação entre ambos os procedimentos, sem explicar de que forma é que essa regulamentação deve ser feita e qual a consequência jurídica da sua falta. Por outro lado, não clarifica quais as consequências que uma decisão num procedimento deste tipo terá no procedimento de contratação pública.

Estes são alguns dos principais problemas com que nos deparámos e que nos levaram à escolha do presente tema. De facto, causa-nos alguma perplexidade o facto de uma zona de interseção com esta relevância – tendo em consideração que não estão só aqui em causa meras operações de concentração (as quais poderão ter efeitos muito nefastos ao nível da concorrência efetiva no mercado) mas concentrações que envolvem o setor público, ampliando significativamente as preocupações ao nível da concorrência, da eficiência, da legitimação da compra pública em causa e da transparência – encontrar uma tão insignificante regulamentação.

Facto é que as situações que cairão sob a alçada deste cruzamento específico entre os dois conjuntos normativos serão relativamente marginais. Não obstante, essa circunstância não lhes retira relevância, nem mitiga a necessidade de uma regulamentação adequada.

O presente trabalho incidirá, assim, sobre a articulação, ao nível da legislação portuguesa, entre os procedimentos de contratação pública e de controlo de operações de concentração de empresas.

Implicando o estudo articulado entre as várias normas e princípios aplicáveis, propomo-nos analisar os regimes jurídicos em causa e refletir sobre questões práticas

relevantes que se coloquem a propósito da articulação entre estes dois procedimentos, oferecendo soluções e chamando a atenção para problemas com que nos deparemos.

No fundo, pretendemos demonstrar que esta problemática da harmonização entre dois procedimentos, relativos a dois sistemas normativos diferentes, não é tão direta quando possa parecer, não se bastando com as disposições legais a que fizemos referência.

Neste sentido, através da nossa investigação, esperamos conseguir oferecer argumentos que sustentem o nosso entendimento de que o tratamento da interação entre estas duas áreas do Direito, pelo menos nesta zona de cruzamento em particular, requer um estudo cuidado e um aprofundamento sério ao nível do tratamento legislativo, por forma a proporcionar uma adequada harmonização entre os procedimentos e trazer, dessa forma, vantagens ao nível da eficiência da contratação pública, da transparência e da segurança jurídica.

Por fim, cumpre ainda delimitar o âmbito deste tratamento às operações de concentração de âmbito nacional, por um lado, e, por outro, à fase da contratação pública, sendo que qualquer referência à fase de execução do contrato será meramente pontual e apenas quando de especial relevância para o tema em análise.

## 2. O contrato público como operação de concentração

Uma operação de concentração consiste, nos termos do art. 36.º do RJC, na mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado a) da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou b) da aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa.

Das liberdades de empresa e de organização empresarial decorre que as concentrações de empresas são, em princípio, permitidas<sup>17</sup>. Todavia, objetivos de interesse público relacionados com a garantia da ordem concorrencial constituem fundamento para algumas restrições a essa permissão geral.

---

<sup>17</sup> Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 249.

De facto, a criação ou o reforço de uma empresa que aumenta significativamente o seu poder de mercado<sup>18</sup> pode colocar em risco a estrutura concorrencial do mercado e privar os consumidores das vantagens decorrentes de uma concorrência efetiva<sup>19</sup>. Contudo, por forma a salvaguardar os princípios da liberdade de concorrência e da economia de mercado, essa realidade não deve ser condicionada se resultar de um crescimento interno da empresa. Ao invés, a aquisição de uma posição dominante em virtude de um crescimento externo (*i.e.*, concentração) é artificial, pelo que, nessa circunstância, as restrições são justificadas<sup>20</sup>.

O modelo português e da União Europeia é o de controlo preventivo (*ex ante*)<sup>21</sup>, o qual assenta no condicionamento da liberdade de empresa em relação a certas operações de concentração. Isto significa que essas operações de concentração em concreto dependem de autorização prévia, por parte da AdC<sup>22</sup>, a qual pressupõe uma «análise prospetiva da evolução da estrutura do mercado em resultado da concentração»<sup>23</sup>, ou seja, uma análise das potenciais consequências, ao nível da concorrência no mercado, derivadas da concentração.

O âmbito da referida atuação preventiva da AdC é, porém, delimitado por dois instrumentos legislativos – o RJC e o Regulamento (CE) N.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004 – os quais circunscrevem o seu âmbito de atuação entre dois limiares, um mínimo e um máximo.

---

<sup>18</sup> Entendido como «a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de outra forma os parâmetros da concorrência», *cfr. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*, JOUE n.º C 31, 05.02.2004, p. 5, parágrafo 8.

<sup>19</sup> «Tais como preços reduzidos, produtos de elevada qualidade, uma vasta escolha de bens e serviços e inovação», *cfr. idem*, p. 5, parágrafo 8.

<sup>20</sup> *Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit.*, p. 251.

<sup>21</sup> Esta natureza *ex ante* é o que diferencia o controlo de concentrações dos outros instrumentos do Direito da concorrência, colocando em crise a dicotomia entre regulação setorial e regulação da concorrência, segundo a qual a primeira, em virtude da sua intervenção *ex ante*, tem um papel ativo na definição do mercado e a segunda atua apenas como garante das condições normais de mercado. De facto, como refere PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 255 a 257, o controlo de concentrações é um instrumento de forte intervenção da AdC no mercado, uma vez que lhe permite não só autorizar ou rejeitar (ou melhor, não se opor ou opor-se) a operação de concentração, como pode ainda fazer uso das condições e obrigações, impondo comportamentos às empresas.

<sup>22</sup> Por oposição, o modelo de controlo sucessivo (*ex post*) pressupõe a proibição legal de realização de concentrações contrárias à concorrência mas apenas atua caso essa proibição legal seja violada, intervindo no sentido da imposição de sanções com o objetivo de reprimir a infração.

<sup>23</sup> *Cit. NUNO CUNHA RODRIGUES, “A adjudicação de concessões na nova Lei da concorrência”, in Revista de Contratos Públicos*, N.º 5, Maio-Agosto 2012, CEDIPRE, p. 49.

O limite mínimo consta do art. 37.º, n.º 1 do RJC, que estabelece as condições mínimas de sujeição de uma operação de concentração a notificação prévia e controlo da AdC. O que significa que, caso uma operação de concentração não atinja aqueles níveis, a operação é permitida, estando fora do âmbito desse controlo prévio.

O limite máximo, por sua vez, resulta do art. 1.º, n.ºs 2 e 3 do Regulamento (CE) N.º 139/2004, estabelecendo os níveis a partir dos quais a competência para o controlo pertence exclusivamente à Comissão Europeia.

Analizado o conceito de operação de concentração, cumpre agora compreender de que forma é que um contrato público pode configurar uma operação de concentração.

Conforme *supra* referido, encontramos-nos em face de uma operação de concentração quando há uma mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado (especificamente para os efeitos que aqui nos interessam) da aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa (art. 36.º, n.º 1 b) RJC).

Desta alínea b) resultam dois tipos de contratos públicos que podem dar origem a uma operação de concentração de empresas.

Em primeiro lugar, entendemos estar incluída nesta disposição a criação de uma empresa comum, nos termos do art. 36.º, n.º 2 RJC, desde que a mesma desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma. Assim, o primeiro tipo de contrato público sujeito a um dos procedimentos previstos no CCP e que pode configurar uma operação de concentração de empresas consiste no contrato de sociedade que cumpra os seguintes requisitos: a) que seja celebrado por uma entidade adjudicante<sup>24</sup>; b) cujo capital social se não destine a ser exclusivamente detido pelas entidades do art. 2.º, n.º 1<sup>25</sup>; c) desde que essa entidade adjudicante ou o cocontratante já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa; e d) desde que a nova empresa

---

<sup>24</sup> Uma vez que, segundo o art. 1.º, n.º 2 CCP, entendem-se por contratos públicos «todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes».

<sup>25</sup> Os contratos de sociedade interadministrativos celebrados entre entidades referidas no artigo 2.º, n.º 1 do CCP não estão sujeitos aos procedimentos de contratação pública previstos no CCP (artigo 6.º, n.º 1 do CCP).

comum desempenho de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma, *i.e.*, deve operar no mercado de modo semelhante às empresas que já aí se encontram, dispondo de gestão própria e de acesso aos recursos necessários<sup>26</sup>.

O segundo tipo de contrato público que, na aceção do art. 36.º, n.º 1 b) RJC, pode implicar uma operação de concentração resulta do art. 36.º, n.º 3 RJC, segundo o qual o controlo a que se refere o n.º 1 decorre de qualquer ato, independentemente da sua forma, que implique a possibilidade de exercer, com carácter duradouro, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa, nomeadamente «a aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa» (alínea b)).

Nestes termos, o controlo poderá incidir apenas sobre a totalidade ou parte dos ativos da empresa (tais como marcas ou licenças<sup>27</sup>), contando que sirvam de base a uma atividade à qual possa ser imputado, sem ambiguidade, um determinado volume de negócios<sup>28</sup>. Tal significa que as concessões de serviço público podem implicar uma operação de concentração<sup>29</sup>.

Neste âmbito, é oportuno relembrar o estudo de NUNO CUNHA RODRIGUES sobre esta temática, no qual o Autor distingue dois tipos de concessões: as concessões em que compete ao concessionário a construção e exploração do bem subjacente à mesma, não existindo ainda, de facto, nenhum ativo aquando da celebração do contrato; e as concessões em que esse ativo já é uma realidade, também chamadas de «concessões de segunda geração»<sup>30</sup>. Segundo o Autor, só na segunda situação é que existe um ativo suscetível de «desenvolver, por si só, uma atividade económica traduzida numa unidade económica, prosseguida de forma estável, à qual pode ser atribuído um volume de

---

<sup>26</sup> São as chamadas «empresas comuns de pleno exercício», *vide*, Manuel Lopes Porto, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e GONÇALO ANASTÁCIO (orgs.), *Lei da concorrência - Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, pp. 404 e 405.

<sup>27</sup> *Cfr.* NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 50.

<sup>28</sup> *Vide* NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 50 e 51.

<sup>29</sup> Neste sentido, *vide* Decisão da AdC Ccent. 78/2007, relativa à concessão do Terminal de Granéis Líquidos do Porto de Sines (TGLS) a uma empresa detida pela Galp, nos termos da qual a AdC entendeu que «(...) a exploração comercial do TGLS (...) passará a ficar a cargo da ora notificante. Neste sentido, esta adquirirá direitos de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos da empresa (...), passando a exercer uma influência determinante sobre a actividade comercial daquele, configurando, em resultado disso, uma alteração de natureza estrutural e duradoura, susceptível de consubstanciar uma operação de concentração, nos termos e para os efeitos do artigo 8.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, conjugada com a definição de controlo dada por aquele normativo» (ponto 20, (iv)).

<sup>30</sup> *Cfr.* PEDRO MELO, *A distribuição de risco nos contratos de concessão de obras públicas*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 54, *apud* NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 53.

negócios no mercado»<sup>31</sup>, pelo que só as concessões de segunda geração abrangem ativos cujo controlo pode configurar uma operação de concentração, na aceção *supra* referida.

Todavia, como já tivemos oportunidade de mencionar, nem todas as operações de concentração estão sujeitas a controlo prévio. Na verdade, a notificação prévia só é exigida para as operações de concentração que apresentem uma quota de mercado e/ou um volume de negócios iguais ou superiores aos previstos nas alíneas do art. 37.º, n.º 1 do RJC.

Assim, nos casos em que se verifique que a operação de concentração preenche uma das condições do art. 37.º, n.º 1 RJC, a mesma deve ser notificada à AdC, quando resultante de procedimento para a formação de contrato público, «após a adjudicação definitiva e antes de realizada» (n.º 2, *in fine*), estando a entidade adjudicante incumbida de regular, «no programa de procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado na presente lei» (n.º 3).

### 3. A transcendência do programa de procedimento

*«O legislador da concorrência confia, pois, à entidade adjudicante a definição dos termos de articulação entre os dois procedimentos»<sup>32</sup>.*

O programa de procedimento é uma peça do procedimento, *i.e.*, um documento conformador do procedimento de formação de um contrato público, que está presente em todos os procedimentos previstos no CCP, à exceção do ajuste direto (art. 40.º, n.º 1 CCP).

Nos termos do art. 41.º CCP, «o programa de procedimento é o regulamento<sup>33</sup> que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração», naquilo que não está regulado pelo CCP.

Em contratos do tipo que temos vindo a tratar, cuja celebração pode implicar uma operação de concentração, o programa terá de atender igualmente às exigências do

---

<sup>31</sup> Vide NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 53.

<sup>32</sup> *Cit.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 405.

<sup>33</sup> Diferentemente, *cfr.* ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “As peças do procedimento (algumas reflexões)”, in *Estudos de Contratação Pública*, IV, org. Pedro Gonçalves, p. 108 a 114.

procedimento de controlo de concentrações e ao impacto que uma decisão nessa sede poderá ter sobre o procedimento de contratação (art. 37.º, n.º 3 RJC).

