

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**As práticas restritivas da
concorrência no mercado de
contratação pública europeu**
Restrictive practices of
competition on the market of
European Public Procurement

Alice Rocha da Silva

Ruth M. P. Santos

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO.....1

EDITORIAL:

RESULTADOS DA III CONFERÊNCIA BIENAL DA RED DEI 3

Michelle Rattón Sanchez-Badin (em nome da Diretoria da Red DEI), Fabio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto (em nome dos organizadores da III Conferência da Red DEI)

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO NO BRASIL: QUEM SOMOS E O QUE FAZEMOS? EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE 1994 A 2014 6

Michelle Rattón Sanchez Badin, Fabio Costa Morosini e Inaê Siqueira de Oliveira

UM ESPAÇO PARA PENSAR EM ALTERNATIVAS? A ACADEMIA LATINO-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO FRENTE À ORDEM ECONÔMICA GLOBAL27

Nicolás Marcelo Perrone

GRUPO DE ALTO NÍVEL BRASIL - URUGUAI (GAN): UM NOVO PARADIGMA PARA A INTEGRAÇÃO PRODUTIVA NO MERCOSUL45

Alebe Linhares Mesquita e Vivian Daniele Rocha Gabriel

O COMÉRCIO DE SERVIÇOS ENTRE BRASIL E URUGUAI: LIBERALIZAÇÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO SETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E SOFTWARES.....62

Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita

CORE LABOR STANDARDS NO REGIME DE PREFERÊNCIAS TARIFÁRIAS NO MERCOSUL: A NECESSIDADE DE HUMANIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL78

Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore

ACORDO TRIMS: FLEXIBILIZAÇÃO OU NÃO? POLÍTICA DE CONTEÚDO LOCAL, PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO (PPB) E OS DESAFIOS PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA E A INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA 100

Natália Figueiredo

ESTUDIOS DE CASO DE RECHAZOS EN FRONTERA DE EXPORTACIONES ALIMENTARIAS LATINOAMERICANAS POR MOTIVOS RELACIONADOS CON MEDIDAS TÉCNICAS NO ARANCELARIAS..... 123

Sofía Boza, Juan Rozas e Rodolfo Rivers

AMÉRICA DO SUL EM FACE DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO: RUMO AO RETORNO DO ESTADO NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS? 133

Magdalena Bas

FUTURO DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN LA AGENDA ECONÓMICA DE AMÉRICA LATINA: DEFINIENDO CAMBIOS REGULATORIOS O PROTEGIENDO INVERSIONES 146

Rodrigo Corredor

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL FINANCIERO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO 157

Jose Miguel Camacho Castro

CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO: UN CAPÍTULO INCONCLUSO 170

Rodrigo Polanco Lazo

O CONSTITUCIONALISMO E A COMUNITARIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: POSSIBILIDADES PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL? 197

Camilla Capucio

ESCASSEZ HÍDRICA E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: O BRASIL COMO PROTAGONISTA NA TRANSFERÊNCIA DE ÁGUA PARA REGIÕES ÁRIDAS 215

Douglas de Castro

A SEGURANÇA ENERGÉTICA COMO BASE PARA MAIOR INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: À ESPERA DE UM TRATADO MULTILATERAL 229

Matheus Bassani

OUTROS ARTIGOS..... 246

AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEU .. 248

Alice Rocha da Silva e Ruth M. P. Santos

DO TRANSNACIONAL PARA O NACIONAL: IOSCO, O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO E ACCOUNTABILITY	268
Salem Nasser, Nora Rachman e Viviane Muller Prado	
MIGRAÇÃO DE TRABALHADORES INTELLECTUAIS BRASILEIROS PARA O MERCADO INTERNACIONAL: IDENTIFICAÇÃO DE ATOS DE ALICIAMENTO DE EMPREGADOS E MECANISMOS LEGAIS PARA IMPEDIR A APROPRIAÇÃO TECNOLÓGICA E CONCORRÊNCIA DESLEAL	285
José Carlos Vaz e Dias e João Marcelo Sant'Anna da Costa	
THE EASIER WAY TO HAVE “BETTER LAW”? THE MOST-SIGNIFICANT-RELATIONSHIP DOCTRINE AS THE FALLBACK CONFLICT-OF-LAW RULE IN THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA	308
Chi Chung	
REFLEXOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA GLOBAL SUBNACIONAL: A PARADIPLOMACIA E O DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIO OU ACOMODAÇÃO	320
Valéria Cristina Farias e Fernando Rei	
MATRIZES POLÍTICAS DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.....	341
Francisco Rezek	
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE A LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN ESPAÑA.....	348
Edilney Tomé da Mata e Eduardo Biacchi Gomes Correio	
THE PEACE PROCESS IN SIERRA LEONE: AN ANALYSIS ON MARRIAGES BETWEEN CULTURE AND CRIME	363
Gustavo Bussmann Ferreira	
FUNCIONALIZAÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL NEGOCIAL	376
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho	
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR E COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL	396
Héctor Valverde Santana e Sophia Martini Vial	
THE LAND RIGHTS OF INDIGENOUS AND TRADITIONAL PEOPLES IN BRAZIL AND AUSTRALIA....	418
Márcia Dieguez Leuzinger e Kylie Lyngard	

**THE RECEPTION OF EUROPEAN IDEAS IN LATIN AMERICA: THE ISSUE OF THE GERMAN SOURCES
IN TOBIAS BARRETO, A PROMINENT NINETEENTH CENTURY BRAZILIAN LEGAL SCHOLAR.....439**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

NORMAS EDITORIAIS..... 461

As práticas restritivas da concorrência no mercado de contratação pública europeu*

Restrictive practices of competition on the market of European Public Procurement

Alice Rocha da Silva **

Ruth M. P. Santos***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise das práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas. Para tanto, se faz necessário estabelecer o ponto de encontro entre direito dos contratos públicos e o direito concorrencial por meio da aproximação dos dois domínios com base na verificação da relação complementar/conflituosa existente entre estes, bem como a diferenciação do termo “concorrência” para ambos os sistemas. Posteriormente, desincumbiu-se de ponderar a evolução do direito concorrencial juntamente aos contratos públicos a partir da construção de um modelo internacional de contratação pública, pautado na internacionalização do direito, que ampliou os instrumentos normativos de adjudicação pública. Igualmente, na europeização dos contratos públicos, que colocou o tema um caráter multinível, estabelecendo, obrigatoriamente, uma relação com a concorrência, em virtude da proteção do mercado interno e para abertura dos mercados, primando pelo Princípio da Concorrência. Com base no estabelecimento dessa relação, tornou-se possível aplicar o direito da concorrência nas práticas abusivas da concorrência, como o cartel, que dá origem às propostas fictícias, supressão de propostas, propostas rotativas, subcontratação e a divisão dos mercados. O caso Forposta AS demonstra que é possível associar o direito da concorrência aos contratos públicos, a fim de criar instrumentos sancionatórios às práticas anticoncorrenciais existentes no mercado de contratação pública, possibilitando maior eficiência aos gastos públicos. Nesse caso, discutiu-se a possibilidade de exclusão do operador econômico em virtude de falta grave em determinada adjudicação pública; já o segundo caso impôs as sanções previstas no art. 101, Tratado de Funcionamento da União Europeia (antigo art. 81), em virtude da existência de práticas anticoncorrenciais.

Palavras-chaves: Direito da Concorrência. Contratação Pública. Práticas Restritivas. Cartel.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the restrictive practices of competition in the public procurement market. Therefore, it is necessary to establish the meeting point between the public procurement law and competition law by bringing

* Recebido em 15/03/2016
Aprovado em 04/06/2016

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutora em Direito Internacional Economico pela Universite Aix-Marseille III. Mestre em Direito das Relacoes Internacionais pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Professora visitante na Université d’Evry (França).

*** Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia pela Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

the two areas based on verification of the relationship existing between these conflicting/complementary, as well as the differentiation of the term “competition” for both systems. Later, it was to consider the evolution of competition law together government procurement from the construction of an international public procurement model, based on the internationalization of law, which expanded the normative instruments of public procurement. Also, in the Europeanization of public procurement, which put the theme a multilevel character, setting, a relationship with the competition, by virtue of the protection of the internal market and to open markets, excelling at the beginning of the competition. Based on the establishment of this relationship, it became possible to apply competition law in the abusive practices of competition, as the cartel, which give rise to fictitious proposals, proposals, proposals, subcontracting and the division of markets. The Forposta SA case demonstrates that it is possible to associate the competition law to public procurement, in order to create instruments to sanction anti-competitive practices on the market for public procurement, enabling greater efficiencies to public spending. In this case, discussed the possibility of exclusion from the economic operator as a result of serious misconduct in particular public procurement; the second case imposed the penalties provided for in art. 101, Treaty on the Functioning of the European Union (former art. 81), in virtue of the existence of anti-competitive practices.

Keywords: Competition law. Public Procurement. Restrictive Practices. Cartel.

