

NOTA PRÉVIA	Págs. 7
ABREVIATURAS.....	9

INTRODUÇÃO

1 — PONTOS DE REFLEXÃO.....	11
1.1 — A regulação como instrumento de garantia estadual da realização do interesse público.....	12
1.2 — Interseções entre regulação, contrato e consenso	14
1.3 — Regulação e desregulação: uma ambivalência do Estado Regulador.....	16
1.4 — Regulação e atribuição concorrencial de autorizações: um caso de regulação da escassez.....	18
1.5 — Regulação e regulação da concorrência.....	19
1.6 — Concorrência, princípio da concorrência e contratação pública.....	22
2 — UM REGULADOR PARA O ESTADO CONTRATANTE	23
3 — CRISE ECONÓMICO-FINANCEIRA E TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO ADMINISTRATIVO.....	29
a) <i>Recuo e diminuição do Estado social</i>	40
b) <i>Recuo e diminuição da administração de infraestruturas</i>	42
c) <i>Redução da Administração Pública</i>	43
d) <i>Diminuição das compras públicas</i>	43
e) <i>Fortalecimento do Estado Regulador e de Garantia</i>	44
f) <i>Reforço da centralidade do Governo no sistema administrativo e sinais de novas formas de centralização e de concentração administrativa</i>	45
g) <i>Reconfiguração da autonomia local e das relações entre Estado e autarquias locais</i>	46

PARTE I
ESTADO REGULADOR E REGULAÇÃO

CAPÍTULO I
ESTADO REGULADOR E DE GARANTIA
(EM ESPECIAL NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS
DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL)

	Págs.
ENTRADA NO TEMA.....	49
1 – DA SEPARAÇÃO À COOPERAÇÃO ENTRE ESTADO E MERCADO.....	50
2 – RECONFIGURAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS E EMERGÊNCIA DO ESTADO REGULADOR E DE GARANTIA.....	53
3 – FINS DO ESTADO REGULADOR DE GARANTIA NO SETOR DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL.....	59
3.1 – Garantia do fornecimento dos serviços	60
3.2 – Garantia e proteção dos direitos dos utilizadores.....	63
3.3 – Garantia, proteção e promoção da concorrência	70
3.4 – Garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados	73
3.5 – Garantia e credibilização de “soluções de mercado” promovidas pelo próprio Estado	75
3.6 – Garantia e proteção de outros bens jurídicos.....	76
4 – INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REALIZAÇÃO DO ESTADO DE GARANTIA	78
4.1 – Regulação pública	78
i) <i>Definição de um quadro regulatório de base ou transversal</i>	80
ii) <i>Definição de um quadro regulatório setorial</i>	82
iii) <i>Acompanhamento e fiscalização dos regulados; punição dos infratores</i>	84
4.2 – Procedimentos de seleção concorrencial.....	85
4.3 – Colaboração público-privada	87

CAPÍTULO II

CONTRATO E REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA (O CONTRATO COMO INSTRUMENTO E COMO OBJETO DE REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA)

	Págs.
ENTRADA NO TEMA.....	91
1 – CONTRATO.....	92
2 – REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA	94
3 – RELAÇÕES ENTRE CONTRATO E REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	100
3.1 – Regulação administrativa e contrato privado.....	103
3.1.1 – O contrato privado como objeto de regulação administrativa.....	104
3.1.2 – Contrato privado e regulação administrativa como instrumentos alternativos de regulação do mercado	115
3.2 – Regulação administrativa e contrato público	119
3.2.1 – A regulação administrativa <i>como</i> contrato	121
3.2.2 – A regulação administrativa <i>por</i> contrato.....	126
4 – O CONTRATO REGULATÓRIO.....	134
4.1 – O contrato regulatório na regulação por agência.....	135
4.2 – O contrato regulatório como alternativa ou como complemento à regulação por agência.....	138
4.3 – O contrato regulatório como “contrato interno”	141

CAPÍTULO III

REGULAÇÃO E DESREGULAÇÃO DO CONTROLO PÚBLICO PRÉVIO DE ATIVIDADES PRIVADAS: AS FIGURAS DA COMUNICAÇÃO PRÉVIA E DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