Do exposto resulta que a entidade adjudicante deve regular a articulação entre os dois procedimentos sempre que: (i) estiver em causa um contrato de sociedade; e (ii) sempre que esteja em causa a concessão de um serviço público que consista num ativo efetivamente existente (ou seja, uma concessão de segunda geração), uma vez que a entidade adjudicante ainda não consegue determinar quem será o adjudicatário, não podendo, conseqüentemente, verificar se estão ou não preenchidas as condições do art. 37.º, n.º 1 RJC<sup>34</sup>.

Neste âmbito, importa perceber quais os aspetos a regular, ou, dito de outra forma, saber quando é que a articulação entre os dois procedimentos está suficientemente regulada, por forma a cumprir a exigência do art. 37.º, n.º 3 RJC.

O Autor *supra* referido indica vários aspetos a definir pelo programa do procedimento, no sentido de cumprir a exigência de articulação, a saber: (i) a eventual suspensão do prazo de obrigação de manutenção das propostas durante o período em que decorre o procedimento de controlo de concentrações; (ii) a obrigação de comunicar à entidade adjudicante a eventual notificação da AdC e o desenvolvimento do respetivo processo; (iii) os prazos de notificação, pelo concorrente, à entidade adjudicante, da decisão da AdC e a data da celebração do contrato a partir da decisão; (iv) o prazo para a notificação da AdC; (v) o efeito suspensivo que tal notificação produz relativamente ao ato de adjudicação, enquanto não houver decisão final da AdC<sup>35</sup>.

Em relação ao primeiro aspeto referido, entendemos que a sua regulação no programa do procedimento não tem sentido útil, já que o procedimento de controlo da concentração em causa apenas terá início, como veremos, com a adjudicação da proposta, sendo que a adjudicação deverá ser feita até ao termo do prazo de manutenção das propostas. Após a adjudicação não faz sentido a subsistência da obrigação de manutenção das propostas, dado que a melhor proposta já foi encontrada. Nestes termos, somos da opinião de que a suspensão do prazo de manutenção das propostas

---

<sup>34</sup> O que significa que, após a adjudicação, em que já está obviamente determinado o adjudicatário e é possível verificar o preenchimento daquelas condições, pode revelar-se desnecessária a notificação da AdC.

<sup>35</sup> Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 54 e 55.

apenas fará sentido no caso de se recorrer ao procedimento de avaliação prévia da concentração.

Ao invés, a inclusão dos dois últimos aspetos indicados é de significativa relevância, dado que a sua referência no RJC é pouco clara. De facto, não se compreende o significado da determinação de que a notificação à AdC deve ser feita «após a adjudicação definitiva e antes de realizada», já que, em primeiro lugar, em contratação pública não existem as figuras da adjudicação provisória e da adjudicação definitiva; e, por outro lado, não é evidente em que consiste a «realização» dessa adjudicação. A isto acresce a necessidade de fixar um prazo, a partir dessa «adjudicação definitiva», até ao qual o adjudicatário deverá proceder à notificação da AdC, sob pena de o procedimento de formação do contrato se arrastar indefinidamente.

Quanto ao último ponto referido, a sua relevância decorre também da linguagem imprecisa do RJC, sendo prudente a clarificação do impacto que a decisão final da AdC terá no ato de adjudicação<sup>36</sup>.

Ainda no âmbito dos aspetos a regular pelo programa do procedimento, no sentido de cumprir a exigência de articulação, é de questionar sobre dois pontos adicionais.

O primeiro consiste em averiguar se poderá o programa de procedimento configurar a avaliação prévia pela AdC como uma nova fase do procedimento de formação do contrato público, tendo em conta as suas vantagens ao nível da articulação entre ambos os procedimentos. Deixaremos o tratamento desta questão para outro capítulo do nosso trabalho<sup>37</sup>.

A segunda questão a colocar incide sobre o critério de adjudicação<sup>38</sup>, resultante do programa de procedimento: será possível que, ao estabelecer o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, o programa de procedimento indique,

---

<sup>36</sup> Embora, na nossa opinião, a notificação não produza, *ope legis*, nenhum efeito suspensivo em relação ao ato de adjudicação, como defende o Autor. *Cfr. infra*, páginas 29 e ss.

<sup>37</sup> *Cfr. infra* páginas 20 e ss.

<sup>38</sup> Como resulta do CCP, a adjudicação é feita ou segundo o critério do mais baixo preço (o qual só pode ser adotado «quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele», nos termos do artigo 74.º, n.º 2), ou segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, sendo que este deverá ser densificado em fatores e subfatores que permitam a atribuição de pontuações aos vários atributos e a consequente avaliação das várias propostas, mediante a atribuição de uma pontuação global, conforme os artigos 71.º, n.º 1 e 75, n.º 1.

como fatores de densificação daquele, a eventual necessidade de notificação da AdC e o possível resultado da adjudicação (por outras palavras, a potencial criação de «entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste», nos termos do art. 41.º, n.º 3 e 4 RJC)? Ou seja, será que considerações relativas à intensidade da presença dos concorrentes no mercado pode ser um fator a analisar para ordenar propostas, à luz do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa? A resposta a esta questão difere consoante o tipo de contrato em causa.

No caso das concessões de serviços públicos, essa resposta é necessariamente negativa, uma vez que fatores densificadores como estes dizem respeito a «situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes», o que é expressamente proibido pelo art. 75.º, n.º 1 do CCP.

Todavia, esta disposição não é aplicável aos contratos de sociedade, em que as características do concorrente são essenciais (art. 75.º, n.º 3 CCP), pelo que, neste caso, os fatores densificadores referidos parecem ser admissíveis, desde que, obviamente, devidamente densificados, por sua vez, em fatores e subfatores elementares que possibilitem uma ordenação entre propostas<sup>39</sup>.

Por último, um outro aspeto passível de ser previsto pelo programa do procedimento e que contribuiria para a harmonização entre os dois procedimentos seria a permissão de apresentação de propostas variantes, *i.e.*, «propostas que, relativamente a um ou mais aspetos da execução do contrato a celebrar, contenham atributos que digam respeito a condições contratuais alternativas nos termos expressamente admitidos pelo caderno de encargos» (art. 59.º, n.º 1 CCP). Esta solução permitiria que os concorrentes pudessem, de alguma forma, tentar antecipar e acomodar, nas suas propostas, algumas condições a impor pela AdC - tendo em conta que as mesmas concretizam compromissos apresentados pelos notificantes -, na eventualidade de serem eles os adjudicatários. Desta forma, seria possível evitar problemas posteriores, ao nível da alteração da proposta adjudicada, caso se revelasse necessário, no âmbito do procedimento de controlo de concentrações, apresentar compromissos cuja imposição não tivesse sido salvaguardada aquando da apresentação das propostas.

---

<sup>39</sup> Prevendo, por exemplo, como fator de densificação do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, níveis das quotas percentuais dos concorrentes no mercado nacional daquele bem ou serviço específico e correspondentes pontuações para cada um desses níveis.

Vistos os aspetos a regular pelo programa de procedimento, por forma a cumprir a exigência do art. 37.º, n.º 3 RJC, de articulação entre os dois procedimentos, cumpre agora descortinar qual é a consequência jurídica da não observância desta regra.

Esta regra parece impor uma menção obrigatória, a par das menções exigidas pelos arts. 132.º, 164.º, 196.º e 206.º CCP: a de incluir no programa os aspetos *supra* referidos, de forma a concretizar a conjugação entre ambos os procedimentos.

Disto decorre que, se a entidade adjudicante não o fizer, existe uma verdadeira omissão, a qual deverá ser retificada<sup>40</sup> «até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação de propostas», nos termos do art. 50.º, n.º 2 e 3 CCP. Se a retificação for apenas comunicada após esse termo, o prazo fixado para a apresentação de propostas deve ser prorrogado por período equivalente ao do atraso verificado (art. 64.º, n.º 1 CCP). Todavia, caso a retificação implique uma alteração de um “aspeto fundamental” do programa de procedimento, o prazo fixado para a apresentação de propostas deve ser prorrogado, no mínimo, por período equivalente ao tempo decorrido desde o início daquele prazo até à comunicação da retificação (art. 64.º, n.º 2 CCP).

Cumpre averiguar se este tipo de retificação atinge um “aspeto fundamental” do programa do procedimento. De acordo com MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, a atingibilidade de um aspeto essencial depende tanto do objeto da retificação como da sua repercussão na economia da proposta. Assim, esclarecem os Autores, «atendendo ao objeto, são retificações que implicam alterações de aspetos fundamentais das peças do procedimento aquelas que versem, direta ou reflexamente, sobre atributos das propostas (...) com incidência na respetiva avaliação, que respeitem aos fatores de adjudicação e ao modelo de avaliação e, bem assim, os relativos às condições de acesso ao procedimento (...) e aos parâmetros base», e, atendendo à sua

---

<sup>40</sup> Esta modificação representa uma retificação de uma omissão, ao invés de uma “alteração” propriamente dita, a qual implicaria que o programa de procedimento não tivesse «deficiências intrínsecas», fundando-se antes «na necessidade ou conveniência pública de as adaptar a circunstâncias extrínsecas, que não foram previstas, que não foram reguladas ou que não eram sequer previsíveis à data da sua elaboração», *cfr.* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 324. Esta “falta de regulação” referida pelos autores não pode significar a falta de regulação que temos vindo a tratar, a qual constitui uma verdadeira ilegalidade por omissão. Ao invés, a “falta de regulação” referida pelos autores refere-se a uma regulação dentro da sua margem de discricionariedade e relativa a circunstâncias externas que pura e simplesmente não foram previstas.

repercussão na economia da proposta, «todas as que, pelo seu impacto ou pela *timing* da sua comunicação, justifiquem razoavelmente uma prorrogação do prazo»<sup>41</sup>.

Ora, o objeto desta retificação de que temos vindo a falar versa sobre questões procedimentais, de articulação com o procedimento de controlo de concentrações, não se repercutindo na proposta a apresentar. Nesse sentido, atendendo ao seu objeto, não podemos considerar esta retificação como dizendo respeito a um aspeto fundamental do programa. Relativamente à repercussão desta retificação na economia da proposta, não parece que, também aqui, se trate de um aspeto fundamental, uma vez que o seu *timing* não vai impactar com o conteúdo da proposta e, portanto, não justifica a prorrogação do prazo da sua apresentação. Sendo assim, este tipo de retificação apenas dará origem à prorrogação do prazo fixado para a apresentação de propostas por período equivalente ao do atraso verificado.

Mais problemático é descortinar o que sucede caso tenha já decorrido o prazo para a apresentação de propostas e aquela articulação não tenha sido feita, nem a omissão retificada<sup>42</sup>.

Em primeiro lugar, é ponto assente que já não é possível retificar o programa, uma vez que dos arts. 50.º e 64.º CCP resulta que a retificação após o termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação de propostas dará lugar a uma prorrogação do prazo para a apresentação das mesmas, o que, na nossa opinião, significa que o termo do prazo de apresentação daquelas é o limite temporal para a retificação.

Também nos parece claro não ser aplicável, nesta sede, qualquer causa de não adjudicação do contrato, prevista no art. 79.º, n.º 1 CCP. À parte das restantes, cuja inaplicabilidade nos parece, salvo melhor opinião, óbvia, não merecendo referência especial, as alíneas c) e d) não são aplicáveis pelos motivos que passamos a expor.

Em relação à alínea c), embora as circunstâncias imprevistas possam consistir em circunstâncias já existentes à data da elaboração, mas que não tenham sido previstas<sup>43</sup>, à sua aplicação obsta o facto de aquela exigir que os aspetos a alterar sejam aspetos

---

<sup>41</sup> *Cfr. idem*, pp. 316 e 317. *Vide* exemplos oferecidos pelos autores, *idem*, p. 317.

<sup>42</sup> Sendo que, segundo o princípio da estabilidade das peças do procedimento (ou estabilidade objetiva), as mesmas não podem ser alteradas, porquanto a entidade adjudicante fica vinculada, durante o procedimento, pelas regras que estabeleceu, *cfr.* RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios...”, *ob. cit.*, pp. 84 e 85.

<sup>43</sup> *Vide* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, *cit.*, p.1047.

fundamentais das peças do procedimento. De facto, nem esta modificação é uma verdadeira “alteração”, como referimos *supra*, nem a mesma incide sobre aspetos essenciais, tais como o preço, as prestações a contratar e o prazo em que as mesmas devem ser efetuadas, incidindo antes, e ao invés, sobre matérias estritamente procedimentais.

Também a alínea d) não é aplicável à situação sob análise, pois nem esta é uma circunstância superveniente ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, nem diz respeito aos pressupostos da decisão de contratar, já que o facto de a entidade adjudicante dever, ou não, regular a articulação entre estes dois procedimentos não é relevante para a sua decisão de contratar.

A estas razões acresce uma outra que justifica a inaplicabilidade de qualquer causa de não adjudicação, mesmo caso se defenda a posição doutrinária no sentido da não taxatividade deste artigo. De facto, não faz qualquer sentido desaproveitar um procedimento de formação de um contrato público em razão da falta de regulamentação de uma regra que, mesmo sem essa regulamentação, é perfeitamente aplicável: quando, nos termos do RJC, o contrato público dê origem a uma operação de concentração, o adjudicatário deverá, após a adjudicação e antes da celebração do contrato, proceder à notificação da AdC, iniciando assim o procedimento de controlo da operação de concentração em causa. Ou seja, ainda que a entidade adjudicante não regule esta regra, tal não impede a observância da mesma.

