

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

Concessão e Concorrência:

A interseção de sistemas e o novo paradigma administrativo



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de Mestre por Paulo Jorge Velez Mucho sob orientação do Professor Doutor Bernardo Diniz de Ayala

Mestrado em Direito Administrativo

Vertente Contratação Pública e Direito Empresarial Público

Lisboa

30 de Maio de 2014

À minha avó

Um especial Agradecimento:

Ao Professor Bernardo Ayala pela orientação.
À minha mãe e à minha família.
Aos meus amigos, pela paciência e apoio.

“Competition has been shown to be useful up to a certain point and no further, but cooperation, which is the thing we must strive for today, begins where competition leaves off.”¹

Franklin D. Roosevelt

¹ A competição mostrou ser útil até certo ponto, mas a cooperação, a qual devemos hoje tentar alcançar, começa onde a competição acaba.

Índice

Índice

Siglas e Abreviaturas Principais.....	6
I Questões Introdutórias	7
II O Contrato de Concessão	11
2.1 O Procedimento Pré-contratual	11
2.2 O Regime Substantivo	14
2.2.1 As concessões de serviço público.....	14
2.2.2 As concessões de obras públicas	16
2.2.3 As concessões de domínio público.....	16
III A autoridade da Concorrência e o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas	17
3.1 O procedimento administrativo de controlo de concentrações	17
3.1.1 O abuso de posição dominante e o controlo de concentrações	17
3.1.2 Notificação prévia	18
3.1.3 O início do procedimento e os intervenientes	19
3.1.4 A instrução e a Audiência Prévia	20
3.1.5 A decisão	21
IV A concessão como concentração de empresas.....	21
4.1 A concessão como concentração de empresas	21
4.2 As decisões da Autoridade da concorrência.....	24
4.2.1 Concessões rodoviárias	24
4.2.1.1 Processo Ccent nº 22/2005 – Via Oeste (Brisa) / Autoestradas do Oeste / Autoestradas do Atlântico	24
4.2.1.2 Processo Ccent nº 29/2008 – Mota-Engil / ES Concessões / Ascendi .	27
4.2.3 Transportes públicos.....	28
4.2.3.1 Processo Ccent nº 79/2007 – Transdev / Outros Accionistas pessoas individuais do grupo Joalto (através da NewCo) / JV Sociedade (Empresa Comum)	28
4.2.3.2 Processo Ccent nº 15/2013 – Barraqueiro / MTS.....	30
4.2.4 Setor da eletricidade e do gás	31

4.2.4.1 Processo Ccent nº 32/2006 – REN / Activos Regulados de Gás Natural	31
4.2.4.2 Processo Ccent nº 77/2007 – Portgás / Activos Regulados de Gás Natural	33
4.2.4.3 Processo Ccent nº 18/2008 – EDP / Portgás	34
4.2.4.4 Processo Ccent nº 62/2012 – REN / Gasoduto CMLSB e Gasoduto BT	35
4.2.5 Setor Portuário	36
4.2.5.1 Processo Ccent nº 31/2007 – MEAS / Multiterminal	36
4.2.5.2 Processo Ccent nº 78/2007 – GALP – TGLS	37
4.3 Conclusões preliminares	38
4.3.1 A definição dos mercados relevantes	38
4.3.2 Os modelos de fixação de preços	38
4.3.3 A relação com a regulação setorial	39
4.3.4 O mercado dos concursos públicos	40
4.3.5 O exclusivo e a intervenção do Estado	40
V A articulação entre o regime pré-contratual de escolha do concessionário e o procedimento de controlo de operações de concentração	42
5.1 A interseção de dois procedimentos: problemas criados pela Lei nº 19/2012, de 8 de Maio	42
5.2 Os resultados do controlo da operação de concentração e o seu impacto no procedimento pré-contratual	43
5.2.1 A decisão de proibição da concentração	44
5.2.2 A decisão de não oposição com obrigações: a possibilidade de violação das regras do concurso	45
5.3 Proposta de solução: o recurso aos novos institutos do procedimento administrativo	45
5.3.1 Fundamentos teóricos da conferência procedimental	45
5.3.2 A conferência procedimental na reforma do CPA	46
5.3.3 A instituição de uma conferência procedimental no controlo de operações de concentração de empresas feitas no âmbito de um concurso público	47
VI Conclusões	48
Bibliografia	51

Siglas e Abreviaturas principais

AAVV	Autores Vários
Ac.	Acórdão
AdC	Autoridade da Concorrência
Al./ als.	Alínea/ alíneas
Art.º/ arts.	Artigo/ artigos
CCP	Código dos Contratos Públicos
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cf.	Conferir
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
D.L.	Decreto-Lei
ed.	Editor
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
Et al.	Et alii, et aliae, et alia
I.e.	id est
IMTT	Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LdC	Lei da Concorrência
N.º/ n.ºs	Número/ números
Op. cit.	Obra citada
p./pp.	página/ páginas
p.e.	por exemplo
Proc.	Processo
RNT	Rede Nacional de Transporte
RTA	Regulamento do Transporte Automóvel
SCUT	Autoestrada Sem Custo para os Utilizadores
ss.	Seguintes
TGLS	Terminal de Granéis Líquidos de Sines
v.	Ver
v.g.	Verbi gratia

I Questões Introdutórias

Nas últimas décadas a proteção da concorrência tem ganho um lugar de destaque na intervenção do Estado e do direito na economia, superando tanto o modelo liberal do século XIX (*laissez-faire*), como o modelo típico de Estado intervencionista que vigorou no mundo ocidental durante a última metade do século XX. O invés de confiar cegamente na mão invisível ou intervir diretamente na economia, a proteção de um ambiente concorrencial pelo Estado faz a síntese entre estas duas concepções de mercado, promovendo os ganhos de eficiência e economia pretendidos pelo modelo capitalista, protegendo ao mesmo tempo os consumidores e os agentes económicos de possíveis abusos e arbitrariedades.

Ao corpo jurídico que compila as proibições e obrigações das empresas privadas que atuam no mercado, deu-se o nome de Direito da Concorrência². O mercado concorrencial surge portanto como uma entidade autónoma, que o direito mais do que regular visa proteger e garantir³. Este pode ser definido como “o processo pelo qual os agentes económicos, na sequência de escolhas livres, trocam bens e serviços de que dispõem por outros de que não dispõem, procurando melhorar a sua própria posição de partida”⁴.

O objetivo passa pela promoção de um ambiente de concorrência perfeita, em que a informação é total e não existem os chamados bens públicos nem externalidades.

A contratação pública, por outro lado, surge como disciplina jurídica com o objetivo de transpor este ambiente concorrencial para a celebração de contratos pelos Estados e outras entidades públicas, potenciando assim ganhos de eficiência e economia para as finanças estaduais, permanentemente em crise, bem como um meio de garantir a transparência dos procedimentos e a igualdade dos concorrentes.

Assim, numa simplificação teórica pode dizer-se que, enquanto o Direito da Concorrência se dirige às empresas, o Direito da Contratação Pública é dirigido aos Estados e demais entidades públicas, partilhando o objetivo de promover e fomentar a concorrência.

2 Sobre o surgimento do Direito da Concorrência, *vide* PAZ FERREIRA, Eduardo, Direito da Economia, AAFDL, Reimpressão, 2004, Lisboa.

3 RAIMUNDO, Miguel, A Formação dos Contratos Públicos, uma concorrência ajustada ao interesse público, AAFDL, 2013, p. 370.

4 RAIMUNDO, Miguel, *op. cit.*, p. 371.

Tratar-se-iam portanto de dois ramos de direito paralelos, seguindo na mesma direção, sem porém, se cruzarem.

Neste sentido, o princípio transversal a ambos os sistemas – o princípio da concorrência – poderia ser entendido por ambos os blocos normativos da mesma forma, o que contudo não sucede. No Direito da Concorrência as chamadas “preocupações concorrenciais”⁵ dirigem-se ao funcionamento patológico do mercado, procurando consertar as distorções da concorrência, seja numa lógica *ex post*, como no caso da proibição de abuso de posição dominante e dos acordos entre empresas, seja *ex ante* como no caso do controlo de operações de concentração de empresas. No Direito da Contratação Pública, o princípio da concorrência⁶ resulta numa dialética entre o objetivo de atingir o *best value for money*⁷, eminentemente economicista e o objetivo de garantir a igualdade⁸ de oportunidades dos candidatos no procedimento pré-contratual⁹.

Em grande medida as diferenças na forma de conceber a aplicação do princípio da concorrência justificam uma aplicação do direito da concorrência no âmbito da formação dos contratos públicos. Efetivamente, a garantia de um funcionamento eficiente dos mercados está inscrita na CRP como uma incumbência prioritária do Estado (art.º 81º, alínea f), tendo tal princípio igualmente aplicação no âmbito dos mercados públicos de contratação. O próprio CCP no art.º 70º, n.º 1, al. g) refere que devem ser excluídas as propostas que possam resultar num falseamento das regras da concorrência.

5 COSTA GONÇALVES, Pedro, “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*”, in Estudos Em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I, Almedina, 2012, p. 486.

6 Entre nós especialmente consagrado no Art.º 1º, n.º 4 do CCP.

7 COSTA GONÇALVES, Pedro, “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*”, *op. cit.*, p. 488 e 492

8 O princípio da concorrência é entendido como possuindo um valor “normativo autónomo e independente” do princípio da igualdade, igualmente consagrado pelo CCP como princípio estruturante da contratação pública. Considera Pedro Costa Gonçalves, que o princípio da concorrência pode ser chamado a operar no âmbito da contratação pública nos mesmos moldes em que atua no direito da concorrência e diferencia-se igualmente por, ao impor uma maior abertura à concorrência dos procedimentos, se reportar objetivamente à igualdade, não tutelando as posições subjetivas dos concorrentes. Cf. COSTA GONÇALVES, Pedro, “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*”, *op. cit.*, p. 496

9 Tendo em conta ainda a possibilidade de existência de um sem fim de outros objetivos secundários realizados através da contratação pública. Sobre esta matéria cf. CAMPOS, Diogo Duarte de, “*A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais*” in Estudos de Direito Público, Coimbra Editora, Lisboa, 2011, pp. 127 a 170.

Consequentemente não restam atualmente dúvidas acerca da aplicação das regras de direito da concorrência ao direito da contratação pública, sendo as interseções entre as duas disciplinas transversais às matérias reguladas e, em muitos casos, regulando as mesmas situações jurídicas.

Algumas destas intersecções têm sido amplamente estudadas e analisadas pela doutrina¹⁰, à exceção do controlo das operações de concentração de empresas¹¹.

É precisamente este tema que nos propomos analisar neste trabalho, as conexões entre o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas promovido pela AdC e as suas relações, por um lado com o regime pré-contratual de celebração de contratos públicos, e por outro lado com as regras materiais respeitantes aos contratos de concessão.

Embora redutora, a delimitação do tema desta dissertação tornou-se necessária. O foco no regime pré-contratual do concurso público justifica-se desde logo por este corresponder, no nosso entendimento, à regra geral consagrada pelo legislador para celebração dos contratos de concessão, sendo este inclusive a base normativa para outros procedimentos mais complexos como sejam o diálogo concorrencial e o procedimento de negociação. O ajuste direto, igualmente admitido, tem um âmbito de aplicação bastante reduzido, sendo igualmente certo que pelo seu menor formalismo não levanta tantas questões em matéria de articulação de regimes procedimentais.

Por sua vez, a delimitação do tema do trabalho, restringindo-o ao contrato de concessão justifica-se, uma vez que este é apontado pela doutrina que refere o tema¹² como o caso paradigmático de interseção dos dois regimes, sendo igualmente sobre contratos de concessão que incidem várias decisões da AdC. Sempre que necessário ou conveniente contudo abordaremos outras questões, conexas com o tema e que pelo interesse para o mesmo possam enriquecer a exposição feita ou lançar tópicos para discussões futuras.

10 Sobre a questão das práticas restritivas na contratação pública *vide* CAMACHO, Cristina, “*Práticas Restritivas da Concorrência na Contratação Pública: a Intervenção da Autoridade da Concorrência*” in *Contratação Pública e Concorrência*, organização de Cláudia Trabuco e Vera Eiró), Almedina, 2013, p. 213 e ss.

11 Efetivamente, na doutrina portuguesa, à exceção de referência esporádicas não encontramos nenhum estudo exaustivo sobre esta matéria.

12 cf. COSTA GONÇALVES, Pedro, “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*”, in *Estudos Em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, 2012, p. 501

Desta forma, o presente trabalho será composto por duas grandes questões. De um lado o contrato de concessão como uma possível concentração de empresas, em que focaremos o estudo no regime material consagrado no CCP bem como na prática decisória que tem sido seguida pela AdC, numa tentativa de clarificar em que situações pode a outorga de uma concessão resultar numa concentração de empresas que crie uma posição dominante no mercado e quais as linhas de orientação para as entidades adjudicantes para a outorga de contratos de concessão que respeitem as normas concorrenciais.