ENTRADA NO TEMA.....	143
1 – CONTROLO PÚBLICO PRÉVIO DE ATIVIDADES PRIVADAS	144

	Págs.
2 – ABOLIÇÃO DE FORMAS DE CONTROLO PÚBLICO PRÉVIO DE ATIVIDADES PRIVADAS.....	150
2.1 – Impulso do direito da União Europeia	152
2.2 – Abolição de controlos públicos mas continuação da exigência legal de requisitos e pressupostos para o desenvolvimento de atividades privadas.....	157
2.3 – Controlo prévio sob a responsabilidade dos particulares interessados	160
2.4 – A figura da mera comunicação prévia	163
3 – NOVOS CONTORNOS DOS REGIMES DO CONTROLO PÚBLICO PRÉVIO DE ATIVIDADES PRIVADAS.....	166
3.1 – Procedimentos de comunicação prévia	167
3.1.1 – Comunicação prévia com prazo	167
a) <i>Comunicação prévia com prazo no regime jurídico do exercício de atividades comerciais e de serviços (regime do chamado “licenciamento zero”)</i>	168
b) <i>Comunicação prévia com prazo no regime do Sistema da Indústria Responsável</i>	171
3.1.2 – Outros regimes de comunicação prévia.....	172
3.1.3 – Síntese sobre a figura da comunicação prévia associada ao controlo público prévio de atividades privadas no direito português.....	173
3.2 – Procedimentos de autorização.....	176
3.2.1 – Atividades de serviços em geral.....	177
3.2.1.1 – Regime de autorização no Decreto-Lei n.º 92/2010.....	178
i) <i>Necessidade do regime de autorização justificada numa imperiosa razão de interesse público</i>	178
ii) <i>Subsidiariedade</i>	179
iii) <i>Objetividade (eliminação da discricionariedade da decisão de concessão de autorizações)</i>	179

	Págs.
iv) <i>Regra do deferimento tácito</i>	181
v) <i>Diretrizes de igualdade e de não discriminação e proibições quanto ao estabelecimento de determinados requisitos</i>	181
vi) <i>Limitação do número de autorizações</i>	184
vii) <i>Duração e caducidade das autorizações</i>	186
3.2.1.2 — <i>Atividades de serviços sob regimes de autorização</i>	186
3.2.2 — <i>Serviços de interesse económico geral e outras atividades de serviços não abrangidas pelo regime geral das atividades de serviços</i>	188
3.2.3 — <i>Atividades industriais</i>	192

CAPÍTULO IV

ATRIBUIÇÃO CONCORRENCIAL DE AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS

ENTRADA NO TEMA.....	195
1 — <i>ATRIBUIÇÃO DE AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS E ADMINISTRAÇÃO DA ESCASSEZ</i>	196
2 — <i>PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA ALOCAÇÃO PÚBLICA DE RECURSOS ESCASSOS</i>	200
3 — <i>PROCEDIMENTOS DE ATRIBUIÇÃO CONCORRENCIAL DE AUTORIZAÇÕES</i>	204
3.1 — <i>Exemplos</i>	204
3.2 — <i>Figuras procedimentais próximas</i>	219
a) <i>Atribuição de subvenções públicas e apoios financeiros</i>	219
b) <i>Procedimentos concorrenciais de acesso ao emprego público e ao ensino público</i>	221
c) <i>Alocação pública de outros recursos escassos</i>	221
d) <i>Adjudicação de contratos públicos</i>	222
e) <i>Procedimentos concorrenciais de adjudicação de contratos públicos que resultam de uma substituição da iniciativa privada pela iniciativa pública</i>	224

	Págs.
4 – REGRAS FUNDAMENTAIS DOS PROCEDIMENTOS DE ATRIBUIÇÃO CONCORRENCIAL DE AUTORIZAÇÕES.....	227
4.1 – Procedimento de atribuição concorrencial de autorizações como procedimento de seleção concorrencial	228
4.2 – Concessão e desenvolvimento do procedimento de atribuição concorrencial de autorizações.....	231
5 – BREVE ALUSÃO A DOIS TEMAS CONEXOS.....	236
5.1 – Mercantilização da atividade administrativa.....	236
5.2 – Coisificação dos direitos constituídos por ato administrativo	238

**PARTE II
CONCORRÊNCIA**

**CAPÍTULO V
REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA
E CONTROLO DE OPERAÇÕES
DE CONCENTRAÇÃO**

ENTRADA NO TEMA.....	247
----------------------	-----

SECÇÃO I

**ENQUADRAMENTO DO CONTROLO
DE CONCENTRAÇÕES NO ÂMBITO
DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA**

1 – CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO	249
2 – CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES E ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	257
3 – CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES E PUBLICIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO.....	261

SECÇÃO II

**PROCEDIMENTO DE CONTROLO
DE CONCENTRAÇÕES**

4 – ÂMBITO	265
4.1 – Operações de concentração de empresas	266
4.2 – Critérios de submissão das operações de concentração de empresas ao controlo da Autoridade da Concorrência	268