Mais: o objetivo da regra do art. 37.º, n.º 3 RJC não parece ser sequer o de proteger os concorrentes. De facto, o Direito da concorrência é dirigido aos privados, pelo que os concorrentes devem saber que o contrato implica (ou pode implicar) uma operação de concentração e que, portanto, devem tomar as precauções necessárias ao nível da apresentação da proposta e da notificação da AdC, ainda que a entidade adjudicante nada estabeleça. O objetivo desta regra parece ser, tão só, o de facilitar a aplicação conjunta destes dois procedimentos, de os harmonizar, oferecendo ferramentas que permitam alterar e aproveitar o contrato público em formação, em conformidade com as exigências do Direito da concorrência.

Posto isto, e apesar de, segundo o regime das retificações de omissões, já não ser possível proceder à retificação<sup>44</sup>, é de questionar se, ainda assim, não será útil proceder àquela regulamentação, ainda que após o prazo de apresentação de propostas, já que a mesma não teria um impacto negativo na posição dos concorrentes e facilitaria a articulação entre os dois procedimentos, tornando-a mais clara.

Neste sentido, referem os Autores *supra* referidos o regime das alterações burocráticas, «relativas a formalidades não decisivas do procedimento do concurso, que versam sobre a sua tramitação, de modo a torná-la mais célere, eficiente ou cómoda, podendo respeitar nomeadamente a atos e formalidades da autoria de órgãos procedimentais (...), mas também dos candidatos ou concorrentes», as quais seriam sempre introdutíveis, mesmo após o prazo de apresentação das propostas e candidaturas<sup>45</sup>.

Caso se entenda diferentemente, facto é que subsiste uma omissão não retificável, decorrente da falta dessa menção (ou melhor, regulamentação) obrigatória, cuja consequência jurídica dependerá, em última análise, da finalidade daquela exigência. Isto significa que a falta dessas menções obrigatórias só terá força invalidante do procedimento de contratação no caso de impedir que se alcance a finalidade a que a respetiva menção tendia<sup>46</sup>, a qual, como já vimos, não é prejudicada, pelo simples facto de a regra do RJC ser perfeitamente aplicável sem esta regulamentação. Assim sendo, esta ilegalidade por omissão não terá qualquer consequência jurídica, configurando, antes, uma mera irregularidade.

#### 4. A avaliação prévia: uma nova fase do procedimento de contratação pública?

Chegados a este ponto, retomaremos agora um aspeto anteriormente referido<sup>47</sup>, relativo à possibilidade de o programa de procedimento prever a avaliação prévia pela AdC como uma nova fase do procedimento de formação do contrato público.

---

<sup>44</sup> *Cfr. supra*, página 17 e 18.

<sup>45</sup> *Cfr.* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, *cit.*, p. 327. Neste sentido, ver também RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios (...)”, *ob. cit.*, p. 86, «(...) não repugna admitir que, em matéria estritamente procedimental (...) ainda pudesse haver lugar a alterações ao programa, nesse momento ou fase, desde que tal alteração (...) fosse irrelevante para efeitos da decisão de concorrer ao contrato adjudicado ou para efeitos da elaboração (...) fosse irrelevante para efeitos da decisão de concorrer ao contrato adjudicado ou para efeitos da elaboração das propostas e não contendesse com direitos e outras posições jurídicas dos concorrentes (...)».

<sup>46</sup> *Vide* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 348.

<sup>47</sup> *Ver supra* p. 14.

O (sub)procedimento de avaliação prévia, previsto no art. 37.º, n.º 5 do RJC, consiste numa fase de contactos informais entre a AdC e as empresas em causa, conferindo-lhes a possibilidade de, «nos casos em que o considerem útil, cooperarem com os serviços competentes da AdC na análise dos aspetos legais, substantivos e procedimentais da operação, em momento prévio à notificação da mesma. Tal cooperação permite antecipar, na medida em que seja possível, face aos elementos disponibilizados durante esta fase, a ponderação de eventuais questões que poderiam ser suscitadas no decurso do procedimento de controlo de concentrações, nomeadamente questões de índole jurisdicional e substantiva»; «desta forma, o procedimento torna-se mais eficiente e célere, permitindo, assim, uma tomada de decisão num período de tempo mais curto»<sup>48</sup>.

Entre os aspetos a analisar pela AdC neste (sub)procedimento, destacam-se os seguintes, pelas suas vantagens, ao nível da harmonização entre os dois procedimentos: a) a «eventual inaplicabilidade do regime do controlo de concentrações nacional à operação em causa, seja, nomeadamente, porque a mesma não consubstancia uma operação de concentração, porque não preenche os requisitos que impõem uma notificação prévia, ou porque a avaliação da mesma é da competência da Comissão Europeia»; b) «uma análise jusconcorrencial da operação, de modo preliminar, antecipando da suscetibilidade de criação de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, permitindo, nomeadamente, antes mesmo da notificação, uma primeira reflexão sobre eventuais compromissos suscetíveis de eliminar os referidos entraves»; e c) a «viabilidade das restrições acessórias diretamente relacionadas com a transação nos termos propostos pelas partes, por exemplo, quanto ao âmbito material, geográfico, temporal ou subjetivo, seja depois, seja ainda antes da celebração dos acordos»<sup>49</sup>.

Como decorre do exposto, este é um procedimento facultativo e de cooperação – baseado no princípio da cooperação da Administração com os particulares, consagrado no art. 7.º do CPA<sup>50</sup> – mas de inegável utilidade, particularmente nos casos de que aqui

---

<sup>48</sup> Cfr. *Linhas de Orientação Relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações*, Autoridade da Concorrência, 27 de Dezembro de 2012, pontos 2 e 3 (consultável em [http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Linhas%20de%20Orientacao%20Relativas%20a%20Avaliacao%20Previa.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Linhas%20de%20Orientacao%20Relativas%20a%20Avaliacao%20Previa.pdf)).

<sup>49</sup> *Idem*, ponto 34.

<sup>50</sup> *Idem*, ponto 7.

tratamos, em que a operação de concentração resulta do procedimento de formação de um contrato público.

Assim, embora a notificação deva ser efetuada pelas entidades referidas no art. 44.º, n.º 1 RJC, a avaliação prévia, porque, como o próprio nome indica, prévia àquela, «pode ser requerida não apenas pelas futuras notificantes, mas também, mais amplamente, por outros potenciais futuros notificantes como, por exemplo, (...) os vários concorrentes (cujas propostas não tenham sido excluídas) no âmbito de concurso público»<sup>51</sup>.

Uma vez que «a avaliação prévia pode ainda ter como objetivo a configuração da própria operação de concentração projetada, permitindo às partes ter em conta a avaliação prévia da Autoridade da concorrência»<sup>52</sup>, ela permite conformar - de forma que iremos expor de seguida - as propostas apresentadas à entidade adjudicante com o entendimento da AdC que daquele (sub)procedimento resultou. Consequentemente, possibilita também evitar, posteriormente, alguns problemas ao nível do procedimento de contratação pública, decorrentes de uma eventual decisão de oposição ou de não oposição com compromissos, por parte da AdC<sup>53</sup>.

Posto isto, cumpre descortinar em que momento do procedimento de contratação pública deve haver lugar à avaliação prévia por parte da AdC.

De facto, e em primeiro lugar, esta avaliação prévia só faz sentido antes da adjudicação, já que, após a mesma, surge a obrigação de notificação da concentração à AdC e o controlo propriamente dito, pelo que se perdem as vantagens associadas àquele subprocedimento.

Nestes termos, poder-se-ia propor que a avaliação prévia tivesse lugar durante o prazo de manutenção de propostas, o qual, embora seja, em regra, de 66 dias, pode ser superior, conforme determinação no programa do procedimento. Adicionalmente, nada

---

<sup>51</sup> *Idem*, ponto 14, alíneas i), vii) e viii), respetivamente.

<sup>52</sup> *Idem*, ponto 15.

<sup>53</sup> Embora o entendimento da AdC neste subprocedimento não a vincule no procedimento posterior, de efetivo controlo da operação de concentração notificada, *cfr. idem*, ponto 22. Nestes termos, caso a decisão final contrarie o entendimento da AdC em sede de avaliação prévia, só poderá haver lugar a uma tutela secundária e contando que haja uma efetiva violação do princípio da boa-fé.

obstaria a que, no mesmo, se fixasse, inclusivamente, uma suspensão do prazo de manutenção das propostas até à decisão (não vinculativa) da AdC<sup>54</sup>.

No entanto, a este entendimento obsta o facto de, nas Linhas de Orientação a que temos vindo a fazer referência, se estabelecer que a avaliação prévia pode ser requerida «por outros potenciais futuros notificantes como, por exemplo, (...) os vários concorrentes (cujas propostas não tenham sido excluídas) no âmbito de concurso público».

Ora, esta referência às propostas não excluídas levanta um problema. De facto, a exclusão das propostas, a existir, tem lugar em sede de análise e avaliação das propostas por um júri em que é, por um lado, apreciada a existência de causas de exclusão de propostas e, por outro, feita uma avaliação das propostas, com base nos seus atributos, e por referência ao critério de adjudicação densificado no programa do procedimento<sup>55</sup>. Desta análise resulta uma lista ordenada das propostas, conforme a pontuação obtida, após cuja publicação é adjudicada a proposta ordenada em primeiro lugar.

Ou seja, na prática, não é possível recorrer à figura da avaliação prévia, dado que, (i) por um lado, a mesma só pode ser requerida pelos concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas e, (ii) por outro, após o momento da análise da existência de causas de exclusão das propostas, a avaliação prévia deixa de fazer sentido, tendo em conta que, em momento consecutivo, é encontrada a melhor proposta (nos termos referidos) – a qual será adjudicada de imediato –, sendo o próximo passo o controlo efetivo, por parte da AdC, da concentração projetada.

Isto significa que a avaliação prévia só fará sentido e só poderá ter lugar se a entidade adjudicante optar por um procedimento de negociação ou por um concurso público com fase de negociação – apenas disponível para as concessões de serviço público<sup>56</sup>, e não para os contratos de sociedade –, dado que apenas nestas situações é possível conformar as propostas não excluídas em sede de análise ao entendimento da AdC resultante de procedimento de avaliação prévia.

---

<sup>54</sup> Vide NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 54.

<sup>55</sup> Discordando com a consecutividade destas duas subfases, vide MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, org. Pedro Costa Gonçalves, pp. 199 e 200.

<sup>56</sup> Art. 149.º, n.º 1 CCP.

Caso se opte por um concurso público simples, tendo em conta o acima exposto, não pode haver lugar a avaliação prévia, pelo que o entendimento da AdC só será conhecido após o seu controlo efectivo. Assim, a conformação da proposta adjudicada com aquele entendimento só poderá ser feita em sede de ajustamentos do contrato, com todos condicionalismos associados<sup>57</sup>.

Não obstante o acima referido, não deixa de levantar dúvidas, ao nível da sua conformidade com o princípio da tipicidade dos procedimentos, a integração da avaliação prévia no procedimento de contratação pública, enquanto uma verdadeira nova fase procedimental, por via do programa do procedimento.

De acordo com o princípio da tipicidade, «não é permitido amputar a modalidade procedimental adotada das formalidades ou trâmites legalmente previstos de forma imperativa, nem recorrer a formalidades *alternativas* não incluídas no leque daquelas que o Código prevê – só a formalidades complementares, suplementares ou acessórias das aí estabelecidas»<sup>58</sup>. Nestes termos, tendemos a considerar que a integração da avaliação prévia, enquanto nova fase do procedimento de formação do contrato público, não desvirtua quaisquer formalidades daquele, complementando-as, apenas, e acrescentando valor no sentido da harmonização dos procedimentos em causa, pelo que entendemos que o princípio da tipicidade procedimental não obsta a esta integração.

Assim, a avaliação prévia deverá ter lugar após a análise das propostas e em fase de negociação das mesmas (nos termos acima expostos), sendo que, «de forma a assegurar a cabal utilidade da avaliação prévia, será vantajoso que o início da mesma tenha lugar com a antecedência suficiente, não inferior a 15 dias úteis relativamente à data expectável de notificação da operação» – a qual terá lugar após a adjudicação - «, sendo certo que a duração da avaliação prévia dependerá da complexidade da operação e das questões substantivas ou jurisdicionais que possa suscitar, o que deverá ser tido em conta na antecedência necessária»<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> *Cfr. infra*, páginas 37 e ss.

<sup>58</sup> *Cit.* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>59</sup> *Cit. Linhas de Orientação Relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações*, ponto 31.

## 5. Conformação das propostas com o entendimento da AdC em sede de avaliação prévia

Como decorre do art. 137.º, n.º 1 CCP, as propostas apresentadas pelos concorrentes podem ser livremente retiradas e substituídas (ou seja, alteradas) até ao termo do prazo para a apresentação de propostas.