Por outro lado iremos tratar da relação entre os procedimentos administrativos de escolha de cocontratante e de controlo de operações de concentração de empresas. Com efeito, a LdC no art.º 37.º, n.ºs 2 e 3, numa redação inovadora relativamente à LdC anterior, previu expressamente a hipótese¹³ da celebração de um contrato público acarretar a realização de uma operação de concentração de empresas. Esta previsão, e especialmente aliada à imprecisão terminológica usada, como teremos oportunidade de analisar, arrasta consigo várias questões sobre a forma de articular dois procedimentos administrativos que se sobrepõem e que poderão eventualmente contradizer-se: o procedimento de escolha do contraente privado da Administração e o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas dirigido pela AdC.

Assim, torna-se necessário proceder a uma análise do regime procedimental do concurso público e das suas especificidades relativamente à celebração de contratos de concessão, bem como do regime material destes contratos administrativos, e das evoluções recentes sobre a forma como é entendida a prática concessória. Analisaremos igualmente o procedimento administrativo de controlo das operações de concentração de empresas.

Na segunda parte do trabalho trataremos das questões relativas à interpretação do contrato de concessão enquanto operação de concentração, analisando algumas decisões da AdC. Analisaremos igualmente a interseção entre os dois procedimentos, tentando lançar alguma luz sobre a incerteza criada pela previsão legal do referido art.º 37º da LdC e propondo algumas soluções interpretativas e práticas que, tendo em conta os valores em questão se nos afiguram as mais acertadas.

13 Aliás já anteriormente admitida pela AdC, como resulta da prática decisória desta entidade administrativa que analisaremos *infra*.

II O contrato de concessão

2.1 O procedimento pré-contratual

Tradicionalmente, a outorga de contratos de concessão excluía a aplicação de regras de pré-contratuais. Esta orientação¹⁴ baseava-se numa ideia de *intuitu personae*, significando isto que, uma vez que a concessão de uma atividade pública implica uma transferência de competências da Administração para um privado, implicando igualmente uma especial relação de confiança com o contraente privado, tal justificaria a regra de livre escolha do concessionário.

Assim, apesar do art.º 183º do CPA prever a necessidade dos contratos administrativos serem precedidos de concurso público, tornou-se prática comum a criação de atos legislativos especiais, derrogando as regras do concurso em detrimento do ajuste direito.

A importância nesta matéria do regime pré-contratual, e em especial do concurso público, ganha relevo em certas atividades que, por estarem vedadas à iniciativa privada, apenas podem ser exercidas por privados mediante outorga de um contrato de concessão¹⁵.

Por outro lado, o Direito da União Europeia não impõe qualquer procedimento para a celebração de contratos de concessão, como esclarecem várias comunicações interpretativas da Comissão Europeia¹⁶. No mesmo sentido decide o TJUE no acórdão *Telaustria*¹⁷, acrescentando contudo, que a celebração de contratos de concessão está, em todo o caso, vinculada aos princípios dos tratados, nomeadamente os da igualdade de tratamento, transparência, proporcionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade.

O legislador português, contudo, e no seguimento da norma constante do CPA, entendeu manter no CCP a obrigatoriedade de submeter a celebração de contratos de concessão a procedimentos pré-contratuais abertos e concorrenciais.

14 cf. MAÇÃS, Fernanda, “A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos” in Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Almedina, 2008, p. 396.

15 Nomeadamente a captação, tratamento e distribuição de água, o serviço público de correios e os transportes públicos ferroviários, tal como previsto na Lei da Delimitação de Sectores (art.º 1º da lei nº 88-A/97 de 25 de Julho).

16 Comunicações Interpretativas 2000/C 121/02, 2006/C 179/02 e 2008/C 91/02

17 C-324/98, de 7 de Dezembro de 2000.

Assim, a celebração de um contrato de concessão, pelas especificidades deste tipo contratual, levou o legislador a consagrar no CCP várias normas especiais a serem aplicadas na escolha dos cocontratantes da Administração pública.

O art.º 31º, nº 1, estabelece que na formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos¹⁸ devem ser adotados em alternativa o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação¹⁹. Uma vez que se trata da regra geral, bem como do procedimento mais comum, aplicável subsidiariamente aos restantes, analisaremos mais detalhadamente o regime do concurso público²⁰.

O procedimento de formação de um contrato de concessão inicia-se com a decisão de contratar, decisão essa que cabe ao órgão com a competência para autorizar a despesa²¹. Por razões de transparência, e igualmente com o objetivo de potenciar a concorrência, esta decisão deve ser publicada em Diário da República²², incluindo os elementos essenciais do concurso a realizar. O concurso pode ainda ser publicitado no JOUE, sendo esta publicação obrigatória quando o concurso visa a celebração de um contrato de concessão de obras públicas²³, independentemente do preço base fixado no caderno de encargos.

18 E ainda de contratos de sociedade.

19 Apenas em casos de especial complexidade pode ser adotado o diálogo concorrencial, Cf. Art.º 30º, nº 1 e em casos de interesse público relevante para formação de contratos de concessão de serviços públicos ou contratos de sociedade pode ser adotado o ajuste direto, Cf. Art.º 31º, nº 3 e *vide* igualmente RAIMUNDO, Miguel, *op. cit.*, p. 1042.

20 Sendo igualmente admissível o recurso ao ajuste direito, e não apenas nos casos ressalvados na primeira parte do art.º 24.º do CCP, como refere RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, pp. 1042 e 1043, recusando que esta norma seja um “repositório exclusivo das normas sob escolha do procedimento nos contratos de concessão (...)”. Ainda assim, não considerando o ajuste direito como um procedimento adjudicatório não concorrencial, sempre se dirá que se trata de um procedimento com menores exigências formais e procedimentais, e muitas vezes desadequado a tipos contratuais complexos, razão pela qual considerámos a sua exclusão desta análise.

21 Cf. art.º 36.º, nº 6.

22 Cf. Art.º 130.º CCP.

23 Cf. Art.º 131.º, nºs 1 e 2 CCP.

O concurso público é composto por duas peças do procedimento, o programa do procedimento e o caderno de encargos. O programa deve ter um conteúdo minimalista, definindo os termos a que obedece a fase de formação do contrato²⁴. Pelo contrário o caderno de encargos deve ser exaustivo, incluindo as cláusulas que constarão no contrato a celebrar. Especificamente para os contratos de concessão, o caderno de encargos deve ainda incluir um código de exploração²⁵, onde constem os direitos e as obrigações de ambas as partes relativas à exploração da concessão. As peças do procedimento devem ser disponibilizadas a todos os interessados²⁶, devendo a entidade adjudicante estabelecer o prazo para apresentação das propostas.

Findo o prazo para apresentação das propostas, o júri do concurso deve analisá-las à luz do critério de adjudicação escolhido: a proposta economicamente mais vantajosa ou o preço mais baixo. Após esta análise deve o júri elaborar um relatório preliminar, propondo a ordenação das mesmas. De seguida tem lugar a audiência dos interessados e, após esta audiência prévia dos concorrentes, o júri elabora o relatório final que será enviado ao órgão competente para a decisão de contratar.

O órgão competente para esta decisão escolhe assim uma das propostas apresentadas, tendo lugar a adjudicação da proposta.

Antes de proceder à adjudicação pode ainda a entidade adjudicante adotar uma fase facultativa de negociação das propostas. Esta fase está prevista no art.º 149º CCP, tendo lugar quando esteja em causa a celebração de um contrato de concessão de obras públicas ou de serviços públicos.

Esta fase pode ser restrita aos concorrentes cujas propostas foram ordenadas nos primeiros lugares ou incluir todas as propostas que não foram excluídas, devendo esta informação constar do programa do concurso²⁷. Deverá igualmente constar do programa do concurso a indicação de quais os aspetos da execução do contrato que a entidade adjudicante não está disposta a negociar. O programa de concurso apesar de conter estas indicações pode

24 Cf. Arts. 40.º, al. b), 41.º e 132.º, todos do CCP.

25 cf. Art.º 44.º.

26 Cf. Art.º 133.º.

27 Cf. Art.º 149.º, nº 2 e 150.º, nº 1.

definir que a decisão de recorrer efetivamente a esta fase seja tomada apenas após o termo da fase de avaliação das propostas.

Após o término da negociação, o júri elabora um segundo relatório preliminar, seguido de uma nova audiência prévia e de um segundo relatório final, sendo o contrato celebrado após anúncio e notificação da decisão.

2.2 O Regime substantivo

A figura clássica do contrato de concessão surge historicamente ligada a uma forma de relacionamento entre o Estado e os particulares, em que ambos se associam para a construção e exploração de grandes infraestruturas públicas²⁸. Através desta técnica contratual, o Estado e outras entidades públicas garantiam o financiamento por parte de privados dos equipamentos e serviços necessários à prossecução dos seus fins, assegurando em contrapartida a exclusividade temporária na exploração desse serviço ou infraestrutura, que, excluindo qualquer concorrência ao serviço prestado pelo parceiro privado, garantia por sua vez a remuneração deste através das taxas cobradas ao público em geral.

Os elementos típicos de qualquer contrato de concessão podem assim ser sistematizados da seguinte forma: investimento avultado por parte de um particular ou agrupamento de particulares; com o objetivo de construir ou explorar uma infraestrutura ou serviço que o Estado ou outra entidade pública considera necessária ao prosseguimento do interesse público; remuneração do privado através da cobrança de taxas aos utilizadores da infraestrutura ou serviço; a garantia dada pela entidade pública de uma exclusão da concorrência, que garante a remuneração do particular.

O contrato de concessão, como de resto todo o direito, enquanto ciência social e em permanente mutação, tem sofrido alterações na forma como é aplicada, que põe em causa alguns destes traços típicos. Apesar de esbatidas e com fronteiras cada vez mais ténues, podem ainda hoje ser identificados três modelos de concessão. São estes a concessão de serviço público, a concessão de obra pública e a concessão de domínio público, que, pelo interesse que poderão trazer à investigação, passaremos a analisar.

2.2.1 As concessões de serviço público

28 MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p371.

A concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual “*um particular se encarrega de (montar e) explorar um serviço público, sendo retribuído pelo pagamento de taxas de utilização a cobrar diretamente aos utentes*”²⁹. Esta definição clássica apresentada pela doutrina sofreu várias alterações nas últimas décadas³⁰, sendo que a forma de remuneração do concessionário, mormente através do pagamento de taxas pelos utilizadores do serviço não faz hoje parte da definição legal dada pelo CCP³¹, admitindo-se que a remuneração do concessionário seja feita por outros meios, nomeadamente através transferências diretas do concedente³².

A figura tem ainda sofrido fortes influências do direito comunitário, tendo a Comissão afirmado na Comunicação Interpretativa sobre Concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/ 02)³³ que o elemento central que permite caracterizar um contrato público como concessão é a transferência do risco da exploração do serviço público para o particular³⁴, tendo esta orientação sido acolhida no nosso CCP no art.º 413º.

Por outro lado, o próprio conceito de serviço público está intrinsecamente ligado à dogmática do contrato de concessão de serviço público. Este pode ser definido como uma atividade que a lei coloca a cargo da Administração Pública, prestada para a satisfação de necessidades coletivas individualmente sentidas³⁵.

29 Definição de FREITAS DO AMARAL, Diogo, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, 2003, p. 537.

30 Vide o Parecer n.º 1/94 da Procuradoria-Geral da República sobre esta questão, bem como a Comunicação interpretativa sobre concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/02) *supra* referida.

31 Segundo o n.º 2 do art.º 407.º “Entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público.”

32 Igualmente neste sentido, GONÇALVES, Pedro, A concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999, p.139.

33 Publicada no JOUE n.º C- 121 de 29 de abril de 2000

34 MAÇÃS, Fernanda Maças, *op. cit.*, p. 389 e GONÇALVES, Pedro e Rodrigo Esteves de Oliveira, As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 48.

35 MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 409.

Pela necessidade da sua garantia universal, estes serviços³⁶ estão sujeitos a princípios gerais que regulam a forma como devem ser prestados, nomeadamente a continuidade, a regularidade, a igualdade e a adaptação às necessidades.

2.2.2 As concessões de obras públicas

As concessões de obras públicas consistem no tipo contratual em que uma pessoa coletiva de direito público efetua a transferência para um privado da obrigação de construir, por conta própria, determinadas coisas públicas artificiais destinadas ao uso público direto ou ao estabelecimento de um serviço público, os quais ficam na posse do concessionário durante certo número de anos para que este possa cobrar dos utentes as taxas que forem fixadas³⁷.

O contrato de concessão de obras públicas tem íntimas ligações com o contrato de concessão de serviço público, com a diferença que neste último o concessionário gere e explora um serviço público já instalado, enquanto no primeiro o privado deve projetar e executar a obra, instalando um serviço público *ex novo*. Pode portanto afirmar-se que em muitos casos o contrato de concessão de obra pública tem uma vertente de empreitada de obras públicas e uma vertente de concessão de serviço público. Ainda assim a definição legal constante do art.º 407.º não deixa dúvidas da autonomia entre os dois tipos contratuais.

2.2.3 As concessões de domínio público

O contrato de concessão de domínio público é o contrato administrativo através do qual é cedida a um privado a utilização e exploração de uma parcela do domínio público, sendo possível identificar as subcategorias contratuais de concessão de uso privativo de domínio público, concessão de exploração ou a concessão de gestão do domínio público.