1. INTRODUÇÃO

O direito da concorrência e a contratação pública tem sido tratado no contexto europeu com maior intensidade após a formação da União Europeia, principalmente, sob a ótica do princípio da concorrência, a fim de alargar o mercado europeu, garantindo a livre concorrência. Todavia, a correlação entre os dois domínios jurídicos ainda se encontra em processo de evolução, uma vez que há nuances destoantes e até mesmo conflitantes entre eles. Trata-se, portanto, de um assunto em construção, com aproximação gradual, a fim de promover o desenvolvimento da economia e abertura dos mercados de compras públicas.

A construção do mercado único europeu tem permitido a aproximação da contratação pública ao direito da concorrência, este atuando como um mecanismo ou instrumento de defesa e promoção da concorrência neste mercado. Tal cenário se corrobora pela contribuição normativa oriunda do direito internacional com os tratados internacionais, e, sobretudo, o direito europeu com as diretivas de contratação pública, que transpôs o tema dos contratos públicos para o nível comunitário, privilegiando o princípio da igualdade ou não discriminação e o princípio da concorrência.

Nesse sentido, o princípio da concorrência atua como o elo entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, uma vez que os escopos concorrenciais são realizados por intermédio desse princípio. Além disso, é um princípio basilar do sistema jurídico europeu, sendo adotado pela jurisprudência europeia como um imperativo existente nos procedimentos nacionais de contratação pública. Portanto, a interligação entre o direito concorrencial e os contratos públicos é fundamental para o desenvolvimento do próprio mercado de adjudicação pública, visto que as práticas anti-concorrenciais são corriqueiras, sendo necessário trazer para a contratação pública os instrumentos de direito concorrencial, não apenas para criar sanções, mas também, para se compreender melhor as práticas abusivas da concorrência nos contratos públicos.

Portanto, o objeto da pesquisa do presente artigo está direcionado para verificar se a existência das práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas, bem como, a aplicabilidade de sanções para a defesa da concorrência, seja por meio das normas de direito da concorrência, seja por intermédio das diretivas sobre contratos públicos. Desse modo, o problema de pesquisa está na verificação da existência de uma integração do direito dos contratos públicos ao direito da concorrência, sobretudo após a europeização de ambos os sistemas, é capaz de sancionar as práticas abusivas no mercado de contratação pública?

Para tanto, o trabalho divide-se em três partes: a primeira parte refere-se à aproximação dos domínios de Direito da Concorrência e Contratação Pública, por meio da análise da relação de proximidade entre os contratos públicos e a concorrência. Posteriormente, verifica-se se esses domínios atuam em uma relação complementar ou conflituosa, a fim de dirimir possíveis dúvidas acerca da relação existente entre concorrência

e contratos públicos. A primeira parte se finda com a diferenciação do termo “concorrência” na visão do direito concorrencial e contratação pública.

A segunda parte do trabalho refere-se à formação de um modelo internacional de contratação pública, pautada em objetivos concorrenciais. O capítulo tem o intuito de justificar o aumento das relações entre concorrência e adjudicação pública, mormente, a partir da internacionalização dos contratos públicos e da europeização desses contratos, focados na promoção e proteção da concorrência. Tal delimitação temática se faz importante para chamar a atenção ao Princípio da Concorrência, na terceira parte deste capítulo, uma vez que este atua como ligação valorativa entre os dois sistemas, demonstrando a viabilidade teórica, jurídica e jurisprudencial da correlação entre os contratos públicos e direito da concorrência, no que se refere às práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas.

Na terceira parte, desincumbiu-se de apresentar as práticas anticoncorrenciais existentes nos contratos públicos, como o cartel, que dá ensejo a propostas fictícias ou de cobertura ou complementares, supressão de propostas, subcontratação e divisão de mercados. Para tanto, analisou-se o caso Forposta SA em que foi estudada a possibilidade de manutenção da concorrência com a exclusão de operador econômico.

2. APROXIMAÇÃO DOS DOMÍNIOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1. Análise da relação de proximidade dos contratos públicos e direito da concorrência

A relação entre direito da concorrência e contratação pública em uma primeira análise não são compatíveis pelo simples fato de protegerem bens jurídicos distintos, que, em determinados momentos, podem até ser conflitantes. Isto porque o direito da concorrência visa a regulamentação do mercado econômico, enquanto a contratação pública tem por objetivo disciplinar as compras e serviços públicos, que são objetos de adjudicação. A esfera global do acordo plurilateral de compras públicas (ACP) da Organização Mundial do Comércio (OMC), que representa importante norma de caráter global, tem como objetivo criar um processo de

contratação transparente e não discriminatório entre os países integrantes do acordo, bem como a abertura dos mercados para o comércio internacional. A necessidade do acordo se justifica na concessão de tratamento diferenciado aos bens, serviços e fornecedores nacionais, discriminando os estrangeiros, atuando como uma barreira ao comércio em determinados setores, que não estão abarcados nos acordos multilaterais. Portanto, o intuito do acordo é a liberalização dos mercados de contratação pública a fim de criar benefícios e melhorar a eficiência do processo¹.

No que se refere à defesa da concorrência nos contratos públicos, o ACP tem previsão no princípio da não discriminação, pois determina-se que as partes devem conceder imediata e incondicionalmente aos bens e serviços de qualquer outra parte e aos fornecedores, um tratamento não menos favorável do que o concedido às suas entidades adjudicantes, bem como não deve existir qualquer discriminação contra os fornecedores estabelecidos em seu território². Portanto, a previsão da não discriminação dispõe de uma igualdade entre todos os membros, não podendo ser tratados de maneira diferente por nenhum outro membro, o que estabelece condições de participação iguais a todos os membros.

Em relação ao contexto do Direito Europeu, a atuação desses dois domínios passa por modificações a partir da formação da União Europeia em virtude do surgimento do mercado comum, com maior integração e expansão da concorrência, com o objetivo de desenvolver as relações econômicas dos diferentes países que integram o bloco econômico. Dessa maneira, o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece a adoção de uma política econômica coordenada entre os Estados-Membros, a fim de constituir objetivos comuns pautados em uma economia de mercado aberto e de livre concorrência (art. 119).

Além disso, é necessário destacar, também, a inserção dos contratos públicos nos Acordos Comerciais Preferenciais (ACP), que implicam no ganho de vantagens decorrentes da transparência, da utilização eficiente de recursos disponíveis, do princípio da não discriminação e da livre concorrência nos mercados de compras

1 WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO and government procurement*. 2014. Available in: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm>. Access: 10 ago. 2015.

2 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2014. Available in: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf>. Access: 09 set. 2015.

públicas, dentro de um sistema que tem a previsão de regras claras, previsíveis e reconhecida por todos. Os, ACPs que trazem disposição direta às compras públicas, como ANZGPA³, têm como um dos objetivos a abertura dos mercados, com a exclusão de barreiras à entrada, com a melhoria da satisfação das necessidades públicas, por meio do fornecimento dos bens e serviços com a redução dos custos mediante a concorrência⁴.

A aplicação do princípio da concorrência nos contratos públicos equivale a inserção dos princípios da igualdade e das liberdades de circulação, que têm por finalidade afastar as barreiras de acesso ao mercado com o intuito de garantir a participação no processo adjudicatório do maior e melhor número de concorrentes. A ideia é que a adjudicação seja mais concorrencial, devendo abster-se de quaisquer condições que possam impedir, restringir ou falsear a concorrência⁵.

Como se pode verificar, os dois domínios passam a ser analisados com base em uma lógica concorrencial, uma vez que um dos objetivos basilares da União Europeia é garantir a eficiência econômica, combinado com o bem-estar dos consumidores, dentro de um mercado eficiente. Tanto o Direito Concorrencial, como o Direito dos Contratos Públicos passam a ser estudados a partir de uma visão comunitária-europeia, ou seja, deixou-se o âmbito unicamente interno e passou-se a atender preceitos comunitários comuns para garantir o desenvolvimento do mercado comum.

Nessa linha o princípio da concorrência é a ligação entre os dois domínios, haja vista que para a abertura do mercado interno e o crescimento da economia, o TFUE estabeleceu a existência de uma concorrência, para garantir, não apenas aos Estados-membros, mas também para as empresas privadas, o aumento e melhoria da atuação intrabloco.

A aproximação da contratação pública e da concorrência tem se tornado mais evidente nos últimos anos,

ainda que se trate de categoria de normas jurídicas distintas. Isto porque a primeira possui uma relação complexa e bidirecional com a concorrência, devendo se criar uma relação mais estreita, sobretudo, em virtude, da influência da concorrência nas regras europeias de contratação pública⁶.

Ademais, a concorrência inserida na contratação pública garante maior eficiência e execução dos interesses públicos, haja vista as normas de adjudicação têm por objetivo, também, proteger e promover a concorrência, a fim de alcançar a eficiência da despesa pública e garantir a legitimidade do processo licitatório. Com base nessa perspectiva, a competição entre os participantes é um meio de preservar os interesses da licitação, de modo a impedir favoritismos que levam às práticas anticoncorrenciais⁷.

As regras de contratação pública que determinam a concorrência, em seu sentido lato, funcionam para garantir a participação de todos os concorrentes que atendam aos critérios adjudicatórios estabelecidos no concurso público. Todavia, não estão voltadas para corrigir as distorções no mercado, por essa razão é necessário tomar emprestado as regras de direito da concorrência para evitar práticas anticoncorrenciais, de ameaça ao mercado de compras públicas derivada do conluio dos proponentes ou de manipulação de propostas em concursos públicos.