Após esse termo, os concorrentes encontram-se vinculados por uma obrigação de manutenção de propostas, que impede qualquer alteração ou retirada das propostas apresentadas, por um prazo de, em regra, 66 dias (o qual pode ser superior, mediante determinação no programa do procedimento), até cujo termo a entidade adjudicante deverá adjudicar a proposta vencedora. Ou seja, a única oportunidade para proceder a quaisquer alterações ao projeto contratual (no sentido de conformar a proposta adjudicada ao entendimento da AdC, em sede de controlo efetivo da concentração, já que, como vimos, nestes casos não há lugar à avaliação prévia) é por via dos ajustamentos ao contrato, como veremos<sup>60</sup>.

Não obstante o acima exposto, nos procedimentos de negociação ou nos concursos públicos com fase de negociação<sup>61</sup> há, como o próprio nome indica, uma margem de negociação, em que as propostas apresentadas podem sofrer alterações<sup>62</sup>. Assim, nos procedimentos deste tipo tendentes à celebração de contratos que possam implicar, nos termos do RJC, uma operação de concentração e em que se recorre à avaliação prévia, com vista à harmonização dos procedimentos em causa e ao aproveitamento do projeto de contrato público em formação, é possível proceder à conformação das propostas apresentadas (neste caso já não estamos a falar somente da proposta adjudicada – dado que não houve, ainda, adjudicação –, mas sim de todas as propostas que não foram excluídas, em sede de análise, ou as propostas classificadas nos primeiros lugares<sup>63</sup>, e

---

<sup>60</sup> Ver *infra*, pp. 37 e ss.

<sup>61</sup> A fase de negociação pode já estar decidida à partida, no programa do procedimento, ou pode a decisão de adoção da mesma ser relegada para o termo da fase de avaliação das propostas, contando que tal possibilidade esteja prevista no programa do procedimento, conforme o art. 150.º, n.º 1 e 2 CCP.

<sup>62</sup> No pressuposto de que as versões finais das propostas não contenham «atributos diferentes dos constantes das respetivas versões iniciais no que respeita aos aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar», nos termos do art. 121.º, n.º 1 (*ex vi* art. 151.º, no caso do concurso público com fase de negociação).

<sup>63</sup> «A fase de negociação das propostas pode ser restringida aos concorrentes cujas propostas sejam ordenadas nos primeiros lugares ou aberta a todos os concorrentes cujas propostas não sejam excluídas», art. 149.º, n.º 2 CCP.

que vão agora ser negociadas com a entidade adjudicante) com o entendimento emitido pela AdC nesta sede.

## 6. O controlo de concentrações resultantes da celebração de contratos públicos

Como já tivemos oportunidade de referir, nas situações em que a operação de concentração em causa resultará da futura celebração de um contrato público, a notificação prévia à AdC deve ser feita, «após a adjudicação definitiva e antes de realizada», nos termos do art. 37.º, n.º 3 RJC.

Uma vez que, no CCP, não existem as figuras da adjudicação provisória e da adjudicação definitiva, a disposição legal apenas pode referir-se à adjudicação e à celebração do contrato, respetivamente<sup>64</sup>, ou seja, a notificação prévia à AdC deve ser feita após a adjudicação (por outras palavras, após ter-se encontrado a melhor proposta, a qual será a única a ser analisada nas suas potenciais consequências sobre a concorrência efetiva no mercado) e antes da sua “realização”, *i.e.*, da sua concretização na celebração do contrato. Do exposto decorre que apenas existirá um notificante – o adjudicatário<sup>65</sup> –, por oposição ao procedimento de avaliação prévia, em que podem ser notificantes todos os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas.

De notar que é proibida a celebração de contrato público que implique uma «operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada ou, tendo-o sido, antes de decisão da Autoridade da concorrência, expressa ou tácita, de não oposição», sendo que, caso seja celebrado em contravenção com o disposto, o contrato público será ineficaz (art. 40.º, n.º 1 e 6 RJC).

Caso o adjudicatário não proceda à notificação e a AdC tome conhecimento da concentração<sup>66</sup>, é aberto um procedimento oficioso de controlo da concentração (contando que a mesma não tenha ocorrido há mais de cinco anos) com a comunicação às empresas em situação de incumprimento para que, num prazo razoável, procedam à notificação da mesma. De notar que, em virtude da situação de incumprimento, «a AdC pode adotar a todo o tempo as medidas que se revelem necessárias e adequadas para reestabelecer, tanto quanto possível, a situação que existia antes da concentração de

---

<sup>64</sup> *Cfr.* NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 55 e 56.

<sup>65</sup> Ou a entidade adjudicante e o adjudicatário, no caso de celebração de contrato de sociedade (art. 44.º, n.º 1 RJC).

<sup>66</sup> Nomeadamente, por denúncia da situação.

empresas, nomeadamente a separação de empresas ou dos ativos agrupados, incluindo a reversão da operação, ou a cessação do controlo» (art. 56.º, n.º 4 RJC).

A apreciação a efetuar pela AdC nesta sede tem por objetivo a determinação dos efeitos da concentração resultante da celebração do contrato público «sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste»<sup>67</sup>, incidindo essa apreciação sobre diversos fatores, nomeadamente os descritos no n.º 2 do art. 41.º RJC.

Em virtude dessa apreciação, a AdC concluirá pela suscetibilidade ou insusceptibilidade de a concentração assim originada «criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste», autorizando-a, ou não<sup>68</sup>, respetivamente. Do exposto decorre que o procedimento aqui descrito não é, de facto, um procedimento de mera notificação, mas, sim, tendente à prática, por parte da AdC, de um ato administrativo permissivo, na modalidade de autorização<sup>69</sup>, da qual depende a celebração do contrato público.

No procedimento de controlo da concentração podem intervir «os titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que possam ser afetados pela operação de concentração e que apresentem à AdC observações em que manifestem de forma expressa e fundamentada a sua posição quanto à realização da operação», sendo que, caso não o façam, extingue-se o seu direito de intervir na audiência prévia (art. 47.º, n.º 1 e 3 RJC).

O procedimento de controlo de concentrações tem duas “fases”, uma presente em todos os procedimentos de controlo de concentrações e uma que pode, ou não, ter lugar.

A primeira fase é a de investigação sumária, em que a AdC faz uma instrução do processo em 30 dias contados da data da notificação (podendo esse prazo ser, no entanto, prorrogado, caso se revele necessário pedir informações adicionais ao

---

<sup>67</sup> Art. 41.º, n.º 1 RJC.

<sup>68</sup> «Em particular se os entraves resultarem da criação ou do reforço de uma posição dominante», art. 41.º, n.º 4 RJC.

<sup>69</sup> Enquanto «ato pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência preexistente», DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo II*, p. 256. Neste sentido, ver PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões...*, *ob. cit.*, p. 297.

notificante), recolhendo e analisando as informações necessárias à apreciação da concentração.

Findo aquele, a AdC pode tomar quatro decisões, nos termos do art. 50.º, n.º 1 RJC: a) de que a operação de concentração notificada não é objeto da sua apreciação; b) decisão de não oposição à concentração, por entender não ser suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste; c) decisão de não oposição com «imposição de condições ou obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pela notificante com vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva» (art. 50.º, n.º 2 RJC); d) dar início a uma investigação aprofundada (a segunda fase que referimos), nos casos em que entenda que a concentração suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com a concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Caso a AdC não se pronuncie no prazo anteriormente referido, há lugar a um deferimento tácito, ou seja, a sua inércia vale como decisão de não oposição à concentração<sup>70</sup> (art. 50.º, n.º 4 RJC).

A segunda fase, de investigação aprofundada, a existir, deve terminar no prazo de 90 dias a contar da notificação da concentração, até cujo termo a AdC deverá i) proceder às diligências instrutórias adequadas (art. 52.º, n.º 1 RJC); ii) realizar a audiência prévia<sup>71</sup> da(s) notificante(s) e dos titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que possam ser afetados pela operação de concentração e que tenham apresentado à AdC observações manifestando, de forma expressa e fundamentada, a sua posição quanto à realização da operação<sup>72</sup>; e iii) tomar uma das seguintes decisões: a) não opor-se à concentração, quando considere que a mesma não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste; b) decisão de não oposição com imposição de condições ou obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pela notificante, com vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva (art. 50.º, n.º 2 *ex vi* 53.º, n.º 3 RJC); c) decisão de oposição à concentração, por entender que é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste (art. 53.º, n.º 1 RJC).

---

<sup>70</sup> Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Reflexões...*, *ob. cit.*, p. 298.

<sup>71</sup> A qual deverá ter lugar dentro de 75 dias contados da notificação (art. 54.º, n.º 2 RJC).

<sup>72</sup> Caso não tenha existido interessados a manifestar-se contra a concentração, a AdC pode dispensar esta formalidade, quando pretenda adotar decisão de não oposição (art. 54.º, n.º 3 RJC).

As decisões de oposição e de não oposição à concentração são evidentes. Já a decisão de não oposição com condições e obrigações que visam garantir compromissos merece uma clarificação adicional.

De acordo com as *Linhas de orientação sobre a adoção de compromissos em controlo de concentrações*<sup>73</sup>, «os compromissos são medidas propostas pelas partes», «no âmbito da sua liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial», «que visam eliminar os entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste que decorram da operação em causa»<sup>74</sup>. Ou seja, não são impostos unilateralmente por parte da AdC, competindo-lhe, antes, «avaliar se os compromissos apresentados obviam às preocupações jusconcorrenciais identificadas no âmbito da análise da operação de concentração e, em função desta análise, adotar uma decisão de não oposição, impondo condições e obrigações correspondentes aos compromissos apresentados pelas partes ou uma decisão de proibição»<sup>75</sup>.

Nestes termos, «entende-se por “condições” os compromissos necessários a afastar os problemas jusconcorrenciais identificados pela AdC (...) e por “obrigações” os compromissos que visam tornar exequíveis os primeiros, tendo uma função essencialmente instrumental (...)»<sup>76</sup>, correspondendo a cláusulas acessórias da decisão

---

<sup>73</sup> Emitidas pela AdC, em 28/07/2011 (consultável em [http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias\\_e\\_Eventos/Comunicados/Comunicado201109\\_DOC\\_2-Linhas\\_de\\_Orientacao.pdf](http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Comunicados/Comunicado201109_DOC_2-Linhas_de_Orientacao.pdf)).

<sup>74</sup> Os compromissos podem ser de natureza estrutural ou de natureza comportamental. Os primeiros têm impacto direto na estrutura de mercado (em regra, de execução instantânea), traduzindo-se «numa alteração da organização do mercado e correspondem, na maior parte dos casos, à alienação de ativos ou conjuntos de ativos, os quais, em regra, correspondem a empresas - *i.e.*, conjuntos organizados de fatores de produção». Os compromissos de natureza comportamental, por sua vez, limitam a conduta das empresas participantes na operação de concentração (em regra, de duração contínua), «atuando ao nível da capacidade e dos incentivos destas empresas, nomeadamente com o objetivo de promover as condições de contestabilidade dos mercados». Neste âmbito, podem «ser assumidos, pelas partes, entre outros, os seguintes compromissos: (i) revogar cláusulas contratuais que passem a ser prejudiciais para uma concorrência efetiva em resultado da estrutura de mercado resultante da operação, na medida em que restrinjam a participação dos concorrentes a montante ou o seu acesso aos clientes a jusante, quando a entidade objeto da concentração disponha da capacidade e dos incentivos para encerrar o mercado; (ii) terminar acordos de distribuição com concorrentes ou acordos que se traduzam na coordenação de certos comportamentos comerciais; (iii) não adotar determinados comportamentos comerciais, como a venda de produtos ligados ou em pacote; (iv) conceder acesso, reportando-se esta concessão a (a) infra-estruturas e, em particular, a redes; (b) matérias-primas essenciais; (c) licenças e concessões; (d) tecnologias e (e) patentes, saber-fazer ou outros direitos de propriedade intelectual», *cit. Linhas de Orientação sobre a Adoção de Compromissos em Controlo de Concentrações*, pontos 58, 93 e 96.

<sup>75</sup> *Cit. idem*, pontos 5 e 6.

<sup>76</sup> *Cit. idem*, ponto 8.

de não oposição<sup>77</sup>, nos termos do art. 121.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante, “CPA”).

Em termos procedimentais, «considera-se aconselhável que os compromissos sejam propostos, de preferência, até ao 20.º dia útil do procedimento, em caso de apresentação de compromissos em 1.ª fase, e até ao 40.º dia útil do prazo respeitante ao procedimento em 2.ª fase, contados desde o início desta fase, quando os compromissos forem apresentados durante a mesma»<sup>78</sup>. «Admite-se ainda que, para além da audiência de interessados em que se coloca à consideração um primeiro projeto de decisão final da AdC, se deva realizar uma segunda audiência de interessados sempre que se verifique uma alteração substancial do mesmo (por exemplo, em resultado da apresentação de uma nova proposta de compromissos)<sup>79</sup>. «Se a apreciação dos compromissos propostos revelar que estes não são suficientes para dissipar as preocupações jusconcorrenciais identificadas pela Autoridade, esta deve informar as partes atempadamente do seu entendimento e da respetiva fundamentação, de modo a permitir-lhes apresentar alterações às propostas de compromissos inicialmente apresentadas (...)»<sup>80</sup>.

