

Mestrado em Prática Jurídica
Contratação Pública e Concorrência
19 de janeiro de 2018

Grelha de correção

- 1. Explique qual o sentido e relevância que o princípio da concorrência tem na contratação pública demonstrando, nomeadamente, de que forma este foi acolhido nas directivas sobre contratação pública de 2014.**

Conceito pluridimensional de concorrência operativo em direito da concorrência e em direito da contratação pública.

O princípio da concorrência desempenha três funções essenciais no contexto da contratação pública:

- i) O princípio da concorrência visa as relações entre as empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes, pretendendo-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento que permita obter o maior número de oponentes ao procedimento pré-contratual
- ii) O princípio da concorrência abrange também a relação entre entidades adjudicantes e as empresas, apesar de ser conhecida a jurisprudência do TJUE, nos casos Fenin e Selex, que não aplica ao Estado o direito da concorrência enquanto entidade adquirente de bens e serviços
- iii) Visa proteger e salvaguardar a concorrência do ponto de vista institucional;

O princípio da concorrência na contratação pública não se confunde com a defesa da concorrência postulada no Direito da União Europeia. Aquele princípio é mais abrangente constituindo a defesa da concorrência um dos corolários daquele princípio.

O princípio da concorrência traduz-se igualmente num dever de neutralidade concorrencial da intervenção pública a qual não deve ter um efeito concorrencial negativo nas estruturas de mercado existentes o que se reflete, nomeadamente, no desenho do procedimento (v.g. não podendo estar em

causa a concessão de auxílios de Estado); nas especificações técnicas; nos critérios de adjudicação ou na importância dada às PME's nas directivas (determinando a promoção da concorrência nomeadamente através da exigência de divisão em lotes).

O princípio da concorrência foi reafirmado e densificado nas directivas de 2014, sendo considerado como um princípio geral e estruturante da contratação pública (cfr. artigos 18.º e 24.º da Diretiva 2014/24/EU e, em sentido idêntico, artigo 36.º da Diretiva 2014/25), estando ligado, nomeadamente, à necessidade de a entidade adjudicante assegurar o controlo de práticas anti-concorrenciais (cfr. artigo 57.º da Diretiva 2014/24) e à definição dos critérios de adjudicação (cfr. artigo 67.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/EU).

Concorrência entendida no CCP como procurando atrair o maior número possível de oponentes ao procedimento pré-contratual.

Necessidade de as entidades adjudicantes estarem atentas ao impacto concorrencial que as aquisições de bens e serviços podem provocar.

2. Alguns autores referem-se ao Acordo sobre Contratos Públicos, celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, como sendo um “acordo de geometria variável” uma vez que concede aos Estados que dele façam parte alguma flexibilidade. Comente este entendimento, justificando a sua posição e explicando a importância do Acordo.

- Fundamentos económicos do ACP. Liberalização do comércio internacional. Tokyo Round. Criação do ACP;
- Acordo plurilateral. Escassa atractividade do acordo, limitada actualmente a países ocidentalizados.
- A versão revista do ACP aprovada em 2014 influenciou as novas directivas europeias.
- Acordo de geometria variável. Estados aderentes determinam os anexos pelo que escolhem o âmbito subjectivo de aplicação.
- A expansão internacional do ACP determina a consequente expansão de princípios da contratação pública como o princípio da não-discriminação, da

transparência e dos procedimentos pré-contratuais justos e abertos, reduzindo a possibilidade de utilização da contratação pública como obstáculo não-pautal.

- O ACP contém princípios estruturantes do funcionamento da contratação pública que devem ser acolhidos pelos Estados aderentes.

3. Explique o conceito de “organismo de direito público” e em que medida esta noção é relevante no contexto da contratação pública.

Artigo 2.º, n.º 1, 4 da Directiva 2014/24/EU.

Artigo 2.º, n.º 2 do CCP.

a) Foram criados para o fim específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;

b) Têm personalidade jurídica; e

c) São maioritariamente financiados pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte dessas autoridades ou desses organismos, ou mais de metade dos membros nos seus órgãos de administração, direcção ou fiscalização são designados pelo Estado, pelas autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público;

Referência à jurisprudência do TJUE relativa à determinação do *carácter industrial ou comercial*.

Conceito amplo que apenas casuisticamente pode ser determinado, nomeadamente fave a empresas.

Importância da determinação do âmbito subjectivo de aplicação do CCP.

4. Explique o que entende por “contratação *in-house*” assinalando, nomeadamente, os pressupostos desta à luz da jurisprudência do TJUE, das directivas sobre contratação pública e do Código dos Contratos Públicos.

Evolução da jurisprudência do TJUE.

Artigo 12.º, n.º 1 da Directiva 2014/24/EU.

Artigo 5.^o-A, n.^o 1 do CCP:

- a) A entidade adjudicante exerça, direta ou indiretamente, sobre a atividade da outra pessoa coletiva, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- b) A entidade controlada desenvolva mais de 80 % da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante ou entidades adjudicantes que a controlam, ou por outra ou outras entidades controladas por aquela ou aquelas entidades adjudicantes, consoante se trate de controlo isolado ou conjunto;
- c) Não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção de formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio eventualmente exigidas por disposições especiais, em conformidade com os Tratados da União Europeia, e que não exerçam influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Explicação dos conceitos à luz da jurisprudência do TJUE:

- i) Controlo análogo ao dos seus próprios serviços;
- ii) Essencial da atividade – 80% - evolução do conceito;
- iii) Dificuldade na interpretação da alínea c);