36 Sendo estas considerações igualmente aplicáveis às atividades sujeitas a um “regime de serviço público”, nomeadamente as atividades privadas sujeitas a obrigações de serviço universal e as atividades sujeitas a obrigações de serviço público. *Vide* GONÇALVES, Pedro, A concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999, p. 35.

37 Corresponde à definição clássica dada entre nós por CAETANO, Marcelo, Manual de Direito Administrativo, Almedina, Vol. II, p. 986. Como referido *supra*, deixou de fazer parte integrante do conceito de concessão, por força da influência do então direito comunitário, a necessidade da remuneração do contraente privado ser feita através do pagamento de taxas, admitindo-se inclusive o pagamento de um preço pelas entidades públicas, o que esbateu as fronteiras entre este tipo contratual e o contrato de empreitada de obras públicas. Sobre esta última questão *vide* FREITAS DO AMARAL, Diogo, *op. cit.*, p. 533.

A importância dos bens do domínio público é atestada desde logo pela sua consagração constitucional. Com efeito, o art.º 84º da CRP enumera exemplificativamente vários bens, como sejam as águas territoriais e os cursos de água, o espaço aéreo, os jazigos minerais e as estradas e linhas férreas, podendo a lei classificar outros bens como tal. Estes bens encontram-se fora do comércio jurídico, apenas podendo ser acedidos através de um título jurídico próprio, nomeadamente a concessão, sendo que em grande parte dos casos têm associados uma concessão de serviço público.

III A Autoridade da Concorrência e o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas

3.1 O procedimento administrativo de controlo de operações de concentração

3.1.1 O abuso de posição dominante e o controlo de concentrações

A AdC, no exercício dos seus poderes de supervisão, procede ao controlo das operações de concentração de empresas. Este controlo não passa pela consagração de uma proibição genérica das concentrações³⁸, sendo que apenas devem obrigatoriamente ser notificadas e autorizadas pela AdC, pela suscetibilidade de afetarem negativamente a concorrência, as concentrações de empresas que possam resultar na formação ou reforço de uma posição dominante no mercado.

Por sua vez, a existência de uma posição dominante consiste no poder de mercado de uma empresa, que lhe permite influenciar de forma unilateral os aspetos essenciais do funcionamento desse mercado³⁹, resultando, entre outros aspetos, na possibilidade de aumentar os preços de forma duradoura e sistemática, sem que com isso a sua quota de mercado e volume de vendas, por exemplo, sejam afetados.

Por outro lado, uma operação de concentração de empresas corresponde a qualquer alteração na estrutura de controlo de uma empresa ou parte dela, podendo corresponder a uma fusão, à aquisição da totalidade ou de partes dos ativos de uma empresa, bem como na criação de uma empresa comum⁴⁰. Por questões de delimitação temática focar-nos-emos no

38 PAZ FERREIRA, Eduardo *op. cit.*, p. 508

39 Cf. VAZ FREIRE, Paula, “*Direito Administrativo da Concorrência*”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Tomo I, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2009, p. 464.

40 Cf. art.º 36º, nºs 1 e 2 e VAZ FREIRE, Paula, *op. cit.*, p. 536.

procedimento seguido pela AdC portuguesa, não nos debruçando exaustivamente sobre as operações de concentração de dimensão europeia⁴¹.

O procedimento de controlo de operações de concentração de empresas consiste num verdadeiro “expediente de controlo público de negócios jurídicos privados”⁴², impondo um sistema de supervisão administrativa através de normas impositivas, dirigidas aos privados⁴³. Como referido, este controlo existe como meio preventivo de impedir restrições concorrenciais, e justificado pelo papel cada vez mais importante do Estado enquanto “garante da ordem concorrencial”⁴⁴

3.1.2 Notificação prévia

O controlo das operações de concentração de empresas é um procedimento administrativo que tem o seu início com a notificação prévia, e cujo objetivo é obter a autorização da AdC para a realização da operação. Para as operações sujeitas a notificação prévia o procedimento é obrigatório, estabelecendo a LdC a ineficácia dos negócios jurídicos que violem a obrigação de notificação⁴⁵ e a nulidade para os negócios jurídicos que desrespeitem a decisão da AdC⁴⁶.

41 Cujo controlo é feito pela Comissão Europeia. Esta delimitação prende-se com o facto de não existirem contratos de concessão a nível Europeu, sendo contudo imprescindível fazer referência a conceitos e interpretações que, sendo do domínio do Direito da União Europeia, se refletem diretamente no direito português.

42 Cf. GONÇALVES, Pedro, “*Controlo de Concentrações no Direito Português (Uma Visão Jus-Administrativista)*” in *Revista de Regulação e Concorrência*, nºs 7/8, Almedina, 2012 e GONÇALVES, Pedro “*Regulação Administrativa e Contrato*”, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, p. 987.

43 Como o próprio Pedro Gonçalves refere, na p. 9, nota de rodapé 27, no caso aqui em estudo, as normas não são dirigidas não a “actos e negócios entre particulares, mas sobre actos e negócios jurídicos regulados por procedimentos de direito público”.

44 CHEVALLIER, J. 2007, “Estado e ordem concorrencial”, *Revista de Direito Público da Economia (Belo Horizonte)*, nº 20, p. 133, *apud* Pedro Gonçalves, p. 4

45 Cf. art.º 40º, nºs 1 e 6 LdC.

46 Cf. art.º 53º, nº 4.

Apenas as concentrações de empresas que potenciem riscos para a concorrência estão abrangidas pela obrigatoriedade de autorização prévia pela AdC, consagrando a lei dois critérios alternativos para aferir a obrigatoriedade de notificação: a quota de mercado resultante da operação ou o volume de negócios das empresas notificantes. Nos termos do art.º 37º, nº 1, estão sujeitas a notificação prévia as operações que criem ou reforcem uma quota de mercado igual ou superior a 50% do mercado nacional (alínea a); as operações que criem ou reforcem uma quota de mercado nacional entre 30 e 50%, quando o volume de negócios realizado individualmente, em Portugal, por pelo menos duas das empresas participantes seja superior a cinco milhões de euros (alínea b), ou quando o conjunto das empresas participantes na concentração tenham realizado em Portugal um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, desde que o volume de negócios de pelo menos duas delas, individualmente consideradas, seja superior a cinco milhões de euros.

Em termos de competência da AdC, esta tem apenas jurisdição sob o controlo de operações de concentração situadas entre um limiar mínimo e máximo⁴⁷. Abaixo do limiar estabelecido no art.º 37º da LdC as operação não carecem de autorização, e quando acima dos limiares estabelecidos nos nºs 2 e 3 do art.º 1º do Regulamento (CE) nº 139/2004⁴⁸ a competência para o controlo pertence exclusivamente à Comissão Europeia.

3.1.3 O início do procedimento e os intervenientes

A notificação prévia, que dá início ao procedimento, cabe conjuntamente às partes na operação de concentração⁴⁹. A notificação prévia pode ter origem num ato voluntário dos intervenientes na operação, ou num ato impositivo da AdC. Neste caso a LdC prevê no art.º 56.º um procedimento oficioso. Trata-se contudo de um falso procedimento oficioso uma vez que não é em todo o caso a AdC que dá início ao mesmo, notificando apenas as partes para que estas procedam à notificação, sendo mais acertado falar em “apresentação imposta ou coativa da notificação prévia”⁵⁰. Da mesma forma não existe previsão da possibilidade da

47 GONÇALVES, Pedro, “*Controlo de Concentrações no Direito Português (Uma Visão Jus-Administrativista)*” in *Revista de Regulação e Concorrência*, nºs 7/8, Almedina, 2012, p. 251

48 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, publicado no JO L 24, 29.1.2004

49 Cf. art.º 44º, nº 1, alíneas a) e b).

50 GONÇALVES, Pedro Gonçalves, “*Controlo de Concentrações no Direito Português (Uma Visão Jus-Administrativista)*”, *op. cit.*, p. 264.

iniciativa de terceiros, podendo estes apenas denunciar junto da AdC a operação realizada em violação das regras de notificação. Em todo o caso, na hipótese da AdC ainda assim se abster de atuar, restará a estes particulares o recurso aos tribunais para impor o início do procedimento. Neste caso os meios processuais adequados serão dois. Por um lado, acionar judicialmente a AdC para que, nos termos do n.º 2 do art.º 56º da LdC, comunique às pessoas singulares ou coletivas em situação de incumprimento para que procedam à notificação, através de uma ação administrativa de condenação à prática de ato devido, por outro lado, com fundamento no art.º 37º, n.º 3 do CPTA, poderão acionar judicialmente os próprios incumpridores da obrigação de notificação para que estes sejam condenados a fazê-lo.

Realizada a notificação, a LdC prevê igualmente que quaisquer titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, cujas posições jurídicas possam ser afetadas pela operação de concentração, possam intervir no procedimento e apresentar as suas observações. A AdC publica os elementos essenciais da notificação em dois dos jornais de maior circulação nacional, estabelecendo um prazo para a apresentação de observações. O término deste prazo preclude o direito a participar na fase da audiência prévia, exceto se a AdC considerar a intervenção relevante e tal não prejudique a adoção da decisão no prazo legalmente estabelecido⁵¹.

3.1.4 A Instrução e a Audiência Prévia

O processo deve ser instruído no prazo de 30 dias úteis, devendo a AdC nesta fase recolher os elementos necessários à preparação da decisão.

Antes da decisão a AdC ouve as empresas notificantes e os interessados identificados no art.º 47º, apenas podendo dispensar a audiência prévia quando a decisão seja no sentido da não oposição, sem imposição de condições (art.º 54º, n.º 3) e nenhum interessado tenha manifestado a sua oposição à operação.

A LdC prevê igualmente um regime de articulação com as autoridades reguladoras setoriais, caso a concentração de empresas incida sobre um mercado regulado⁵², solicitando a estas entidades um parecer que regra geral é obrigatório e não vinculativo⁵³.

51 Cf. art.º 47.º, n.º 3.

52 Cf. art.º 55º.

53 GONÇALVES, Pedro, *op. cit.*, p. 275.

3.1.4 A Decisão

A decisão proferida pela AdC pode ir num de três sentidos, tal como prevê o n.º 1 do art.º 50º: não considerar a operação abrangida pelo procedimento de controlo das operações de concentração, caso em que o procedimento termina imediatamente, não se opor à concentração, i.e., autorizando a realização da mesma, podendo ainda dar início a uma investigação aprofundada.

Neste último caso, dando início a uma investigação aprofundada, a AdC dispõe de 90 dias úteis, prorrogáveis num máximo de 20 dias úteis, para decidir entre a não oposição à concentração, considerando que esta não tem a potencialidade de afetar significativamente a concorrência no mercado, ou em parte substancial deste, ou, ao invés, proibir a concentração, considerando que esta acarretará efeitos nocivos para a concorrência. Pode ainda impor condições ou obrigações para decidir no sentido da não oposição⁵⁴. A decisão de não oposição pode ainda ser tácita, nos casos em que se esgote o prazo para tomada de decisão sem que a AdC se pronuncie⁵⁵.

IV A concessão como concentração de empresas

4.1 A concessão como concentração de empresas

Sempre que exista uma alteração na estrutura acionista de uma empresa concessionária, ou de qualquer empresa que tenha em relação a esta uma posição de controlo, e que resulte no preenchimento de algum dos pressupostos constantes do art.º 37.º, n.º 1, da LdC, estaremos perante uma operação de concentração relativa a um contrato de concessão.

É necessário, contudo, distinguir entre duas situações distintas. A primeira acontecerá quando a operação de concentração resultar da celebração do próprio contrato de concessão, e que acarretará a necessidade de conjugar dois procedimentos administrativos distintos. Estas situações serão analisadas no capítulo V.

A segunda situação surge quando existam alterações na estrutura acionista da própria concessionária ou das empresas que a detêm. Tipicamente estas empresas deterão igualmente participações significativas em outras concessionárias, justificando-se assim a possibilidade destas controlarem o mercado e afetarem negativamente a concorrência.

54 Cf. arts. 50º, n.ºs 2 e 3 e 51º *ex vi* art.º 53º, n.º 3.

55 GONÇALVES, Pedro, *op. cit.*, p. 271.

Desta feita, o mercado relevante reportar-se-á a todas, ou pelo menos à área de várias concessões, ainda que, como veremos, nem sempre seja este o entendimento da AdC na definição dos mercados relevantes.

A importante questão de saber se o conceito de operação de concentração de empresas poderia ser aplicado estando em causa um contrato de concessão foi levantada no processo Ccent n.º 78/2007⁵⁶. Neste processo as notificantes alegaram que as várias disposições legais aplicáveis ao contrato de concessão implicavam que este já estava sujeito a obrigações que garantiam a concorrência (nomeadamente os princípios inerentes ao serviço público), cuja fiscalização estava a cargo do concedente, pelo que a avaliação feita pela AdC consistiria numa duplicação desnecessária de procedimentos.

Argumentaram igualmente que o próprio contrato de concessão não era suscetível, pela sua natureza, de constituir uma operação de concentração, uma vez que a concessionária não adquiria a propriedade sobre o direito de exploração do terminal.