## 7. Consequências da decisão adotada pela AdC no procedimento de controlo de operações de concentração sobre o procedimento de formação do contrato público

Chegados a este ponto, e tendo em conta as várias decisões finais que a AdC pode adotar na conclusão do procedimento de controlo da operação de concentração, importa analisar as implicações que cada uma dessas decisões poderá ter no procedimento de contratação pública.

Por ambas implicarem o estudo da mesma questão, agruparemos, nesta sede, as decisões de não oposição e de oposição à operação de concentração, para depois tratarmos autonomamente a decisão de não oposição com imposição de condições.

---

<sup>77</sup> Neste sentido, *vide* MIGUEL MENDES PEREIRA, “Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo de concentrações”, *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 2, N.º 5, Jan-Mar 2011, pp. 90 e 91. Contra este entendimento, *vide* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões...*, *ob. cit.*, pp. 302 a 309, defendendo que as condições e obrigações configuram, também elas, o conteúdo principal da decisão (porquanto, sem elas, a decisão de não oposição seria ilegal), a qual corresponde a uma decisão de efeitos mistos: efeito permissivo e efeito impositivo.

<sup>78</sup> *Cfr. idem*, ponto 114.

<sup>79</sup> *Cfr. idem*, ponto 117.

<sup>80</sup> *Cfr. idem*, ponto 122.

### 7.1. As decisões de não oposição e de oposição à operação de concentração

A decisão de não oposição corresponde, como vimos<sup>81</sup>, a um ato administrativo autorizativo, em virtude de a eficácia da concentração a realizar depender de uma decisão nesse sentido. Ao invés, a decisão de oposição à concentração corresponderá a um ato de proibição<sup>82</sup>.

Neste sentido, ambas as decisões têm impacto no procedimento de contratação pública e, em especial, na adjudicação, pelo que levantam a questão de saber, em primeiro lugar, em que medida é que a adjudicação é afetada em virtude da abertura do procedimento de controlo de operações de concentração, bem como, posteriormente, pela decisão final da AdC.

Para estudarmos as consequências da articulação entre ambos os procedimentos sobre a adjudicação, é necessário compreender previamente a realidade que está aqui em causa.

Estabelece o art. 73.º, n.º 1 CCP que «a adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas».

De facto, em consonância com esta disposição, entendemos também que a adjudicação qualifica como ato administrativo, uma vez que: é um ato jurídico, enquanto «conduta voluntária produtora de efeitos jurídicos»; unilateral, porquanto «provém de um autor cuja declaração é perfeita independentemente do concurso de vontades de outros sujeitos»; «praticado ao abrigo de normas de direito público, para o desempenho de uma atividade administrativa de gestão pública»; «por um órgão da Administração Pública em sentido orgânico ou, por outro lado, por um órgão de uma pessoa coletiva privada, ou por um órgão do Estado não integrado no poder executivo, por lei habilitados a praticar atos administrativos»; com carácter decisório, ou seja, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, correspondendo a uma «estatuição ou determinação sobre certa situação jurídico-administrativa»<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. *supra* p. 27.

<sup>82</sup> Nos termos do art. 53.º, n.º 4 RJC, o contrato público, pelo qual a concentração é realizada, celebrado após uma decisão de oposição é nulo, *cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões...*, *ob. cit.*, pp. 299 a 301.

<sup>83</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo II*, p. 210 a 228.

Nestes termos, a adjudicação é, assim, o ato administrativo pelo qual se define o conteúdo do contrato a celebrar<sup>84</sup> e, conseqüentemente, o cocontratante (ou seja, o concorrente com quem esse contrato vai ser celebrado)<sup>85</sup>; todavia, dela não emerge o laço contratual a que tende o procedimento, o qual só surgirá com a celebração do contrato<sup>86</sup>.

Assim, de acordo com o princípio da imediatividade dos efeitos jurídicos, vertido no art. 127.º, n.º 2 do CPA, todos os efeitos jurídicos decorrentes do ato de adjudicação são produzidos desde o momento da sua prática<sup>87</sup>.

No entanto, há quem entenda que, no procedimento de formação de um contrato público que origina (ou pode originar) uma operação de concentração, a adjudicação é sempre provisória, pelo facto de a sua eficácia ficar dependente de decisão positiva por parte da AdC, conforme o art. 40.º, n.º 6 do RJC. Nestes termos, o caderno de encargos deveria sujeitar a adjudicação à condição suspensiva de o procedimento de controlo da concentração culminar com uma decisão de não oposição, por parte da AdC. Esta solução implicaria que a adjudicação apenas produzisse os seus efeitos a partir desse momento, transformando-se em adjudicação definitiva, sendo que, no caso de decisão de oposição, a adjudicação nunca chegaria a produzir os seus efeitos<sup>88</sup>.

Ora, em primeiro lugar, não podemos deixar de notar que, caso se pretendesse prever a aposição de uma condição suspensiva ao ato de adjudicação, tal previsão deveria ser feita no programa de procedimento, o qual regula os trâmites procedimentais, e não no caderno de encargos, respeitante à execução do contrato.

Adicionalmente, caso a lei estabelecesse, de facto, a decisão de não oposição à concentração como condição de eficácia do ato de adjudicação, então a sua sujeição, no

---

<sup>84</sup> Se bem que não imutável, como veremos posteriormente, *vide infra* pp. 37 e ss.

<sup>85</sup> Neste sentido, a adjudicação é um ato constitutivo de direitos, uma vez que «cria na esfera jurídica do destinatário o direito a ser cocontratante da Administração», *cfr.* MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, 1997, p. 200, ou seja, «transforma uma expectativa concorrencial, embora procedimentalmente protegida, num direito do concorrente materialmente garantido face à Administração adjudicante, de contratar com ele e de acordo com a proposta que ele lhe fez (ou que foi negociada)», *cfr.* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa (Das Fontes às Garantias)*, ambos *apud* BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, *in Estudos de Contratação Pública*, II, pp. 227, nota de rodapé 5.

<sup>86</sup> *Cfr.* BERNARDO AZEVEDO, *ob. cit.*, pp. 225 e 226, bem como MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, *ob. cit.*, p. 1008.

<sup>87</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>88</sup> *Cfr.* NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 55 e 56.

programa de procedimento, a uma condição suspensiva não teria qualquer utilidade. Não obstante, a verdade é que a lei não estabelece tal condição de eficácia. De facto, a figura cuja eficácia fica dependente da decisão de não oposição é, ao invés, o negócio jurídico em virtude do qual a concentração é realizada, ou seja, a celebração do contrato público.

Nestes termos, de acordo com o RJC e com o princípio da imediatividade dos efeitos jurídicos, o ato de adjudicação é perfeitamente eficaz, produzindo todos os seus efeitos ao momento da sua prática, pelo que é apenas com este pressuposto que faz sentido averiguar se a adjudicação deve ser, ou não, sujeita, no programa do procedimento, à condição suspensiva acima referida<sup>89</sup>, sendo que esta opção deverá ter em consideração as potenciais consequências procedimentais que advirão de cada uma das possíveis decisões da AdC.

De facto, caso se apusesse tal condição suspensiva à adjudicação, por via do programa de procedimento, e a AdC decidisse opor-se à concentração, a adjudicação nunca produziria os seus efeitos. Mas o que aconteceria, então, à adjudicação? O ato administrativo, embora ineficaz, continua existente e válido.

NUNO CUNHA RODRIGUES defende que, nestes casos, deverá ser prevista, no programa do procedimento, a possibilidade de a entidade adjudicante adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente, por interpretação extensiva da causa de não adjudicação prevista na al. d) do n.º 1 do art. 79.º CCP, ou seja, quando «circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem»<sup>90</sup>. O Autor entende não se dever conferir, no entanto, direito à indemnização prevista no art. 79.º, n.º 4, «porquanto a obrigação de indemnizar implica, de harmonia com princípios gerais de direito, a imputação subjetiva dessa obrigação à entidade adjudicante, o que não se verifica, de todo em todo, neste caso. Com efeito, neste cenário, o motivo para a não adjudicação decorre da atividade empresarial prosseguida pelo próprio concorrente – que determina a decisão de oposição por parte da AdC – e não de qualquer motivo imputável à

---

<sup>89</sup> Nos termos do art. 121.º do CPA, aos atos administrativos podem ser livremente apostas condições, termos ou modos, «desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o ato se destina».

<sup>90</sup> Vide NUNO CUNHA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.57.

entidade adjudicante, pelo que o art. 79.º, n.º 4, do CCP, não é aplicável nesta situação»<sup>91</sup>.

Contrariamente ao entendimento do Autor, consideramos que este caso não é enquadrável em nenhuma das causas de não adjudicação previstas no CCP. De facto, a única causa de não adjudicação que poderíamos equacionar aplicar seria a constante da al. d) do n.º 1 do art. 79.º, quando «circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem» (a inaplicabilidade das outras causas de adjudicação parecem-nos não levantar dúvidas). No entanto, não nos parece estar aqui em causa uma circunstância relativa aos pressupostos da decisão de contratar, mas, sim, relativa à pessoa do adjudicatário. Isto significa que a possibilidade, ou não, de o adjudicatário concreto celebrar o contrato público, em virtude de decisão emitida em sede de controlo de concentrações por parte da AdC, não é um pressuposto da decisão de contratar, dado que não é um dos fatores equacionados na tomada dessa decisão. Aliás, não há sequer forma de equacionar um fator desse tipo, dado que a entidade adjudicante não sabe, *ab initio*, quem vai ser o adjudicatário.

Poderíamos, por outro lado, defender a posição da não taxatividade das causas de não adjudicação<sup>92</sup> previstas no CCP. No entanto, e ainda assim, a consequência jurídica adveniente do enquadramento desta situação numa causa de não adjudicação não traz vantagens de maior. Na realidade, a consequência jurídica de uma causa de não adjudicação é a revogação da decisão de contratar, nos termos do art. 80.º, n.º 1 CCP, e não, como pretende o Autor, a adjudicação da segunda proposta melhor classificada<sup>93</sup>. O que significa que, neste tipo de procedimentos, em que o contrato público a celebrar

---

<sup>91</sup> *Cfr. idem*, p. 57.

<sup>92</sup> Neste sentido, v. BERNARDO AZEVEDO, *ob. cit.* pp. 235 e ss., defendendo que a taxatividade do art. 79.º redundaria num excessivo condicionamento da margem de autonomia da entidade adjudicante. Assim, considera que, em nome do interesse público, a entidade adjudicante poderá não só adotar uma decisão de não adjudicação sem fundamento em nenhuma das alíneas do art. 79.º, como até proferir, após o ato de adjudicação, uma decisão de sentido contrário, no sentido da não adjudicação, revogando o ato anterior – com as respetivas consequências ressarcitórias – (pp. 248 e ss). Com o mesmo entendimento, *vide* MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, *ob. cit.*, p. 212. No sentido da taxatividade do 79.º mas admitindo uma decisão de não adjudicação posterior à adjudicação, quando esteja em causa alguma das alíneas do art. 79.º, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, *ob. cit.*, pp. 1043 a 1046.

<sup>93</sup> A adjudicação da proposta classificada em segundo lugar é a solução prevista pelo CCP para os casos de caducidade da adjudicação, embora a situação em causa não se enquadre em nenhum deles, ainda que, também aqui, esteja em causa um problema de eficácia (arts. 86.º, n.º 3, 91.º, n.º 2 e 105.º, n.º 2 CCP).

pode implicar uma operação de contratação, se considerarmos aplicável uma causa de adjudicação, todo o procedimento será desaproveitado em virtude da decisão da AdC.

A solução ideal, na nossa opinião, seria, de facto, a adjudicação da segunda melhor proposta, mas tal solução nunca será atingida por via da interpretação extensiva de uma causa de não adjudicação, a qual, segundo entendemos, não tem sequer aplicação. Propomos, antes, a prática de um ato administrativo substitutivo. Na sequência do que referimos anteriormente, entendemos que a oposição de uma condição suspensiva à adjudicação tem associada a vantagem principal de diferir a produção dos seus efeitos jurídicos para o momento da decisão da AdC, ou seja, no caso de a AdC decidir no sentido da oposição à operação de concentração, os efeitos jurídicos constitutivos de direitos<sup>94</sup> da adjudicação nunca chegam a produzir-se, o que significa que, nos termos do CPA, o ato de adjudicação assim praticado é revogável.

Assim, a prática de um ato administrativo substitutivo (ou seja, a revogação da adjudicação anterior e a prática de um novo ato de adjudicação a uma outra proposta), permitiria adjudicar a proposta classificada em segundo lugar, na medida em que não viola quaisquer direitos constituídos em virtude da primeira adjudicação. No entanto, também esta solução levanta problemas, uma vez que o CCP não prevê estas situações e, nos estritos termos da lei, a adjudicação deve ser feita à proposta classificada em primeiro lugar, e não à segunda, apenas havendo lugar a uma adjudicação a esta última nos casos de caducidade, os quais não são aplicáveis ao caso vertente.

Caso tal condição suspensiva não tenha sido aposta ao ato de adjudicação, a sua substituição, nos termos acima referidos, já não será possível, porquanto aquele já produziu efeitos constitutivos de direitos (a não ser que o adjudicatário desse o seu consentimento, nos termos do art. 140.º, n.º 2, al. b) CPA).<sup>95</sup> Mas também neste último caso, a adjudicação da proposta ordenada em segundo lugar levanta dúvidas, já que, como referimos, não temos base legal para o fazer.