Se, por um lado, a contratação pública preocupa-se com a liberdade de acesso, a não discriminação e a transparência, visando a utilização racional dos orçamentos públicos, com o objetivo de permitir às entidades adjudicantes a satisfação das necessidades de forma eficiente com observância das regras concorrenciais. Por outro lado, o direito da concorrência, vem complementar, uma vez que busca assegurar o equilíbrio de mercado, permitindo a interação entre os operadores econômicos, tendo em vista o bem-estar dos consumidores⁸.

3 Acordo comercial preferencial entre Austrália e Nova Zelândia sobre contratação pública.

4 GONÇALVES, José Renato. Disposições sobre contratação pública em acordos comerciais preferenciais. In: FERRREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coords.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 57-80 (Coleção de Manuais Acadêmicos IDEFF, n. 1). p. 66.

5 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 11 a 42, at. p. 15-16.

6 GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Access: 15 ago. 2015.

7 GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Access: 15 ago. 2015.

8 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 325.

Desse modo, a concorrência está para os contratos públicos como um instrumento de alcance do interesse público, tanto do ponto de vista das entidades adjudicantes, como para a defesa dos interesses dos concorrentes nos procedimentos adjudicatórios. Tal aceção tem ganhado força jurisprudencial, posto que se tem entendido que a concorrência deve atuar como uma fonte de limite à atuação das entidades adjudicantes, levando à aproximação, interpretação e aplicação das regras de contratação pública sob o enfoque do interesse público da concorrência⁹.

Trata-se, portanto, de dois sistemas de normas, que em um primeiro momento, tem uma mesma intenção, qual seja: a proteção e promoção da concorrência, mas que o resultado final se torna distinto, pela diferenciação do objeto das disciplinas, isto porque as preocupações concorrenciais não correspondem a um mesmo objetivo. Todavia, a concorrência se encontra em ambos os sistemas como um princípio ou valor, ou ainda, como um bem jurídico de interesse público, devendo ser prezado nos dois domínios¹⁰. Verifica-se, portanto, o estabelecimento de uma relação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, no entanto, pendente de esclarecimento se há uma relação complementariedade ou conflito entre ambos os sistemas, o que será demonstrado a seguir.

2.2. Relação de complementariedade/conflito entre concorrência e contratação pública

Embora a concorrência no direito dos contratos públicos e no direito da concorrência não corresponda, exatamente, ao mesmo objetivo, não se pode afirmar que esses domínios sejam conflitantes, posto que os dois preveem a proteção do interesse público. Na medida em que a concorrência é garantida nos procedimentos de contratação pública, é possível conceber uma melhor gestão do gasto público, uma vez que não há defesa de qualquer interesse particular ou prevalência de algum fornecedor em detrimento de outros. Por essa razão, torna-se imprescindível uma análise dos con-

tratos públicos juntamente ao direito da concorrência, posto que as regras de adjudicação não são suficientes para impedir as práticas abusivas ao mercado de compras públicas.

Nesse sentido o direito da concorrência e a contratação pública compõem um instrumento para a consecução de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, indispensáveis para a realização do mercado interno europeu. De igual modo, tem como escopo o alcance do bem-estar social por meio da garantia do desenvolvimento de um processo adjudicatório concorrencial e eficiente, via o estabelecimento de procedimentos harmonizados e transparentes para a escolha dos fornecedores, de modo a permitir a participação das empresas em qualquer país-membro da União Europeia¹¹.

Os contratos públicos e o direito da concorrência estão focados na tutela da concorrência, ou seja, na proteção e garantia da ordem concorrencial, seja ela na esfera privada ou pública. O Estado assume um papel de garantidor da concorrência, de modo que toma para si a responsabilidade de proteção do bem jurídico da concorrência, contra abusos e práticas que venham pôr em risco a concorrência¹².

Não se pode dizer que os dois sistemas são conflitantes, porque derivam de uma mesma vertente lógica, devendo considerar que os contratos públicos realizados de acordo e com respeito ao princípio da concorrência, há uma certeza maior de que se aumentarão os benefícios para a economia e para a sociedade, pois ambos contribuem para uma maior integração econômica, calcada na defesa da concorrência e na promoção das liberdades de circulação. A articulação entre aqueles se realiza por meio da aplicação das regras de direito da concorrência ao Estado (o Estado é colocado como empresa), regime de auxílios de Estado e mediante aplicação indireta ao Estado das regras sobre direito da concorrência¹³.

9 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 11-42, at. p. 19

10 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 481.

11 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 11-42, at. p. 19

12 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 481.

13 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 326.

Ademais, a interação entre direito da concorrência e direito dos contratos públicos pode ser estabelecida por meio do princípio da legalidade, haja vista que a intervenção de qualquer ente público no contexto da contratação pública denota, imediatamente, um respeito ao direito da concorrência, de modo que os procedimentos exigidos nos processos adjudicatórios constituem uma condição satisfatória para o cumprimento da concorrência nos dois domínios¹⁴, visto que se assegura a igualdade dos participantes nas licitações, a partir dos critérios que promovem a concorrência.

É necessário, portanto, fazer a defesa da concorrência nos contratos públicos, uma vez que há a incidência de práticas anticoncorrenciais que devem ser evitadas e punidas, de acordo com a legislação de direito da concorrência e dos contratos públicos. Isto se justifica porque os contratos públicos se baseiam em mercados competitivos. Portanto, há uma clara necessidade de que as regras relativas aos contratos públicos e práticas administrativas assegurem e promovam a concorrência, sobretudo, nos casos de manipulação de propostas e outras práticas abusivas¹⁵.

O objetivo de adequar a contratação pública ao direito da concorrência, além de garantir o desenvolvimento do mercado interno, é, sobretudo, aumentar a eficiência dos gastos públicos, por meio do *best value for money*, ou seja, alcançar os melhores resultados possíveis na contratação. No entanto, para alcançar esse objetivo é necessário fortalecer a concorrência nos contratos celebrados no seio do mercado interno, haja vista que os proponentes devem ter a oportunidade de competir em igualdade de condições, sem distorções ao mercado¹⁶.

Nesse sentido, tem-se notado uma tendência com o início da europeização dos contratos públicos, em favorecer a defesa da concorrência no processo de contratação pública. Isto tem se tornado necessário diante das diversas práticas abusivas da concorrência que ocorrem nos contratos públicos, como cartel, combinação de preços, subcontratação, supressão de propostas, quais

são analisadas adiante. Tais práticas limitam a concorrência entre os fornecedores de bens e serviços, impedindo que a Administração Pública contrate àquele com a melhor proposta, tornando muito mais dispendioso para o Estado e limitando a entrada de outras empresas no processo licitatório.

Como em todo mercado relevante, o mercado de contratos públicos deve funcionar sem privilégios a um ou outro fornecedor, ou seja, deve pautar-se por sua eficiência máxima. Para tanto se faz necessário que exista a competição entre os operadores do mercado de compras públicas, deve existir concorrência entre eles. Se isto não ocorrer, haverá falhas no mercado (*market failure*) posto a sua ineficiência, sendo indispensável a sua regulação, que nesse caso será feita pelo direito da concorrência.

Logo, diante da evolução dos contratos públicos, principalmente, sob a ótica do direito europeu, não se pode dissociar os procedimentos adjudicatórios do princípio da concorrência, haja vista que torna-se indispensável para o próprio funcionamento das regras de contratação pública, sendo considerada como um instrumento de proteção ao mercado de compras públicas. Posto isto, a ligação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência não se dá de maneira contraditória, mas sim complementar e essencial para o desenvolvimento e proteção dos contratos públicos, a fim de garantir a própria eficiência da Administração Pública.

2.3. Diferenciação do termo “concorrência” para os contratos públicos e para o direito da concorrência

O termo “concorrência” encontra diferença de acepção no domínio do direito dos contratos públicos e do direito da concorrência, sendo necessário demonstrar a sua diferenciação. Enquanto para a contratação pública a concorrência é colocada como uma garantia de igualdade e participação de toda e qualquer empresa que preencha os requisitos estabelecidos no edital; para o direito concorrencial, a concorrência está direcionada a estabelecer o funcionamento perfeito do mercado.

A distinção de concorrência para os dois sistemas se pauta, também, no seu objeto de análise. Ora, o direito da contratação pública está direcionado à liberdade de acesso, à não discriminação e à transparência, objetivando, diretamente, o bom funcionamento do merca-

14 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 327.

15 GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Access: 15 ago. 2015.

16 GRAELLS, Albert Sanchez. *Public procurement and the UE competition rules*. United Kingdom: Hart Publishing, 2011. p. 45.

do relevante; por outro lado, o direito da concorrência, visa trazer equilíbrio ao mercado, de modo permitir que os agentes econômicos interajam entre si, buscando o bem-estar dos consumidores. A contratação pública visa à defesa do interesse público, no que se refere ao cumprimento das necessidades da maneira mais eficiente, observando o princípio da concorrência¹⁷.