A AdC recusou esta argumentação, afirmando que as suas competências de atuação eram independentes da atuação do concedente e das entidades adjudicantes em geral, tendo estas áreas de atuação diferentes. Mais importante, contudo, é a parte da decisão relativa ao argumento que rejeita a aplicação a um contrato de concessão do procedimento de controlo de concentrações. Relativamente a este assunto afirma a AdC que *“a exploração comercial do TGLS – até então assegurada pela APS – passará a ficar a cargo da ora notificante. Neste sentido, esta adquirirá direitos de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos da empresa (artigo 8.º, n.º 3, al. b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), passando a exercer uma influência determinante sobre a atividade comercial daquele, configurando, em resultado disso, uma alteração de natureza estrutural e duradoura, suscetível de consubstanciar uma operação de concentração (...)”*, uma vez que a empresa concessionária detinha outras concessões, noutros portos do país, que exerciam esta mesma atividade.

Nestes termos, a outorga de um contrato de concessão (ou a alteração da estrutura de controlo da concessionária) pode resultar numa operação sujeita a controlo, na medida em

56 Neste processo a AdC decidiu pela não oposição à concessão do Terminal de Granéis Líquidos do Porto de Sines (TGLS) a uma empresa subsidiária detida pela Galp Energia, SGPS, S.A.. Esta operação surgiu no seguimento de um procedimento concursal, lançado pela Administração do Porto de Sines (APS) para concessão do TGLS. Analisaremos mais detalhadamente esta decisão *infra*, no ponto 4.2.5.2.

que, apesar de não haver uma transferência efetiva da propriedade dos ativos⁵⁷, há uma transferência da posse, acarretando direitos de uso e fruição dos mesmos, análogos a uma situação de transferência efetiva, e para efeitos do n.º 3, alínea b) do art.º 36.º da LdC⁵⁸.

O facto de a transferência não ser definitiva, não implica igualmente uma desqualificação da situação, uma vez que o mesmo n.º 3 do art.º 36.º refere que o controlo “decorre de qualquer ato (...) com carácter duradouro”. Ora, não é sequer uma exigência da LdC que a transferência seja definitiva, devendo apenas ser duradoura, prolongando-se no tempo por um período estável o suficiente para permitir à empresa resultante da concentração influenciar negativamente a concorrência no mercado. Neste sentido, uma concessão será apta a preencher este requisito, já que este tipo contratual é caracterizado pela estabilidade temporal, como meio de permitir a amortização dos investimentos realizados, prevendo inclusivamente o CCP, no art.º 410.º, n.º 2, um prazo máximo supletivo de 30 anos para a duração do contrato.

Apesar da grande maioria das decisões proferidas pela AdC serem no sentido da não oposição⁵⁹, estas revelam o entendimento da AdC acerca do funcionamento da concorrência, sendo discerníveis linhas de continuidade entre as várias decisões, não só no que respeita a concentrações num mesmo setor de atividade, mas transversais a todas as decisões relativas a contratos de concessão. A análise destas decisões detém, portanto, importância, não só na compreensão do fenómeno em estudo, como igualmente pela possibilidade de analisar o entendimento da AdC face a estas situações.

57 A própria existência da concessão pressupõe a existência de um estabelecimento, onde se incluem todos os bens móveis e imóveis afetos a esta – art.º 419º, n.º 1 CCP – que terão obviamente que ser utilizados pelo concessionário para que este assegure a prestação do serviço com regularidade e continuidade. Não é claro qual o direito que assiste ao concessionário, havendo autores que falam num direito real de “gozo” - cf. BENACHES, Mercedes Lafuente, “La Concesion de Domínio Publico”, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1988, p.34, *apud* MAÇÃS, Fernanda, *op. cit.*, p. 417 e GONÇALVES MONIZ, Ana Raquel, p. 477 que fala num direito pessoal de gozo. É no entanto indiscutível a transferência do gozo dos bens da esfera do concedente para a esfera de atuação do concessionário, ainda que este esteja limitado, por exemplo, quanto à alienação dos bens.

58 Anterior art.º 8.º, n.º 3, al. b), da Lei 18/2003, de 11 de Junho.

59 O mesmo se passa aliás com as decisões que não têm por objeto contratos de concessão. Em termos globais, segundo dados disponíveis em www.concorrenca.pt, das 677 notificações efetuadas desde 2002, a AdC proferiu decisões de não oposição em 571, cerca de 84%.

4.2 As decisões da AdC

4.2.1 Concessões rodoviárias

4.2.1.1 Processo Ccent nº 22/2005 – Via Oeste (Brisa) / Autoestradas do Oeste / Autoestradas do Atlântico⁶⁰

Neste procedimento de controlo de operação de concentração de empresas estava em causa a aquisição do controlo conjunto da Autoestradas do Atlântico – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A. (AEA) pela BRISA – Autoestradas de Portugal, S.A., de forma indireta, através da Via Oeste, SGPS, S.A. e pela Autoestradas do Oeste – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A. (AEO). A notificação da operação de concentração de empresas foi feita após a celebração de um contrato-promessa de Compra e Venda de ações. A empresa adquirida, a AEA, era controlada exclusivamente pela AEO, passando, por efeito da operação de concentração a ser controlada conjuntamente pela AEO e pela BRISA, sendo que a AEA exercia a atividade de concessionária, entre outras, da A8, que ligava Lisboa e Leiria.

Na definição dos mercados relevantes para a operação, considerou a AdC que o mercado do produto e o mercado geográfico deveriam ser tratados conjuntamente enquanto “mercado das infraestruturas de autoestradas”, uma vez que a oferta do serviço, no caso das autoestradas, se refere necessariamente a um trajeto determinado.

Nas informações enviadas à AdC, consideraram as notificantes (AEO e BRISA) que o mercado de cada autoestrada deveria ser delimitado pela respetiva concessão, considerando ainda que o concessionário teria “ (...) a expectativa de que o Estado não venha a concessionar a terceiros uma infraestrutura concorrente, ou seja, existiria um princípio de exclusividade de concorrência inerente a cada concessão atribuída pelo Estado”, mas considerando ainda assim que a A1, que liga Lisboa ao Porto, passando por Leiria, e cuja concessão era detida pela BRISA, e a A8 seriam sucedâneas na perspetiva da procura nos trajetos entre Lisboa e Leiria.

Foi também considerado relevante, enquanto mercado relacionado, o “mercado dos concursos públicos para a construção, conservação e exploração de autoestradas”. Na estrutura deste mercado a procura seria constituída pelo Estado e demais entidades públicas,

60 Versões públicas das decisões disponíveis em www.concorrenca.pt. Nas referências feitas a números de página reportamo-nos às decisões em causa.

cabendo o lado da oferta às empresas ou agrupamentos de empresas que apresentem propostas nesses concursos. A justificação para a autonomização deste mercado relevante face ao mercado de construção de obras públicas prendeu-se com a consideração de diferentes exigências em termos de *know-how* e capacidade de prestação de serviços, bem como com a regulamentação próprias deste tipo de concursos, considerando igualmente que deveriam neste mercado estar incluídas tanto as autoestradas com portagens como sem portagem.

Em termos geográficos foi considerado apenas o mercado nacional⁶¹.

A AdC teve em consideração as especificidades deste mercado, nomeadamente o facto de estar vedada a entrada no mercado a empresas que não as concessionárias, sendo estes contratos celebrados geralmente por períodos relativamente longos. Afigura-se portanto que o único meio de uma empresa aceder ao mercado de exploração de autoestradas seria através da aquisição de uma empresa concessionária.

Ora, é precisamente esta aquisição que a AdC considerou consistir numa operação de concentração, tendo em conta que a BRISA era a concessionária da A1, explorando o trajeto Lisboa / Porto e pretendia adquirir o controlo, ainda que conjunto, da concessão relativa à A8 que faz a exploração do trajeto Lisboa / Leiria, mas que, através da extensão da rede de autoestradas, nomeadamente através da conclusão da Autoestrada Litoral Centro e da SCUT Costa de Prata⁶² faria uma ligação entre Lisboa e Porto que a AdC considerou que entraria em concorrência direta com a A1⁶³.

As notificantes argumentaram que a operação não teria efeitos sobre a concorrência uma vez que a BRISA continuaria vinculada ao contrato de concessão da A8 e que este impunha limites máximos de aumento de preços e parâmetros de qualidade a atingir, sendo a margem de concorrência inexistente. Argumentaram ainda no sentido de se entender que, sendo as concessões adjudicadas em regime de exclusividade, se deveria pressupor que estas não concorrem entre si.

61 Cf. p. 37, fazendo contudo referência à possibilidade de futuramente, se considerar o mercado relevante a nível comunitário.

62 A que a AdC chamou de rede viária futura e considerou como relevante para a operação de concentração.

63 Concorrência demonstrada por estudos da elasticidade cruzada de preços entre as duas vias.

Contudo, não foram estes argumentos colhidos na decisão da AdC. Esta considerou que não poderia a regulação existente “*fazer precluir a aplicação das regras da concorrência e substituir-se a um mercado que funcione em concorrência efetiva, na exata medida em que, por um lado, dentro de cada concessão individualmente considerada, a regulação não regula de forma completa toda a matéria que pretende tratar*”⁶⁴, nomeadamente porque as obrigações contratuais consistiam no preenchimento de conceitos indeterminados e em obrigações genéricas, considerando igualmente que os contratos de concessão não tratavam das relações entre as duas concessões, estando estas, *in casu*, sujeitas ao regime da concorrência.

No que respeita ao tema da exclusividade, a AdC tomou em especial atenção que, apesar de efetivamente se pressupor que as concessões não concorrem entre si, foi o próprio concedente, neste caso o Estado, quem previu no Plano Rodoviário Nacional a existência de dois troços de autoestradas paralelos que, na prática, exercem pressão concorrencial um sobre o outro.

Assim, a AdC considerou que existia possibilidade das duas concessionárias concorrerem entre si, nomeadamente na vertente de preço do serviço e de qualidade. Com efeito, ambos os contratos de concessão previam a possibilidade das concessionárias fazerem as taxas variar consoante a hora do dia, ou adaptar-se a passagens regulares e frequentes de utilizados, existindo portanto margem de manobra na atuação das concessionárias. No cenário pós-operação, em que a BRISA deteria o controlo exclusivo da concessão da A1 e o controlo conjunto da concessão da A8, esta perderia os incentivos a baixar os preços e a melhorar a qualidade do serviço, uma vez que a BRISA conseguiria maximizar o lucro de ambas das concessões, atualizando os preços pelo valor máximo permitido.

Por outro lado, em termos de qualidade⁶⁵, a AdC considerou igualmente existir margem para concorrer, uma vez que está apenas em causa um comportamento voluntário por parte da concessionária no cumprimento das obrigações genéricas impostas pelo contrato⁶⁶. A

64 Cf. p. 44.

65 Que consiste em aspetos como velocidade média de circulação, qualidade do pavimento, número de vias e alargamentos, equipamentos de sinalização, segurança e sinistralidade, serviços e assistência, apoio ao cliente, congestionamento do tráfego, duração dos trabalhos executados nas vias, etc.

66 Frisando a AdC a frequente falta de controlo por parte do concedente Estado.

pressão concorrencial exercida sobre as duas concessionárias, resultaria numa forma de pressão sobre estas para um melhor cumprimento das obrigações impostas pelo contrato de concessão.

No que respeita ao mercado dos concursos públicos para adjudicação da exploração de autoestradas em regime de concessão, a AdC não identificou restrições à concorrência uma vez que, apesar de em resultado da operação de concentração a BRISA poder passar a deter 55% do total de quilómetros de autoestrada concessionados em Portugal, só haveria restrição concorrencial se o domínio do mercado acarretasse uma vantagem da empresa em sede de concurso para a celebração de contratos no futuro. Apesar de em regra se valorar o número de quilómetros explorados em sede de concurso⁶⁷, estes não se referem apenas ao território nacional, incluindo igualmente as concessões no estrangeiro, pelo que não se verificavam indícios de que a BRISA pudesse deter uma posição dominante e dela beneficiar, no mercado.

A AdC decidiu portanto proibir esta operação de concentração, uma vez que esta restringiria a concorrência na exploração dos troços de autoestradas nos trajetos Lisboa / Leiria e Lisboa / Porto.

4.2.1.2 Processo Ccent nº 29/2008 – Mota-Engil / ES Concessões / Ascendi

Neste procedimento a AdC pronunciou-se sobre a operação de concentração de empresas resultante da criação de uma empresa comum (a Ascendi – Concessões de Transportes, SGPS, S.A.) que agregaria as empresas concessionárias de autoestradas detidas pela Mota-Engil Concessões de Transportes, SGPS, S.A. e pela ES Concessões, SGPS, S.A.⁶⁸

Na senda da prática decisória estabelecida no processo anterior (Processo Ccent 22/2005) considerou-se que o mercado geográfico relevante para o mercado da exploração de autoestradas deveria corresponder por referência ao ponto de origem/ponto de destino⁶⁹, constituindo cada percurso um mercado geográfico autónomo.

67 Cf. p. 71.

68 Através da transferência para a empresa comum das empresas AENOR – Auto-estradas do Norte, S.A., LUSOS CUT – Auto-estradas da Costa de Prata, S.A., LUSOCUT – Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, S.A., LUSOS CUT – Auto estradas do Grande Porto, S.A., e LUSOLISBOA – Auto estradas da Grande Lisboa, S.A., passando o Grupo Mota-Engil e o Grupo Banco Espírito Santo a deter o controlo conjunto destas cinco empresas

69 Cf. p.8 podendo este corresponder à área da concessão ou ser mais abrangente.

Contudo, considerou a AdC não existir suscetibilidade de criar ou reforçar uma posição dominante em qualquer dos mercados geográficos identificados, uma vez que os troços concessionados cujo controlo seria transferido para a empresa comum não seriam percursos concorrentes entre si, nem com quaisquer sociedades participadas minoritariamente por qualquer uma das notificantes.