	Págs.
5 – DIREITO APLICÁVEL	271
6 – CONTACTOS ANTERIORES AO PROCEDIMENTO.....	273
7 – INICIATIVA DO PROCEDIMENTO	274
7.1 – Iniciativa particular espontânea	276
7.2 – Iniciativa particular imposta	283
8 – DESENVOLVIMENTO DO PROCEDIMENTO.....	285
8.1 – Primeira fase: investigação sumária	286
8.2 – Segunda fase (eventual): investigação aprofundada....	290
9 – PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS E ARTICULAÇÃO COM OUTRAS AUTORIDADES.....	291

SECÇÃO III

DECISÕES FINAIS DO PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

10 – DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO.....	297
11 – DECISÃO DE PROIBIÇÃO	299
12 – DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO COM CONDIÇÕES OU OBRIGAÇÕES.....	301
12.1 – Natureza jurídica das condições e obrigações	302
12.2 – Questão da distinção entre condições e obrigações....	307
12.3 – Carácter unilateral da decisão de não oposição com condições ou obrigações.....	309
12.4 – Modificação das condições e obrigações.....	309
12.5 – Incumprimento das condições e obrigações.....	311
13 – VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE DO PODER DE DECISÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA.....	313
14 – REVOGAÇÃO DE DECISÕES	317
15 – PROTEÇÃO JURISDICIONAL	320
15.1 – Decisões com proteção jurisdicional	322
15.1.1 – Decisões proferidas no procedimento de controlo de concentrações.....	322
i) <i>Decisões de não oposição simples</i>	323
ii) <i>Decisões de não oposição com condições ou obrigações</i>	324
iii) <i>Decisões de proibição</i>	325
iv) <i>Outras decisões</i>	326

	Págs.
15.1.2 — Decisões de aplicação de coimas.....	327
15.1.3 — Decisões de recusa de prestação de informações relativas ao procedimento	328
15.2 — Decisões sem proteção jurisdicional	329
16 — RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE DECISÕES DE PROIBIÇÃO	329

CAPÍTULO VI

CONSENSO E “ATO ADMINISTRATIVO DE ACEITAÇÃO DE COMPROMISSOS” NA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

ENTRADA NO TEMA.....	335
1 — MEDIDAS CONSENSUAIS NO PROCESSO DE CONTRA-ORDENAÇÃO.....	336
1.1 — Procedimento de transação	339
i) <i>Âmbito do procedimento de transação</i>	339
ii) <i>Finalidade do procedimento de transação</i>	340
iii) <i>Iniciativa do procedimento de transação</i>	340
iv) <i>Realização das conversações</i>	341
v) <i>Proposta de transação</i>	341
vi) <i>Rejeição da proposta de transação; eventual “contra-proposta”</i>	342
vii) <i>Aceitação da proposta de transação e elaboração da minuta de transação</i>	342
viii) <i>Aceitação da minuta da transação pelo(s) visado(s); a recusa de aceitação</i>	343
ix) <i>Convolação da minuta de transação em decisão condenatória</i>	343
1.2 — Arquivamento do processo mediante imposição de condições	347
1.2.1 — Apresentação de compromissos.....	348
i) <i>Âmbito do procedimento que conduz ao arquivamento do processo mediante a imposição de condições</i>	348
ii) <i>Finalidade do procedimento</i>	348
iii) <i>Iniciativa para suscitar a apresentação de compromissos</i>	349
iv) <i>Conversações e respetivo desfecho</i>	349

	Págs.
1.2.2 – Interrupção das conversações e recusa dos compromissos.....	350
1.2.3 – Aceitação dos compromissos: decisão de (arquivamento e de) imposição de condições.....	351
1.2.4 – Incumprimento das condições impostas.....	352
1.2.5 – Distinção em relação ao procedimento de transação.....	352
2 – MEDIDAS CONSENSUAIS NO PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO.....	353
2.1 – Apresentação de compromissos.....	354
2.2 – Recusa dos compromissos.....	356
2.3 – Aceitação dos compromissos: decisão de não oposição com condições ou obrigações.....	357
a) <i>Requisito da proporcionalidade das condições ou obrigações</i>	357
b) <i>Requisito da exequibilidade das condições ou obrigações</i>	359
2.4 – Incumprimento das condições ou obrigações impostas ...	360
3 – ATO ADMINISTRATIVO DE ACEITAÇÃO DE COMPROMISSOS.....	360
3.1 – Caracterização.....	362
3.2 – Ato administrativo de aceitação de compromissos e contrato.....	364
3.3 – Impugnação do ato administrativo de aceitação de compromissos.....	366

PARTE III

CONCORRÊNCIA E CONTRATATAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO VII