Nessa linha Cunha Rodrigues destaca que as regras de contratação pública atuam de forma anterior (*ex ante*), isto quer dizer que as normas de contratos públicos visam uma conformação da atuação das entidades adjudicantes, por meio de um corpo normativo específico e complexo. Em contrapartida, as regras de direito da concorrência, tem uma função posterior, ou seja, *ex post*, o que significa dizer que as normas concorrenciais possuem uma natureza repressiva¹⁸.

Percebe-se, portanto, que a concorrência nos dois sistemas se apresenta como um valor da ordem jurídica, de interesse público e tutelado pelo direito público. Na contratação pública, o Estado tem o dever de produzir ou fabricar a concorrência, posto que é uma entidade pública que efetua o convite para os agentes econômicos (participantes) para apresentarem as propostas e futura elaboração do contrato. A partir do momento em que o Estado cumpre o dever de licitar de forma pública e transparente, há a criação de um mercado em que os operadores econômicos têm direito de acesso (*market access*), podendo concorrer igualmente¹⁹.

O Estado deve garantir a estrutura do mercado de compras públicas, de uma forma concorrencial, isto porque necessita permitir a participação de quantos fornecedores/produtores que preencham os requisitos dispostos na legislação administração dos contratos públicos. Nenhum fornecedor/produtor deve ser detentor do mercado, influenciando em seu funcionamento, pois caso isso ocorra, estar-se-á falando de uma falha do mercado (*market failure*), em que este deixa de cumprir os requisitos de competitividade, gerando desperdício de recursos públicos e perdas de eficiência, diminuindo o bem-estar²⁰.

17 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 330.

18 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 330.

19 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 487.

20 GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

O direito da concorrência intervém nos contratos públicos, quando há uma falha do mercado, gerando práticas contrárias à concorrência na contratação pública. Haja vista que as preocupações concorrenciais previstas no direito da concorrência estão relacionadas com a proibição legal de determinados comportamentos das empresas, com o fito de garantir as condições normais de funcionamento do mercado, evitando as condutas que maculem o seu funcionamento normal²¹.

Tal correlação se faz necessária uma vez que a concorrência nos contratos públicos está direcionada para garantir a criação de um mercado de acesso não discriminatório, por meio de um procedimento aberto, com garantias de acesso em condições de igualdade, assegurando a participação de vários proponentes, a fim de encontrar a melhor proposta para Administração Pública, com a melhor eficiência do gasto público. A concorrência, nesse caso, nas palavras de Pedro Gonçalves, é um bem jurídico promovido ou produzido com base na imposição de determinadas obrigações para afastar quaisquer barreiras de acesso ao mercado, com a participação nos procedimentos do maior e melhor número de candidatos ou concorrentes²².

Importa, ainda, trazer no contexto da diferenciação do termo concorrência a definição de mercado relevante tanto para a contratação pública, como para o direito concorrencial, diante à necessidade de identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas, bem como verificar de uma maneira sistemática os condicionamentos concorrenciais que as empresas têm de enfrentar. O escopo de definir o mercado, seja em função do seu produto ou dimensão geográfica, está centrado na identificação dos concorrentes efetivos das empresas, observando as possíveis causas de restrição de comportamento ou de impedimento da atuação²³.

21 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 483.

22 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 483.

23 AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Comunicação da comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência. *Jornal Oficial*, n. C372, p. 0005-0013, dez. 1997. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Ademais, a definição do mercado relevante tem influência decisiva na análise do processo de concorrência, pois busca “identificar as pressões concorrenciais efectivamente sentidas pelas empresas (excluindo a concorrência potencial), para compreender de que modo a sua atuação no mercado está limitada²⁴”. Todavia, não é objeto deste trabalho adentrar nas particularidades da ciência econômica para a caracterização aprofundada de mercado relevante, a proposta é apresentar de modo geral, a fim de identificar o mercado relevante de contratos públicos.

No que se refere à contratação pública, tem-se que observar a importância do comprador público, pois se trata de um mercado exclusivo, isto quer dizer que se refere a um mercado público em que o adquirente público representa a única procura para um produto/serviço²⁵, tratando-se, portanto, de uma espécie de monopólio, em virtude de o ser o Estado o único comprador frente a inúmeros fornecedores.

É preciso entender que o Estado, enquanto entidade adjudicante, desempenha um papel fundamental na estruturação de mercado relevante, sobretudo, quando dispõe de poder de monopólio, ou seja, adquire bens ou serviços por meio do lançamento de procedimentos de licitação pré-contratuais. Todavia, nessa situação em que o Estado detém o poder de mercado, não se pode dizer que é prejudicial à concorrência, ao revés, nesse caso o Estado é a entidade adjudicante responsável pela procura, utilizando-se desse poder inclusive para realização de política econômica. Nessa linha, a doutrina, em sua maioria, entende que o monopólio realizado pelo Estado não é prejudicial ao direito da concorrência ou concorrencial, pode ser, inclusive, um estímulo à economia²⁶.

Ademais, no ordenamento jurídico comunitário, é unânime o entendimento de que, em relação à noção de empresa e de atividade econômica, o Estado encontra-se qualificado como tal, posto que o entendimento de empresa não está condicionado à existência de perso-

nalidade jurídica, pouco importando a forma jurídica assumida pela empresa²⁷. Portanto, ainda que sejam autoridades públicas, independentemente de sua natureza, podem ser consideradas como empresas, à medida que disponham de bens ou serviços no mercado, exercendo uma atividade econômica²⁸.

No que se refere à atividade econômica, a jurisprudência tem reconhecido que determinadas entidades qualificadas como públicas podem ser consideradas como empresas para finalidades de aplicação das normas de direito da concorrência. A aplicabilidade da atividade econômica para as entidades adjudicantes, ainda que estas estejam direcionadas para a procura de bens e serviços, é possível diante do entendimento jurisprudencial do TJUE²⁹, que compreende que toda atividade desenvolvida pelo Estado na contratação pública é desenvolvida no mercado por duas vias: direta, que se refere à interação entre o Estado e os fornecedores; e indireta, entre o Estado e os concorrentes na fase pré-contratual³⁰.

Como se pode notar, a relação entre direito da concorrência e direito dos contratos públicos tem se desenvolvido ao longo dos anos, ainda perdurando dúvidas acerca da complementariedade que os dois domínios possuem. No entanto, é necessário ter em mente que não se almeja a inserção de um sistema no outro, haja vista a diferença de objeto, outrora apresentada, bem como a distinção do termo “concorrência” para as duas disciplinas. Portanto, o que se pretende é aplicabilidade das normas concorrenciais diante das práticas anticoncorrenciais existentes no mercado de compras públicas, o que se torna possível diante à existência de um mercado relevante de contratos públicos, e quando este encontra falhas é necessário corrigi-las, servindo o direito da concorrência para tal finalidade.

A correlação entre os dois domínios se torna pos-

24 FERRO, Miguel Sousa. *Práticas restritivas da concorrência*: súmula orientada para a prática judicial: curso de formação para juizes nacionais em direito da concorrência. Lisboa: Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal FDL, 2010, p. 8.

25 PINA, Maria Tavares de. O conceito de “mercado relevante” e a sua importância na definição de entidade adjudicante. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 43-62, at. p. 59.

26 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 378

27 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 384.

28 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. inicial-final. p. 21.

29 Acórdão Hofner e Elser - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-41/1990*. Sexta Secção. Data de Julgamento 23 de Abril de 1991. Ambulaz Glockner - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-475/1999*. Quinta Secção. Data de Julgamento 25 de outubro de 2001.

30 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 389.

sível em virtude da elevação do direito dos contratos públicos e do direito da concorrência a uma esfera multinível. Isto quer dizer que esses sistemas não se restringem unicamente à ótica nacional, devendo, sobretudo, respeitar o ordenamento jurídico comunitário, que está pautado no Princípio do Primado do Direito Europeu. Nessa perspectiva, a contratação pública, principalmente, no direito europeu, evolui para um processo de internacionalização ou europeização, no sentido de se construir um sistema normativo comunitário de contratos públicos, pautados nas diretivas europeias, como se verá no capítulo adiante.

3. A FORMAÇÃO DE UM MODELO INTERNACIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COM OBJETIVOS CONCORRENCIAIS

3.1. Relevância da internacionalização dos contratos públicos para a promoção do direito da concorrência

Os contratos públicos representam um importante instrumento de política econômica e possuem uma relevância econômica diante da sua influência no mercado, mormente, com o processo de globalização, que alterou toda a lógica econômica e política dos Estados, refletindo também na contratação pública. Dessa forma, os contratos públicos passaram a ser estudado dentro na esfera nacional e internacional, principalmente, em análise do direito europeu, que tem uma estrutura e um sistema próprio e que reflete na escala global; e do direito da OMC, em relação ao Acordo Plurilateral de Contratos Públicos.

Isso é um reflexo do processo de internacionalização do direito que permitiu que a Administração Pública atuasse fora dos limites estabelecidos pelo Estado, devendo esse processo ser entendido como uma forma de garantir a abertura dos mercados nacionais para outros países. Entende-se, portanto, que a contratação pública é um importante instrumento de política econômica internacional, favorável aos Estados diante do próprio comércio internacional³¹. Ademais, o contexto

nacional também é alterado em virtude dos direitos e obrigações oriundos dos tratados, que são incorporados no ordenamento jurídico interno.