No que respeita ao mercado da adjudicação de contratos de concessão de exploração de autoestradas, decidiu igualmente a AdC que o mercado relevante deveria ter âmbito nacional, embora pudesse futuramente ser alargado ao espaço comunitário. Tal resulta, por um lado, do âmbito da atuação estritamente nacional do concedente e por outro da reduzida frequência de participação de empresas estrangeiras nos concursos lançados pelo Estado português.

Neste mercado concluiu também a AdC que não existiriam restrições à concorrência em virtude da efetivação da operação de concentração, já que, por regra tanto o Grupo Mota-Engil como o Grupo Espírito Santo integravam geralmente o mesmo consórcio concorrente.

Decidiu assim a AdC no sentido da não oposição à realização desta operação de concentração de empresas.

4.2.3 Transportes públicos

4.2.3.1 Processo Ccent nº 79/2007 – Transdev / Outros accionistas pessoas individuais do grupo Joalto (através de NewCo) / JV Sociedade (Empresa Comum)

A operação de concentração analisada neste processo consistia na criação de uma empresa comum (a JV Sociedade), controlada exclusivamente pela Transdev Participações SGPS, S.A., e por onze acionistas detentores da totalidade do capital social da empresa Joalgest – Prestação de Serviços, Gestão e Participações, S.A. e da Joalto – Participações, SGPS, S.A.. Este controlo seria efetivado através da criação de uma sociedade-veículo a NewCo.

Ambas as empresas participantes exerciam atividade na prestação de serviços de transporte rodoviário coletivo de passageiros, tratando-se portanto de uma operação de concentração horizontal, principalmente no que respeita aos transportes regulares urbanos, locais e interurbanos.

No que respeita ao setor dos transportes, o serviço de transportes interurbanos são explorados por livre iniciativa, conta e risco das empresas transportadoras, desde que devidamente habilitadas para o efeito⁷⁰. Relativamente ao serviço de transportes regulares urbanos estes são explorados diretamente pelos municípios ou, em alternativa, por empresas privadas mediante contrato de concessão em regime de exclusividade para a área do município⁷¹.

As carreiras interurbanas por outro lado são exploradas em regime de serviço público e são outorgadas pelo IMTT, mediante pedido da empresa privada. O RTA, dada a sua antiguidade é especialmente restritivo e avesso à concorrência, estabelecendo por um lado a exigência da concessão de novas carreiras aos atuais concessionários⁷² e por outro que só serão outorgadas concessões que resultem em concorrência entre estas ou entre esta e o caminho-de-ferro quando tal for considerado necessário pelas necessidades públicas e pelos objetivos de coordenação dos transportes⁷³. Estabelece ainda um regime de direito de preferência na concessão de novas carreiras, caso o percurso requerido tenha uma extensão comum e a extensão por superior ao total do percurso⁷⁴, sendo de referir igualmente a possibilidade de transferência da concessão da carreira para outra empresa.

Em termos de mercado de produto e geográfico relevante, considerou a AdC a necessidade de estes serem analisados de forma conjunta, mas separadamente quer se trate de transportes urbanos ou transportes interurbanos, dada a diferença de regime de acesso ao mercado.

No que respeita aos transportes ou carreiras urbanas, a AdC considera que tendo em conta que cada empresa apenas pode operar no mercado mediante outorga de um contrato de concessão, contrato este em regime de exclusivo e relativo ao território do município, apenas pode existir concorrência no momento de escolha do cocontratante da administração. A concorrência existiria neste caso não *no* mercado, mas *pelo* mercado⁷⁵.

70 Cf. p. 14.

71 Cf. art.º 98.º RTA.

72 Cf. art.º 88.º.

73 Cf. art.º 89.º.

74 Cf. art.º 112.º.

75 Cf. p. 29.

Por outro lado, dado o regime exposto, na altura do lançamento de um novo concurso para celebração de contrato de concessão de transporte público urbano as concessionárias já existentes estarão em posição de vantagem. Contudo, tendo em conta que as carreiras urbanas detidas pelas duas empresas-mãe não são sobrepostas⁷⁶, considera a AdC não existir risco de eliminação da concorrência neste mercado.

Situação diferente existe no que respeita às carreiras interurbanas. Estas, devido à sua diferente metodologia para acesso ao mercado justificam que se considere cada percurso origem/destino enquanto um mercado relevante autónomo⁷⁷.

A AdC procedeu assim à comparação entre os serviços prestados por cada uma das notificantes, analisando (por comparação com os restantes concorrentes e nos casos aplicáveis com a concorrência que advinha do transporte ferroviário) cada percurso e excluindo aqueles em que mesmo em resultado da concentração as duas empresas não adquiririam posição dominante, uma vez que a presença de outros concorrentes continuaria a representar uma fonte de pressão concorrencial⁷⁸. A AdC conclui ainda assim que em vários dos percursos analisados a concentração resultaria numa restrição da concorrência, já que em muitos casos deixariam de existir dois operadores para passar a existir apenas um.

Em conformidade, e através de proposta das notificantes, decidiu no sentido de não se opor à concentração, impondo contudo vários compromissos de desinvestimento, devendo as notificantes alienar a outros operadores as carreiras onde operavam em sobreposição, mantendo assim a estrutura desses mercados com a existência de dois operadores.

4.2.3.2 Processo Ccent nº 15/2013 – Barraqueiro / MTS

Neste procedimento de controlo estava em causa a operação de concentração em que a Barraqueiro Transporte, S.A. adquiriu o controlo exclusivo da MTS – Metro, Transportes do

76 I.e., não correspondem às mesmas áreas urbanas, não exercendo estas “*pressão concorrencial no momento da apresentação de propostas aos concursos*” uma sobre a outra.

77 No seguimento da metodologia adotada nos processos Ccent 38/2003 – Arriva / TST e 37/2004 – Barraqueiro / Arriva (ATMS), cujas decisões contudo não se encontram disponíveis online para consulta.

78 Cf. p. 40, onde se lê “(...) apenas seria lucrativo para uma empresa ajustar preços e qualidade (tipo de autocarros utilizado, segurança, comodidade, pontualidade), ou reajustar os percursos após a operação de concentração nas suas carreiras se os percursos de sobreposição representam uma proporção significativa das carreiras, no seu total”.

Sul, S.A. Neste caso, enquanto a Barraqueiro desenvolvia a sua atividade na área dos transportes públicos rodoviários pesados de passageiros, a MTS detinha a concessão outorgada pelo Estado Português da rede de metropolitano ligeiro da margem sul do Tejo.

Dado o facto de estatutariamente as deliberações sobre matérias estratégicas da MTS apenas poderem ser aprovadas por unanimidade dos membros do Conselho de Administração ou de quatro quintos dos votos em Assembleia Geral, a Barraqueiro, apesar de passar a deter uma participação social de 55,33 %, iria apenas passar a deter o controlo negativo exclusivo da empresa⁷⁹.

Ao analisar a concentração, a AdC teve presente que o Grupo Barraqueiro possui igualmente uma participação na Fertagus, operadora de transporte ferroviário entre Setúbal e Lisboa, com travessia da ponte 25 de Abril, não considerando existir afetação negativa da concorrência, uma vez que o monopólio adquirido nalgumas rotas (por coincidência de percurso entre o MTS e a Fertagus) decorria de momento prévio à concentração, sendo imputável ao contrato de concessão, não sendo contudo despiciendo o facto de ambas as empresas sofrerem pressão concorrencial do transporte rodoviário, razão pela qual a AdC se pronunciou pela não oposição à concentração.

4.2.4 Setor da eletricidade e do gás

4.2.4.1 Processo Ccent nº 32/2006 – REN / Activos Regulados de Gás Natural

Neste procedimento a AdC analisou a concentração que resultou na aquisição do controlo exclusivo pela REN – Rede Elétrica Nacional, S.A., de ativos regulados de gás natural na altura detidos pela Galp Energia, SGPS, S.A. A REN enquanto concessionária exclusiva, em regime de serviço público, da exploração e desenvolvimento da rede nacional de transporte de energia elétrica em muito alta tensão, exercia à altura as funções, transitoriamente, de comprador único de eletricidade aos produtores vinculados ao Sistema Elétrico de Serviço Público. Esta concentração respeita pois ao setor do gás natural, um setor

79 Que corresponde apenas a um poder de veto, não podendo impor decisões.

fortemente regulado e detalhado, tanto nas Bases das Concessões⁸⁰, como no próprio Contrato de Concessão e ainda por vários diplomas legislativos.

Considerou a AdC que tal implicaria uma série de restrições e obrigações para a concessionária, nomeadamente a segurança, regularidade e qualidade do abastecimento, a garantia de ligação aos clientes, de proteção dos consumidores quanto a tarifas e preços, a proteção do ambiente, a igualdade e não discriminação dos clientes, bem como a obrigação de manutenção de uma reserva estratégia de gás. De referir, a título de exemplo, a sujeição da REN ao Regulamento da Qualidade de Serviço da ERSE⁸¹, que a vincula a algumas destas obrigações.

Na sua análise, a AdC definiu como mercados relevantes o mercado do transporte de gás natural em alta pressão, o mercado do armazenamento subterrâneo de gás natural e o mercado da receção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito (GNL), considerando como mercado geográfico o nacional⁸². Considerou ainda como relacionado o mercado de produção de eletricidade, uma vez que as centrais termo-elétricas que utilizem gás natural estão dependentes do transporte do mesmo.

A AdC teve em especial atenção o movimento de liberalização do mercado do gás natural em Portugal para os produtores de energia elétrica, em antecipação da liberalização do mercado da eletricidade⁸³. Na análise jusconcorrencial dos efeitos verticais da concentração na relação entre os produtores de eletricidade a partir de gás natural e o seu transporte⁸⁴, considerou a AdC que apenas haveriam preocupações concorrenciais caso o modelo de regulação tarifária da atividade se baseasse no modelo de regulação de preços máximos. Por oposição a este modelo, o modelo utilizado *in casu* seria o modelo de regulação baseado em custos aceites, no qual se estabelece um teto máximo de remuneração dos ativos, afetos à

80 À data o Decreto-lei n° 274-C/93, de 4 de Agosto definia as bases da concessão de serviço público de importação de gás natural e do seu transporte e fornecimento através da rede de alta pressão.

81 Cf. p. 22.

82 Apesar de considerar que no mercado de receção, armazenamento e regaseificação de GNL poderia existir substituíbilidade na utilização de terminais espanhóis.

83 Cf. p. 32.

84 Podendo a REN, sendo concessionária do transporte, ter incentivo em discriminar os restantes produtores face aos produtores de eletricidade a partir de centrais a gás natural.

atividade de transporte, em que a remuneração dependerá da taxa de rentabilidade permitida e não das quantidades transportadas⁸⁵. Este modelo anularia assim os incentivos à concessionária da Rede Nacional de Transporte, a REN de promover comportamentos discriminatórios neste mercado⁸⁶.

A AdC decidiu assim não se opor à concentração analisada, tendo em conta a forte regulação setorial que serviria como garantia da proteção dos consumidores e dos concorrentes no mercado, tomando em especial consideração as justificações que consideravam esta operação especialmente relevante no âmbito do movimento de liberalização dos mercados do gás natural e da eletricidade.

4.2.4.2 Processo Ccent nº 77/2007 – Portgás / Activos Regulados de Gás Natural

Neste procedimento a AdC analisou a concentração resultante da aquisição pela Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A. de um conjunto de ativos regulados de gás natural detidos pela Galp Gás Natural, S.A.

A Portgás exercia as funções de concessionária, em regime de serviço público e em exclusivo, da distribuição de gás natural no litoral norte do país, tendo adquirido, por imposição legislativa⁸⁷, a propriedade das infraestruturas de distribuição de gás natural. Segundo a legislação aplicável, num momento anterior à liberalização do setor do gás natural, a distribuidora nacional deveria partilhar as infraestruturas com as distribuidoras regionais, sendo tal decorrente de uma partição do mercado decorrente dos regimes de exclusividade e não concorrência que decorriam das concessões. Em substituição deste sistema, existiria um regime de acesso às redes de distribuição, a ser definido pela ERSE, estando a distribuidora

85 Cf. p. 33.

86 Sem embargo da AdC considerar ainda assim que seria difícil à REN, mesmo com um modelo de regulação de preços máximos, ter comportamentos anticoncorrenciais uma vez que as centrais hidrelétricas, representando 43% da capacidade de geração, têm vantagens técnicas e de custo que seria difícil esta ter vantagens em discriminar estas negativamente.

87 A operação estava prevista no art.º 65º, nº 6 do DL nº 140/2006 de 26 de Julho, o qual estipulava que os gasodutos de Média Pressão afetos à concessão da Galp Gás Natural deveriam ser alienados à concessionária de distribuição regional.