INTEGRAÇÃO DE PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS NA CONTRATATAÇÃO PÚBLICA

ENTRADA NO TEMA.....	371
1 – PREMISSA DA EXPOSIÇÃO.....	375

	Págs.
2 – REGULAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA	378
2.1 – Princípio da concorrência na regulação da concorrência	381
2.2 – Princípio da concorrência na regulação da contratação pública.....	383
a) <i>Regulação da contratação no quadro do dilema entre a proteção do interesse público financeiro e a proteção da igualdade entre os operadores económicos.....</i>	384
b) <i>Princípio da concorrência e princípio da igualdade.....</i>	386
c) <i>Princípio da concorrência e economicidade.....</i>	391
d) <i>Conclusão sobre o sentido do princípio da concorrência e o dilema da regulação da contratação pública.....</i>	393
2.3 – Síntese	396
3 – INTERSEÇÃO DE REGRAS DA CONCORRÊNCIA E DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS PARTICULARES DOS AUXÍLIOS PÚBLICOS E DO CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES	398
4 – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	406
5 – PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	411
5.1 – Tese da sobreposição da incidência das disciplinas.....	412
5.2 – Proposta de integração das preocupações concorrenciais na disciplina da contratação pública	416
5.2.1 – Incidência sobre as entidades adjudicantes.....	418
5.2.1.1 – Nota complementar sobre a integração das regras da concorrência no “bloco da legalidade administrativa”	421
5.2.2 – Incidência sobre os concorrentes	422
i) <i>Disciplina da contratação com a função de prevenir a violação das regras da concorrência pelos concorrentes.....</i>	422
ii) <i>Disciplina da contratação com a função de censurar a violação das regras da concorrência.....</i>	424

CAPÍTULO VIII
A CONCORRÊNCIA NO CÓDIGO
DOS CONTRATOS PÚBLICOS

	Págs.
ENTRADA NO TEMA.....	429
1 — CONCEITO DE CONCORRÊNCIA NA FORMULAÇÃO DE UM PRINCÍPIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	432
1.1 — Princípio da concorrência na regulação da concorrência e na regulação da contratação pública	434
1.2 — Valor normativo do princípio da concorrência	436
2 — CONCEITO DE CONCORRÊNCIA NA DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO SUBJETIVO DE APLICAÇÃO DO CCP	446
3 — CONCEITO DE CONCORRÊNCIA NA DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO OBJETIVO DE APLICAÇÃO DA PARTE II DO CCP	454
i) <i>Contratos das entidades dos artigos 2.º, n.º 2, e 7.º: enumeração taxativa dos contratos abrangidos — sem referência à concorrência, mas pressupondo contratos com interesse concorrencial.....</i>	456
ii) <i>Contratos das entidades do artigo 2.º, n.º 1: critério da concorrência ou do interesse concorrencial</i>	457
iii) <i>Contratos das entidades do artigo 2.º, n.º 1 (cont.): interesse concorrencial em contratos de procura pública.....</i>	465
iv) <i>O tema dos atos administrativos praticados “em substituição da celebração de contratos públicos”</i>	472
v) <i>O tema dos contratos com objeto passível de ato administrativo</i>	476
vi) <i>Síntese da tese proposta sobre o âmbito da aplicação da Parte II do CCP aos contratos das entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 2.º.....</i>	477
4 — CONCEITO DE CONCORRÊNCIA EM NORMAS QUE ORDENAM A DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DA COMPETIÇÃO NO PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO	478
5 — CONCEITO DE CONCORRÊNCIA EM NORMAS SOBRE A LIMITAÇÃO DOS PODERES DE CONFORMAÇÃO DAS PEÇAS DO PROCEDIMENTO.....	479
6 — CONCEITO DE CONCORRÊNCIA EM NORMAS QUE FUNDAMENTAM DECISÕES DA ENTIDADE ADJUDICANTE .	479
6.1 — Decisões que censuram a infração das regras da concorrência.....	480
6.2 — Decisões destinadas a evitar o falseamento da concorrência	482

	Págs.
7 – CONCEITO DE CONCORRÊNCIA EM NORMAS QUE PROÍBEM DECISÕES DA ENTIDADE ADJUDICANTE.....	484
8 – CONCEITO DE CONCORRÊNCIA EM NORMAS QUE LIMITAM O PODER DE DISPOSIÇÃO DOS CONTRAENTES SOBRE O OBJETO DO CONTRATO	484
i) <i>Limite à atribuição de eficácia retroativa ao contrato administrativo</i>	486
ii) <i>Limite à modificação do contrato</i>	487
iii) <i>Limite à proibição ou limitação de subcontratação</i>	489
iv) <i>Limite à atribuição de prestações económico-financeiras em concessões</i>	490
BIBLIOGRAFIA.....	493
ABREVIATURAS UTILIZADAS NA INDICAÇÃO DA BIBLIOGRAFIA	495
ÍNDICE	529