No contexto do direito europeu, no entendimento de Estorninho, há uma forte convergência para “europeização” das normas nacionais para o surgimento de um direito comunitário dos contratos públicos. Isto decorre do cumprimento do Princípio do Primado do Direito Europeu, que determina que os Estados-Membros devem ter atenção aos critérios estabelecidos nas diretivas e incorporar nas normas nacionais de contratos públicos a fim de criar uma uniformização dentro da União Europeia³².

A interrelação do direito internacional com o direito comunitário deve ser vista como uma influência positiva para os contratos públicos, posto que a consequência da interferência do Direito Internacional na criação de um Direito Comunitário dos contratos públicos com aplicabilidade nacional é a perda do poder do Estado e a própria “desnacionalização” dos regimes jurídicos nacionais aplicáveis à disciplina, para, então, dar espaço a um modelo internacional de contratação pública. Nesse novo regime se dará ênfase aos princípios e valores de harmonização, de transparência, de publicidade e de concorrência, com a influência direta das normas internacionais modificando os modelos clássicos de contratação pública³³.

A aproximação das regras de contratação pública ao direito da concorrência representa a necessidade de o princípio da concorrência estar inserido na legislação europeia sobre contratação pública, de modo a funcionar como um instrumento de proteção da concorrência do Direito da União Europeia. Todavia, não se busca criar uma especialização do direito da concorrência nos contratos públicos, mas, sim, reforçar a complementariedade entre os dois sistemas³⁴.

Em verdade, o princípio da concorrência vai trazer limites à atuação das entidades adjudicantes, de modo

ha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editoras, 2014. p. 157-170, at. p. 157.

32 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Lisboa: Almedina, 2013. p. 63.

33 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Lisboa: Almedina, 2013. p. 71.

34 TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 11-42, at. p. 23.

31 RODRIGUES, Nuno Cunha. As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização dos contratos públicos. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cun-

a conquistar ou reforçar a indispensabilidade nos sistemas de contratação pública. A partir disto há uma valorização da eficiência e da concorrência nos contratos públicos, de modo a introduzir a concorrência nos preços, criando condições ótimas para alcançar ganhos sociais e para uma alocação de recursos mais eficiente³⁵.

3.2. Construção do direito europeu dos contratos públicos com ênfase na concorrência

A proteção multinível no direito europeu da concorrência não está limitada, unicamente, ao direito concorrencial, como demonstrado anteriormente, a concorrência está presente na contratação pública, seja na vertente de exigir uma concorrência nos procedimentos de adjudicação; seja no sentido de regulação do mercado de compras públicas, na intervenção às práticas anticoncorrenciais, como se verá mais adiante.

Além disso, percebe-se a pretensão do direito europeu, por meio das diretivas, a criação de um regime de contratação pública uniforme, pautado no princípio da concorrência, que serve de elo entre os dois sistemas. A ideia é, portanto, eliminar as práticas restritivas da concorrência no mercado de compras públicas, impondo às entidades adjudicantes se abstenham de adotar práticas ou aplicar regras que limitam ou distorcem a concorrência, que acabam por macular a Administração Pública, trazendo ineficiência do gasto público e insatisfação com o serviço público.

Nesse sentido, o direito europeu dos contratos públicos, assim como denomina Estorninho, está baseado em um conjunto de princípios fundamentais, insculpidos primeiramente no Tratado de Roma e que foram desenvolvidos e destacados pela jurisprudência comunitária. A europeização se inicia a partir do momento em que há a transposição correta das diretivas comunitárias, bem como por meio da aplicação das normas comunitárias por via da jurisprudência nacional³⁶.

A uniformização dos contratos públicos a partir do regime comunitário tem por objetivo a realização do mercado único, com a observância dos princípios de li-

berdade de circulação e/ou princípio da concorrência, que implicam na proibição das práticas discriminatórias também nos contratos públicos. Tal entendimento se consagra por meio do art. 3, do Tratado de Roma, em que determina que a Comunidade deve facilitar a realização do mercado interno, suprimindo as barreiras à livre circulação de mercadorias, de pessoas e de capitais. Além disso, notou-se a necessidade de criação de um regime que pudesse garantir a que a concorrência não fosse falseada no mercado interno, a partir da aproximação das legislações nacionais, sendo medida necessária para a realização do mercado único³⁷.

No momento em que se forma o mercado interno europeu, a concorrência está intrinsecamente associada à concretização deste. Portanto, sendo inevitável a ampliação do direito da concorrência para os contratos públicos. Haja vista a existência da concorrência reforçada no mercado interno, tem-se o reforço da liberdade de circulação e garantia da produtividade e potencialidade das empresas europeias, além de promover o crescimento econômico e geração de emprego³⁸.

Nesse sentido, já associando a contratação pública ao direito da concorrência vale lembrar do conteúdo do art. 57, n. 4, parágrafo 1º, alínea “g” Diretiva 2014/24/CE, que traz a possibilidade de excluir determinando participante de um procedimento adjudicatório, o que já era previsto na Diretiva anterior, 2004/18. No entanto, a inovação trazida pela nova diretiva é que as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ainda, os Estados-Membros podem solicitar a exclusão de operador econômico da participação de uma licitação, no caso este tenha atuado com irregularidades significativas ou persistente na execução de um ponto essencial de um contrato anterior, bem como podem ser condenados aos danos e outras sanções com fins reparatórios³⁹.

Verifica-se, portanto, que a novidade trazida pela Diretiva 2014/24/CE demonstra uma preocupação do legislador europeu em garantir os critérios mínimos de transparência, igualdade e concorrência. No momento

35 RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 371.

36 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 73

37 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 73

38 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 326.

39 QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre contratos públicos: o artigo 57º, n. 4, 1º parágrafo, alínea g. *Publicações CEDIPRE Online*, Coimbra, n. 22, set. 2014. Disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>. Acesso em: 7 set. 2014. p. 8.

em que a entidade adjudicante tem a possibilidade de excluir um operador econômico, imediatamente à averiguação de uma irregularidade em um contrato público anterior, que pode ser uma das práticas restritivas da concorrência, é possível evitar que novamente venha ocorrer. Pode-se afirmar que tal possibilidade se torna viável ante a relação criada entre o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos, em virtude da europeização dos contratos com foco na concorrência para a própria proteção do mercado interno europeu.

3.3. Princípio da concorrência: ligação valorativa entre os dois sistemas

O princípio da concorrência é o elo entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, uma vez que os objetivos concorrenciais se realizam por meio dele, além de ser um dos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico comunitário, necessário para a concretização do mercado interno. Foi reconhecido pela jurisprudência europeia⁴⁰ como um imperativo presente nos processos nacionais de contratação pública como os concursos de empreitadas de obras públicas, quais deveriam observar a livre concorrência, a igualdade de tratamento e a transparência⁴¹.

Em relação a esse raciocínio, é necessário destacar três papéis fundamentais que o princípio da concorrência exerce no âmbito dos contratos públicos: relacionamento entre as empresas, relação entre as entidades adjudicantes e proteção da concorrência. O primeiro aspecto se relaciona com o estabelecimento de uma concorrência paralela entre os proponentes em relação ao fornecimento de bens/serviços; o segundo se refere à qualificação das entidades adjudicantes como empresas com posição dominante no mercado relevante de compras públicas, como visto anteriormente; por fim, a proteção da concorrência em uma visão institucional, no que se refere às perturbações na concorrência, atingindo a relação entre a entidade adjudicante e os fornecedores, por meio de abuso de posição dominante, qual será tratada mais adiante⁴².

O princípio da concorrência é colocado como ligação valorativa entre direito dos contratos públicos e di-

reito concorrencial porque a concorrência assume um valor da ordem jurídica, de interesse público e tutelado pelo Estado. Portanto, a concorrência é um valor que o Estado deve resguardar, além de promovê-la, para a construção dos mercados. Diante disso é necessário observar o princípio da concorrência a partir de duas vertentes, na regulação da contratação pública e regulação da concorrência⁴³, pois, a partir de regulação da concorrência nos contratos públicos, torna-se possível a aplicabilidade das sanções às práticas anticoncorrenciais.

O princípio da concorrência na regulação econômica tem por objetivo a proteção ou a tutela da concorrência no mercado, ou seja, é a segurança de que o mercado funcionará sem impedimentos e em condições normais de competição entre os agentes econômicos. Portanto, está direcionado a três objetos de proteção: os auxílios públicos, as operações de concentração e as práticas restritivas⁴⁴, para o presente trabalho, importa a última área. Por essa razão abre-se espaço para fazer uma breve explicação sobre as práticas restritivas à concorrência.

As práticas restritivas da concorrência referem-se a qualquer tipo de comportamento realizado por um operador ou um conjunto de operadores que tenham por objetivo a obtenção e exploração, de forma singular ou coletiva, do poder de mercado. Cabe lembrar que o mercado para ser considerado concorrencial deve funcionar sem que produtores ou consumidores sejam possuidores de cotas de mercado, capazes de alterar o funcionamento normal do mercado. Assim, quando uma empresa ou um bloco de empresas detém um poder de mercado, significa dizer que há efeitos anticompetitivos potenciais de operação que implicam na concentração do mercado e/ou condutas praticadas por essas empresas que levam ao exercício abusivo do poder de mercado, devendo ser prevenido e coibido⁴⁵.