(neste caso a Portgás) obrigada legalmente⁸⁸ a permitir o acesso de terceiros de forma não discriminatória e transparente, assegurando a não discriminação entre os utilizadores da rede, estando este direito expressamente consagrado.

O mercado geográfico relevante considerado foi o correspondente à região litoral norte, coincidente com a área objeto do Contrato de Concessão sendo o mercado de produto o mercado da distribuição de gás natural em média e baixa pressão na região norte litoral de Portugal.

A AdC decidiu não se opor à concentração, por três ordens de razões. A primeira razão teve em conta o monopólio legal e de serviço público que a concessão e a lei atribui à Portgás para gerir as infraestruturas de distribuição de gás na área compreendida no contrato de concessão. Por outro lado a AdC teve igualmente em consideração que a concentração tinha como objeto apenas a transferência de infraestruturas físicas, não sendo estas acompanhadas da carteira de clientes que delas beneficiava, tendo por último considerado que esta operação se enquadrava no âmbito de uma reestruturação do setor energético nacional, razões pelas quais considerou a operação como não implicando efeitos negativos para a concorrência.

4.2.4.3 Processo Ccent n° 18/2008 – EDP / Portgás

Nesta operação estava em causa uma alteração do controlo da Portgás pela EDP Gás, SGPS, S.A., passando a EDP a deter o controlo exclusivo sobre a Portgás⁸⁹, resultante da cessação de efeitos de um acordo⁹⁰. A AdC, seguindo a sua prática de outras decisões, entende que o termo “Acordo” deveria ser interpretado em sentido lato, representando quer um acordo de vontades entre as partes envolvidas que concretize uma operação de concentração, como qualquer facto constitutivo de uma alteração da estrutura de controlo de uma empresa⁹¹.

88 Cf. Art.º 21.º e 33.º do DL 140/2006 de 26 de Julho.

89 Quando anteriormente esta era controlada conjuntamente pela EDP, pela GDF Internacional – Groupe Gaz de France e pela SES – Suez Energie Services.

90 Sobre o qual, por questões de confidencialidade não são avançadas informações concretas na versão pública da decisão.

91 Cf. p. 4.

Como mercados relevantes estavam em causa mais uma vez a região litoral norte de Portugal Continental, na área correspondente à concessão detida pela Portgás, bem como os mercados do fornecimento grossista de gás natural aos Comercializadores de Último Recurso Retailistas no mercado nacional e de fornecimento retalhista de gás natural a pequenos clientes na área da concessão.

Uma vez mais a AdC teve em consideração que a atividade de distribuição de gás natural constituía uma atividade sujeita a monopólio legal e de serviço público e que tanto as atividades de fornecimento grossista e retalhista eram atividades reguladas administrativamente pela ERSE, *“e não sujeitas, pelo menos num curto prazo, a um grau significativo de concorrência”*⁹², não entendendo em conformidade que da concentração relevaria um impacto significativo nas estruturas concorrenciais dos mercados.

4.2.4.4 Processo Ccent nº 62/2010 – REN / Gasoduto CMLSB e Gasoduto BT

No presente procedimento estava em causa a alteração de estrutura de controlo das sociedades Gasoduto Campo Maior – Leiria – Braga, S.A. e Gasoduto Braga – Tuy, S.A., que deixariam de ser controladas conjuntamente pela REN Gasodutos, S.A. e pela Enagás, S.A., para passarem a ser controlados exclusivamente pela REN.

De referir igualmente que a REN Gasodutos, sociedade pertencente ao Grupo REN agia na qualidade de concessionária em regime de serviço público e de exclusivo da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural, a qual explorava e geria. As sociedades adquiridas por sua vez procediam à atividade de transporte de gás natural de alta pressão, em regime de exclusivo da utilização e operação do transporte de gás natural nos gasodutos explorados.

A AdC entendeu que em termos de mercados geográficos relevantes estes deveriam corresponder ao âmbito geográfico das respetivas concessões.

Entendeu igualmente a AdC, no seguimento de outras decisões tomadas, que *“existe um contexto legal e regulamentar específico à atividade em causa, sendo a REN Gasodutos a concessionária exclusiva da RNTGN, cuja atuação se encontra sujeita a obrigações de serviço público e de não-discriminação entre os utilizadores da rede, para além de as tarifas*

92 Cf. p. 12.

a aplicar pela REN Gasodutos serem estabelecidas pela ERSE, por referência ao valor global dos custos aceites.”⁹³.

Tendo em conta o circunstancialismo da operação e as suas vinculações legais, a AdC entendeu não existirem riscos concorrenciais que obstassem à concretização da mesma.

4.2.5 Setor portuário

4.2.5.1 Processo Ccent nº 31/2007 – MEAS / Multiterminal

Relativamente ao setor portuário a AdC tomou em 2007 a decisão de não oposição à operação de concentração em que a Mota-Engil Ambiente e Serviços, S.A. adquiriu o controlo exclusivo da Multiterminal – Sociedade de Estiva e Tráfego, S.A. A MEAS detinha participações em várias áreas como sejam a dos resíduos sólidos, concessão de águas e saneamento, gestão e manutenção de edifícios e espaços verdes, reciclagem, bem como a exploração de terminais de movimentação portuária, tratando-se de uma sub-holding do Grupo Mota-Engil.

A AdC identificou os mercados relevantes nesta operação de concentração como sendo os mercados da prestação de serviços de movimentação portuária de carga contentorizadas, o mercado da prestação de serviços de movimentação portuária de carga geral fracionada e o mercado da prestação de serviços de movimentação portuária de carga *roll-on/roll-off*. Teve neste âmbito especial atenção à *“exigência de meios técnicos e de infraestruturas distintos para a movimentação dos diferentes tipos de cargas portuárias; a crescente especialização dos terminais por tipo de carga a movimentar; e o facto de se tratar de serviços prestados em regime de serviço público – mediante um contrato de concessão, no qual são definidos os tipos de cargas que a concessionária se encontra autorizada a movimentar”⁹⁴*, determinando tais restrições que um terminal apenas possa concorrer com um outro terminal autorizado a movimentar o mesmo tipo de carga.

Com efeito, a movimentação portuária de cargas é uma atividade que apenas pode ser acedida mediante celebração de um contrato de concessão, que confere um monopólio legal à concessionária para um dado mercado geográfico, sob jurisdição de uma determinada autoridade portuária, fixando o concedente os preços máximos a praticar pelo concessionário.

93 Cf. p. 7.

94 Cf. p. 9.

A AdC considerou não existirem efeitos restritivos da concorrência decorrentes da presente concentração, uma vez que a notificante e a adquirida não atuavam nos mesmos mercados, passando apenas a notificante a assumir a quota de mercado já possuída pela adquirida em dois desses mercados e a assumir o controlo exclusivo de uma outra empresa, anteriormente detida conjuntamente pela notificante e pela adquirida.

4.2.5.2 Processo Ccent nº 78/2007 – GALP / TGLS

Neste processo já referido *supra*, a AdC analisou igualmente a importante questão das limitações impostas pelo contrato de concessão⁹⁵. Neste âmbito tomou em consideração que a concessionária desempenha as suas funções em regime de serviço público, que se projeta em três aspetos: na obrigação de conceder acesso, na determinação do preço e na qualidade dos serviços prestados.

Em relação à obrigação de acesso, é prerrogativa do concedente estabelecer as ligações ao terminal para novas empresas, estando a concessionária obrigada a conceder esse acesso. Por outro lado, e relativamente aos preços praticados, existe uma obrigação de não discriminação na determinação do preço a cobrar aos utilizadores do terminal. Não existe igualmente uma vantagem para a concessionária em praticar preços mais baixos para as empresas do seu grupo, uma vez que pelo facto dos preços serem determinados num regime de preços máximos, não poderia desta forma aumentar os preços aos concorrentes de forma a compensar o lucro perdido pela discriminação tarifária. Por último em termos de qualidade do serviço, apesar desta matéria ser tratada tanto na legislação aplicável⁹⁶, como no próprio contrato, repara a AdC que *“não pode a regulação existente fazer precluir a aplicação das regras da concorrência e substituir-se a um mercado que funcione em concorrência efectiva, na exacta medida em que, por um lado, a regulação não regula de forma completa toda a matéria que pretende tratar (recorrendo muitas vezes a critérios indeterminados e obrigações genéricas que carecem de ser preenchidas, interpretadas e integradas pelo concessionário e concedente nas suas relações)”*. Por outro lado, argumenta a AdC, a concorrência, não

95 Cf. p. 39.

96 Bases Gerais das concessões do serviço público de movimentação de cargas portuárias – DL nº 324/94, de 30 de Dezembro.

fazendo parte dos “interesses gerais do porto de Sines”, não terá sido preocupação deste no momento de “desenho” do contrato de concessão⁹⁷.

Nos efeitos analisados a AdC identificou a criação de uma posição dominante em termos horizontais⁹⁸, contudo relevou como importantes as limitações resultantes do contrato de concessão de serviço público, bem como os poderes de fiscalização e sancionatório do concedente, tendo em consideração igualmente o desenvolvimento futuro de um terminal de granéis líquidos no Porto de Aveiro. Em relação a efeitos verticais, i.e., na cadeia de produção, a AdC considerou, como já referido, inexistirem riscos para a concorrência, uma vez que não seria possível à concessionária recusar o acesso ao terminal a concorrentes das empresas do seu grupo.

4.3 Conclusões preliminares

4.3.1 A definição dos mercados relevantes

No que concerne à delimitação dos mercados relevantes para efeitos do controlo de operações de concentração, a AdC tem entendimentos bastantes díspares consoante o setor de atividade. Assim, no setor das concessões rodoviárias a AdC entende que o mercado relevante se deve aferir mediante a definição de troços que ligam um mesmo ponto de origem e um outro de destino. Desta forma, o mercado geográfico não corresponderá à área da concessão sempre que exista uma outra concessão rodoviária que entre em concorrência com a primeira em relação a um mesmo percurso com igual ponto de origem e de destino. Ao invés, noutros setores, como o da eletricidade, a AdC faz corresponder o mercado relevante com a área da concessão.

4.3.2 Os modelos de fixação de preços

Existem essencialmente dois modelos de preços nos contratos de concessão analisados pela AdC. Um modelo de estipulação de preços máximos permitidos pelo contrato de concessão e um modelo de remuneração baseada em custos aceites.

97 Sendo inclusive de enorme dificuldade que a APS tivesse a concorrência em consideração, uma vez que o mercado, nomeadamente o mercado de movimentação portuária de granéis líquidos, identificado pela AdC, tinha uma extensão geográfica que ia muito para além do porto de Sines.

98 Os referidos efeitos horizontais prendem-se com a existência de outros terminais de granéis líquidos operados pelo Grupo Galp, Setúbal, Lisboa, Aveiro e Leixões.

O primeiro modelo funciona através da definição no contrato de um teto máximo que limita as tarifas a cobrar pela concessionária aos utilizadores. Por outro lado, o modelo de regulação por custos aceites, estabelece os preços praticados em função dos custos de serviço, fixando o preço em função dos resultados⁹⁹.

A AdC parece mais facilmente admitir a inexistência de preocupações concorrenciais quando esteja em causa o segundo modelo de fixação de preços e, ou invés, quando o contrato de concessão se limita a estabelecer preços máximos, a AdC insiste bastante na possibilidade de descida de preços como forma de promover a concorrência entre concessões concorrentes, bem como frisando a possibilidade de concorrência através da qualidade do serviço.

4.3.3 A relação com a regulação setorial

A AdC tem uma especial atenção às áreas alvo de regulação setorial, como sejam o setor da eletricidade ou do gás. Com efeito estas áreas possuem exaustiva regulação que garante maior estabilidade de preços e proteção dos consumidores, diminuindo a necessidade de intervenção da AdC. Por outro lado, estes setores são alvo de uma forte regulação por estarem numa fase de *market building*, i.e., por estarmos perante setores onde, tradicionalmente, existia um monopólio público que está a ser desmantelado para dar lugar a um mercado concorrencial.

⁹⁹Segundo a ERSE: “A regulação económica adoptada para a actividade de Gestão Global do Sistema da entidade concessionária da RNT é baseada em custos aceites, em base anual, com a aplicação de uma taxa de remuneração ao valor líquido contabilístico dos activos fixos médios afectos a cada actividade. Os custos aceites englobam custos operacionais, custos com contratos de interruptibilidade e custos excepcionais com serviços de sistema contratados de forma bilateral. Na actividade de Transporte de Energia Eléctrica são aceites custos operacionais e custos com capital (custos relativos à remuneração da base de activos aceite e às respectivas amortizações). Para o efeito são definidas metas de eficiência para o período de regulação aplicáveis aos custos operacionais base e valores de referência para os custos incrementais de manutenção aplicáveis aos novos investimentos. Adicionalmente, os custos com capital para os novos investimentos são determinados com base em valores de referência. São considerados igualmente, incentivos à manutenção em exploração do equipamento em fim de vida útil, conforme definido em sub-regulamentação. Prevêem-se também mecanismos de ajustamento anuais do nível de proveitos permitidos em cada actividade que têm em conta variações da procura de energia eléctrica e dos custos operacionais, entre os valores previstos e os posteriormente verificados.”, informação acessível em: www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/tarifario/Paginas/Proveitospermitidos

Neste sentido as competências das entidades reguladoras setoriais sobrepor-se-ão às da AdC, reduzindo-se as preocupações concorrenciais que devem ser tidas em conta por esta última. Tal justifica a especial articulação que a AdC enceta com as entidades reguladoras setoriais, havendo mesmo situações em que o parecer a emitir por estas entidades é vinculativo para a decisão a tomar pela AdC.