---

<sup>94</sup> Cfr. Página 3232, nota de rodapé 8585.

<sup>95</sup> De notar que o Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo (consultável em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/revisao-do-codigo-do/downloadFile/attachedFile\\_f0/Texto\\_consolidado\\_CPA\\_Negrito\\_retificado.pdf?nocache=1368552332.15](http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/revisao-do-codigo-do/downloadFile/attachedFile_f0/Texto_consolidado_CPA_Negrito_retificado.pdf?nocache=1368552332.15)), propõe, no seu artigo 166.º, n.º 2, um alargamento das situações de revogação de atos administrativos válidos constitutivos de direitos, a saber: «c) Com fundamento em alteração objetiva das circunstâncias ou na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos em face dos quais eles não poderiam ter sido praticados; d) Com fundamento em reserva de revogação, na medida em que o quadro normativo aplicável consinta a precarização do ato em causa e se verifique o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula».

E no caso de o adjudicatário não dar o seu consentimento? Como resolver, então, o problema? Uma possível solução seria considerar que, em face da impossibilidade subjectiva de cumprimento da obrigação derivada do ato de adjudicação (*i.e.*, a obrigação, por parte da entidade adjudicante, de celebração do contrato com aquele adjudicatário), o ato caduca e que, portanto, deverá ser adjudicada a proposta classificada em segundo lugar.

São aspetos como estes que levantam questões e problemas relevantes na articulação de ambos os procedimentos e que, dado não ser possível dar uma resposta firme e inequívoca, deveriam ser clarificadas por via legislativa. De facto, a determinação do impacto que a decisão, em sede de controlo de concentrações, tem no contrato público em formação não é insignificante, já que poderá, em abstracto, estar em causa uma extinção do procedimento ou apenas a adjudicação à proposta classificada em segundo lugar.

#### 7.2. A decisão de não oposição com imposição de condições para garantir o cumprimento de obrigações e compromissos

*«(...) uma decisão de não oposição com condições ou obrigações pode criar uma situação delicada, no caso de o cumprimento dessas condições ou obrigações se revelar inconciliável ou incoerente com a proposta que a empresa apresentou no procedimento de contratação»<sup>96</sup>*

Como referimos, a decisão de não oposição com imposição de condições é emitida pela AdC com o objetivo de garantir o cumprimento de compromissos propostos pelas partes. Este tipo de decisão pode, em geral, implicar ou não, uma alteração ao projeto de contrato público em formação.

Tendo em conta que os compromissos são propostos pela notificante (ou pelas notificantes, no caso de contrato de sociedade), a mesma deverá ter o cuidado de não propor compromissos que possam, de alguma forma, comprometer o conteúdo do projeto contratual. Não obstante, pode acontecer que tal se afigure absolutamente necessário, em face das circunstâncias.

---

<sup>96</sup> *Cit.* PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 406.

Nos casos em que não existe qualquer incompatibilidade entre as condições impostas pela AdC e o projeto contratual, o risco do cumprimento dos compromissos assumidos é exclusivo do adjudicatário, não havendo lugar a qualquer alteração do contrato<sup>97</sup>.

Nas situações em que esta decisão impacta com o conteúdo do contrato público a celebrar, impondo uma alteração daqueles termos, cumpre averiguar de que forma é possível conformá-los com a decisão emitida pela AdC<sup>98</sup>.

Falamos, neste âmbito, da possibilidade de uma negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta<sup>99</sup>, ou, nos termos do CCP, de ajustamentos ao contrato.

#### 7.2.1. Os ajustamentos ao contrato

*«(...) o estatuto de melhor resposta ao projeto contratual submetido à concorrência não transforma a proposta adjudicada na “oferta perfeita”»<sup>100</sup>.*

A razão de ser dos ajustamentos ao contrato reside no facto de, embora a adjudicação ter por objetivo encontrar a melhor proposta (ou seja, a que melhor satisfaz o interesse público subjacente ao contrato público em formação), tal não implicar a imutabilidade do projeto contratual. De facto, se a proposta adjudicada corresponde àquela que melhor respondeu aos aspetos do caderno de encargos submetidos à concorrência, então quaisquer alterações a efetuar após a adjudicação (contando que respeitem os limites que passaremos a expor de seguida), não porá em causa «o sentido da adjudicação, a natureza e a finalidade do procedimento adjudicatório ou os princípios fundamentais da contratação pública»<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> Neste sentido, defendendo, inclusivamente, a impossibilidade de alteração do contrato na sequência da imposição de tais compromissos, assim como a impossibilidade de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, *cfr.* CARLOS BOTELHO MONIZ, *Aspetos processuais do controlo de concentrações e articulação com o regime de contratação pública*, Conferência IDEFF - Perspectivas sobre a Reforma do regime de Defesa da concorrência, 11 de Maio de 2012 (apresentação PowerPoint consultável em [http://www.ideff.pt/xms/files/Iniciativas/Concorrenca\\_11\\_mai\\_2012/Dr.\\_Carlos\\_Botelho\\_Moniz.pdf](http://www.ideff.pt/xms/files/Iniciativas/Concorrenca_11_mai_2012/Dr._Carlos_Botelho_Moniz.pdf)).

<sup>98</sup> A decisão da AdC também poderá implicar uma incompatibilidade com um outro contrato público já celebrado e em fase de execução. Não cuidaremos, no entanto, da forma de adequação desse contrato a estas novas exigências, porquanto essa matéria respeita à fase de execução do contrato, a qual excluimos do âmbito do nosso trabalho.

<sup>99</sup> *Cfr.* LUÍS VERDE DE SOUSA, «A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta», in *Estudos de Contratação Pública*, III, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra, 2008, p. 261 e ss.

<sup>100</sup> *Cit. idem*, p. 287.

<sup>101</sup> *Cit. idem*, p. 266 e 267.

Tendo em conta que os ajustamentos ao contrato previstos no CCP são, nos termos do art. 101.º e 102.º do CCP, objeto de mera aceitação ou recusa por parte do adjudicatário (em sede de aceitação da minuta do contrato), não tendo este oportunidade de negociar nenhum aspeto desses ajustamentos, deve a entidade adjudicante, antes de apresentar os ajustamentos propostos, convidar o adjudicatário para uma negociação informal, no sentido da aproximação das suas pretensões, por forma a que os ajustamentos propostos pela entidade adjudicante não sejam liminarmente rejeitados por parte do adjudicatário, porquanto, após essa rejeição, não haverá lugar a uma nova proposta de ajustamentos por parte da entidade adjudicante<sup>102</sup>.

Estes ajustamentos ao contrato são, na verdade, de grande utilidade, uma vez que, do ponto de vista da entidade adjudicante, se traduzem na oportunidade de negociar algumas condições do projeto contratual e otimizá-las do ponto de vista do interesse público implicado no contrato<sup>103</sup>, já que possui agora um conhecimento muito mais aprofundado do mercado.

A negociação pós-adjudicatória reveste-se, porém, de uma importância acrescida nos casos que temos vindo a tratar, já que permite conformar, dentro dos limites legais, o projeto contratual às exigências da AdC, no caso de uma decisão de não oposição com a assunção de compromissos que impliquem uma alteração ao contrato<sup>104</sup>, bem como, por outro lado, oferecer à entidade adjudicante uma “moeda de troca” para a negociação de aspetos essenciais do ponto de vista do interesse público, nos casos em que aquela decisão não tem implicação no contrato mas que, pela sua gravidade para o adjudicatário, pode levá-lo a querer negociar alguns aspetos contratuais, de forma a aligeirar a sua posição.

Chegados a esta fase, importa delimitar qual o objeto desta negociação pós-adjudicatória, *i.e.*, o que é que, nesta sede, pode ser alterado, sem que os princípios da contratação pública sejam violados.

---

<sup>102</sup> Sobre esta matéria, ver *idem*, p. 267 e ss.

<sup>103</sup> Vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 1088.

<sup>104</sup> A entidade adjudicante tem todo o interesse em ajustar o conteúdo do contrato a esses mesmos compromissos já que, caso contrário, a AdC poderá opor-se à concentração e a entidade adjudicante já não poderá celebrar aquele contrato, pelo menos, com aquele adjudicatário, que foi o que apresentou a melhor resposta ao caderno de encargos.

De acordo com o art. 99.º, n.º 2 a) CCP, «os ajustamentos referidos no número anterior não podem implicar, em caso algum: a) a violação dos parâmetros base fixados no caderno de encargos nem a dos aspetos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência», ou seja, apenas podem ser objeto de negociação e ajustamento (i) os atributos da proposta, *i.e.*, as respostas, contidas na proposta, que digam respeito a aspetos submetidos à concorrência pelo caderno de encargos<sup>105</sup>, e desde que respeitando os limites mínimos e máximos (parâmetros base) a que estes se encontram submetidos, bem como, (ii) os termos e condições da proposta<sup>106</sup>, desde que não violem aspetos não submetidos à concorrência fixados no caderno de encargos<sup>107</sup>.

Por outro lado, os ajustamentos não poderão igualmente implicar «b) a inclusão de soluções contidas em proposta apresentada por outro concorrente». Ou seja, o que está aqui em causa são «verdadeiras “soluções” (...) técnicas, financeiras, construtivas, etc., que tivessem sido formuladas criativa ou originalmente nas propostas de outros concorrentes», «que correspondessem portanto ou ao resultado de um trabalho de investigação ou estudo destinado a resolver problemas suscitados pela execução do contrato ou cuja aplicação ao contrato constituísse um achado, não abrangendo assim todos os elementos (...) que constassem das propostas dos outros concorrentes só porque constavam daí (...)»<sup>108</sup>.

Determinado o âmbito dos ajustamentos permitidos, importa ainda analisar os seus limites. Estabelece o art. 99.º, n.º 1, que «o órgão competente para a decisão de contratar pode propor ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar, desde que estes resultem de exigências de interesse público e, tratando-se de procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais de uma proposta, seja objetivamente demonstrável que a respetiva ordenação não seria alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido refletidos em qualquer das propostas».

O primeiro limite que retiramos desta disposição determina que a negociação pós-adjudicatória seja motivada por exigências de interesse público. Do exposto decorre que

---

<sup>105</sup> *Cfr.* Art. 56.º, n.º 2 CCP.

<sup>106</sup> No entanto, de acordo com o art. 96.º, n.º 4 do CCP, «a entidade adjudicante pode excluir expressamente do contrato os termos ou condições constantes da proposta adjudicada que se reportem a aspetos da execução do contrato não regulados pelo caderno de encargos e que não sejam considerados estritamente necessários a essa execução ou sejam considerados desproporcionados».

<sup>107</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 1091 e 1092.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 1092.

a) não podem ser introduzidas alterações à proposta adjudicada que visem prosseguir apenas interesses privados; b) os ajustamentos a efetuar não podem ter como propósito o de prosseguir necessidades coletivas cuja satisfação não caiba na esfera de atribuições da entidade adjudicante e c) estão igualmente vedados os ajustamentos que não visem o «concreto interesse público normativamente definido para o exercício da competência em causa»<sup>109</sup>, ainda que compreendidos em outras atribuições da entidade.

O concreto interesse público implicado na competência para ajustar o conteúdo do contrato corresponde à procura da otimização da satisfação das necessidades coletivas subjacentes à decisão de contratar. Não obstante, entendemos que a proteção e a defesa da concorrência se incluem, também, no «interesse público normativamente definido para o exercício da competência em causa», porquanto o CCP confere à entidade adjudicante, em diversas disposições, competência para agir ativamente, no âmbito da sua atividade de contratação, contra violações do princípio da concorrência. Nestes termos, somos da opinião de que também os ajustamentos ao contrato devem ter essa função, no sentido de, por um lado, aproveitar o procedimento e, por outro, evitar que o mesmo dê origem a um contrato que provocará danos à concorrência efetiva no mercado.

Contudo, e ainda que não se concorde com este entendimento, a verdade é que os ajustamentos que visam conformar o projecto contratual com a decisão de não oposição com imposição de condições e obrigações, por parte da AdC, são, ainda assim, motivados pelo concreto interesse público implicado – a otimização das necessidades colectivas subjacentes à decisão de contratar: se a entidade adjudicante não proceder aos ajustamentos, não poderá celebrar o contrato com o adjudicatário, o qual apresentou a melhor resposta ao caderno de encargos, ou seja, a proposta que melhor satisfaz aquelas necessidades colectivas. Sob esta perspectiva, os ajustamentos referidos são, à luz do concreto interesse público, não só desejáveis, como necessários.

Tendo em consideração o exposto, e uma vez que as alterações em causa devem ser negociadas entre a entidade adjudicante e o adjudicatário, a análise do requisito de

---

<sup>109</sup> Cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 298, bem como MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 1088. Com efeito, uma vez que é exigido, no âmbito da sua atividade de contratação pública, que a entidade adjudicante desempenhe um papel ativo na defesa da concorrência, parece-nos que esta se encontra dentro do escopo do interesse público definido para o exercício da competência em causa.

prossecução do interesse público deve incidir apenas sobre o conjunto dos ajustamentos, e não sobre cada uma das alterações concretamente introduzidas, já que uma alteração que vise otimizar a satisfação das necessidades coletivas implicará, por outro lado, um agravamento da posição contratual do adjudicatário, pelo que não se pode exigir que todas as alterações a efetuar sejam em desprimor deste, caso em que não teria qualquer motivação para aceitar as alterações propostas.