No momento em que uma empresa ou conjunto de empresas tem a capacidade de manipular as variáveis do

40 Acórdão Lombardini e Mantovani.

41 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 334.

42 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 335.

43 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 482.

44 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 483.

45 POSSAS, Mário Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

mercado relevante, estar-se-á diante de uma concentração de mercado, levando a uma estrutura de concorrência imperfeita. Há, portanto, o abuso de posição dominante, que se refere a uma posição de poder econômico de que determinada empresa detém, impedindo a concorrência perfeita ou efetiva ocorra no mercado relevante. Nesse sentido o abuso de posição dominante se refere a uma prática restritiva da concorrência, que surge a partir da utilização ilícita do poder de mercado, constituindo uma prática anticoncorrencial singular.

Haverá o abuso de posição dominante quando a empresa adota comportamentos capazes de influenciar a estrutura de mercado, diminuindo o nível de concorrência e impedindo a competição de produtos e serviços, a manutenção e/ou desenvolvimento da concorrência⁴⁶. Desse modo, o Tratado de Funcionamento da União Europeia prevê nos arts. 101 e 102, a sua incompatibilidade com o mercado interno e a proibição da associação de empresas e todas as práticas acertadas que tenham a intenção de afetar o comércio entre os Estados-Membros, bem como impedir, restringir ou falsear a concorrência, como outras práticas anticoncorrenciais⁴⁷,

46 AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA. *Abuso de posição dominante*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx>. Acesso em: 01 set. 2015.

47 “Artigo 101: (ex-artigo 81.o TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n.o 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e C 83/88 Jornal Oficial da União Europeia 30.3.2010 PT — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas

de modo a fixar os preços de compra e venda ou que imponha qualquer condição para as transações. Também são proibidas as práticas que limitem ou controlem a produção, a distribuição, o desenvolvimento. No art. 102, dispõe sobre a proibição de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste⁴⁸.

Em relação às condutas anticoncorrenciais, destacam-se as práticas coletivas, que se subdividem em horizontais (fixação de preços, repartição de mercados, limitação da oferta, exclusão de operadores, cartéis de crise e acordos e práticas instrumentais), verticais (acordos de distribuição e direitos de propriedade industrial e intelectual) e há, ainda, os acordos de cooperação; As práticas singulares refere-se ao abuso de posição dominante, que se relaciona às práticas de preços (preços abusivos, preços predatórios e preços discriminatórios) e práticas de exclusão⁴⁹. Para fins deste trabalho e para uma melhor metodologia, explicar-se-á, somente, as práticas anticoncorrenciais apresentadas no contexto da contratação pública, que serão analisadas no caso concreto.

Nota-se, portanto, que o princípio da concorrência na regulação econômica tem como ponto principal a empresa, independente da atividade econômica que ela exerça desde que consista na oferta de bens e serviços em determinado mercado, de forma a não causar desvios ou praticar atos lesivos ao interesse geral. Nesse sentido, entende-se que o valor aqui contido no princípio da concorrência revela-se como um instrumento destinado a proibir comportamentos que constituem abusos ou desvios, capazes de alterar as condições natu-

empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

48 Artigo 102.o (ex-artigo 82.o TCE) É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

49 GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 46.

rais de competição no mercado, garantindo a igualdade de acesso entre as empresas⁵⁰.

Por outro lado, em relação ao princípio da concorrência na regulação da contratação pública, muito embora tenha a base principiológica e os objetivos sejam diferentes dos estabelecidos no direito da concorrência, como já demonstrado, há uma busca pela equiparação dos concorrentes em determinado processo adjudicatório combinado com a melhor gestão do gasto público. É nesse sentido que a regulação econômica nos contratos públicos vai atuar, de modo a promover e proteger a concorrência partindo de um pressuposto de igualdade e não discriminação.

Nesse sentido, Gonçalves destaca que há uma clara ligação entre o princípio da igualdade e o princípio da concorrência, uma vez que o primeiro proíbe a discriminação por parte da entidade adjudicante, obrigando a submeter à procura ao mercado, alcançando a concorrência entre os proponentes. Subentende-se, portanto, que o princípio da concorrência, neste caso, atua como um instrumento para proporcionar a igualdade de tratamento e de oportunidades, a partir dos critérios estabelecidos pela entidade adjudicante, ou seja, quando a Administração Pública cumpre com os procedimentos estabelecidos para o concurso, concretiza-se a igualdade de oportunidade de acesso ao mercado⁵¹.

A partir do momento em que o princípio da concorrência funciona na contratação pública como um mecanismo de promoção da igualdade, há a possibilidade de tratar das questões que envolvam práticas anticoncorrenciais de uma ótica do direito da concorrência. Dessa maneira é possível evitar as distorções que podem existir no mercado de compras públicas, tais como os acordos, a supressão de propostas, as propostas complementares ou propostas sombra, proposta rotativa e subcontratação, quais se passa à análise.

4. PRÁTICAS ABUSIVAS À CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS NO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

4.1. Práticas anticoncorrenciais aplicáveis ao direito da contratação pública

As práticas contrárias à concorrência no mercado de compras públicas têm sido cada vez mais preocupantes, sobretudo, por não se tratar de uma prática isolada a um ou outro ordenamento jurídico, bem como, por desembocar em grandes esquemas que envolvem corrupção. Portanto, a preocupação existente, atualmente, é de se verificar de que maneira o direito da concorrência, pode contribuir para a diminuição ou, simplesmente, impedir que as práticas abusivas à concorrência nos contratos públicos, posto que “cerca de 25% dos casos investigados acerca de práticas restritiva da concorrência, referem-se aos contratos públicos”⁵².

Nesse contexto, as práticas anticoncorrenciais é um risco que todas as entidades adjudicantes enfrentam, posto que resultam em graves ineficiências econômicas e um elevado custo aos consumidores e às entidades adjudicantes, refletindo em um nível baixo de bem-estar. As ineficiências decorrentes do cartel justificam a atenção crescente que esses comportamentos têm demandado, sobretudo, acerca das sanções às práticas, haja vista inexistir um sistema de proteção contra práticas abusivas da concorrência nos contratos públicos, tanto por parte da legislação nacional, quanto em relação às diretivas⁵³, por essa razão, se faz necessário verificar a jurisprudência do TJUE para analisar o posicionamento jurisprudencial adotado quando se verifica a incidência de comportamentos anticoncorrenciais nos contratos públicos.

O cartel, que se refere a uma prática horizontal, caracteriza-se por um acordo entre um grupo de em-

50 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 485.

51 GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1). p. 490.

52 MORAIS, Luís DS; RODRIGUES, Nuno Cunha. *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no direito internacional económico e no direito da União Europeia, em especial acordo entre empresas*. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 85-116, at. p. 92.

53 MOREIRA, João. *Cartelização em contratação pública: a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 201-259. (Estudos de Contratação Pública, 3). p. 205-207.

presas, que são independentes e participam do mesmo setor de produção ou comercialização que tem por objeto restringir a concorrência, buscando o alargamento dos lucros dos participantes, a segurança e a proteção de suas atividades. A cartelização tem por finalidade a definição de preços, a divisão de mercados ou a limitação da produção, dando a possibilidade aos concorrentes de atuarem em um mercado estável sem concorrência ou riscos⁵⁴.

No que se refere à contratação pública, são inúmeras as práticas de conluio entre os concorrentes, impedindo a Administração Pública de adquirir o produto e serviço por um preço mais baixo. Comumente, os concorrentes acordam e definem quem vai apresentar a proposta que será apresentada no processo licitatório, com o objetivo comum de aumentar o valor da proposta vencedora, desbocando em lucros para os proponentes escolhidos. Ademais, destacam-se os esquemas de cartel, que inserem mecanismos de partilha e distribuição dos lucros adicionais obtidos por meio da contratação por preço final mais elevado, por meio da subcontratação ou por contratos de fornecimento, bem como a apresentação de propostas falseadas a fim de privilegiar um dos concorrentes, como se verá a seguir.

As propostas fictícias ou de cobertura, conhecidas ainda como complementares, de cortesias figurativas ou simbólicas, são a forma mais comum de esquemas de práticas abusivas da concorrência. São caracterizadas quando um indivíduo ou empresas acordam em submeter propostas que sabidamente ultrapassam o valor do procedimento licitatório, ou seja, um ou mais concorrentes acordam em apresentar uma proposta com condições que claramente não serão aceitas pela entidade adjudicante. No entanto, esse tipo de conduta se realiza para dar uma aparência de validade à concorrência⁵⁵.

A supressão de proposta decorre do acordo entre os concorrentes de modo a abster-se de concorrer ou retirar uma proposta apresentada anteriormente, a fim de que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. As propostas rotativas ou rodízio referem-se à combi-

nação entre os concorrentes de quem vai apresentar a proposta vencedora, permitindo que todos concorram, mas vençam de maneira alternada⁵⁶.