4.3.4 O mercado dos concursos públicos

Em várias decisões a AdC refere a existência de um “mercado dos concursos públicos” correspondendo este a um mercado autónomo onde são tidos em linha de conta os procedimentos pré-contratuais de adjudicação de contratos referentes a um dado setor de atividade,

Nestes casos a AdC analisa se existem vantagens para uma empresa pelo facto de esta ter apresentado a proposta vencedora em outros procedimentos, tendo adjudicado o contrato. A título de exemplo, esta hipótese é referida no setor das concessões rodoviárias, uma vez que um maior número de quilómetros de autoestrada concessionados é valorizado positivamente aquando a avaliação das propostas em vários concursos de concessão de autoestrada. Assim sendo, uma empresa que detivesse posição dominante no mercado¹⁰⁰, teria vantagem na adjudicação de novos contratos face a outros concorrentes.

Apesar de nos parecer válida esta preocupação, a AdC acaba ela própria por desvalorizá-la, referindo que não existirá vantagem para uma empresa que detenha um maior número quilómetros concessionados, uma vez que estes não se referem apenas ao território nacional, sendo valorizadas de igual modo as concessões no estrangeiro¹⁰¹.

4.3.5 O exclusivo e a intervenção do Estado

O Estado intervém frequentemente no âmbito das concessões, inadvertidamente afetando os seus limites. A AdC num estrito cumprimento da legalidade parece atender às opções do legislador nesta matéria. No caso das concessões rodoviárias, utiliza o argumento de peso da construção de vias concorrentes estarem previstas em planos nacionais

100 Tipicamente correspondendo a uma empresa que detivesse uma maioria das concessões outorgadas.

101 Aqui a AdC parece quebrar a sua linha eminentemente pragmática, uma vez que ela própria admite em várias decisões a necessidade de restringir o mercado ao mercado nacional uma vez que tipicamente serão em grande número os concorrentes estrangeiros a concessões outorgadas pelo Estado Português.

rodoviários. Noutros casos, como os transportes públicos rodoviários, cuja regulação é arcaica e avessa à concorrência, ou o setor da eletricidade e do gás onde existem vários monopólios legais, a AdC aceita igualmente estes factos como um dado adquirido, fechando o setor à concorrência.

Esta duplicidade de critérios, sujeita à vontade do legislador a existência ou não de concorrência nos vários setores de atividade. Por outro lado, o regime do exclusivo, previsto para as concessões no art.º 415º, alínea a), parece estar paulatinamente a ser posto em causa. O exclusivo é tradicionalmente atribuído como contrapartida pela transferência do risco para o concessionário¹⁰², atribuindo da mesma forma uma “garantia de mercado”¹⁰³ que lhe permitirá recuperar o seu investimento. Por outras palavras, o exclusivo é uma exclusão expressa de qualquer concorrência, garantida pelo próprio Estado e igualmente obrigando o Estado a abster-se de praticar quaisquer atos que prejudiquem o direito do concessionário.

O exclusivo, por sua vez, pode ser de dois tipos distintos¹⁰⁴, um mais amplo e outro mais reduzido. O direito de exclusivo de grau amplo está associado a contratos de concessão parciários, em que o concessionário assume maiores riscos e a sua remuneração está dependente dos utilizadores do serviço ou bem explorado. Nestes casos o exclusivo consiste num verdadeiro monopólio territorial, excluindo qualquer concorrência. Por outro lado, o direito de exclusivo de grau mais reduzido surge associado a contratos de concessão comutativos, nos quais as prestações das partes estão correlacionadas, i.e., a relação é simétrica, correspondendo aos contratos em que a remuneração do concessionário é paga pelo próprio concedente, e nos quais a necessidade de uma exclusão total da concorrência não se verifica.

Ainda assim, no caso que ora nos ocupa parece contudo a AdC admitir a existência de concorrência entre concessões em que estas disputam utilizadores / clientes com riscos

102 Cf. TORGAL, Lino e João de Oliveira Galdes, “*Concessões de atividade pública e direito de exclusivo*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Coimbra, 2012, p. 556.

103 MELLO, Celso Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 28.º Ed., S. Paulo, Malheiros, 2011, p. 741, *apud* TORGAL, Lino e João de Oliveira Galdes, *op. Cit.*, p. 556.

104 Seguimos neste aspeto a tese de TORGAL, Lino e João de Oliveira Galdes, *op. Cit.*, p. 561.

equivalentes aos do mercado privado¹⁰⁵. Esta questão não levantará problemas interpretativos já que, regra geral estas derrogações à vedação da concorrência serão estabelecidas por ato legislativo e, portanto, por ato normativo de igual valor ao CCP, podendo derrogar casuisticamente a aplicação desta norma¹⁰⁶. Ainda assim não deixa de ser curiosa a ideia de que o exclusivo enquanto elemento determinante dos contratos de concessão pode começar a ser posto em causa.

V A articulação entre o regime pré-contratual de escolha do concessionário e o procedimento de controlo de operações de concentração

5.1 A interseção de dois procedimentos: problemas criados pela Lei nº 19/2012, de 8 de Maio

Ainda que com âmbitos de aplicação tradicionalmente distintos, tanto os procedimentos adjudicatórios como os procedimentos da AdC têm, em certa medida, como finalidade, a proteção da concorrência. Contudo, esta proteção da concorrência, como já referido, é entendida de forma diversa pelos dois conjuntos de regras, motivo pelo qual diríamos que as regras pré-contratuais teriam a concorrência como um objetivo meramente mediato, enquanto o controlo de operações de concentração de empresas terá a concorrência como objetivo imediato, central nas suas “preocupações concorrenciais”. Tal implica igualmente que a construção dos dois procedimentos foi alheia à possibilidade de intersecção dos mesmos, já que teoricamente se aplicariam a situações distintas.

Destarte, a previsão nos nºs. 2 e 3 do art.º 37.º da LdC da aplicação do procedimento de controlo de operações de concentração de empresas quando a operação de concentração resulte da celebração de um contrato público não introduz, na prática, qualquer inovação, limitando-se a consagrar a prática decisória da AdC.

Introduz, contudo, importantes questões de compatibilização dos dois procedimentos, radicadas na imprecisão terminológica das normas, que não poderá deixar de ser criticada.

105 Ainda que sem muitas das liberdades que possuiriam a título privado. As concessionárias possuem limitações que as empresas privadas não enfrentam, como seja a falta de liberdade contratual, já que existem obrigações de acesso que limitam às concessionárias a possibilidade de vedar a prestação dos seus serviços aos seus concorrentes diretos.

106 Poderia contudo, na nossa opinião, dar lugar a pedido de reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

A parte final do n.º 2, relativa ao momento em que é obrigatória a notificação, refere que esta deve ser efetuada “após a adjudicação definitiva e antes de realizada”. Ora, salvo melhor opinião, o conceito de “adjudicação definitiva” é totalmente inexistente na legislação portuguesa, persistindo a dúvida acerca do momento adequado para proceder à notificação da operação.

Por outro lado, prevê o n.º 3 do mesmo preceito, que a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento, a articulação deste (procedimento pré-contratual) com o procedimento de controlo de operações de concentração.

Ora, a atribuição da competência às Entidades Adjudicantes para, casuisticamente, regularem a articulação entre os dois procedimentos é igualmente de criticar, por duas ordens de razões. A primeira prende-se com a indefinição, uma vez que, em regra, ao lançar o procedimento não são ainda conhecidas as empresas que apresentarão propostas, não sendo certo que exista necessidade de sujeitar o contrato ao controlo de operações de concentração. Nesse sentido a única interpretação que dá sentido útil ao preceito será a de considerar que as entidades adjudicantes devem prever esta situação em todos os procedimentos que lancem que possam resultar numa operação de concentração, sendo igualmente verdade que não é totalmente claro para a doutrina quais os tipos contratuais suscetíveis de criar situações de concentração de empresas. Tratando-se pois de uma obrigação genérica e que deve ser respeitada ainda antes de conhecido o resultado do procedimento, mais estranheza gera que o legislador não tenha regulado a situação de forma geral e abstrata, deixando-o ao critério das Entidades Adjudicantes.

A segunda crítica prende-se com a competência, uma vez que não serão as Entidades Adjudicantes os agentes administrativos mais capacitados a avaliar os riscos concorrenciais dos contratos que celebram. A própria opção de prever a regulação desta questão num regulamento administrativo – o programa do procedimento – é de criticar.

5.2 Os resultados do controlo da operação de concentração e o seu impacto no procedimento pré-contratual

O principal problema da interseção entre os procedimentos pré-contratuais, mormente o concurso público, e o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas prende-se contudo com a decisão final proferida neste último. Efetivamente, o resultado de ambos os procedimentos pode não coincidir, isto é, a Entidade Adjudicante pode escolher

como concessionária uma empresa, tendo esta a melhor proposta, e a AdC recusar essa proposta, proibindo a concentração de empresas.

Esta situação demonstra cabalmente o diferente entendimento que estes dois ramos de direito têm sobre a concorrência. Nos procedimentos pré-contratuais esta é instrumental, meramente procedimental, tendo a Entidade Adjudicante outras preocupações que apenas as concorrenciais. Por outro lado, no direito da concorrência ela é central e determinante na decisão a tomar.

Assim, enquanto uma decisão de não oposição não levanta quaisquer dúvidas, dando a AdC o seu aval à celebração do contrato, o mesmo já não será verdade no caso de serem proferidas decisões de não oposição com obrigações ou de proibição.

5.2.1 A decisão de proibição da concentração

A decisão de proibição da operação de concentração proferida pela AdC terá como efeito a impossibilidade de celebração de qualquer contrato, devendo o procedimento pré-contratual chegar ao fim. De outra forma não poderia ser uma vez que o art.º 53.º, n.º 4 da LdC estabelece como sanção para os contratos celebrados à revelia de uma decisão de proibição, a nulidade. Trata-se de um novo fundamento de nulidade do contrato administrativo, não previsto no art.º 284.º do CCP. Estamos igualmente neste caso perante uma nova causa lícita de não outorga do contrato¹⁰⁷.

A decisão de oposição é impugnável judicialmente junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, seguindo tramitação da ação administrativa especial do CPTA¹⁰⁸. Para além da via judicial não existe qualquer outra forma de superar a proibição da concentração. Estamos portanto perante uma situação em que um privado que viu ser-lhe adjudicado um contrato vê a sua pretensão posteriormente negada pela AdC, restando pois a dúvida se existirão expectativas tuteláveis da parte do adjudicatário.

107 Seguindo a divisão feita por ESTORNINHO, Maria João no artigo “*Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...*” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, julho/agosto de 2011, entre causa lícitas de não adjudicação, causas lícitas de não outorga do contrato e causas lícitas de revogação do próprio contrato.

108 Cf. Arts.º 91.º e 92.º da LdC.

Tratando-se de uma causa lícita de não outorga do contrato, deveremos então recorrer ao preceituado no art.º 105.º, n.º 3 que prevê a indemnização de “ (...) todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação da caução”, quando, por motivo imputável à entidade adjudicante, o contrário não lhe seja outorgado. Apesar de nesta fase avançada do procedimento ser justificável uma maior proteção das expectativas do concorrente¹⁰⁹, em todo o caso sempre se dirá que a não outorga do contrato não poderá ser imputada à entidade adjudicante, não havendo pois lugar a qualquer compensação pelos prejuízos sofridos.

Tal parece ilustrar bem o entendimento dos procedimentos pré-contratuais como um mercado autónomo, não totalmente isentos dos riscos inerentes a qualquer outro mercado. Efetivamente, nas relações entre privados a mesma situação poderá verificar-se, sem que com isso seja possível assacar responsabilidades a qualquer das partes, devendo a possível decisão de oposição da AdC ser encarada como um normal risco de mercado.

5.2.2 A decisão de não oposição com obrigações: a possibilidade de violação das regras do concurso

Por outro lado, a decisão proferida pode ir no sentido da não oposição, mas com imposição de condições ou obrigações, situação que potencialmente criará mais problemas¹¹⁰, já que estas condições ou obrigações podem conflitar diretamente com a proposta apresentada pelo concorrente ou com o próprio contrato.

5.3 Proposta de solução: o recurso aos novos institutos do procedimento administrativo

O projeto de revisão do CPA apresenta, no nosso entender, inovações cuja aplicação à interseção entre o procedimento de concurso público e o procedimento de controlo das operações de concentração de empresas deve ser ponderada, nomeadamente a instituição de uma conferência procedimental.

5.3.1 Fundamentos teóricos da conferência procedimental

109 Cf. ESTORNINHO, Maria João, “*Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...*” in *Cadernos de justiça administrativa*, nº 88, julho/agosto de 2011, p. 40

110 No mesmo sentido *vide* COSTA GONÇALVES, Pedro, “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*”, *op. cit.*, p. 501.