Assim, para que a globalidade dos ajustamentos introduzidos corresponda a exigências ditadas pelo interesse público, não é exigível que as condições contratuais sejam alteradas apenas em favor da Administração<sup>110</sup>. Apenas «haverá violação da exigência do art. 99.º, n.º 1 se o ou os ajustamentos introduzidos apenas beneficiam objetivamente a posição relativa do adjudicatário, sem que seja aí descortinável um benefício ponderoso dos interesses públicos contratuais da entidade adjudicante (...) ou se, havendo um ajustamento de interesse público, foram introduzidos outros em claro benefício apenas do adjudicatário, em termos tais que não possa dizer-se que, na sua consideração global, a alteração tenha causa pública, mas causa privada»<sup>111</sup>.

O segundo limite apontado pelo CCP é o de que os ajustamentos introduzidos não afetem a «equação adjudicatória»<sup>112</sup>, ou seja, que «seja objetivamente demonstrável que a respetiva ordenação não seria alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido refletidos em qualquer das propostas» (art. 99.º, n.º 1, *in fine*)<sup>113</sup>.

Como refere LUÍS VERDE DE SOUSA, no seu estudo sobre esta matéria, «admitir que não seja respeitada a estrutura do projeto contratual sobre que incidiu a resposta dos concorrentes ou permitir ajustamentos à proposta vencedora que, se introduzidos em momento anterior, determinariam que fosse outra a oferta eleita, seria transformar a adjudicação num ato meramente destinado a escolher um determinado sujeito com quem a Administração construiria o respetivo contrato, subvertendo-se a lógica da

---

<sup>110</sup> *Cfr.* LUÍS VERDE DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 296 a 298.

<sup>111</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 1088.

<sup>112</sup> Terminologia utilizada por RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os Princípios...*, *ob. cit.*, p. 69, bem como por LUÍS VERDE DE SOUSA, “A negociação...”, *ob. cit.*, p. 298.

<sup>113</sup> Nos termos do art. 99.º, n.º 1, a manutenção da equação adjudicatória só é exigível quando tenha existido uma efetiva competição entre concorrentes: «(...) tratando-se de procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais de uma proposta(...)». Ou seja, daqui resulta que esta exigência não é aplicável nos procedimentos em que apenas foi recebida uma proposta, bem como nos casos em que todas as propostas foram excluídas, em sede de análise de propostas, à exceção da proposta “vencedora”.

contratação pública, pela qual o que se encontra em concorrência são as propostas e não os concorrentes»<sup>114</sup>.

A formulação constante do art. 99.º, n.º 1 CCP parece proibir os ajustamentos que se repercutam na pontuação e ordenação de todas as propostas que foram anteriormente objeto de avaliação, ou seja, parece impor uma nova avaliação, com base na transposição dos ajustamentos para todas essas propostas, sendo o respeito deste limite aferido pela comparação entre a nova pontuação da proposta adjudicada (ajustada) e as novas pontuações das propostas anteriormente preteridas.

No entanto, a este entendimento obsta o facto de a proposta adjudicada ter o estatuto de melhor proposta, ou seja, corresponder à melhor resposta ao caderno de encargos, pelo que a mesma não está numa posição de igualdade com as propostas preteridas. Desde que respeite os limites acima referidos, e desde que continue a ser a melhor resposta, a proposta adjudicada pode ser alterada<sup>115</sup>.

Assim, e ao invés, entendemos, com LUÍS VERDE DE SOUSA, que «só se os ajustamentos revelaram que, uma vez introduzidos na proposta vencedora antes da adjudicação, seria outra a proposta triunfante é que estaremos perante um favorecimento injustificado do adjudicatário», pelo que «a forma de aferir se, apesar das alterações introduzidas, a proposta adjudicada não perdeu o estatuto de *melhor proposta* ao projeto contratual submetido à concorrência é a de submeter esta proposta, com os respetivos ajustamentos, a uma nova avaliação, comparando a sua pontuação com a obtida pelas demais, tal como estas foram apresentadas pelos concorrentes derrotados»<sup>116</sup>. Isto significa que a única proposta que carece de nova avaliação é a proposta adjudicada e ajustada, sendo que a comparação será feita com as propostas preteridas, tais como foram apresentadas à avaliação anterior.

### 7.2.2. Estabilidade subjetiva do procedimento

A par do princípio da estabilidade objetiva, o qual já tivemos oportunidade de referir, a propósito das alterações ao programa do procedimento<sup>117</sup>, decorre também do princípio da concorrência um outro, da estabilidade subjetiva do procedimento, o qual

---

<sup>114</sup> Cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 299.

<sup>115</sup> Cfr. *idem*, p. 297 a 299.

<sup>116</sup> Cfr. LUÍS VERDE DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 323 e 324. Ver também MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios...*, *ob. cit.*, p. 1090.

<sup>117</sup> Cfr. *supra* página 18, nota de rodapé 42.

estabelece que o concorrente que apresentou uma proposta no âmbito de um procedimento deve manter-se o mesmo e com a mesma composição (no caso dos agrupamentos) até ao final daquele<sup>118</sup>.

Assim, no caso de os compromissos propostos pela notificante e aceites pela AdC implicarem uma modificação na composição do agrupamento adjudicatário, coloca-se a questão de saber se tal modificação será possível, à luz do princípio da estabilidade subjetiva.

Uma modificação na composição de um agrupamento poderia corresponder, em abstrato, a quatro situações: (i) a entrada de uma nova pessoa no agrupamento; (ii) a saída de uma pessoa; (iii) a substituição de uma pessoa por outra; e (iv) a alteração da estrutura societária ou jurídica de alguma das pessoas que compõem o agrupamento.

A primeira hipótese referida, bem como a terceira (dado que a substituição implica a saída de uma pessoa e a entrada de outra) parece ser de afastar, uma vez que essa entrada «iria afetar a concorrência tal como ela se estabeleceu inicialmente, permitindo que alguém que não podia ou não quis concorrer viesse agora, que as circunstâncias do mercado (ou as suas próprias condições) porventura se apresentam mais favoráveis, disputar um contrato a que outros tiveram de concorrer dentro de certo prazo e em condições diferentes»<sup>119</sup>, ou seja, na prática, tal corresponderia a permitir que uma pessoa apresentasse a sua proposta fora do prazo<sup>120</sup>.

A segunda hipótese já seria admissível, contando que essa saída não afetasse de forma negativa a permanência do agrupamento no procedimento, ou seja, desde que essa pessoa não fosse elemento «essencial da respetiva estrutura técnica, financeira ou profissional»<sup>121</sup>, continuando o agrupamento a preencher todos esses requisitos.

No entanto, de acordo com o art. 54.º, n.º 4 do CCP, «em caso de adjudicação, todos os membros do agrupamento concorrente, e apenas estes, devem associar-se, antes da celebração do contrato, na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento». Tal disposição parece querer significar que qualquer saída no agrupamento, a acontecer,

---

<sup>118</sup> Vide RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios...”, *ob. cit.*, p. 89.

<sup>119</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 213

<sup>120</sup> Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios...”, *ob. cit.*, p. 90.

<sup>121</sup> Cfr. *Idem*, p. 90. Ver também MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais* (consultável em <http://www.icjp.pt/content/os-principios-juridicos-dos-procedimentos-concurrais>), bem como CLÁUDIA VIANA, *Os princípios...*, *ob. cit.*, p. 236.

teria de ser efetuada antes da adjudicação, já que, após a mesma, todos os membros do agrupamento (e apenas esses) teriam de se associar na modalidade jurídica estabelecida.

Ao invés, entendemos que, no caso de a saída de um elemento não afetar a capacidade técnica, financeira ou profissional do agrupamento, não há razão que justifique esta diferenciação. Adicionalmente, entendemos que a letra da disposição referida pode comportar um outro significado: o de que todos os membros do agrupamento (que permaneçam no procedimento) têm de se associar na modalidade jurídica prevista e não apenas alguns deles<sup>122</sup>, permanecendo os restantes com a configuração jurídica que já possuíam.

Nestes termos, somos da opinião de que, no caso de um compromisso assumido pelo agrupamento notificante impor a saída de um dos seus membros após a adjudicação, tal será possível, contando que a capacidade financeira, técnica e profissional do agrupamento não seja, por isso, prejudicada. Os restantes elementos do agrupamento terão, então, de se associar (todos eles) na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento, por forma a ser celebrado o contrato.

A quarta hipótese referida, relativa às alterações da estrutura societária ou jurídica em algum dos elementos do agrupamento, será, em princípio, permitida, dado que não terá qualquer impacto no agrupamento, nem no procedimento.

### 7.2.3. Incumprimento dos compromissos propostos

*«Com a apresentação de compromissos, a empresa notificante vincula-se, em regra, a obter um resultado determinado, incumprindo o compromisso caso esse resultado não seja atingido, independentemente de o motivo do incumprimento lhe ser ou não imputável»<sup>123</sup>*

No caso de obrigações e condições impostas que visem concretizar compromissos de natureza estrutural, elas serão, em princípio, de execução instantânea, podendo, algumas delas, dever estar vertidas no conteúdo do contrato. Assim, caso o contrato seja celebrado em contravenção com aquelas obrigações e condições, o contrato será nulo, nos termos do art. 53.º, n.º 4 do RJC.

---

<sup>122</sup> Não podendo, obviamente, permitir a entrada de novas pessoas, como já decorre do princípio da estabilidade subjetiva do procedimento.

<sup>123</sup> Cit. *Linhas de Orientação sobre a Adoção de Compromissos em Controlo de Concentrações*, ponto 55.

Não obstante o exposto, entende a AdC que os compromissos assumidos pela notificante constituem prestações de resultado, «independentemente de esta qualificação constar do texto da decisão de não oposição com compromissos»<sup>124</sup>, ou seja, ainda que o adjudicatário cumpra todas as obrigações impostas (e o contrato público celebrado seja válido), se ele não conseguir cumprir os compromissos assumidos estará em situação de incumprimento<sup>125</sup>.

Nessa eventualidade, a AdC poderá revogar a sua decisão anterior e substituí-la por uma decisão de oposição à concentração, bem como adotar as medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efetiva (art. 57.º, n.º 1 al. a) e art. 56.º, n.º 4, *ex vi* art. 57.º, n.º 3 RJC).

Perante tal revogação, o que acontece ao contrato público celebrado? Uma vez que esta questão está já relacionada com a fase de execução do contrato, não cuidaremos do seu tratamento mas chamamos a atenção para mais um ponto desta articulação que não é claro e que merece uma atenção especial por parte do legislador.

#### 7.2.4. Revisão de compromissos

Pode acontecer que, após a emissão da decisão de não oposição com obrigações e condições e a consequente celebração do contrato público, se dê a necessidade de alterar as obrigações e condições impostas.

*As Linhas de orientação sobre a adoção de compromissos em controlo de concentrações* a que temos vindo a fazer referência fazem, nesta sede, uma distinção entre revisão de obrigações e alteração de condições.

Como já referimos, no entendimento da AdC, as obrigações correspondem a compromissos que visam tornar exequíveis as condições, desempenhando uma função instrumental em relação a elas<sup>126</sup>. Nestes termos, entende a AdC que as obrigações podem ser revistas, porquanto as condições impostas (com base nos compromissos assumidos pela notificante) permanecem as mesmas, sendo que a única alteração é na

---

<sup>124</sup> Vide *idem*, ponto 54.

<sup>125</sup> A qual constitui uma contraordenação, nos termos do art. 68.º, n.º 1, al g) do RJC, e que implicará o pagamento de uma coima, segundo os critérios do art. 69.º RJC.

<sup>126</sup> Cfr. *supra*, pp. 29 e ss.

forma da sua concretização. Assim, poderia a AdC prever, na decisão de não oposição, uma cláusula de revisão destas obrigações<sup>127</sup>.

Em relação à revisão das condições<sup>128</sup> (concretizadoras dos compromissos necessários a afastar os problemas concorrenciais identificados), tal implicaria uma verdadeira alteração da decisão, pelo que estaria sujeita ao regime da alteração e substituição dos atos administrativos<sup>129</sup>. Na medida em que a decisão de não oposição com obrigações e condições corresponderia a um ato constitutivo de direitos, a sua alteração estaria, conseqüentemente, condicionada aos termos do art. 140.º, n.º 2 CPA<sup>130</sup>.

Entendemos que não deve ser feita uma distinção, ao nível da sua modificação, entre as obrigações e as condições, porquanto, ainda que as primeiras sejam uma mera concretização instrumental das últimas, elas têm um impacto concreto na esfera do notificante, pelo que a alteração de uma obrigação pode, tendo em conta as circunstâncias da notificante, ser prejudicial para ela.

A alteração de obrigações e condições pode corresponder a uma eliminação, uma substituição, ou a uma nova imposição.