Destaca-se, também, a possibilidade de subcontratação, que se verifica no momento em que os concorrentes acordam em não concorrer ou em apresentam proposta sombra, de modo que não irão ganhar o procedimento licitatório, a fim de que o vencedor da adjudicação repasse subcontratos ou contratos de fornecimento⁵⁷. Além disso, destaca-se a divisão do mercado, os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas⁵⁸.

4.2. Aplicabilidade de sanções nas práticas abusivas da concorrência no mercado de contratação pública: caso forposta – manutenção da concorrência com exclusão de operador econômico⁵⁹

O processo se inicia no Tribunal de Justiça da União Europeia a partir do reenvio do Órgão Jurisdicional da Polónia, país onde surgiu a controvérsia, tendo como Recorrente a Forposta SA e a ABC Direct Contact e como Recorrida a Poczta Polska SA. O objeto do pedido de decisão prejudicial foi a interpretação do art. 45, n. 2⁶⁰, alínea “d”, da Diretiva 2004/18/CE e os arts.

56 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015. p. 2.

57 AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *O que são cartéis*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx>. Acesso em: 05 set. 2015.

58 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015. p. 2.

59 Toda a descrição feita neste tópico tem como base no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-465/2011*. Terceira Secção. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Krajowa Izba Odwoławcza. União Europeia, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131813&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6844>>.

60 Situação pessoal do candidato ou do proponente: 2. Pode ser excluído do procedimento de contratação: d) Tenha cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam evocar;

54 MOREIRA, João. *Cartelização em contratação pública: a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 201-259. (Estudos de Contratação Pública, 3). p. 209.

55 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015. p. 2.

53, n. 3⁶¹ e 54 n. 4⁶², da Diretiva 2004/17/CE, ambas relativas à contratação pública, quais foram renovadas no ano de 2014. Tais artigos referem-se à exclusão do operador econômico na participação de adjudicação pública em virtude de falta grave em matéria profissional, ainda que tenha celebrado o contrato com a entidade adjudicante.

A Poczta Polska, entidade adjudicante, ora recorrida, empresa pertencente ao Tesouro Público, que exerce atividade no setor de serviços postais, lançou processo adjudicatório para a contratação de uma empresa para efetuar os serviços de distribuição postal nacional e internacional. As propostas feitas pela Forposta SA e da ABC Direct Contract sp. z o.o foram consideradas as mais vantajosas para a entidade adjudicante, sendo celebrado o contrato com estas.

Salienta-se que o processo adjudicatório cumpriu todos os trâmites legais, não sendo contestado por ne-

61 Sistemas de qualificação: (1). As entidades adjudicantes podem, se o desejarem, estabelecer e gerir um sistema de qualificação de operadores econômicos. As entidades que estabeleçam ou giram um sistema de qualificação assegurarão que os operadores econômicos possam, a todo o momento, solicitar a sua qualificação. (2). O sistema previsto no n.o 1 pode abranger várias fases de qualificação. Deve ser gerido com base em critérios e regras objectivos definidos pela entidade adjudicante. Sempre que esses critérios e regras incluam especificações técnicas, aplicam-se as disposições do artigo 34.o Estes critérios e regras podem, se necessário, ser actualizados. (3). Os critérios e as regras de qualificação referidos no n.o 2 podem incluir os critérios de exclusão enumerados no artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE, nos termos e condições nele definidos. Se a entidade adjudicante for um poder público na acepção da alínea a) do n.o 1 do artigo 2.o, estes critérios e regras incluem os critérios de exclusão enumerados no n.o 1 do artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE.

62 Critérios de selecção qualitativa: (1). Ao estabelecerem critérios de selecção num concurso público, as entidades adjudicantes devem seguir regras e critérios objectivos que estarão à disposição dos operadores económicos interessados. (2). Ao seleccionarem os candidatos para participação num concurso limitado ou num procedimento por negociação, as entidades adjudicantes devem seguir as regras e os critérios objectivos que definiram e que estarão à disposição dos operadores económicos interessados. (3). Nos concursos limitados e nos procedimentos por negociação, os critérios podem basear-se na necessidade objectiva, por parte da entidade adjudicante, de reduzir o número de candidatos para um nível justificado pela necessidade de equilíbrio entre as características específicas do processo de adjudicação e os meios requeridos para a sua realização. O número de candidatos seleccionados deve, todavia, ter em conta a necessidade de assegurar uma concorrência suficiente. (4). Os critérios referidos nos n.os 1 e 2 podem incluir os critérios de exclusão enumerados no artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE, nos termos e condições nele definidos. Se a entidade adjudicante for um poder público na acepção da alínea a) do n.o 1 do artigo 2.o, os critérios referidos nos n.os 1 e 2 do presente artigo incluem os critérios de exclusão enumerados no n.o 1 do artigo 45.o da Directiva 2004/18/CE.

nhum concorrente. Contudo, na data de assinatura do contrato, em julho de 2011, a Poczta Polska, invalidou a licitação, afirmando que os operadores econômicos, Forposta AS e da ABC Direct Contract sp. z o.o, deviam ser eliminados do processo adjudicatório em virtude da Lei Polaca, art. 24, n. 1, alínea “a”, que determina a exclusão do processo licitatório caso ocorram circunstâncias que lhes sejam imputáveis, que tenha “revogado, denunciado ou rescindido o contrato, no caso de a revogação, a denúncia ou a rescisão ter ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo de adjudicação em curso e de o valor do contrato não executado corresponder a, pelo menos, 5% do valor do contrato”.

Os contratados, ora recorrentes, interpuseram recurso contra a decisão da contratante, ao Conselho Nacional de Recurso (Krajowa Izba Odwoławcza), aduzindo que a legislação nacional polaca ofende o art. 45, n. 2, primeiro parágrafo, alínea “d”, da Diretiva 2004/18. Os recorrentes entenderam que o dispositivo nacional tem um alcance mais amplo que a Diretiva, que prevê a exclusão dos operadores econômicos somente no caso de “falta grave em matéria profissional”, o que não ocorreu no caso em tela.

O Conselho Nacional de Recurso, órgão jurisdicional de reenvio, destaca que há dúvidas quanto à conformidade da lei polaca de contratação pública com a norma comunitária, ainda que o legislador do ordenamento jurídico polonês afirme que a norma nacional estava em concordância com a Diretiva. No entanto, o questionamento surge em decorrência de dois motivos relacionados à conceituação da frase “falta grave cometida em matéria profissional” e “imputáveis ao operador jurídico”.

Nesse sentido, o questionamento que se coloca é que a motivação da exclusão prevista da Diretiva 2004/18 está pautada em uma falta grave cometida em matéria profissional, que entendida, segundo a linguagem jurídica, refere-se à violação de princípios relacionados à responsabilidade profissional, dignidade e a honorabilidade profissionais dos recorrentes. Tal conduta deveria ser verificada por meio de processo disciplinar, devendo o órgão competente pronunciar a existência ou não de ilegalidade da conduta. O segundo motivo colocado pelo Conselho Nacional de Recurso foi o conceito de circunstâncias “imputáveis ao operador”, na lei polonesa é mais amplo que o estabelecido na Diretiva.

Além disso, destaca que a Diretiva europeia de contratação pública exige que exista uma falta grave, e nesse entendimento a inexecução no valor de 5% do montante do contrato, gera dúvidas sobre a gravidade ou não da medida, a ponto de levar à exclusão do operador econômico. O órgão de reenvio destacou ainda a jurisprudência do TJUE, qual entende que o direito da União é contrário às determinações nacionais que prevejam uma exclusão automática da participação num processo de adjudicação ou rejeição automática de propostas ou aplicação de medidas desproporcionais em relação ao fim objetivado. Entendeu, ainda, que a norma polaca não é aplicável automaticamente, muito embora tenha excedido o necessário para salvaguardar o interesse público perseguido, ou seja, a exclusão de operadores econômicos pouco confiáveis.

Diante das imprecisões o Conselho Nacional de Recurso suspendeu a sua análise e submeteu ao TJUE para interpretar as questões prejudiciais referentes à possibilidade normativa, a combinação da lei nacional polonesa e as normas europeias, de exclusão do procedimento adjudicatório nos casos de cometimento de falta grave em matéria profissional devidamente comprovada pela entidade adjudicante, nos termos invocados pela Recorrente. Em caso negativo da primeira questão prejudicial, pediu-se para verificar se há a possibilidade de um Estado-Membro apontar ou preveja outros motivos além dos elencados na Diretiva 2004/18, desde que autorizados.

Em sede decisória, inicialmente o TJUE confirmou sua jurisdição, decorrente do art. 267, TFUE e dirimiu as dúvidas decorrentes da competência do Conselho Nacional de Recurso, em virtude de ser um órgão instituído pela lei de contratação pública, confirmando o seu poder para solucionar os litígios existentes em primeira instância, sendo considerado um órgão jurisdicional. Sendo assim, admitiu o pedido de reenvio apenas para interpretar as normas da União e não para verificar a conformidade da norma polaca, como requerido pelo Governo polonês.