A conferência procedimental é um instrumento de simplificação administrativa¹¹¹, que, modernizando a tomada de decisões pela Administração Pública, visa conferir maior celeridade e coerência ao processo decisório. Tendencialmente será aplicada no âmbito dos chamados procedimento complexos, por referência à prolixidade de interesses públicos¹¹², heterogêneos entre si, quando não mesmo conflitantes, e em que duas ou mais entidades administrativas intervirão.

No que respeita à natureza jurídica da conferência procedimental, cabe apenas referir o debate na doutrina entre a tese da qualificação como uma mera junção de procedimentos ou a tese do acordo entre os vários participantes. Parece contudo mais acertada, face ao regime delineado na reforma do CPA, a qualificação da conferência procedimental como um verdadeiro *tertium genus* de administração por conferência¹¹³.

5.3.2 A conferência procedimental na reforma do CPA

O art.º 37.º do projeto de reforma do CPA, estatui que a conferência procedimental se destina “ao exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública”, podendo esta dirigir-se à tomada de uma só decisão ou várias decisões conjugadas. Este normativo estabelece ainda duas modalidades de conferência procedimental, a conferência deliberativa e a conferência de coordenação. Enquanto a conferência deliberativa¹¹⁴ se destina ao exercício conjunto das competências de decisão através de um ato administrativo de conteúdo complexo, que substitui os atos administrativos correspondentes, a conferência de coordenação¹¹⁵ reporta-se ao exercício individual, porém simultâneo das competências de vários órgãos.

A instituição de uma conferência procedimental está dependente da previsão em ato legislativo, regulamentar ou contrato inter-administrativo¹¹⁶, devendo esta ser convocada para

111 Cf. PORTOCARRERO, Marta, *op. cit.*, p. 20.

112 Cf. PORTOCARRERO, Marta, *op. Cit.*, pp. 43 e 44.

113 No seguimento do entendimento de PORTOCARRERO, Marta *op. cit.*, p. 20, na esteira da doutrina italiana. Vide também FORTE, Pierpaolo, La conferenza di servizi, *apud* PORTOCARRERO, Marta, *op. cit.*, p. 140.

114 Cf. art.º 37.º, n.º 3, al. a), do projeto de reforma do CPA.

115 Cf. art.º 37.º, n.º 3 al. b).

116 Cf. art.º 78.º, n.º 1.

cada situação concreta, mediante decisão do órgão competente para a convocação previsto no ato instituidor, ou a requerimento de algum interessado.

O direito de audiência prévia será exercido oralmente, na própria conferência, chegando a conferência a seu fim com a prática do ato ou atos que vise preparar, ou com o termo do prazo de sessenta dias estabelecido no art.º 81º, n.º 1.

5.3.3 A instituição de uma conferência procedimental no controlo de operações de concentração de empresas feitas no âmbito de um concurso público

Do exposto relativamente aos procedimentos pré-contratuais e ao procedimento de controlo de operações de concentração resulta clara a existência de interesses públicos conflitantes. Se, por um lado, temos o interesse público de escolha da melhor proposta, com ganhos de eficiência e economia, nos procedimentos concorrenciais de escolha do adjudicatário, por outro lado, será igualmente necessário ponderar o interesse público de manutenção do ambiente concorrencial nos mercados, evitando a criação de posições dominantes das quais resultem distorções da concorrência, com prejuízos para as empresas e para os consumidores. Como referido, estes interesses serão conflitantes sempre que a melhor proposta escolhida corresponda a uma proposta que resulta numa operações de concentração de empresas que afete a concorrência no mercado.

A instituição de uma conferência procedimental nestes casos resultaria numa concertação de posições das entidades adjudicantes com a AdC que levaria à escolha da proposta que, não só garantisse a manutenção da concorrência no mercado, como tivesse também em conta os interesses da entidade adjudicante.

O art.º 78.º, n.º1, possibilita que a instituição da conferência procedimental seja feita através de regulamento, devendo o ato que a institui determinar qual o órgão competente para convocar e presidir à conferência. Ora, tendo em conta que o art.º 37.º, n.º 3 da LdC atribui expressamente à entidade adjudicante a competência para regular a forma de articulação entre os dois procedimentos, mormente através do programa do procedimento, que, como referido, tem natureza regulamentar, nada obsta a que esta articulação entre os procedimentos seja feita pela instituição de uma conferência procedimental¹¹⁷.

117 O n.º 2 do art.º 78.º parece sugerir que, no âmbito da administração direta e indireta do Estado, a conferência procedimental deverá ser instituída através de portaria ministerial. Contudo o preceito utiliza a expressão “pode”, pelo que não haverá dúvida que se trata de uma mera faculdade e não de uma injunção.

Relativamente ao momento em que a conferência deve ser realizada, o mais indicado será talvez durante a fase de negociação das propostas¹¹⁸. Contudo, o n.º 2 do art.º 37.º da LdC, apesar das críticas já tecidas, refere que a notificação deverá ser feita após a adjudicação. No entanto este preceito reporta-se apenas ao momento em que a notificação se torna obrigatória. Efetivamente, nada obsta a que a notificação seja feita em momento anterior, nomeadamente na fase de negociação das propostas, imediatamente antes da adjudicação do contrato, e, pelo contrário, a própria LdC prevê nos n.ºs 4 e 5 do art.º 37.º a faculdade das empresas notificantes procederem à notificação voluntária antes de esta se torna juridicamente necessária.

Desta forma, ao incluir-se a AdC e a sua avaliação concorrencial numa fase destinada à negociação de propostas, reduz-se as possibilidades de uma proibição da concentração, bem como da necessidade de repetir o procedimento concursal. Acresce igualmente que a fase de negociação de propostas pode incluir igualmente outros concorrentes, cujas propostas eventualmente se revelem mais adequadas aos interesses em conflito, da mesma forma que, existindo a possibilidade de negociar aspetos da execução do contrato, com maior facilidade se conseguirá compatibilizar a imposição de eventuais condições ou obrigações com os termos do contrato.

VI Conclusões

A presente dissertação teve como propósito analisar em várias das suas vertentes a relação entre os contratos de concessão e o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas. Se num momento inicial nos levantou dúvidas a necessidade de estabelecer e estudar esta relação, enquadrada num movimento mais amplo de aproximação entre o direito administrativo, particularmente o direito da contratação pública, e o direito da concorrência, parece todavia indiscutível a sua existência e a premência do seu estudo.

Neste sentido, abordámos dois temas distintos. Numa parte mais substancial, confrontámos a dogmática tradicional do tipo contratual concessão com configuração da concessão enquanto operação de concentração sujeita a controlo. Num segundo momento abordámos as questões da relação entre o procedimento pré-contratual de celebração de um contrato de concessão e o procedimento de controlo de concentrações. Cumpre agora retirar algumas conclusões.

¹¹⁸ Prevista no art.º 149.º do CCP e descrita *supra*.

1. É atualmente indiscutível a aplicação do procedimento de concentração de empresas aos contratos de concessão. A LdC prevê a sua aplicação na celebração de contratos públicos e a prática decisória da AdC atesta-o¹¹⁹.
2. As decisões proferidas no âmbito de procedimentos de controlo de concentração são bastante diversas, sendo possível observar continuidades na argumentação em diferentes setores de atividade.
3. Na definição dos mercados relevantes a AdC valoriza sobretudo nos setores das concessões rodoviárias e de transportes rodoviários a concorrência entre troços que liguem um mesmo ponto de partida a um destino e nos quais exista possivelmente pressão concorrencial entre concessões, ao mesmo tempo que noutros setores como o da eletricidade e do gás analisa o mercado relevante como coincidente com a área da concessão.
4. Relativamente à fixação de preços, no confronto entre dois modelos analisados, a AdC demonstra preferência por modelos de fixação de preços assentes em custos aceites, mais restritivos relativamente à margem de lucro, considerando o modelo de fixação de preços máximos como insuficiente para justificar por si só uma exclusão da concorrência, relevando em grande medida a margem de manobra do concessionário para concorrer utilizando outros fatores como a qualidade do serviço prestado.
5. Na relação entre a aplicação das normas da concorrência e a regulação setorial imposta a vários setores, a AdC revela prudência em atuar, tendo em conta a forte regulação existente e os propósitos desta em permitir a criação de mercado liberalizados e concorrenciais.
6. No que se refere ao direito de exclusivo são tidas em linha de conta as opções do legislador. Assim, quando o Estado prevê em planos rodoviários a existência de concessões de autoestrada que, para todos os efeitos práticos, exercem mútua pressão concorrencial, a AdC retirando daí as devidas consequências, nega, na prática, a existência do direito de exclusivo,

119 Fica obviamente a questão de saber a que outras figuras se poderá aplicar este procedimento. Os contratos públicos de sociedade parecem, pelo menos quando impliquem alguma transferência de ativos, resultar igualmente numa operação de concentração. Também a atribuição de títulos autorizativos para exercício de atividades económicas, nomeadamente licenças e autorizações sujeitas a *numerus clausu*. Sobre estes últimos, *vide*, VASQUES, L. “La nozione minima di impresa nell’ambito del controllo dele concentrazione, Mercato, concorrenza, regole, 2011, p. 273. *apud* GONÇALVES, Pedro, “*Controlo de Concentrações no Direito Português (Uma Visão Jus-Administrativista)*”, *op. cit.*, p. 260.

recusando qualquer operação que permita a uma mesma empresa deter o controlo de concessões concorrentes. Não discordando da linha seguida, parece-nos contudo que desta constatação se podem retirar as devidas consequências no que à dogmática dos contratos públicos respeita, e que, salvo melhor opinião, retira, nos casos em apreço, qualquer efeito prático à existência de um exclusivo¹²⁰.

7. Os contratos de concessão que recorram abundantemente a conceitos indeterminados e obrigações genéricas e por isso, careçam de concretização no que aos direitos e deveres do concessionário se referem estarão mais facilmente aptos a permitir atuações anticoncorrenciais dos concessionários, ainda que estes nunca possuam a liberdade de atuação das empresas privadas e estejam vinculados aos princípios do serviço público.

8. Nos mercados de contratação pública serão tendencialmente restritivos da concorrência critérios de valoração das propostas que confirmam uma vantagem a um concorrente pelo facto deste ser concessionário em outros contratos, nomeadamente critérios que valorizem a experiência ou, no caso de concessões rodoviárias, o número de quilómetros concessionados.

9. A LdC prevendo a possibilidade de um procedimento para formação de um contrato público dar início ao procedimento de controlo de concentrações, possui, contudo, imprecisões terminológicas que devem ser superadas de forma a permitir uma conjugação dos dois procedimentos que tenha em conta os vários interesses públicos em causa.

10. Esses interesses públicos podem ser acautelados através da instituição de uma conferência procedimental, prevista no projeto de reforma do CPA, que permita dar margem de manobra tanto às entidades adjudicantes e à AdC como aos concorrentes para negociarem propostas e soluções que permitam a celebração do contrato e a manutenção da concorrência nos mercados.

11. O momento mais indicado para a instituição desta conferência procedimental será durante a fase de negociação das propostas onde vários aspetos do contrato de concessão podem ainda ser alterados, e utilizando a faculdade concedida pela LdC, das entidades notificantes requerem um controlo prévio à realização da concentração, em momento anterior à operação que, no caso, seria apenas realizadas com a adjudicação.

120 Note-se que não defendemos que o exclusivo tenha deixado constar entre as características essenciais do contrato de concessão. Em todo o caso esta linha de raciocínio leva à inexorável conclusão de que existirão concessões onde um verdadeiro exclusivo não existe.

Bibliografia

CAETANO, Marcelo, Manual de Direito Administrativo, Almedina, Vol. II

CAMACHO, Cristina, *“Práticas Restritivas da Concorrência na Contratação Pública: a Intervenção da Autoridade da Concorrência”* in Contratação Pública e Concorrência, organização de Cláudia Trabuco e Vera Eiró), Almedina, 2013

CAMPOS, Diogo Duarte de, *“A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”* in Estudos de Direito Público, Coimbra Editora, Lisboa, 2011

COSTA GONÇALVES, Pedro, *“Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública) ”*, in Estudos Em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I, Almedina, 2012

ESTORNINHO, Maria João *“Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...”* in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 88, julho/agosto de 2011

FREITAS DO AMARAL, Diogo, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, 2003.

GONÇALVES, Pedro, A concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999

GONÇALVES, Pedro e Rodrigo Esteves de Oliveira, As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

GONÇALVES, Pedro *“Regulação Administrativa e Contrato”*, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora

GONÇALVES, Pedro, *“Controlo de Concentrações no Direito Português (Uma Visão Jus-Administrativista) ”* in Revista de Regulação e Concorrência, nºs 7/8, Almedina, 2012

MAÇÃS, Fernanda, *“A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos”* in Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Almedina, 2008

PORTOCARRERO, Marta, Modelos de Simplificação Administrativa: A conferência procedimental e a concentração de competência e procedimentos no direito administrativo, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002

PAZ FERREIRA, Eduardo, Direito da Economia, AAFDL, Reimpressão, 2004, Lisboa.

RAIMUNDO, Miguel, *A Formação dos Contratos Públicos, uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013

TORGAL, Lino e João de Oliveira Geraldês, “*Concessões de atividade pública e direito de exclusivo*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Coimbra, 2012

VAZ FREIRE, Paula, “*Direito Administrativo da Concorrência*”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Tomo I, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2009