Nos termos do art. 140, n.º 2, al. a) CPA, os atos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos são revogáveis «na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários», pelo que uma simples eliminação de uma obrigação ou condição seria benéfico para a notificante e, portanto, permitida<sup>131</sup>.

Já uma nova imposição, bem como uma alteração (a qual implicaria uma revogação e uma nova imposição), já só seria admissível se a notificante desse a sua concordância, nos termos do art. 140.º, n.º 2, al. b) CPA. No entanto, deve ser feita a ressalva de que, no plano do procedimento de controlo de concentrações, quem propõe os compromissos é a notificante, competindo à AdC aceitá-los (ou não), traduzindo-os na imposição de condições. Nestes termos, caso haja uma alteração de condições que concretizem novos

---

<sup>127</sup> Vide *Linhas de Orientação sobre a Adoção de Compromissos em Controlo de Concentrações*, ponto 124.

<sup>128</sup> Esta faculdade estaria limitada à verificação de uma alteração superveniente das circunstâncias que permitiram identificar os problemas jusconcorrenciais, *cfr. idem*, ponto 129.

<sup>129</sup> Art. 147.º CPA, o qual remete para o regime da revogação de atos administrativos válidos, previsto no art. 140.º CPA. *Cfr. idem*, pontos 126 e 127.

<sup>130</sup> Vide *idem*, ponto 131.

<sup>131</sup> Neste sentido, *cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões...*, *ob. cit.*, pp. 309 a 311.

compromissos, esta terá de ser proposta pela notificante, não podendo ser da iniciativa da AdC com a mera concordância daquela<sup>132</sup>.

À semelhança da decisão inicial de não oposição com obrigações e condições, também esta alteração pode, ou não, impactar com o conteúdo contratual. No entanto, agora já não está em causa uma modificação do projeto contratual, no âmbito do procedimento de contratação pública, mas sim uma modificação do contrato efetivamente celebrado e já em execução.

Uma vez que o nosso trabalho incide apenas sobre a fase de contratação pública, *i.e.*, de formação do contrato, remetemos esta questão para as regras de modificação do contrato, constantes dos art. 311.º e ss. do CCP.

Não obstante, em termos gerais, diremos que, nos casos em que seja necessário proceder a uma modificação contratual, tal será possível, por acordo das partes, nos termos do art. 311.º, n.º 1, al. a), ou mediante modificação unilateral, por parte do contraente público (al. b)), com fundamento em «razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes»<sup>133</sup>, contando que sejam respeitados os limites do art. 313.º CCP.

Por último, é de referir que «o incumprimento de condições e obrigações impostas por decisão da AdC que altere uma decisão de não oposição com compromissos tem os mesmos efeitos que o incumprimento dos compromissos previstos neste tipo de decisão»<sup>134</sup>.

## 8. CONCLUSÕES

*«The time is ripe for a more detailed joint study of competition and public procurement»<sup>135</sup>.*

Na introdução a este trabalho propusemo-nos analisar os problemas que o controlo de concentrações levanta, enquanto zona específica de cruzamento entre o Direito da

---

<sup>132</sup> Cfr. *idem*, pp. 310 e 311.

<sup>133</sup> Art. 312.º b) CCP.

<sup>134</sup> Cit. *Linhas de Orientação sobre a Adoção de Compromissos em Controlo de Concentrações*, ponto 145. Cfr. *supra*, p. 43.

<sup>135</sup> Cit. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *ob. Cit.*, p. 7.

concorrência e o Direito da contratação pública, bem como demonstrar a insuficiência da legislação existente para a sua correta harmonização.

Falámos, então, da possibilidade de a celebração de um contrato público – de sociedade ou de concessão de serviço público de segunda geração – dar origem a uma operação de concentração, na medida em que cumprisse os critérios previstos no RJC.

Nesse âmbito, analisámos a legislação aplicável e chegámos à conclusão de que a única referência legal a esta matéria se limitava a determinar o momento da notificação à AdC, de forma muito pouco clara, e a delegar a competência de regulamentação da articulação entre ambos os procedimentos para a entidade adjudicante, aquando da elaboração do programa de procedimento.

Estudámos, então, alguns aspetos que considerámos importante ser objeto de uma regulamentação, por parte da entidade adjudicante, de forma a atingir uma verdadeira harmonização e uma potenciação da concretização dos objetivos de cada um dos procedimentos.

Nessa sede, apercebemo-nos da utilidade e das vantagens que o subprocedimento de avaliação prévia pode trazer ao nível da harmonização e da eficiência e celeridade dos dois procedimentos. No entanto, concluímos que se trata de uma solução apenas suscetível de utilização nos procedimentos de negociação e nos concursos públicos com fase de negociação – e é também por comportarem uma fase de negociação que é possível conformar as propostas apresentadas com o entendimento da AdC em sede de avaliação prévia.

Nos restantes procedimentos, uma vez que não comportam uma fase de negociação – ou melhor, na medida em que não há uma intermediação temporal entre a exclusão e a avaliação das propostas –, não pode haver lugar a avaliação prévia, pelo que o adjudicatário notificará a concentração “às cegas”, uma vez que não tem forma de antever qual será o entendimento da AdC em relação à concentração.

Tal controlo, por parte da AdC, pode ter três desfechos possíveis – decisão de oposição, decisão de não oposição e decisão de não oposição com imposição de condições e obrigações –, sendo que todos eles levantam problemas práticos ao nível das suas consequências e implicações no procedimento de contratação pública.

De facto, segundo entendemos, a notificação da operação de concentração não determina *ope legis* a suspensão dos efeitos da adjudicação (*i.e.*, o direito do adjudicatário a ver o contrato celebrado). Nesse sentido, caso a AdC emita uma decisão de não oposição, a situação jurídica mantém-se, podendo o contraente público celebrar o contrato público com o adjudicatário, o qual será válido e eficaz.

Já no caso de decisão de oposição, a questão revelou-se muito mais complexa, uma vez que impede, de todo, a celebração do contrato público, não sendo clara a consequência jurídica desse facto sobre o ato de adjudicação. Neste sentido, ensaiámos uma solução no sentido de considerar que, na medida em que existe uma impossibilidade subjetiva de celebração do contrato público, o ato de adjudicação caducaria e haveria a possibilidade de adjudicar a proposta classificada em segundo lugar, permitindo, assim, um aproveitamento do procedimento de contratação pública (mas podendo implicar a abertura de um novo procedimento de controlo de concentrações). No entanto, esta solução não é, de todo, isenta de dúvidas, porquanto não é certo que o CCP admita outras causas de caducidade para além das previstas.

Por outro lado, a decisão de não oposição com a imposição de condições e obrigações implica a conformação do projeto contratual com essas condições e obrigações, na medida em que pode existir uma incompatibilidade. Nesses casos, como vimos, deve proceder-se a ajustamentos ao contrato, dentro dos limites legais, ou, caso as condições e obrigações impliquem a saída de um concorrente do agrupamento adjudicatário, proceder a essa modificação subjetiva (como vimos, caso não se trate de uma mera saída, essa modificação não poderá ser efetuada).

Ainda no que respeita às condições e obrigações impostas, verificámos que as mesmas são perspectivadas como obrigações de resultado, o que significa que, ainda que o adjudicatário faça todos os esforços no sentido do cumprimento daquelas condicionantes, caso não atinja o resultado pretendido, estará em situação de incumprimento, sujeitando-se a uma possível revogação da decisão da AdC e à sua substituição por uma decisão de oposição à concentração, bem como a medidas impostas pela AdC, consideradas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efetiva.

Por fim, defendemos que as revisões de tais condições e obrigações têm um impacto concreto na esfera do notificante, pelo que se encontram sujeitas ao regime da revogação de atos administrativos válidos constitutivos de direitos. Nesta medida, uma simples eliminação de uma obrigação ou condição seria benéfico para a notificante e, portanto, permitida; no entanto, uma nova imposição ou uma alteração só seria admissível nos estritos termos do art. 140.º, n.º 2, al. b), ou seja, com o consentimento da notificante.

Em suma, nesta nossa análise dos vários problemas que fomos levantando ao longo do trabalho, apercebemo-nos de que, embora, mediante uma análise cuidada dos elementos aplicáveis, seja possível encontrar respostas para algumas das questões colocadas, outras há em que essa análise e reflexão não serão suficientes, nomeadamente – e principalmente – no que respeita à problemática do impacto que uma decisão final, por parte da AdC, tem no procedimento de contratação pública, sendo este um aspeto crítico do cruzamento entre as duas áreas.

Como vimos, a lei, nas suas parcas referências a esta temática, não é sequer clara, dificultando ainda mais a tarefa do intérprete em encontrar soluções. Adicionalmente, a (controversa) taxatividade do CCP em relação às causas de não adjudicação e caducidade do ato de adjudicação deixam uma margem de grande insegurança sobre a consequência que uma dessas decisões terá no procedimento, comprometendo, até, em última análise, o aproveitamento do mesmo.

Assim, a opção do legislador, visando uma harmonização mais orientada para o caso concreto, deixando ao critério da entidade adjudicante a melhor forma de adaptar esta articulação a cada procedimento, acabou, na nossa opinião, por ter o efeito contrário, levando a que, por vezes, o procedimento de controlo de concentrações se sobreponha de tal forma ao procedimento de contratação pública que os seus objetivos e as tentativas para o seu aproveitamento são completamente postos de parte.

Consideramos, assim, que o nosso entendimento inicial, de que esta matéria não deve ser relegada para a regulamentação, pelas entidades adjudicantes, no programa de procedimento, se comprovou.

Neste sentido, concluímos que as fortes ligações entre ambos os conjuntos de regulação exigem uma abordagem comum e uma aplicação consistente. Há, pois,

necessidade de uma maior reflexão conjunta sobre estas questões, bem como de um tratamento, ao nível legislativo, que, tendo em conta os problemas enunciados, procure resolvê-los e proporcionar uma maior fluidez entre os procedimentos em sobreposição e uma conciliação entre os vários objetivos em causa: a proteção e defesa da concorrência, o concreto interesse público de otimização das necessidades coletivas, a eficiência e a transparência.

## REFERÊNCIAS E FONTES BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and EU Competition Rules*, Oxford and Portland, Oregon, 2011.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO,

- «A proposta na contratação pública e a alteração de circunstâncias», in *O Direito*, 142.º, 2010, II, pp. 275 a 315.
- «Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro», in *O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007.

AUTORES VÁRIOS, organização de MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, e GONÇALO ANASTÁCIO, direção de MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Lei da concorrência - Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA,

- *Linhas de Orientação Relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações*, 27 de Dezembro de 2012, pontos 2 e 3 (consultável em [http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Linhas%20de%20Orientacao%20Relativas%20a%20Avaliacao%20Previa.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Linhas%20de%20Orientacao%20Relativas%20a%20Avaliacao%20Previa.pdf))
- *Linhas de Orientação sobre a Adoção de Compromissos em Controlo de Concentrações*, 28 de Julho de 2011 (consultável em [http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias\\_e\\_Eventos/Comunicados/Comunicado201109\\_DOC\\_2-Linhas\\_de\\_Orientacao.pdf](http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Comunicados/Comunicado201109_DOC_2-Linhas_de_Orientacao.pdf)).

BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, II, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2008.

CARLOS BOTELHO MONIZ, *Aspectos processuais do controlo de concentrações e articulação com o regime de contratação pública*, Conferência IDEFF - Perspectivas

sobre a Reforma do regime de Defesa da concorrência, 11 de Maio de 2012 (consultável em ).

CLÁUDIA TRABUCO, «Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jusconcorrencial de empresa», in *Contratação Pública e Concorrência*, org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, 2013.

CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.

CRISTINA MILITÃO CAMACHO, *Contratação pública e Concorrência*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2014.

JOÃO CAUPERS, “Contratação Pública e Concorrência”, in *Contratação Pública e Concorrência*, org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, 2013.

MARCO CALDEIRA, “Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, IV, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2013.

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL,

- “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2008.
- *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1997.

MARGARIDA ROSADO DA FONSECA e LUÍS DO NASCIMENTO FERREIRA, *O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal*, Almedina, 2009.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011.

MIGUEL MENDES PEREIRA,

- *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009
- “Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações”, in *Revista de concorrência e Regulação*, Coimbra, Ano 2, N.º 5, Jan-Mar 2011.

MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, consultável em <http://www.icjp.pt/content/os-principios-juridicos-dos-procedimentos-concurrais>.

NUNO CUNHA RODRIGUES,

- “A adjudicação de concessões na nova Lei da concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 5, Maio-Agosto 2012, CEDIPRE.
- *A contratação pública como instrumento de política económica*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

PAULA VAZ FREIRE, “Direito Administrativo da concorrência”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, org. Paulo Otero e Pedro Costa Gonçalves, 2009.

PEDRO COSTA GONÇALVES,

- “Controlo de concentrações no direito português (uma visão administrativista)”, in *Revista de concorrência e Regulação*, Ano 2, N.º 7/8, 2011.
- “Concorrência e contratação pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Almedina, Coimbra.
- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013.

PEDRO MELO, *A distribuição de risco nos contratos de concessão de obras públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da contratação pública”, *in Estudos de Contratação Pública*, I, org. PEDRO COSTA GONÇALVES, Coimbra, 2008.