No mérito da questão, em relação ao primeiro questionamento, relacionada ao art. 45, n. 2, primeiro parágrafo, alínea “d”, da Diretiva 2004/18, o TJUE interpretou, conforme os precedentes do Tribunal que:

[...] “o artigo 45.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea d), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que obsta a uma regulamentação nacional que prevê a existência de uma falta grave em matéria profissional, conducente à exclusão

automática do operador econômico em causa do processo de adjudicação de um contrato público em curso, quando, em razão de circunstâncias imputáveis a este mesmo operador econômico, a entidade adjudicante tenha revogado ou denunciado um contrato público anterior celebrado com o referido operador, ou o tenha rescindido, se esta revogação, denúncia ou rescisão do contrato tiver ocorrido dentro do prazo de três anos anterior à abertura do processo em curso e o valor da parte do contrato público anterior não executada ascender a, pelo menos, 5% do valor total deste contrato”.

As razões que motivaram o TJUE a interpretar dessa maneira foi que a apesar do Governo da Polónia ter feito, corretamente, o uso da faculdade da entidade adjudicante excluir um operador econômico no caso de falta grave em matéria profissional, que deve ser especificada em lei nacional em consonância com o direito da união, bem como, ter definido corretamente a expressão “falta grave em matéria profissional”, devendo ser comprovada, por qualquer meio, pela entidade adjudicante. No entanto, a entidade adjudicante polaca deveria ter demonstrado, de forma concreta e individualizada, que os comportamentos das recorrentes, ou seja, os operadores econômicos indicavam uma intenção culposa ou negligente, ou ainda qualquer execução incorreta, imprecisa ou não cabal do contrato, demonstrando a incompetência profissional.

No que se refere à segunda questão, que somente deveria ser respondida caso a primeira fosse negativa, o TJUE entendeu que os princípios e as normas do direito da União Europeia, referente aos contratos públicos, não é razão suficiente para a proteção do interesse público e dos interesses das entidades adjudicantes. De igual maneira os princípios e leis europeias não garantem a concorrência leal, tampouco, justificam a exclusão automática do operador econômico de um processo adjudicatório, de modo subsidiário como pretende o Estado Polonês.

Muito embora o resultado do julgado tenha sido negativo para a entidade adjudicante do Estado da Polónia, o interessante neste julgado é observar, que a Diretiva 2014/24, em seu art. 57, n. 4, parágrafo 1º, alínea “g”⁶³, vigente atualmente e não à época do julgado, traz

63 As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador econômico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: Se o operador econômico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato

a possibilidade de excluir o operador econômico nos casos de concorrência desleal, conforme interpretado pela Poczta Polska SA quando decidiu excluir a Forposta SA e a ABC Direct Contact sp. Z o.o. do processo adjudicatório, no caso de rescisão ou denúncia de um contrato público que fora celebrado anteriormente com o operador no prazo de três anos antes à abertura da licitação em curso, sendo que o valor da parte não executada seja pelo 5% do montante contratual⁶⁴.

As medidas previstas pela Diretiva 2014/24, alargando os motivos de exclusão dos operadores econômicos nos processos de contratação pública, denotam a preocupação que se tem em associar o direito dos contratos públicos ao direito da concorrência, com o intuito de manter a abertura do mercado e a livre concorrência, por meio da eliminação das barreiras ao mercado interno, de modo, que os agentes econômicos tenham as mesmas oportunidades de atuação nas contratações públicas⁶⁵. A partir da análise do presente caso, demonstra-se o que foi defendido no presente trabalho, a adoção do princípio da concorrência como norteador dos procedimentos adjudicatórios, a fim de que a concorrência leal seja garantida, de modo a adotar medidas ou ter instrumentos capazes de diminuir os casos de práticas anticoncorrenciais no mercado de compras públicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a possibilidade de se aplicar o direito concorrencial aos contratos públicos, no que se refere às práticas abusivas da concorrência, tomando por base a aproximação desses sistemas, por meio da internacionalização e europeização da contratação pública com foco na promoção e proteção da concorrência. Esse cenário permite que o princípio da concorrência atue como um instrumento valorativo entre os dois domínios ensejando na aplicabilidade de

sanções do direito da concorrência nos procedimentos de adjudicação pública que não prezaram pela concorrência são.

Para tanto, o primeiro capítulo, procurou demonstrar a aproximação entre o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos, apresentando o momento e as razões que levaram à construção de uma relação complementar entre os dois sistemas. Muito embora existam momentos em que esses domínios estejam em situação de possível conflito, verificou que a relação entre concorrência e contratos públicos é mais complementar, do que divergente, isto porque tanto na contratação pública, como no direito concorrência, busca-se a proteção do mercado, logo da concorrência, sendo esta indispensável para o funcionamento legítimo do mercado de compras públicas.

Nesse passo, o capítulo 2 traça a construção da correlação entre concorrência e contratação pública por meio da internacionalização dos contratos públicos, o que quer dizer que a contratação pública deixou de ser um tema tratado exclusivamente no âmbito interno dos Estados. Isto se comprova com o caráter multinível dado aos contratos públicos a partir da construção do mercado único europeu, quando se passou a promover a concorrência nos contratos públicos, como um requisito indispensável para a manutenção do mercado interno europeu.

Por fim, no capítulo 3, buscou-se verificar a viabilidade da relação entre direito da concorrência e direito dos contratos públicos, por meio da apresentação das práticas restritivas da concorrência nos contratos públicos, e análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, haja vista o tema ainda ser controvertida e em desenvolvimento, por essa razão, se fez necessário verificar a aplicabilidade das sanções concorrenciais nos contratos públicos. No primeiro caso, Forposta SA, apresenta-se uma situação em que a própria diretiva europeia de contratos públicos prevê a sanção, portanto, demonstra-se a associação desses sistemas. No segundo caso, OTIS Elevadores e Escadas Rolantes, verificou-se a aplicabilidade do art. 101, (à época do caso art. 81) na manipulação dos concursos públicos e a divisão do mercado de elevadores e escadas rolantes, com a imposição de coimas.

Sendo assim, a partir do presente trabalho, verificou-se que tem sido crescente a interrelação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência,

de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;

64 QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre contratos públicos: o artigo 57º, n. 4, 1º parágrafo, alínea g. *Publicações CEDIPRE Online*, Coimbra, n. 22, set. 2014. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 7 set. 2015. p. 10.

65 MEDEIROS, Rui. Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 69, maio/jun. 2008. p. 3.

permitida pelo sistema jurídico europeu, que preza pela concorrência, a fim de crescimento e abertura do mercado interno europeu. Além disso, a construção de mecanismos concorrenciais aplicáveis à contratação pública é fundamental para estabelecer sanções aos abusos concorrenciais, sobretudo, a formação de cartéis, presentes nos mercados de compras públicas. É evidente que a instrumentalização concorrencial na adjudicação pública necessita de evolução, no entanto, demonstra-se uma ferramenta eficaz para o desenvolvimento do mercado europeu de contratos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência. *Jornal Oficial*, n. C372, p. 0005-0013, dez. 1997. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA. *Abuso de posição dominante*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx>. Acesso em: 01 set. 2015.
- AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *O que são cartéis*. 2015. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx>. Acesso em: 05 set. 2015.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013.
- EUR-LEX. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>.
- FERRO, Miguel Sousa. *Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial: curso de formação para juízes nacionais em direito da concorrência*. Lisboa: Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal FDL, 2010.
- GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010.
- GONÇALVES, José Renato. Disposições sobre contratação pública em acordos comerciais preferenciais. In: FERRREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coords.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 57-80. (Coleção de Manuais Acadêmicos IDEFF, n. 1).
- GONÇALVES, Pedro Costa. Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública. Coimbra: Almedina, 2012. p. 479-516. (Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 1).
- GRAELLS, Albert Sanchez. Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law. In: BOVIS, C. (Ed.). *Research handbook on european public procurement, forthcoming*. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- GRAELLS, Albert Sanchez. *Public procurement and the UE competition rules*. United Kingdom: Hart Publishing, 2011.
- MEDEIROS, Rui. Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 69, maio/jun. 2008.
- MORAIS, Luís D.S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no direito internacional económico e no direito da União Europeia, em especial acordo entre empresas. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 85-116.
- MOREIRA, João. *Cartelização em contratação pública: a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 201-259. (Estudos de Contratação Pública, 3).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratação pública*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015.
- PINA, Maria Tavares de. O conceito de “mercado relevante” e a sua importância na definição de entidade adjudicante. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 43-62.

POSSAS, Mario Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. A exclusão de operadores económicos à luz da nova directiva sobre contratos públicos: o artigo 57º, n. 4, 1º parágrafo, alínea g. *Publicações CEDIPRE Online*, Coimbra, n. 22, set. 2014. Disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 07 set. 2015.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização dos contratos públicos. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editoras, 2014. p. 157-170.

TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa. In: EIRÓ, Vera; TRABUCO, Cláudia (Org.). *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 11-42.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. *Processo C-465/2011*. Terceira Secção. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Krajowa Izba Odwoławcza. União Europeia, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131813&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6844>>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2014. Available in: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf>. Access: 09 set. 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO and government procurement*. 2014. Available in: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm>. Access: 10 ago. 2015.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.